



DOCTORADO INTERINSTITUCIONAL EN DERECHO
PROGRAMA NACIONAL DE POSGRADOS DE CALIDAD

UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO
DOCTORADO INTERINSTITUCIONAL EN DERECHO

LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES A LOS DERECHOS
HUMANOS. DESAFÍOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL MEXICANO

Tesis que para obtener el grado de
DOCTOR EN DERECHO

Presenta

Ángel Fernando Prado López

Bajo la dirección de:

Benjamín Revuelta Vaquero

Doctor en Derecho

Morelia, Michoacán, noviembre de 2018



ÍNDICE	Pag.
Resumen	6
Palabras clave	6
Abstract	7
Introducción	8
Capítulo uno. Aproximaciones al modelo teórico del Estado Constitucional de Derecho. Retos y perspectivas en México.	14
1.1 Introducción	15
1.2 El tránsito del Estado Legal al Estado Constitucional de Derecho	16
1.2.1 La democracia constitucional	22
1.2.2 El modelo –garantista- democrático constitucional	24
1.3 Jerarquía de las normas constitucionales	26
1.3.1 La falsa tesis de la supremacía constitucional (vertical) en la interpretación de los derechos humanos	30
1.3.2 Supremacía constitucional y modelo de interpretación en México	33
1.4 El núcleo intangible de la Constitución	39
1.4.1 La dimensión axiológica de la Constitución (el sentido de lo constitucional)	40
1.4.2 Distinciones entre valores, principios y normas constitucionales	45
1.4.3 Nuevas perspectivas del núcleo intangible de la Constitución	50
1.4.4 Consecuencias de la lesión al núcleo intangible de la Constitución. Primera aproximación a la inconstitucionalidad de las normas constitucionales	54



1.5 Constitución y Poder Constituyente	59
1.5.1 Acerca del concepto de Constitución normativa	59
1.5.2 Poder Constituyente y Poder reformador de la Constitución	62
1.5.2.1 Naturaleza de Poder Constituyente	63
1.5.2.2 El Poder reformador de la Constitución como poder constituido	68
1.6 La reforma constitucional	73
1.6.1 Límites a la reforma Constitucional	76
1.6.2 Límites formales	76
1.6.3 Límites materiales explícitos	80
1.6.4 Límites materiales implícitos	81
1.6.5 Límites externos	82
Capítulo dos. Las restricciones a los derechos humanos	86
2.1 Introducción	87
2.2 Nociones generales sobre la estructura de los derechos fundamentales	88
2.2.1 Diferencia entre principios y reglas	93
2.2.2 Los derechos fundamentales como derechos restringibles	98
2.3 Admisibilidad de los derechos humanos como derechos restringibles	102
2.3.1 Confusiones conceptuales. Delimitación, límites, restricciones y suspensión de los derechos humanos	103
2.4 El test de proporcionalidad y la restricción a los derechos humanos	118
2.4.1 Legalidad	120
2.4.2 Objetivo legítimo	121
2.4.3 Necesidad y adecuación	121



2.4.4 Proporcionalidad	122
2.4.5 Respeto al núcleo esencial	124
2.4.6 El test de proporcionalidad en la interpretación de las restricciones a los derechos humanos.	124

Capítulo Tres. Restricciones constitucionales y derechos humanos en México. Contradicciones y frustraciones **131**

3.1 Introducción. Estado Constitucional democrático y breve referencia al paradigma de interpretación de los derechos humanos en México	132
3.2 La interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011. Reglas vs principios	142
3.2.1 Referencia a la contradicción de tesis 293/2011. ¿Qué resolvió la Corte?	143
3.3 Las restricciones constitucionales en el modelo mexicano. Desarticulando reglas y principios	152
3.3.1 Restricciones constitucionales y el parámetro de control de la regularidad constitucional, ¿bloque de constitucionalidad <i>a la mexicana</i> ?	166
3.3.2 Principio <i>pro persona</i> vs. Restricciones constitucionales. ¿Y la progresividad de los derechos?	180

Capítulo cuatro. El reto de la justicia constitucional frente a las restricciones constitucionales. **194**

	- 195
4.1 El papel del juez frente a la justicia constitucional	197
4.2 Reformas ilimitadas e interpretaciones falseadas	201
4.2.1 ¿Reforma constitucional, falseamiento o fraude constitucional?	203
4.2.2 El aval de la Suprema Corte de Justicia	210



4.2.3 ¿Es posible controlar la reforma constitucional desde la sede judicial?	213
4.3 ¿Son los jueces quienes deben tener la última palabra? Pesos, contrapesos, sobrepesos y pretextos	222
4.3.1 Justicia dialógica y alternativas [des] esperanzadoras. Aproximaciones teóricas	224
4.3.2 La Constitución que queremos	236
4.3.3 Constitucionalismo popular a debate	246
4.3.4 Optimismo fundado y prospectivas	253
Conclusiones	256
Fuentes de información	261



RESUMEN

La presente investigación, parte de la premisa sobre el valor fundamental que tiene el texto constitucional, como ordenamiento que contiene, entre otros, los valores y principios que dan sustento al Estado. En algunas ocasiones, el valor de la Constitución se percibe desde una óptica formal. Es decir, si la norma que crea al Estado, es modificada, adicionada o reformada bajo el procedimiento que ella misma contempla, entonces su contenido por sí mismo es constitucional. Ello deja de lado la posibilidad de análisis de dicha norma, desde una óptica material, que apueste a la legitimidad de los contenidos y su coherencia y sintonía con el orden constitucional.

Los derechos humanos pueden ser restringidos, y en particular, la Suprema Corte del país ha interpretado que si éstas se encuentran en la Constitución, las restricciones deben prevalecer sobre los derechos. Ello genera un riesgo para la protección de los derechos, pues en un escenario hipotético, podrían incorporarse a la norma constitucional, restricciones potencialmente lesivas para aquéllos. Este trabajo presenta un análisis teórico, mediante el cual se confronta lo que la Suprema Corte resolvió en la contradicción de tesis 293/2011, con lo que la propia Constitución establece y con el bloque constitucional de derechos, evidenciando las incoherencias y contradicciones de la decisión tomada por el máximo tribunal. Con ello, se busca modelar cuál debería ser la forma en la que el juez tendría que resolver cuando colisione una restricción constitucional y un derecho humano reconocido.

El análisis aplicado, lleva a una posible solución a través de los postulados del constitucionalismo popular, que se advierte como una válvula de escape a dejar la última palabra en manos de los jueces.

Palabras clave

Bloque constitucional, Constitución, juez, constitucionalismo popular, interpretación.



ABSTRACT

The present investigation, part of the premise on the fundamental value that the constitutional text has, as an order that contains, among others, the values and principles that sustain the State. On some occasions, the value of the Constitution is perceived from a formal perspective. That is, if the rule that creates the State is modified, added or reformed under the procedure that it contemplates, then its content by itself is constitutional. This leaves aside the possibility of analyzing this rule, from a material perspective, which bets on the legitimacy of the contents and their coherence and harmony with the constitutional order.

Human rights may be restricted, and in particular, the country's Supreme Court has interpreted that if these are found in the Constitution, restrictions must prevail over rights. This creates a risk for the protection of rights, since in a hypothetical scenario, restrictions potentially harmful to them could be incorporated into the constitutional norm. This paper presents a theoretical analysis, which confronts what the Supreme Court decided in the contradiction of thesis 293/2011, with what the Constitution establishes and with the constitutional block of rights, evidencing the inconsistencies and contradictions of the decision taken by the highest court. With this, we seek to model what should be the way in which the judge would have to resolve when colliding a constitutional restriction and a recognized human right.

The applied analysis leads to a possible solution through the postulates of popular constitutionalism, which is seen as an escape valve to leave the last word in the hands of the judges.

INTRODUCCIÓN

El esquema del Estado Constitucional de Derecho surge como respuesta a los eventos derivados de la segunda posguerra mundial, dejando atrás la línea del constitucionalismo tradicional heredado del siglo XIX que Luigi Ferrajoli (2014) ha definido como paleo – positivismo. Este modelo se centraba exclusivamente en una interpretación positivista a ultranza de la norma jurídica. Es decir, existía un *estado de derecho* meramente legalista preocupado por atender un formalismo generalizado y no por el contenido normativo. De esta forma, cualquier acto o norma creados por el legislador serían siempre válidos en tanto se adhirieran a los procesos autorizados para ese propósito.

Con el surgimiento del Estado Constitucional, el fenómeno de la “constitucionalización” del ordenamiento jurídico -término utilizado por Riccardo Guastini- plantea cambios significativos en la forma en que el derecho es interpretado, pues el ordenamiento jurídico, queda supraordenado a la norma fundamental, teniendo algunas implicaciones que trascendieron a la deferencia hacia el legislador respecto a los procesos de creación de leyes, pues lo que importa ahora, es la atención a los contenidos de las normas (Carbonell, 2012), verificando si éstas se ajustan al texto fundamental.

Lo anterior significa, que cualquier producto legislativo deberá ser congruente a los principios constitucionales señalados en el apartado sustantivo de la norma fundamental. Esto es, deberá encontrarse en sintonía con en el catálogo de derechos humanos previstos en el texto supremo, siendo entonces esos derechos límites en sí mismos para la actuación de toda autoridad.

La Constitución como documento jurídico – político supremo adquiere una característica que la hace resaltar aún más del resto de las normas. La rigidez constitucional conduce a la no modificación del texto fundamental, o por lo menos, no con el mismo procedimiento al del resto de las leyes. Esa distinción encontrada en la rigidez



constitucional supone un cambio en la percepción de la norma referida, o como dice Gustavo Zagrebelsky (2011), se presentó como una verdadera transformación desde adentro, incluso genética, que impactó en los modelos de las democracias emergentes.

En el contexto del Estado Constitucional, el principio de legalidad adquiere en consecuencia nuevas aproximaciones, situación que implica en primer término el sometimiento de todos los poderes públicos (incluso los privados) al contenido de la Constitución, pero no solamente respecto a la verificación de los procedimientos establecidos por ella, como respeto a una legalidad netamente formalista, sino que además, cada actuación de las autoridades deber ser acordes a los principios constitucionales establecidos por el catálogo de derechos humanos.

Por lo tanto, son estos derechos el referente al cual tienen que adherirse las autoridades al momento de materializar sus actos. Así lo define Luigi Ferrajoli (2014) al hablar de la mera legalidad y la legalidad estricta o sustancial, donde en la última, se privilegia la validez del derecho cuando sea congruente con el aspecto sustantivo de la Constitución, es decir, con los derechos humanos previstos en ella.

El trabajo que se presenta, tiene como objetivo realizar una evaluación crítica respecto de las restricciones a los derechos humanos que se prevén en la Constitución mexicana. De inicio, parecería que dicho tópico no genera mayor conflicto, pues estos derechos no son absolutos por definición, sino que requieren de ciertos contornos que afecten sus alcances, con la finalidad de que puedan interactuar entre ellos. Sin embargo, el problema que se plantea desde este trabajo no son las restricciones en sí mismas, sino la interpretación que, en el caso mexicano, ha hecho la Suprema Corte de Justicia del país.

A partir de la resolución de la contradicción de tesis 293/2011, de la cual se derivaron dos jurisprudencias de alto calado para el entendimiento de la interpretación de



los derechos humanos, se han desatado diversas críticas que responden a la contradicción que supone la propia contradicción de tesis.

El contenido de las jurisprudencias referidas, han generado más preguntas que respuestas, y más incertidumbre que certeza, pues de acuerdo a una de ellas, las restricciones a los derechos humanos que se encuentren en la norma fundamental, deberán prevalecer frente al derecho humano en sí mismo. Una afirmación como esa, genera al menos, los siguientes cuestionamientos:

- ¿Qué es una restricción a los derechos humanos?
- ¿Existe alguna diferencia entre las que se encuentran en la Constitución y las que se contemplan en las leyes secundarias?
- ¿Por qué una restricción debe prevalecer sobre el derecho humanos?
- ¿Cómo se enfrentan estas restricciones a los criterios y principios de interpretación previstos en la Constitución?
- ¿Existe colisión entre las jurisprudencias derivadas de la contradicción de tesis 293/2011, o bien entre estas y la norma fundamental?

El criterio adoptado por la Suprema Corte, conlleva no sólo a realizar los cuestionamientos anteriores, sino a analizar cuáles son los elementos que en el contexto mexicano, permiten que jurisprudencias altamente cuestionadas, sean las que marquen las directrices interpretativas en materia de derechos humanos.

En el trabajo se exploran no solo estas preguntas, sino que busca clarificar entre los conceptos que parecen ser confundidos por la Suprema Corte tratándose de restricciones a derechos humanos. Se aborda críticamente el trabajo realizado por ese órgano jurisdiccional y se proponen algunas líneas esperanzadoras, como alternativas



probables para afrontar las ataduras puestas por la Suprema Corte a partir de su resolución.

Así, el primer capítulo retoma y desarrolla los fundamentos teóricos relativos a la esencia de la Constitución, a la importancia que tiene entender a ese documento como la base de los fundamentos del Estado y de los derechos reconocidos a favor de las personas. La trascendencia de hablar de la Constitución desde una óptica axiológica, consiste en darle un estatus de supremacía más allá del formalismo jurídico, sino como una norma que contempla valores, principios y reglas que operan como pilares del funcionamiento estatal, es decir, el capítulo habla de la importancia de los contenidos, más allá del continente. En este apartado donde se realiza un asomo a la propuesta del núcleo intangible de la Constitución, y a partir de ello, se desarrolla una propuesta hacia nuevas aproximaciones de dicho concepto.

Un segundo capítulo de manera esencial, acerca al tema de las restricciones a los derechos humanos. Uno de los propósitos principales de tener este soporte teórico, consiste en diferenciar conceptos altamente relacionados, pero de los cuales, cada uno cuenta con matices que permite diferenciarlos.

Delimitación, límites, restricciones y suspensión de los derechos humanos se distinguen de acuerdo con las características propias de cada uno, y con los propósitos que persiguen. Así, una de los principales cuestionamientos se centra en determinar, si la Constitución mexicana, contiene realmente restricciones a los derechos humanos, o si bien la Suprema Corte del país, en su interpretación, confundió unos y otros, cuyo resultado terminó por producir dos jurisprudencias con contenidos contradictorios.

El tercer capítulo realiza un ejercicio de confrontación directa entre el sustento teórico desarrollado previamente en los capítulos predecesores y las jurisprudencias derivadas de la contradicción de tesis 293/2011. En él, se busca evidenciar que la



decisión tomada desde la sede judicial, podría contravenir disposiciones expresas de la Constitución, relacionadas principalmente con los principios y con las reglas de interpretación de los derechos humanos. Así, en el capítulo se esclarece la diferencia entre el bloque de constitucionalidad y lo que la Suprema Corte de Justicia definió como parámetro de control de la regularidad constitucional, o bien, la discusión sobre la potencial vulneración a los principios *pro persona* y de progresividad de los derechos.

El capítulo tres condensa el sustento teórico y dogmático del trabajo, para generar una discusión a partir de cuestionamientos directos sobre el contenido de las jurisprudencias referidas. Es en este apartado donde se evidencia el vacío epistémico respecto de un método de control de la Constitución en relación a sus contenidos, vistos desde una arista axiológica y de legitimación. Se podría decir que este capítulo refleja el núcleo de la investigación.

Finalmente, un último capítulo trata de encontrar y proponer una ruta de salida al tema de las restricciones constitucionales a los derechos humanos, a partir de las ideas desarrolladas por la corriente del constitucionalismo popular. Bajo esta óptica, el control e interpretación de la Constitución, no se encuentra bajo el uso exclusivo del poder judicial, y de manera concreta, de las Cortes Constitucionales.

Hablar del constitucionalismo popular, a pesar de sus desventajas y riesgos, permite tener una ventana de salida y deconstruir de alguna manera, la noción de que, los jueces en el estado constitucional siempre deben tener la última palabra. Algunas aproximaciones son desarrolladas, y se analiza la posibilidad de llevar a cabo ejercicios dentro del diseño normativo mexicano, mediante los cuales, tanto los poderes del Estado, como la sociedad, intervengan para efectos de darle significado a la Constitución, y así, tal vez, paulatinamente ésta, logre conciliar, o subsanar el vacío que existe respecto de la posibilidad de controlar directamente esa norma suprema.



Por tanto, este trabajo tiene como objetivo resaltar el valor e importancia que la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos tuvo en nuestro sistema jurídico. Asimismo, pretende devolver el sentido de lo “constitucional” a los contenidos y no solamente a las formas y procedimientos. Busca proponer rutas de interpretación y de favorecimiento a los derechos humanos, a partir de aproximaciones recientes propuestas por el constitucionalismo popular.

En general, se pretende evidenciar a lo largo de los capítulos, que darle significado a la Constitución no resulta una tarea sencilla, pero a la vez, esa tarea tampoco queda en manos exclusivamente de un solo intérprete. Al contrario, para que se pueda contrarrestar la idea de contar con una voz que le de sentido al texto constitucional, posiblemente debamos deconstruir lo que por muchos años, ha sido arraigado en la tradición jurídica mexicana. Es decir, aquella idea en donde son los órganos jurisdiccionales quienes tienen la última palabra al momento de interpretar la norma fundamental.



Capítulo uno. Aproximaciones al modelo teórico del Estado Constitucional de Derecho. Retos y perspectivas en México.

1.1 Introducción

1.2 El tránsito del Estado Legal al Estado Constitucional de Derecho

1.2.1 La democracia constitucional

1.2.2 El modelo –garantista- democrático constitucional

1.3 Jerarquía de las normas constitucionales

1.3.1 La falsa tesis de la supremacía constitucional (vertical) en la interpretación de los derechos humanos

1.3.2 Supremacía constitucional y modelo de interpretación en México

1.4 El núcleo intangible de la Constitución

1.4.1 La dimensión axiológica de la Constitución (el sentido de lo constitucional)

1.4.2 Distinciones entre valores, principios y normas constitucionales

1.4.3 Nuevas perspectivas del núcleo intangible de la Constitución

1.4.4 Consecuencias de la lesión al núcleo intangible de la Constitución. Primera aproximación a la inconstitucionalidad de las normas constitucionales

1.5 Constitución y Poder Constituyente

1.5.1 Acerca del concepto de Constitución normativa

1.5.2 Poder Constituyente y Poder reformador de la Constitución

1.5.2.1 Naturaleza de Poder Constituyente

1.5.2.2 El Poder reformador de la Constitución como poder constituido

1.6 La reforma constitucional

1.6.1 Límites a la reforma constitucional

1.6.2 Límites formales

1.6.3 Límites materiales explícitos

1.6.4 Límites materiales implícitos

1.6.5 Límites externos



CAPÍTULO UNO

Aproximaciones al modelo teórico del Estado Constitucional de Derecho. Retos y perspectivas.

1.1 Introducción

El tema a desarrollar en este trabajo consiste en determinar la naturaleza de las restricciones a los derechos humanos (aquellas concretamente previstas en el texto constitucional) y su posible tensión en las decisiones de los jueces constitucionales o de cualquier operador jurídico al momento de realizar la interpretación del derecho y la consecuente impartición de justicia.

El primer acercamiento a este tópico radica en el sustento teórico en el que descansa la idea del Estado Constitucional como evolución (o bien como sustitución) del Estado de Derecho tradicional, pues es precisamente en aquél modelo donde se encuentran las primeras aproximaciones al carácter sustantivo que debe permear en los sistemas jurídicos contemporáneos, tanto en la aplicación como en la interpretación del derecho.

En virtud de lo anterior, es que se abordarán distintas aristas que convergen y se vinculan para determinar el nexo existente entre el elemento sustantivo de los modelos democráticos constitucionales, con la percepción (si se quiere cultural) de las ideas sobre la Constitución, la constitucionalidad, la inconstitucionalidad y los derechos humanos. Ello permitiría esbozar si existe un núcleo intangible de la norma fundamental, si hay o no una dimensión axiológica de dicho texto y si derivan consecuencias o no de tales consideraciones a nivel de interpretación de los derechos humanos y por lo tanto de sus restricciones.

1.2 El tránsito del Estado Legal al Estado Constitucional de Derecho

Ya se hacía mención en los párrafos que anteceden de la importancia de esquematizar de manera somera, los rasgos más destacables del modelo del Estado Constitucional, que cabe decir es el mismo sobre el cual descansan la mayoría de los sistemas democráticos contemporáneos. Ello porque no es menor considerar la trascendencia que implicó el cambio de percepción no sólo del documento considerado como fundante del ordenamiento jurídico, sino además porque impactó también en lo que se puede o no se puede hacer desde el ámbito de los poderes en relación con los derechos humanos, como se dijo, apuntalado con una base sólida constitucional que vendría a dar un giro a la interpretación misma del derecho.

El tránsito del Estado legal al Estado Constitucional de derecho debe plantearse de manera muy puntual según las características que definen al primero para posteriormente ubicar las otras tantas del segundo. Al respecto Enrique Carpizo (2015) refiere a lo largo de su obra algunos puntos clave del Estado legal o estado de derecho, se retoman sólo los siguientes:

- La ley como sinónimo de justicia
- La Constitución como referente político
- Las Constituciones como documentos flexibles
- Perspectiva individualista de los derechos
- Un poder judicial débil frente al Parlamento
- Un excesivo formalismo jurídico
- El protagonismo del poder legislativo ilimitado

Todas las características (aunque no se trata de un listado taxativo) refieren precisamente a la percepción del derecho y su relación con el poder en un aspecto donde,



superados los sistemas totalitarios y absolutistas, se reivindicaron límites y contrapesos a la administración pública, mismos que se ubicaron principalmente en sede legislativa. Por ello se observa una clara tendencia a priorizar la validez del derecho en tanto se sigan los procedimientos autorizados para cambios y modificaciones legales desde el órgano legislativo, cambios que incluían también a las constituciones.

El excesivo formalismo jurídico llevó a la idea de considerar como legal básicamente cualquier cuerpo normativo expedido por el poder legislativo, pues éste se alzaba con cierta superioridad y protagonismo respecto a los demás poderes, con el propósito de limitar la actuación de la administración pública, dejando un margen muy reducido a la actividad de los jueces para la interpretación de la norma o bien ejercer un control sobre la misma.

Así pues, independientemente de que se tratara de una ley o bien de la Constitución, el poder legislativo parecía infalible en las decisiones que tomaba, y así cualquier contenido integrado al ordenamiento jurídico se consideró válido y obligatorio, es decir, el derecho era un reducto de las decisiones del cuerpo parlamentario en tanto órgano autorizado para ello.

Como lo menciona Rubén Sánchez Gil (2006, p. 6) en la formulación clásica alemana, el “Estado de Derecho” implicaba simplemente la sujeción de la administración pública al principio de legalidad y a la restricción de su actividad por la manifestación específica de dicho principio en la “reserva de ley”. Lo anterior en su aspecto formal, sin consideración por el contenido material de la ley.”

Las consecuencias saltaron a todas luces durante el desarrollo de la primera mitad del siglo XX, donde bajo la percepción de que el continente es más importante que el contenido, (siendo el primero además producto de la voluntad soberana del pueblo a través de los representantes) cualquier cosa señalada o contemplada en la norma jurídica



era válido. Lo importante radicaba en limitar los excesos del poder, que paradójicamente la acepción formalista – positivista del derecho desencadenó algunas de las más graves atrocidades en la historia de la humanidad, precisamente porque cualquier contenido mientras estuviera fijado en la “ley” se consideraba derecho, incluyendo a la misma “Constitución”.

Sin embargo tras los sucesos desencadenados por la Segunda Guerra Mundial, la concepción de lo que se debía considerar o no como derecho válido cambió. Esto porque el poder legislativo más que un contrapeso de los poderes, se volvió un aliado del autoritarismo al establecer cualquier contenido en la ley sin considerar alguna dimensión de carácter axiológico. La tragedia arrastrada por la posguerra ameritó un cambio que si bien no fue inmediato, sí fue paulatino en relación al concepto de Constitución y el proceso de constitucionalización de los ordenamientos jurídicos.

Así, de nuevo Sánchez Gil (2006, p. 8) citando a Ricardo Guastini y a Luigi Ferrajoli señala que la distinción del Estado de Derecho al Estado Constitucional se presenta “por la aplicación del principio de legalidad a la actividad del poder legislativo, porque la misma producción jurídica se encuentra disciplinada por normas, tanto formales como sustanciales de derecho positivo.”

La crisis del Estado de Derecho se puede apreciar desde dos aristas según Ansuátegui Roig (2010), aquella referida como superación y la otra entendida como su evolución. En palabras de autor referido, el Estado Constitucional se configuró tras la culminación del Estado de Derecho que “afecta necesariamente la concepción del derecho.” Por su parte, en tanto evolución implica la transformación “del Estado de Derecho en el marco del constitucionalismo contemporáneo.”

Así también Zagrebelsky (2011, p. 40) sostiene que la ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la

Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se presuponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad.

El autor referido en su obra clásica “El derecho dúctil” señala de manera contundente que se enfrentaron ambos conceptos a “un verdadero cambio genético, más que en una desviación momentánea en espera y con esperanza de una restauración” (Zagrebel'sky, 2011, p. 33).

Al respecto preguntamos: ¿cuáles fueron los cambios más evidentes que trajo consigo el modelo del Estado Constitucional? Pérez Luño citado por Ansuástegui Roig (2010, p. 10) establece tres rasgos:

- De la primacía de la ley a la primacía de la Constitución.
- De la reserva de ley a la reserva de la Constitución.
- Del control jurisdiccional de la legalidad al control jurisdiccional de la constitucionalidad.

Se desglosarán brevemente cada una de estas características. Con relación a la primacía de la Constitución y a la reserva de la misma, se entiende esa presencia (por algunos considerada como invasiva) de la norma fundamental como documento que rige y establece una serie de normas que no solamente configuran la estructura del Estado, sino que además contemplan un catálogo básico y sustancial de derechos humanos como barreras (en un primero momento) a los excesos del poder. En consecuencia, la

concepción de la idea sobre la Constitución cambia, deja de ser una norma de carácter programático y de buenas intenciones, o bien una norma que sólo atendía a programas del gobierno en turno. Se vuelve un documento rígido con procedimientos agravados para su modificación o reformas, dotado de esencias estructurales distintas. Ahora opera como un centro de convergencia de toda la actividad estatal, sometiendo a todos de los poderes públicos a cada una de sus disposiciones. La Constitución entonces, se vuelve el referente de validez del ordenamiento jurídico en su totalidad.

Respecto al control jurisdiccional de la constitucionalidad se pueden dividir los comentarios en dos rutas principalmente: 1) en relación a quién ejerce dicho control; y 2) los efectos derivados del control. La primera cuestión viene con el cambio mismo (genético en palabras de Zagrebelsky) de quienes ahora ocupan un lugar privilegiado en la esfera del Estado Constitucional como órganos de control, es decir, los jueces. Ello en pocas palabras significa que en el Estado de Derecho tradicional o de corte liberal, el parlamento o poder legislativo fue quien tomó la batuta para erigirse como un contrapeso a la administración pública, se trataba de un frente contra el absolutismo monárquico. En cambio la atención a los jueces era mínima, pues bajo el esquema en donde el pronunciamiento de la ley era sinónimo de justicia, el parlamento al ser la voz del pueblo creaba el derecho sin algún tipo de cuestionamiento.

Sin embargo en el Estado Constitucional no sucede eso, ya que ahora la Constitución se concibe como documento superior a las otras normas pues además de contemplar las bases organizativas del Estado, establece también un catálogo de derechos fundamentales¹ y garantías para su protección, el cual funciona como un límite al poder público descansando en la idea de la dignidad humana y al cual, todos los poderes se encuentran obligados a respetar. Es en ese contexto donde los jueces

¹ La referencia a derechos humanos y derechos fundamentales se utilizarán como sinónimos para efectos de este trabajo. Se conocen las diferencias conceptuales que cada uno de dichos términos refiere, sin embargo desde un enfoque práctico se utilizarán indistintamente.

adquieren protagonismo al ser los intérpretes últimos del derecho, sometiendo a su conocimiento todas las decisiones derivadas de la actividad estatal, volviéndose así en un poder que controla a los otros poderes velando por el debido apego a la norma fundamental.

Los jueces en el Estado Constitucional plantean tener la última palabra² y son ellos quienes ejercen el llamado control de la constitucionalidad y no un control de legalidad solamente, sino uno que preserve el estatus que distingue ahora a la Constitución, esto es, su cualidad de norma suprema. Independientemente del modelo de control de constitucionalidad sea el surgido en Europa (control concentrado) o el que obtuvo su base teórica en los Estados Unidos de Norteamérica (control difuso), es el poder judicial el encargado de realizar el examen entre los actos de las autoridades así como de las normas del ordenamiento jurídico y la Constitución, determinando así la validez de los mismos³.

Realizando una síntesis de este proceso entre el Estado de Derecho al modelo constitucional se debe hacer especial referencia a tres características fundamentales: 1) las constituciones se vuelven documentos rígidos cuya modificación no se encuentra al libre arbitrio de los órganos estatales, sino que requiere de un procedimiento especial para ello; 2) la Constitución integra dentro de su estructura las bases de organización del estado como la forma de gobierno o la división de poderes, pero a la vez se “constitucionaliza” un catálogo básico de derechos fundamentales cuyo sustento radica

² Cuestión que ha producido hondos debates con desenlaces distintos. Por un lado quienes apoyan la moción de dejar a los jueces la última palabra en el Estado Constitucional, y quienes no lo estiman así involucrando a otros actores dentro del sistema de las democracias constitucionales.

³ Cabe hacer la aclaración que tanto el Estado de Derecho como el Estado Constitucional se pueden analizar desde un enfoque meramente formal o bien desde uno de naturaleza sustantivo. En el primero son las formas y los procedimientos los que determinan la validez de la norma. En los segundos son los elementos materiales que podrán concluir no sólo la validez sino la legitimidad de ellos.

en la idea de la dignidad humana, y cuyas garantías se plasman de igual forma para su protección; y 3) el control sobre la constitucionalidad recae en el poder judicial, asumiéndose en un papel protagónico en el desarrollo de las relaciones entre poderes públicos y entre poderes públicos con la sociedad, determinando la validez o no de los actos jurídicos, y verificando si existe un ajuste a la ahora norma suprema denominada Constitución.

1.2.1 La democracia constitucional

El siguiente aspecto a describir se encuentra en el ingrediente democrático dentro de los estados constitucionales contemporáneos. Y es que precisamente este último modelo por sí mismo no resuelve de manera definitiva la circunstancia de la fundamentación de la actividad estatal en general, a través de un aspecto meramente formalista. Para ser más precisos, decíamos que la crisis del Estado de Derecho en su acepción legalista tenía como epicentro la excesiva deferencia a los procedimientos autorizados para la creación de la ley, por consecuencia, el control de la legalidad de los actos entonces verificaba solamente la adhesión a dichos procesos para considerarlos como válidos. Una cuestión similar sucede con el Estado Constitucional, donde existe también un riesgo de tener un control de la constitucionalidad que examine solamente si se ajustan o no determinados actos a los aspectos formales para validarlos, sin que se tomen en cuenta los referentes al aspecto sustantivo enmarcados por los derechos humanos contemplados en el propio documento supremo.

El aspecto democrático contribuye a tener ese elemento sustancial referido. Como una de las modalidades propias de los estados constitucionales contemporáneos, el espíritu de la democracia permite establecer límites en relación a la toma de decisiones de las mayorías como una forma de protección de los grupos minoritarios. Así también lo expone Luigi Ferrajoli (p. 20 2014), quien señala que las democracias constitucionales expresan la “esfera de lo no decidible: lo que ninguna mayoría puede decidir, violando



los derechos de libertad, y lo que ninguna mayoría puede no decidir, violando los derechos sociales, unos y otros constitucionalmente consagrados”.

El mismo autor refiere que en este tipo de modelos (los cuales pertenecen al paradigma que él denomina como modelo constitucional o neo-positivista) existe un principio de legalidad con una doble vertiente. En una primera aproximación señala el enfoque de la *mera legalidad*, significando ello la adhesión a los procesos, al formalismo y al sentido estricto del positivismo, es decir, el derecho podrá ser cualquier cosa que se produzca atendiendo a los medios y formas autorizadas para ello, órgano-ley. Por su parte la *estricta legalidad* es “derecho válido todo y sólo aquel producido a través del ejercicio de los poderes que, además, están subordinados a la ley, no solo en cuanto a las formas sino también en lo relativo a los contenidos en su ejercicio” (Ferrajoli, 2014).

Estos dos aspectos sustentan parte de los argumentos en los que el autor respalda su teoría garantista del derecho. Para efectos de este trabajo resulta vital vislumbrar ambas aproximaciones porque ahí es donde radica uno de los principales puntos a debatir. Esto es, si se puede considerar derecho válido cualquier reforma a la Constitución cuándo se atiende solamente a los procesos para su modificación y se deje de lado si en el aspecto sustantivo, hay o no concordancia con los principios constitucionales, mismos que se encuentran enmarcados por los derechos fundamentales.

Hablar de estas dos dimensiones, la *mera legalidad* (dimensión formal) y la *estricta legalidad* (dimensión sustancial) sirve de sustento también en el modelo democrático constitucional, pues haciendo referencia a la definición arriba citada existen dos esferas que deben ser respetadas en todo proceso democrático. Aquella sobre la cual no es posible decidir, es decir, aquellos procesos sobre los cuales se podrían vedar libertades y derechos básicos, y del otro lado, la esfera sobre la cual se debe decidir o actuar, que consiste en la debida garantía de los llamados derechos sociales.

Así pues, siguiendo a Alexy citado por Sánchez Gil (2006) la democracia constitucional se define a través de los siguientes puntos:

- La dignidad humana como premisa.
- Soberanía popular, mas no comprendida como permisión de la arbitrariedad.
- La Constitución entendida como un contrato que permite y exige fines educativos y valores orientadores, fundante de un orden jurídico especialmente sometido a ella e influido por los derechos fundamentales.
- Pluralismo democrático.

El modelo democrático constitucional de alguna forma culmina esa transformación del Estado Constitucional preservando la idea de la dignidad humana como principio elemental sobre el cual desarrollar los procesos democráticos, y que éstos a la vez tengan un control teniendo esa misma premisa para evitar los abusos y arbitrariedades de las mayorías con el pretexto de participar en los procesos democráticos. Los derechos fundamentales por su parte siguen siendo clave esencial para el debido desarrollo de la dinámica social, cuyo principal reto está centrado en la efectiva garantía de los mismos, cuestión que se analiza en el siguiente apartado.

1.2.2 El modelo –garantista- democrático constitucional

El garantismo como propuesta teórica se construye desde el pensamiento de Luigi Ferrajoli. Se trata de un modelo normativo – político que Pedro Salazar (2013, p. 163) distingue de la siguiente manera:

Se expresa como: el conjunto de límites y vínculos impuestos a todos los poderes – públicos y privados, políticos (o de mayoría) y económicos (o de mercado), en el

plano estatal y en el internacional – mediante los que se tutelan, a través de su sometimiento a la ley y, en concreto, a los derechos fundamentales en ella establecidos, tanto las esferas privadas frente a los poderes públicos, como las esferas públicas frente a los poderes privados.

De igual forma el propio Ferrajoli (2014, p. 29) lo define como:

Un modelo de derecho basado en la rígida subordinación a la ley de todos los poderes y en los vínculos impuestos a estos en garantía de los derechos, con preferencia de los derechos fundamentales sancionados por la constitución. En este sentido, el garantismo es sinónimo de estado constitucional de derecho, es decir, de un sistema que toma el paradigma clásico del estado liberal ampliándolo en dos direcciones: por un lado, a todos los poderes, no solo al judicial sino también al legislativo y al ejecutivo, y no solo a los poderes públicos sino también a los privados; y por otro lado, a todos los derechos, no solo a los de libertad, sino también a los sociales, con las consiguientes obligaciones, a más de las prohibiciones, a cargo de la esfera pública.

Lo que se observa de las anteriores definiciones es una propuesta que evoluciona al mismo Estado Constitucional y que impacta a los sistemas democráticos de este modelo. Una de las principales aportaciones tal vez se encuentra en que para Ferrajoli no solamente es suficiente hablar de los derechos fundamentales como barreras para limitar el ejercicio del poder público sobre los ciudadanos, sino que también son oponibles a los entes privados, dejando atrás el viejo esquema liberal en la relación de supra – subordinación, por lo que bajo esta visión los derechos humanos irradian los efectos de los derechos humanos de manera horizontal también, es decir, ahora en las relaciones entre particulares llamadas de igual forma como de coordinación.

Asimismo, el garantismo implica una efectiva protección de los derechos antes citados, precisamente porque se contemplan desde la norma fundamental y con la finalidad de mantener su estatus de supremacía. Por ello es importante tener presente las dimensiones tanto formal como sustancial para efectos de la interpretación y aplicación de los contenidos constitucionales. En ese tenor, el modelo garantista democrático constitucional permitirá realizar una evaluación a través de los controles autorizados para ello, tanto de los procesos democráticos que desde el constitucionalismo se regulen, en relación a la sintonía que guarden los mismos en su aspecto formal y de contenido, en virtud del ingrediente sustantivo derivado de los derechos fundamentales.

Así pues para concluir esta primera parte de aproximación a las nociones de Estado Constitucional que se han descrito antes, es pertinente recordar que en la actualidad dicho estado no se puede descontextualizar de la posición que guarda con otras naciones, con organismos internacionales, con sistemas regionales de protección de derechos humanos, con tribunales supranacionales etc. ello tal vez lleva a Ferrajoli a considerar que el constitucionalismo del futuro (el del presente puede estar ya en crisis) se localice en la dinámica antes apuntada, en donde la garantía de los derechos humanos ya no se limita y tampoco es suficiente desde los ámbitos internos de cada una de las naciones, sino que guarda especial relevancia en latitudes fuera de ellas. El reto entonces radicará en darle esa efectiva protección a los derechos fundamentales desde el cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas.

1.3 Jerarquía de las normas constitucionales

Cuando se habla de la palabra jerarquía en cualquier sentido, nos remite a la idea de grado o del lugar que ocupa tal o cual cosa respecto a otras. La Constitución dentro del ámbito del referido Estado Constitucional está dotada de ciertas cualidades que la



distinguen del resto de las normas jurídicas, una de ellas vinculada al nivel o grado que ocupa respecto de las demás normas jurídicas.

Tradicionalmente el principio de supremacía constitucional coloca a la norma fundamental “por encima” de otras. Es el sustento o base del sistema jurídico y por lo tanto parte de ella toda la configuración de ese entramado. De esa forma la Constitución se vuelve el referente de interpretación y de validez del derecho.

Como lo señala Carbonell (2004) la supremacía constitucional se identifica por las siguientes cualidades: 1) la Constitución concentra las reglas sobre la división de los poderes estatales; 2) establece los procedimientos de producción normativa; 3) contempla un catálogo de derechos fundamentales como una especie de piso mínimo de protección; y 4) incorpora a su contenido los valores que determinada sociedad considera como elementales.

Sin embargo, la apreciación de la supremacía constitucional no se puede enfocar a una sola arista, sino que es factible hablar de aristas o de jerarquías. Este punto resulta importante no sólo para efectos de definir distintas aproximaciones al concepto de referencia, ya que también tiene implicaciones en la interpretación que se hace de la Constitución y en consecuencia de la aplicación del derecho. Por ejemplo, tal circunstancia es evidente en la tradición del constitucionalismo mexicano, donde la idea de norma suprema se circunscribe únicamente a un aspecto formal, es decir, se visualiza la Constitución bajo el esquema piramidal en donde dicha norma al ocupar la cúspide del sistema jurídico, genera una barrera de interpretación de su propio contenido y deja fuera la interpretación que se pudiera hacer de ciertos contenidos en relación a las obligaciones del derecho internacional.

Siguiendo a Ortega García (2015) la jerarquía de las normas se puede clasificar en: formal o estructural, material, lógica y axiológica. La primera se encuentra relacionada

con la superioridad en el sentido de cual norma fija las reglas de producción de otras normas, con lo cual nos enfrentamos a la tradicional noción de jerarquía en relación a la idea de verticalidad. Por su parte la de tipo material se actualiza cuando existe contradicción entre normas con grados distintos, donde prevalece aquella que formalmente es superior. Directamente vinculada se encuentra la de naturaleza lógica cuyo presupuesto formal implica que aquellas normas que aterricen el contenido de una superior, subsistirá siempre esta última en razón de su lugar en la escala jerárquica.

Ahora bien, respecto a la jerarquía axiológica se debe mencionar que para efectos de este trabajo ocupa especial referencia. Dentro de la clasificación señalada en el párrafo que antecede, el aspecto axiológico como su nombre lo indica se centra en los valores que posee la norma para ser considerada superior. Atiende a elementos sustanciales y no meramente formales como en el caso de la de tipo estructural. Ello implica que la norma contemple valores superiores sobre los que descansan los cimientos del sistema jurídico, verbigracia, valores éticos o de justicia. Esta consideración reviste de especial interés por el planteamiento que posteriormente se hará respecto a la interpretación de las restricciones constitucionales, pues cabría preguntarnos si la prevalencia de las normas constitucionales sólo debe atender a aspectos meramente formales o debe abrazar también la superioridad en tanto contenido axiológico, y una situación aún más compleja radica en el cuestionamiento en relación a si dentro de las normas constitucionales se pueden generar antinomias y lesiones a dicho cuerpo de valores.

Surge en virtud a lo anterior, la necesidad de extrapolar esta clasificación (principalmente la axiológica) al concepto de Ley Suprema, que concretamente en el caso mexicano se prevé en el numeral 133 de la Constitución. La primera duda aquí es ¿qué abarca dicho concepto de Ley Suprema? Como la respuesta no es sencilla nos remitimos primeramente al precepto citado que a la letra dice:

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

González Oropeza (2014) considera que la expresión Ley Suprema refiere no únicamente a la Constitución en sí misma, sino a los otros dos ordenamientos jurídicos que forman un conjunto normativo. Por Ley Suprema él entiende la vigencia de dichos cuerpos legales sobre la base del federalismo judicial, para ser tomados como referentes tanto por las esferas locales como por la competencia federal. Sin embargo esa premisa no es reconocida por la interpretación que se ha hecho a nivel jurisprudencial, mediante la cual estrictamente cuando no se trate de derechos humanos, el grado de jerarquía – vertical- comienza de la Constitución y coloca a los tratados internacionales y leyes en un segundo y tercer puesto respectivamente. Sin embargo, este análisis se desarrollará a detalle en posteriores apartados.

Por su parte, cuando se hace referencia a la dimensión o criterio axiológico de jerarquía, extrapolándolo a la idea de Ley Suprema, García Ortega (2015) señala que se trata de dar legitimidad a los actos jurídicos y no solamente validez. La legitimidad implicaría el ajuste a los valores éticos, principios fundamentales y derechos previstos de la Ley Suprema. Si se acepta la idea de González Oropeza en relación con que la Ley Suprema va más allá del texto constitucional, entonces se podría hablar de los valores no sólo en el texto supremo, sino también los que se integren a partir de fuentes de derecho autorizadas como los tratados internacionales (esto únicamente tratándose de derechos humanos). Esta última afirmación conlleva al concepto de bloque de constitucionalidad que en México se ha interpretado como parámetro de control de la

regularidad constitucional, mismo que ha abierto importantes debates respecto a su reconocimiento.

Así pues, Ortega García (2015, p. 66) nos dice que la dimensión axiológica de la Ley Suprema tiene las siguientes implicaciones: 1) la Ley Suprema se considera el fundamento de las normas de derecho positivo; 2) tales disposiciones deben ajustarse a los derechos humanos previstos en la Ley Suprema mediante criterios hermenéuticos; y 3) si una norma dentro del esquema del derecho positivo contradice los valores de la Ley Suprema, sería ilegítima y por tanto potencialmente nula. Como se observa, existe sintonía entre la exposición referente al contenido sustancial de las democracias constitucionales y la dimensión axiológica como criterio de jerarquía normativa. Es por ello que resulta oportuno retomar uno de los principales cuestionamientos ¿es posible que el contenido de la Constitución resulte ilegítimo a la luz del criterio de jerarquía en su dimensión axiológica? Para clarificarlo se hace necesario recurrir a nuevas aproximaciones del concepto de supremacía constitucional en relación a la materia sobre la que versa este trabajo, es decir, los derechos humanos.

1.3.1 La falsa tesis de la supremacía constitucional (vertical) en la interpretación de los derechos humanos

Desde esta investigación se pretende expresar que la idea de supremacía constitucional (de alguna forma abordada ya en los apartados anteriores) tiene nuevos enfoques y aproximaciones a partir del sistema de interpretación de los derechos humanos. Como se dijo, la supremacía constitucional consiste en atribuirle una cualidad de grado jerárquico superior a la norma fundamental, sea por criterio estructural o formal, o bien por la naturaleza axiológica de su contenido.

Sin embargo existen retos a partir de la interpretación de los derechos humanos como postulados para proteger la dignidad humana en su enfoque individual o bien en el

de tipo colectivo. Ello necesariamente debe provocar un ejercicio hermenéutico más acercado a maximizar esa garantía o desarrollo del derecho según dinámicas de integración normativa, y no a partir de excluir cuerpos legales con el pretexto de la aplicación exclusivamente del texto constitucional, cuando posiblemente desde otras fuentes se encuentre mejor regulado tal o cual derecho humano.

Sobre esta base descansan las nuevas aproximaciones de la supremacía constitucional a las que José Luis Caballero (2014, p. 135) hace referencia de la siguientes manera:

La concepción de la supremacía constitucional tiene nuevas aproximaciones. No sólo como el ordenamiento que determina las formas de producción normativa, sino la aplicación de otros ordenamientos no producidos desde el orden interno. Un centro de convergencia en unidad, más que un vértice del cual todo deriva y marca el punto de partida de la ley, al tener en consideración los contenidos normativos que convergen en el orden jurídico nacional. De esta forma, en el desarrollo jurídico comparado, el principio de supremacía constitucional permite ordenar las competencias; la producción normativa, o la aplicación de órdenes normativos complejos y plurales.

Como se observa la idea de supremacía conserva elementos ya definidos en apartados anteriores, sin embargo plantea otros más en relación directa con la interpretación de los derechos humanos. En la definición citada se destacan los siguientes puntos que nos permitimos desarrollar:

- Aplicación de ordenamientos no producidos desde la sede interna de los estados. Cuando la Constitución se convierte en el documento supremo en el modelo del Estado Constitucional, uno de los rasgos característicos se concentra en la fijación

de las reglas sobre la producción normativa, es decir, de la creación de leyes desde los procedimientos internos donde intervienen el poder legislativo y el poder ejecutivo. De esta manera, la calidad de “norma suprema” se consagra a partir de una regla de operatividad en la aplicación de otros ordenamientos que no necesariamente son producidos desde el interior de los estados, como puede ser el caso de los tratados internacionales.

- Un centro de convergencia más que un punto de partida, ya que si dejamos fuera el esquema piramidal y se utilizan otras herramientas interpretativas, se genera una integración del derecho humano o de los derechos humanos en juego, pues permitiría potencializar su espectro de protección a partir de la armonización del derecho interno con el derecho internacional, cuestión que se logra con principios como el pro persona o la cláusula de interpretación conforme.
- Facilita el desarrollo expansivo de los derechos humanos y robustece la idea de bloque de constitucionalidad al generar redes y a partir de la articulación de derechos humanos, cuestión que se conoce como pluralismo jurídico.

No se debe perder de vista que las otras características ya referidas anteriormente sobre la supremacía constitucional no desaparecen. Lo que se pretende es dejar claro que además de esas añejas concepciones, existen otras de aires innovadores que permiten despejar la arraigada idea de la interpretación vertical de los derechos humanos, pues en relación a ellos, no operan las mismas reglas en la ejecución del ejercicio hermenéutico. Esto se concretiza también cuando recordamos que el Estado Constitucional no es ajeno al concierto de naciones, ni tampoco puede desconocer las obligaciones internacionales a las cuales se sujeta un estado en uso de su soberanía. Por ello, los derechos humanos no se interpretan a partir de un sistema vertical, sino a través de la armonización e integración normativa sea cual sea la fuente que se tome como referente (nacional o internacional).



1.3.2 Supremacía constitucional y modelo de interpretación en México

Tal como se explicó en los apartados anteriores, la supremacía constitucional tiene sus cimientos en un canon de superioridad del texto constitucional. Ello genera que el resto de las normas del sistema jurídico sean acordes a aquélla, pues en caso de no serlo, pueden ser potencialmente invalidadas y expulsadas del sistema jurídico. Sin embargo también se abordó la especial circunstancia en relación a que la jerarquía de la Constitución no necesariamente se reduce a una sola aproximación unívoca, sino que se puede apreciar desde distintas esferas en mérito de preservar ese estatus de norma superior del resto de las demás, tal como ocurre desde el enfoque axiológico.

México cuenta con un modelo que se configura desde el prototipo de Estado Constitucional Democrático. Bajo esa premisa construye un ideario tanto político como jurídico desde la Constitución basada (en el caso de los derechos) en principios que garanticen el desarrollo de las personas tanto en lo individual como en su vertiente colectiva.

Fue en el año de 2011 cuando se publicaron dos de las reformas más trascendentes y a la vez de paradigmáticas del ordenamiento jurídico mexicano. La primera refirió al juicio de amparo y días después la denominada “reforma constitucional de derechos humanos.” Esta modificación al texto fundamental trajo consigo una relectura del derecho, pues constitucionalizó cánones interpretativos que operan como sistemas integradores de normas que no necesariamente se crearon en la sede interna del país. Este apartado no tiene como finalidad detallar los aspectos de la reforma sino únicamente vincular el concepto de supremacía tal cual se ha estado refiriendo, con el modelo de interpretación que se plantea desde la Constitución.

Para comenzar es pertinente citar el actual artículo primero constitucional, sólo en lo concerniente dentro de los párrafos uno y dos. Dicho numeral expresa lo siguiente:

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.

El primer párrafo presenta una declaración importante de principios, para efectos de este apartado sólo se destacarán los siguientes aspectos. Una de las principales modificaciones (además de la conceptual) se encuentra en el reconocimiento de los derechos humanos tanto de fuente interna como los de fuente internacional. Esta cláusula de apertura al derecho internacional de los derechos humanos (en adelante DIDH) tiene implicaciones importantes al diluir el esquema jerárquico tradicional – formal del texto constitucional. Así de la simple lectura cuando refiere que las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en Constitución y en tratados internacionales, se está enunciando un catálogo sustantivo de derechos humanos que no necesariamente se encuentran en la legislación interna, sino también por aquéllos se integran a partir de otros ordenamientos plurales⁴ cuestión que se conoce desde el derecho comparado como bloque de constitucionalidad.

⁴ Es importante aclarar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no ha reconocido la existencia de un bloque de constitucionalidad, sino solamente de lo que denominó como parámetro de control de regularidad constitucional. El análisis de dicha figura y sus implicaciones en el tema de las restricciones constitucionales se abordarán en capítulos posteriores.

La disposición constitucional entonces reta de manera concreta la percepción sobre el concepto formal de supremacía, pues en la medida que existe un reconocimiento de otras fuentes de derecho además de la propia Constitución, se desvanece el concepto de supremacía en sentido formal, circunstancia que sigue generando amplios debates en torno a la jerarquía normativa del texto fundamental. Precisamente esas discusiones dieron origen a la jurisprudencia que se cuestiona desde este trabajo, misma que se analizará en el apartado correspondiente. Aún así se puede adelantar que para la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante la Corte) desde la resolución de la contradicción de tesis 293/2011, fijó un criterio donde en una primera lectura se eliminó la jerarquía de fuentes, es decir, el referente de interpretación se concreta al derecho humano o derechos humanos contenidos tanto en la Constitución o en los tratados internacionales, pero se insiste, sólo en una primera lectura se puede hablar de una expulsión del criterio jerárquico formal o vertical⁵.

En relación al segundo párrafo del citado precepto, debe decirse que se trata de otro enunciado normativo de gran calado. Contempla por un lado los dos referentes interpretativos de los derechos humanos (Constitución y tratados internacionales), y por otro, los dos modelos de interpretación de tales derechos (cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona).

La particularidad del planteamiento del modelo mexicano radica en la implementación de la Constitución como referente interpretativo de su propio contenido. Tratando de esclarecer este punto, partamos del hecho en donde se ubican tanto la norma fundamental como el DIDH como puntos de interpretación de los derechos

⁵ El criterio del cual se habla y que será punto de análisis en los subsiguientes capítulos quedó de la siguiente forma: 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.

humanos. Esto significa que la validez del ordenamiento jurídico se hará a partir de las disposiciones que una y otra fuente estipulen, teniendo como guías del ejercicio hermenéutico la cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona⁶.

En relación a este aspecto, es importante sentar como antecedente para los próximos desarrollos, que la Constitución puede y debe ser interpretada con su propio contenido, lo cual incluiría los valores y principios establecidos en ella como puntos para dotar de sentido o significado a tal o cual derecho humano y en todo caso, resolver en algún momento determinado la validez y la legitimidad del acto o norma constitucional analizada⁷.

En el supuesto de la interpretación conforme José Luis Caballero (2014, p. 27) citando al Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Eduardo Ferrer MacGregor la definen como:

En términos generales, podríamos sintetizarla como la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con

⁶ Aquí merece la pena recordar, que parte de la propuesta planteada se configura desde la validez pero también desde la legitimidad del ordenamiento jurídico y de los actos que él deriven. Ello en virtud de la ya citada dimensión axiológica como criterio de jerarquía.

⁷ Se hace énfasis en este punto porque existen otras constituciones como la española donde contempla también una cláusula de interpretación conforme pero que remite para tal ejercicio no el contenido de la propia Constitución sino al DIDH, tal como se observa en su artículo 10:

Artículo 10

1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.
2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección.

Según lo dispuesto por el artículo 1º constitucional en su segundo párrafo, se configuran ciertas consecuencias de seguir este modelo de interpretación conforme, que impactan en el análisis no sólo de la validez del ordenamiento jurídico, sino en la legitimidad de sus contenidos. Siguiendo al mismo autor, explica cuáles son tales implicaciones que a continuación se transcriben:

- De todas las normas relativas a los derechos humanos contenidas en la legislación, hacia los referentes Constitución y los tratados internacionales.
- De las normas sobre derechos humanos contenidas en los tratados internacionales hacia la Constitución y los tratados internacionales.
- **De las normas sobre derechos humanos contenidas en la Constitución, hacia otras normas de la Constitución y los tratados internacionales** (Caballero Ochoa, 2014, p. 252) -subrayado añadido-.

Se insiste en que tales implicaciones se desprenden del modelo particular mexicano, que no se encuentra en otras constituciones como la española por ejemplo. La última remisión de las tres citadas, ocupa un lugar importante en el análisis de este trabajo y viene a colación para reforzar la idea de la supremacía constitucional en su dimensión axiológica. Quiere decir que la norma fundamental contempla dentro de su espectro normativo derechos humanos que deben ser interpretados de conformidad con sus propias disposiciones⁸. Con esto no se pretende decir que sea exclusivamente la

⁸ No ha sido ajeno a las resoluciones emitidas por la Corte esta idea donde se interpreta la Constitución de conformidad con sus disposiciones, tal como se observa en el caso de los amparos en revisión denominado “los reos de Zacatecas”, en el cual el punto de referencia más protector fue un derecho desprendido a favor

enunciación de un derecho humano la que se pueda interpretar, sino también algunas disposiciones que puedan limitarlos o bien restringirlos, pero que tales enunciados normativos no se adecuen al contenido constitucional en su aspecto sustancial o axiológico. Por lo tanto el test de “constitucionalidad” en la ejecución de la cláusula de interpretación conforme podría indicarnos si es válida y legítima tal o cual disposición.

Parecería que este estadio de armonización del derecho a partir de la cláusula de interpretación conforme o el principio pro persona⁹, diluye en buena medida la idea de supremacía constitucional. Sin embargo hay que recordar como lo apunta Cabrales Lucio (2015, p. 125) “no se puede deducir que la interpretación conforme elimine o perjudique el criterio jerárquico, sino que simplemente constituye una de sus manifestaciones.”

El modelo mexicano de interpretación de los derechos humanos plantea una superación del viejo esquema vertical y piramidal para su aplicación en los ámbitos competenciales de las autoridades. En oposición a ello, conjuntamente con la integración del DIDH se busca una mayor protección de los derechos humanos en juego, y también la posibilidad de realizar un desarrollo expansivo de los mismos.

El reto para los jueces en este modelo, es precisamente hacer un ejercicio de armonización entre los referentes interpretativos Constitución – tratados internacionales. La idea de supremacía constitucional consiste en lograr que desde la sede interna, en la aplicación del derecho, se haga consciencia del conjunto normativo proveniente desde el derecho internacional para poder conformar un todo integrado, la garantía de los derechos humanos.

de quienes solicitaban purgar sus penas en centros penitenciarios cercanos a su lugar de residencia, y así fue como la Corte resolvió que la Constitución reconocía un derecho más protector que el encontrado en el DIDH (Alfonso Herrera, 2014).

⁹ Para Caballero Ochoa (p. 124) el principio pro persona “completa a la interpretación conforme; permite una última y definitiva elección hermenéutica sobre elementos provenientes de otras pautas interpretativas que son los que indican el sentido más protector o menos restrictivos de tal elección.”



1.4 El Núcleo intangible de la Constitución

Una vez realizado someramente algunos apuntes en relación al criterio de supremacía constitucional y su referencia especial al modelo de interpretación en México, resulta pertinente continuar en esa misma línea buscando esclarecer bajo la concepción axiológica, si la norma fundamental plantea una especie de coto vedado sobre el cual ninguna decisión desde el exterior debería lesionar, pues al hacerlo podría potencialmente dejar sin sustento las bases sobre las que descansa el ideario del constitucionalismo democrático de un Estado.

Como lo expresa Zagrebelsky (2011) la raíz de los problemas no se encuentra en la Constitución o en las decisiones de los jueces, sino radica en lo que el llama “la idea” del derecho o de la Constitución. Tal vez eso sea precisamente lo que fundamente la posibilidad de hablar desde la teoría, de un núcleo intangible de la norma fundamental, pues será cada sociedad la que incorpore a su texto normativo los valores considerados esenciales que forman a la vez, una especie de barrera infranqueable al fijarse como cimientos de determinado sistema jurídico.

En algunas de las sociedades contemporáneas, se ha añadido a la ideología de las constituciones ingredientes democráticos relacionados con las decisiones políticas fundamentales (como la división de poderes) pero otros que se relacionan con valores superiores principalmente enmarcados por los derechos humanos. La cuestión que sobresale se aterriza cuando cuestionamos quiénes dentro de un Estado Constitucional pueden violentar el núcleo intangible. Si partimos de lo expresado en apartados anteriores por Luigi Ferrajoli, cualquier poder público o privado se encuentran sometidos a los designios constitucionales. De esta forma el respeto al núcleo intangible de la Constitución, podría ser violentado por cualquier poder constituido, y eso incluye al poder reformador o llamados por otros como constituyente permanente.

¿A qué se refiere entonces el concepto de núcleo intangible de la Constitución? Vázquez Gómez Bisogno (2012, p. 157) señala que se trata de una construcción teórica que indica un “elemento primordial o parte central e inalterable de la Constitución, a la que se van agregando otros elementos para formar un todo: el texto constitucional.”

Atendiendo a la definición proporcionada se puede establecer que el texto fundamental dentro de su contenido cuenta con valores, principios, derechos y decisiones de naturaleza vital para seguir manteniendo su esencia, sin la cual perdería su significado dentro del contexto del paradigma constitucional democrático. Por ello la idea de núcleo otorga un verdadero sentido de existencia, validez y legitimidad a la voluntad plasmada en la norma suprema.

Sin embargo la pregunta que surge es ¿existe realmente este núcleo intangible?; de ser así ¿dónde lo encontramos?; ¿permitiría analizar dicho núcleo la constitucionalidad de las normas constitucionales?; y ¿el núcleo intangible según las particularidades del modelo constitucional mexicano podría extenderse más allá de los límites del texto fundamental? Todas estas interrogantes deben comenzar a esclarecerse a partir de la “idea” de lo constitucional, es decir, cuáles son los valores que deben contemplarse dentro de ese concepto, para posteriormente definir si se actualiza entonces la posibilidad de evaluar la constitucionalidad de las disposiciones constitucionales.

1.4.1 La dimensión axiológica de la Constitución (el sentido de lo constitucional)

El núcleo intangible de la Constitución parte del hecho de considerar el texto supremo más allá de los elementos estructurales o formales que lo distinguen del resto de las normas. Si bien existe una base sobre la cual evidentemente hay una superioridad para dar solidez a cualquier ordenamiento jurídico, también es verdad que dicha solidez



no descansa solamente en apreciaciones respecto a cuál norma da origen a otra, resolviendo de esta manera cualquier tipo de contradicción entre ellas (validez del derecho).

El núcleo intangible encuentra su justificación en el epicentro del Estado Constitucional. Si éste como evolución o como superación del estado de derecho se configuró a partir de una “idea” distinta de la Constitución, sea porque se dotó de rigidez y supremacía a estos textos, o bien por estipular un contenido básico de derechos fundamentales, quiere decir que se puso especial atención al respeto de la norma fundamental desde enfoques tanto formales, materiales o bien axiológicos, actualizando de esa manera la propuesta de Ferrajoli sobre el ingrediente sustantivo del modelo constitucional democrático, donde todos, absolutamente todos los poderes públicos se encuentran sometidos a la Constitución.

La dimensión axiológica de la Constitución nos obliga a repensar en conceptos como el de constitucionalidad, legitimidad y validez. Nos obliga a hacer uso de disciplinas como la filosofía del derecho, la teoría del derecho y la teoría de la Constitución. Todo ello para verificar en primer lugar cuál es el sentido de considerar una norma o valor constitucional, cómo sabemos que lo es y qué sucede cuando no es así.

Por ello es necesario definir ¿qué es la dimensión axiológica de la Constitución? Sánchez Gil (2006) por ejemplo, refiere que la norma fundamental al ser producto del ser humano, no escapa al elemento de inscribir en ella un contenido de valores que le son propios y son producto a la vez - como lo señala Geraldina González de la Vega – de una construcción cultural espacio-temporal. Esto significa que cada sociedad en concreto le podrá atribuir una serie de postulados que le son trascendentes en un momento y lugar determinados.



En relación con lo anterior, se le atribuye a Rudolf Smend la idea de la Constitución como sistema de valores, según el autor, “los derechos fundamentales realizan una función inspiradora e integradora de todas las demás instituciones del orden jurídico” (Sánchez Hil, 2006, p. 36). Esta afirmación tiene su punto de debate. Por un lado, es acertada la visión de la Constitución como una norma que irradia su contenido no sólo normativo en sí mismo, sino que a la vez, se transmite a través de ella una carga moral importante que se debe replicar en las normas instrumentales. Sin embargo, existe también un punto fino para disentir, y es en relación a considerar si los derechos humanos son en realidad los únicos postulados que integran valores, o bien si existen una especie de *pre-valores* que incluso no necesariamente se conciben como derechos sino como verdaderos fundamentos de aquéllos.

Por otro lado, lo que sí es acertado es que lejos del punto fino referido, los derechos fundamentales sí pueden ser transmisores de cargas valorativas importantes que buscarán la integración del resto de las normas del ordenamiento jurídico. Esto significa que las normas instrumentales, y aún las normas constitucionales deben estar en sintonía con los valores expresados o contemplados bajo el manto de los derechos humanos. Lo anterior expresa más la idea de legitimidad que de validez, pues se busca un ajuste del sistema jurídico a lo que la voluntad del pueblo por conducto del Poder Constituyente plasmó en la norma fundamental al ser creada. En consecuencia, la fuerza y solidez en el Estado Constitucional va de la mano con definir cuáles valores se respaldan desde la Constitución.

¿Cuáles deberían ser los valores que sustenta el ideario del significado de lo constitucional¹⁰? Geraldina González de la Vega (2006), construye su argumento filosófico respecto a este cuestionamiento a partir de los fundamentos del *ser ahí* desde

¹⁰ Se hace la aclaración que la idea “de lo constitucional” como expresión utilizada en el desarrollo de este trabajo, se tomó del magistral texto de Geraldina González de la Vega titulado “Ouroboros, reflexiones sobre el sentido de lo constitucional.”



un aspecto cultural para distinguir a partir de ellas, al ser humano del resto de los seres vivos. Lo que se integra en el texto constitucional se vincula directamente según nos dice, con cuatro postulados básicos para entender el *ser ahí* (producto cultural), a saber son: libertad, dignidad, justicia y poder.

Cada uno de ellos se apoya en la edificación que el hombre hace de sí mismo en lo individual y en su entorno, es decir, la idea de lo constitucional parte del hombre – momento y espacio determinado- y regresa al hombre – en otro momento y espacio determinado- pero que deberá irse adaptando precisamente a los cambios y exigencias de realidad. La idea es ir formando una especie de cadena que se sostenga a partir de esta visión interpretativa del hombre como centro (en su dimensión individual o bien colectiva), para ir construyéndose a partir de la libertad conjuntamente con la igualdad para perfeccionar la dignidad humana como lo señala González de la Vega (2008), “la dignidad es una disposición del *ser ahí* la posibilidad de elegir, al elegir es libre, al ser libre en igualdad reivindica su dignidad.”

En ese camino continua la cadena hacia la justicia a partir de la naturaleza racional para determinar lo que es justo y lo que no lo es, cuestionando cuál es el fin de la justicia etc. Finalmente, la propuesta particular de la autora culmina con el poder, pues resulta un elemento indispensable dentro del desarrollo de la cultura y naturaleza humana, al requerir de la “guía” de otros para garantizar los todos elementos citados.

Las aproximaciones referidas en los párrafos anteriores sirven como un primer acercamiento a la dimensión axiológica de la Constitución y también para entender el sentido de lo constitucional. Los cuatro elementos destacados antes desde un punto de vista particular, encierran la idea de la dignidad humana. Eso no significa que cada uno de ellos no tenga un contenido propio, desde luego lo tienen, sin embargo, los valores expresados arrojan en todo caso el concepto de dignidad humana. Por lo tanto, este último debe ser considerado como la base y sustento de los demás (posiblemente del

poder no por la construcción misma del concepto), que a su vez irradiaran al resto del las normas tanto constitucionales como las instrumentales.

Para otros autores si bien la dignidad humana es trascendente, el ingrediente democrático no lo debe ser menos. Incluso se podría vincular al elemento poder que se hizo referencia antes (Sánchez Gil, 2006). La garantía de protección de estos valores se lograría precisamente con una ideología de corte democrático insertado en la Constitución. De esa manera la legitimidad – y no sólo la validez- del ordenamiento jurídico tendría que adherirse a la satisfacción de los puntos que configuran un sistema de esa naturaleza que incluye entre otros a la libertad y a la igualdad.

El sentido de lo constitucional buscará encontrar en la esencia del ser humano como ente de razón y como ser con dignidad según su propia naturaleza y según su contexto cultural, definir en el ejercicio hermenéutico ejecutado por los intérpretes constitucionales la protección de tales valores que sean alterados desde cualquier flanco, sea por normas constitucionales o por normas instrumentales.

En relación con esta idea que retoma el concepto de supremacía constitucional, remite al concepto de la legitimidad de las normas. Para explicar este concepto, recurrimos a García Ortega (2015, P. 69) quien la entiende de la siguiente manera:

En esencia por legitimidad de una norma jurídica entiendo su correspondencia con algún valor o grupo de valores supremos; dicha correspondencia depende de que contenido de la norma sea compatible (conforme, congruente, etc.) con esos valores; es decir, la legitimidad es el resultado de comparar el contenido de la norma con el conjunto de valores que da forma y sustancia al derecho.

Esto desde luego puede causar conflictos entre normas, es decir, si la legitimidad atiende a la dimensión axiológica de la Constitución, podemos enfrentarnos al problema

de tener normas válidas pero que no son legítimas. Esta última circunstancia se deriva por el no ajuste de las normas tanto instrumentales como de las normas constitucionales al contenido axiológico. Tal circunstancia conlleva también a problematizar si existen o no medios idóneos en el caso de México, para revisar no sólo la validez de la norma sino la legitimidad de la misma, y si ésta característica desenlazaría alguna consecuencia para dicho texto legal.

Finalmente, en relación con el sentido de lo constitucional y la legitimidad de las normas, se debe recordar que el modelo de interpretación mexicano contempla la posibilidad de buscar ese ajuste y congruencia a través de la práctica por ejemplo de la interpretación conforme. Tal ejercicio llevaría a interpretar la Constitución con sus propios valores proyectados principalmente a través de los derechos fundamentales. Por consiguiente, las normas constitucionales que se confronten con la Constitución podrían culminar en la ilegitimidad de las mismas con las consecuencias derivadas de ello.

1.4.2 Distinciones entre valores, principios y normas constitucionales

Otro aspecto a considerar dentro del tema del núcleo intangible de la Constitución, refiere a identificar las diferencias entre los valores, principios y normas constitucionales. Anteriormente ya se hicieron algunas aproximaciones al sentido de lo constitucional, es decir, a determina qué valores permitirían resolver si tal o cual norma o acto se ajusta a aquéllos, no sólo para el análisis de su validez, sino también de su legitimidad.

En relación a esto existe cierta dispersión en poder clarificar cuáles son las diferencias entre estos tres supuestos. Todos ellos se encuentran en el texto constitucional, si embargo tienen fundamentos con origen diverso aunque concatenado. Previo a ello, Vázquez Gómez Bisogno (2012) hace una aclaración en relación a un concepto que tiene estrecha vinculación con el tema a tratar. Él se plantea la siguiente

pregunta ¿puede hablarse de la constitucionalidad de la Constitución¹¹? Responde citando a Sepúlveda, tal cualidad quien define:

“La constitucionalidad debe entenderse como la esencia de la Constitución. Definir qué es la constitucionalidad significa preguntarse por lo más profundo y propio de la Constitución, su parte viva, palpitante. Aquello que hace de la Constitución un instrumento social útil e irremplazable.” Y continúa...”el camino que ha seguido la evolución constitucional conforme al cual se percibe un apartamiento del formalismo jurídico cada vez más patente ha permitido que surja una doctrina a favor del reconocimiento de la constitucionalidad de la Constitución, es decir de la existencia de un núcleo permanente y propio de todo ordenamiento constitucional.”

Como se aprecia la constitucionalidad de la Constitución parecería reflejar el concepto del núcleo intangible, sin embargo, el primero en realidad funciona sobre el contenido del núcleo para saber qué forma parte de él. De esta manera se pueden concatenar los conceptos que se manejaron alrededor de la dimensión axiológica de la Constitución para darle sentido a lo constitucional (los valores) que deben estar presentes en cualquier estado que se jacte de construirse con una visión que limite al poder y que procure la protección de la dignidad humana, la libertad o la justicia.

Lo importante en relación con el análisis de la constitucionalidad de las normas desde el punto de vista axiológico, es que atiende precisamente a esos elementos morales plasmados desde que el poder constituyente materializó la voluntad del pueblo en su Constitución. A la vez, como lo señala el mismo autor citado, la interpretación de dicha constitucionalidad debe hacerse desde este criterio y no desde el formal, pues a través de este último cualquier norma que forme parte de la Constitución gozaría del

¹¹ Cuestionamiento que sale a colación a raíz de establecer la posibilidad de encontrar normas constitucionales que sean inconstitucionales.

elemento de ser constitucional o bien estar dotado de constitucionalidad. Esta deducción es de fácil conclusión, pues sólo tendríamos que verificar si el procedimiento de integración o modificación de las normas constitucionales se hizo siguiendo los pasos previstos por ella. Esta situación cambia si más allá del formalismo atendemos al aspecto sustantivo o axiológico (también por algunos llamado material) de la Constitución, ya que de ser así, no todo apartado de la norma fundamental o no toda reforma podría ser considerada como constitucional¹².

Ahora bien, cuáles son esas diferencias entre los valores, principios y normas constitucionales. Los primeros han quedado de alguna manera englobados dentro del apartado anterior en relación con el sentido de lo constitucional. Aun así, cabe hacer algunas precisiones para lograr distinguir unos y otros conceptos. El valor a nivel constitucional se entiende como “una realidad o proposición que, clara y evidentemente constituye el orden de convivencia política y es fundamento del ordenamiento jurídico, debido a que se admite por la sociedad como estimable sin necesidad de demostración” (Vázquez Gómez Bisogno, p. 174).

El contenido de la definición anterior nos remite a los elementos que se toman en cuenta para encontrar el sentido de lo constitucional, el *ser ahí*. Además de la particularidad de que tales proposiciones son aprobadas por la sociedad sin que amerite demostración alguna. Emulando la afirmación previa, son el *ser ahí*, esto es, la realidad a la que se somete la naturaleza y cultura del hombre en sentido en su historicidad. Entonces las preguntas que surgen de esta reflexión son: ¿cuáles son los valores

¹² Ejemplos de esto se han encontrado en otras latitudes como Colombia. En este país tras la reforma constitucional antiterrorista, la Corte Constitucional al ejercer el control de constitucionalidad sobre este acto, encontró que las modificaciones alteraban de forma tal el núcleo axiológico de la norma suprema, y señaló a raja tabla, la imposibilidad de que el poder reformador pueda hacer cambios tan estructurales como si actuase a manera de poder constituyente. Por consecuencia tal reforma se estudiaba desde la constitucionalidad sobre la Constitución pero en relación a los valores fundamentales sobre los que se construye el Estado colombiano.

constitucionales? ¿todos los valores constitucionales poseen la misma jerarquía o no se relacionan en estos términos?

Siguiendo al autor en comento, se encontraron en distintos cuerpos constitucionales valores en común: la vida, la dignidad, la igualdad, la libertad y la justicia, pero también algunos otros como la paz o el pluralismo político. Algunos textos ponen mayor énfasis en determinado valor que otros según la sociedad de que se trate. Asimismo, se observa que estos valores encuentran su fundamento en el espíritu del estado democrático, cuestión que también puede variar de estado en estado, ya que no existe un solo modelo de democracia como tal. Sin embargo, se aprecia claramente que estos valores, como lo asegura Pereira Menaut, son “realidades pre-jurídicas” no se les puede considerar derechos pues aquéllos de alguna forma preexisten y sirven de fundamento a los segundos (Vázquez González Bisogno, p. 190).

Con relación al nivel de jerarquía de los valores el autor citado considera que no es posible hablar de la misma jerarquía entre ellos. Para él existen valores superiores y valores inferiores. Los primeros por sí mismos son aceptados por cualquier sociedad, y los segundos no necesariamente en todas, sino que se concretan a determinado grupo o comunidad. Este punto también puede ser debatible, pues incluso aquellos que en teoría deberían ser aceptados por cualquier sociedad como una especie de universalidad de los valores, cabe decir que existen sociedades donde no sucede esto, porque posiblemente el valor de la vida, la igualdad o la libertad se manejan desde estándares distintos como en el caso de algunos estados musulmanes.

Aún así la idea de manera general propone qué valores mencionados tienen una jerarquía superior, y qué otros hay con grado inferior (como el pluralismo político). Retomando a Zagrebelsky, todo consiste en “la idea” del derecho o de la Constitución que se tenga, al parecer ahí se encuentra la noción fundamental para entender cuáles son los valores que integrarían el núcleo intangible de la norma fundamental.



En relación con los principios constitucionales se pueden definir como normas en sentido amplio (para distinguirlas de las reglas), como enunciados generales y abstractos que por sí mismos no generan una consecuencia jurídica directa, es decir, existe un elemento de indeterminación para que se aterricen a partir de la interpretación que se haga de los mismos en sede política, judicial o administrativa. De alguna manera los principios se encuentran fundamentados en los valores a los cuales les dan cierta consistencia y estructura dentro del texto constitucional.

Robert Alexy los identifica con el concepto de “*optimization requirements*” es decir, mandatos de optimización, cuya definición propuesta se traduce como la orden de “la mejor conducta posible según sus posibilidades fácticas y jurídicas, mientras que las normas son mandatos definitivos en tanto requieren una conducta determinada o definitiva que agota el cumplimiento pleno de las mismas” (Vázquez Gómez Bisogno, p. 208). Esto se traduce por ejemplo, cuando se habla del valor igualdad, que desde luego se encuentra inserto en el entramado constitucional como una proposición moral que irradia todo el texto constitucional. De ese valor se desarrollan ciertos derechos humanos o fundamentales que se expresan a manera de principios, verbigracia la prohibición de la discriminación.

Finalmente las normas (sentido estricto) operan como reglas, enuncian una conducta que interesa a la ciencia jurídica. Su contenido más que moral (como en el caso de los principios) se traduce la conducta que se debe realizar acarreado una consecuencia legal en caso de su incumplimiento. A diferencia de los principios, las reglas no son indeterminadas para efectos de su interpretación, sino que al ser rígidas no dejan un margen amplio para poder aterrizirlas, simplemente enuncian la conducta y se ejecutan.

Haciendo una recapitulación de este apartado, la idea de hacer las distinciones para efectos de identificar el núcleo intangible de la Constitución tiene como propósito identificar precisamente esos valores inmutables que dan sustento y razón de ser al texto constitucional. A partir de estos cimientos es que se edifica la idea de Constitución en determinada sociedad, la cual según algunos autores, tiene el común denominador de ser aceptados por cualquier grupo o comunidad, siendo éstos la dignidad, la libertad, la igualdad y la justicia.

A partir de estos valores se fundamentan los principios, definidos como exigencias de contenido moral que se caracterizan por ser indeterminadas. El propósito de ello consiste en que sean los intérpretes o aplicadores del derecho quienes desarrollen los contenidos de los mismos, fundamentándose en los cánones fijados desde el texto constitucional, lo cual termina concretándose con el establecimiento de un catálogo esencial de derechos fundamentales. En consecuencia, el núcleo intangible de la Constitución deberá tomar en cuenta para su conformación, los valores estimables por cualquier sociedad como aceptados, con la finalidad de que éstos sustenten los mandatos de optimización (en palabras de Alexy). Una vez teniendo presente esas consideraciones, cualquier modificación a la norma suprema que atente contra esos valores esenciales no puede estimarse válida y tampoco legítima, pues en el caso de ésta última, cabría la posibilidad de hacer una evaluación sobre la constitucionalidad de la Constitución, y no sólo la constitucionalidad de las normas instrumentales.

1.4.3 Nuevas perspectivas del núcleo intangible de la Constitución

En apartados arriba se indicaron ciertas características que daban al modelo de interpretación de los derechos humanos la peculiaridad de considerarla *sui generis*. El mandato constitucional según se dijo, tiene a la Constitución y a los tratados internacionales como referentes interpretativos. A la vez estos dos son utilizados para



realizar ejercicio de integración y armonización del derecho por conducto de la cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona.

Ambos criterios hermenéuticos implican un reenvío normativo entre distintos órdenes jurídicos, teniendo a la Constitución – tratados internacionales como bloque o conjunto cuyo contenido (los derechos humanos) se vuelven el parámetro por medio del cual se analizará la constitucionalidad – convencionalidad¹³ del ordenamiento legal en el caso mexicano.

Vinculando el tema del núcleo intangible de la Constitución como conjunto de valores irreductibles sobre los cuales descansa y se soporta el propio Estado Constitucional, cabría lanzar la siguiente pregunta ¿existiría la posibilidad de considerar una extensión del núcleo intangible de la Constitución en virtud del modelo de interpretación de los derechos humanos en México? Si ello fuera posible ¿qué efectos pudiera generar en relación con la defensa de dicho núcleo?

Desglosemos cada uno de estos cuestionamientos. La primera situación que se debe superar es la relativa a considerar válida la idea de contar con un núcleo intangible de la Constitución extendido. Al respecto mencionamos que los valores materia del núcleo (dignidad, libertad, igualdad, justicia) nutren los principios que son propuestas o

¹³ Se utiliza esta expresión de constitucionalidad – convencionalidad porque a través de la resolución de la Corte dentro del expediente varios 912/201, derivado del cumplimiento de las obligaciones internacionales dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CorIDH) en el expediente coloquialmente llamado *Rosendo Radilla vs. México*. Fue a través de esta determinación que se autorizó a todos los operadores jurídicos a realizar un control de convencionalidad en modelo difuso. Ello significa concretamente que los impartidores de justicia (y en un sentido amplio del concepto toda autoridad pública) tienen que realizar un examen o contraste entre las disposiciones de su normativa interna con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esa facultad necesariamente se debe realizar a través de modelos interpretativos como el de la cláusula de interpretación conforme o bien el principio pro persona. Al final la posibilidad de ejecutar un control de convencionalidad en modalidad difusa, además de asegurar el cumplimiento de las obligaciones internacionales, permite la inaplicación de la norma que proteja menos o bien que vaya en contra de los estándares internacionales marcados por la Convención y su interpretación.



enunciados abstractos generalmente desarrollados por los derechos humanos, o bien contenidos dentro de éstos en su estructura.

Esos principios constitucionales cabe destacar, también se encuentran en la configuración de los tratados internacionales, pues en la elaboración de los mismos se redactan como normas indeterminadas para que los países firmantes tengan oportunidad de adaptarlo a sus legislaciones internas, sin alterar desde luego una especie de núcleo del tratado o que atente contra el propósito de éste.

Si para efectos de la interpretación de los derechos humanos se necesita tener en su conjunto como fuentes para ello al binomio inescindible (para citar las palabras de José Luis Caballero) Constitución – tratados internacionales, podría decirse que los valores a tomar en cuenta en el aspecto axiológico no solamente se reducirían a los propios de la Constitución, sino también los que se consideran desde los órdenes jurídicos plurales no creados en sede interna.

Esta idea encuentra también su justificación en el sentido de contextualizar al Estado Constitucional como una organización cuya dinámica conecta directamente con el concierto de naciones a nivel global. Pretender aislar al Estado Constitucional sería tanto como negar la legitimidad que él mismo en uso de su soberanía, ha dado a otras entidades internacionales para que conozcan o tengan jurisdicción sobre sí mismo.

De esta manera, los valores del núcleo intangible y los principios superiores materializados a través de los derechos humanos se integrarían para robustecer este reducto inviolable que propone una mejor protección de los derechos, pero a la vez, permitiría estudiar la legitimidad de los actos desde la vertiente interna y la internacional.

Otra consecuencia derivada de lo anterior estriba en la idea de la constitucionalidad ahora con un elemento extra consistente en el estudio de la legitimidad

pero desde la convencionalidad, es decir, el ajuste a los valores y principios que se sustentan a partir los contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos. Ese contraste normativo ya se realiza de alguna manera por la CorIDH cuando ejerce el control de convencionalidad en modalidad concentrada¹⁴.

El núcleo intangible extendido además se podría integrar por principios generales dentro del DIDH, disposiciones como las llamadas del *ius cogens* los cuales consisten en enunciados que encierran valores cuya interpretación no puede ser contraria en ningún momento a su contenido, por ejemplo la prohibición de la tortura o de la esclavitud. Esto sucede en virtud de que el DIDH se conforma por valores y principios que no únicamente radican en los tratados internacionales como tal, sino en los valores entendidos y reconocidos por los estados miembros de los sistemas de protección de derechos humanos (sistema universal ONU o sistemas regionales) y a los cuales les atribuyen una carga obligatoria para ser cumplidos.

De aceptar que existe un núcleo intangible extendido, la legitimidad en relación con la dimensión axiológica se haría a partir del binomio Constitución – tratados internacionales. Por lo tanto, al considerar la norma suprema desde su numeral primero la existencia de un reconocimiento de los derechos humanos integrados por fuente interna e internacional, entonces la legitimidad de los actos se estudiaría a partir la constitucionalidad – convencionalidad de las normas constitucionales y las normas de tipo instrumental.

Se sustenta esta hipótesis en la idea del bloque de constitucionalidad como catálogo sustantivo de derechos ubicados en diversas fuentes, pero que a la vez se

¹⁴ Al respecto, la CorIDH como última interprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya ha declarado la inconvencionalidad de textos constitucionales como en el caso paradigmático de Olmedo Bustos y otros vs. Chile, conocido como el caso de “La última tentación de Cristo”, donde el tribunal supranacional ordenó una reforma directa a la Constitución al considerar una porción de la misma contraria a la Convención.

caracteriza por dotar de rango constitucional a esos ordenamientos legales producidos fuera del contexto local. Es un concepto que nos permite visualizar a la Constitución más allá de los artículos que la conforman.

Para cerrar estas afirmaciones, restaría decir que los propósitos de ser contundentes con la hipótesis del núcleo intangible (sea en estricto sentido o bien de manera extendida como aquí se propone) son dos. El primero en tanto que permitiría someter a control político o judicial cualquier tipo de modificación al texto constitucional, es decir, por un lado se sometería al poder reformador a revisión y por otro la reforma en sí misma, con lo cual aglutinamos los aspectos formal o procedimental y el sustantivo o axiológico.

El segundo impactaría en la sede del poder judicial, al reconocerse esta posibilidad, la actividad de los jueces en la impartición de la justicia constitucional encontraría fundamentos suficientes para no considerar como constitucional cualquier contenido agregado o modificado en la Constitución. Lo anterior en virtud de que el sentido de lo constitucional se encontraría en los valores y principios superiores de la norma fundamental, teniendo así la posibilidad de revertir o bien invalidar cualquier cambio a estos cimientos estructurales del Estado Constitucional democrático, procurando una mejor protección de los derechos humanos.

1.4.4 Consecuencias de la lesión al núcleo intangible de la Constitución. Primera aproximación a la inconstitucionalidad de las normas constitucionales

En los apartados anteriores, hemos desglosado de manera somera algunas aproximaciones que dan sustento teórico a la problemática de la interpretación constitucional y de los derechos humanos. Este fenómeno se presenta al intentar definir cuáles son los alcances del concepto moderno de Constitución. Haciendo una recapitulación breve, recordemos que los textos constitucionales dejaron de concebirse

como simples cartas políticas a partir de la segunda posguerra mundial. Los estados como dijimos, rediseñaron sus estructuras con base en un texto supremo. Éste no solamente establecía la distribución y división de los poderes formulando pesos y contrapesos para evitar un nuevo el autoritarismo, sino que con la constitucionalización de los derechos humanos se buscó consolidar los valores sobre los cuales, estos Estados apostaban hacia un nuevo tipo de dinámica social, en el interior de ellos mismos, como en las relaciones con sus pares a nivel internacional.

Bajo esa perspectiva, la protección de los derechos humanos se evidenció como uno de los propósitos de las democracias, tanto las consolidadas como las emergentes, aun cuando estas últimas adolecieran de efectivas garantías, tal como sucedió con algunos países latinoamericanos. Lograr mantener ese estado constitucional sólido, sólo se puede lograr en tanto exista un pleno entendimiento de cuáles son los valores que lo conforman, y con base en ello diseñar los mecanismos necesarios para resguardarlos.

Si el núcleo intangible de la Constitución (sea en su perspectiva tradicional, o de la forma planteada en el apartado anterior) se ve afectado, esto podría producir desde nuestra óptica las siguientes consecuencias: 1) un debilitamiento inmediato a la fuerza normativa de la Constitución; 2) el Estado Constitucional se vería seriamente perjudicado; 3) se concretaría un fraude constitucional; y 4) se producirían lesión grave a los mandatos de optimización referidos por Alexy.

Proponemos los siguientes ejemplos para clarificar esto. En el caso de la Constitución mexicana, se establecen normas que si bien de manera expresa no se señalan como cláusulas pétreas¹⁵, sí contienen una serie de valores en los que descansa

¹⁵ Es decir, disposiciones constitucionales que aseguran su inviolabilidad al considerarlas base o sustento del texto fundamental. A diferencia de otros países como España, donde su Constitución prevé un procedimiento altamente rígido para la reforma constitucional (artículo 168) respecto a ciertos apartados, como el capítulo 2 sección 1ª denominado “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, entre otros.



la conformación misma del Estado mexicano, los cuales forman parte del núcleo intangible constitucional. Podemos hacer referencia a los artículos 39 y 40 que consignan la titularidad de la soberanía en el pueblo y del sistema democrático¹⁶. Así también podemos encontrar estos valores dentro del capítulo I denominado “De los derechos humanos y sus garantías.”

Bajo ninguna perspectiva (excepto por algún acontecimiento extraordinario como un golpe de Estado o una revolución) podría pensarse que a través de una reforma constitucional o bien a partir de una ilegítima interpretación de la Constitución se pueda sustraer al pueblo de su cualidad soberana, o bien desconocer el catálogo de derechos humanos a favor de todas las personas. Hacerlo en tal sentido, provocaría como dijimos un fuerte impacto negativo en los fines del Estado Constitucional. La Constitución perdería absoluta rigidez, convirtiéndola en una norma de igual jerarquía que el resto del sistema jurídico. Finalmente, se permitiría el establecimiento desmesurado de los intereses de ciertos grupos de poder en el propio texto supremo con la finalidad de legitimar sus actos desde la Constitución.

En consecuencia, los fines del Estado Constitucional y los propósitos de la Constitución perderían significado. La diferencia entre un estado autoritario y el escenario planteado en los párrafos que anteceden se desdibujaría, pues el disfraz de la legitimidad constitucional justificaría toda aquella actuación que material o formalmente implique una disminución en el núcleo intangible. Cualquiera de los principios plasmados en los

¹⁶ **Artículo 39.** La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

Artículo 40. Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.



derechos humanos, por ejemplo, podrían verse a tal grado modificados que carecerían de la eficacia para la cual fueron diseñados.

Como se ha dicho en reiteradas ocasiones, el problema radica en la “idea” de Constitución que cada comunidad otorgue a su texto fundamental (Zagrelesky, 2011). Ello consecuentemente tiene relación en la consideración que se haga a cualquier modificación constitucional, es decir, si solo se presta atención al ángulo de la validez o si atendemos también a la dimensión axiológica para verificar si existe o no una verdadera adecuación con los principios constitucionales.

En este escenario, es donde ubicamos la primera aproximación hacia una posible inconstitucionalidad de las normas constitucionales. Como señalamos, la constitucionalidad se centra en preguntarse cuáles son los propósitos constitucionales. Por esta razón, analizar la constitucionalidad de cualquier norma (incluida la propia Constitución) plantea cuestionamientos serios sobre el ajuste o no al contenido del núcleo intangible, formulando a partir de la dimensión axiológica la congruencia con los fines del texto fundamental.

Bajo ese lente, ya se han pronunciado desde la segunda mitad del Siglo XX diversos autores que aseguran, existe la posibilidad de que, ante una lesión sustantiva de la Constitución su propio contenido genere antinomias. Uno de estos primeros doctrinistas fue el alemán Otto Bachof, quien en su clásica obra ¿Normas constitucionales inconstitucionales? de manera categórica afirmó que sí se puede hablar de la inconstitucionalidad de las normas constitucionales, y que incluso éstas, deben ser sometidas a control¹⁷. La línea argumentativa manejada por el jurista alemán a lo largo de su propuesta, se percibe desde el comienzo de su obra, así, el primer párrafo de aquélla señala: “La estabilidad de una Constitución depende, ante todo, de en qué medida

¹⁷ El debate que plantea esta afirmación será discutido en apartados subsecuentes.

es capaz de satisfacer su función integradora respecto de la comunidad constituida por ella” (Bachof, 2010, p. 27).

Tal como se citó, uno de los propósitos de toda Constitución, a partir de su concepción moderna, es mantener esa cohesión dentro de la sociedad que le ha dado origen a través del proceso constituyente. Si esa unidad se ve truncada a partir de cambios constitucionales que dañen su contenido esencial, la estabilidad de la norma fundamental, y en consecuencia, de la comunidad a la cual regula, se verían altamente debilitados. En esa tesitura, cabe preguntarnos ¿por qué no se podría reconocer la posibilidad de cuestionar el contenido de la Constitución misma en aras de mantener su propia estabilidad y fuerza normativa?

Al respecto de este ángulo, nos parece de manera muy clara, que solamente desde dos sedes es viable lesionar la Constitución a tal grado y quedar intacta la violación. Por un lado, señalaríamos al poder reformador de la norma fundamental; y por otro, a los intérpretes últimos de dicha norma.

En México por ejemplo, el poder reformador o revisor como se le conoce en algunos sistemas jurídicos, podría romper ese equilibrio constitucional al adicionar, cambiar, o modificar a tal grado la norma suprema en su contenido esencial, sin que dichas alteraciones puedan ser sujetas a control por ningún otro poder. En relación con los intérpretes últimos, la posibilidad de generar una desestabilización al orden previsto en la Constitución recae en el poder que custodia dicho balance, es decir, tradicionalmente las Cortes Supremas o bien los Tribunales constitucionales a través de mecanismos de control de la constitucionalidad, resguardan que todo acto o norma jurídica se adecue a la Constitución.

Sin embargo, se podría presentar la situación de que a través de los ejercicios de interpretación realizados, se avalen contenidos de normas constitucionales que sean

ilegítimas al lesionar su propia dimensión axiológica. Por lo tanto, poder político y poder judicial formarían una especie de barrera para desestimar cambios constitucionales lesivos, pues de manera conjunta, existiría a nivel institucional, la opción de reformar la Constitución más allá de los límites impuestos por el núcleo intangible sin posibilidad alguna de ser controlados.

1.5 Constitución y Poder Constituyente

Dentro de este último apartado, pretendemos dejar en claro algunas diferencias que resultan clave para los propósitos de nuestro trabajo. Primeramente se hará una breve referencia al concepto de Constitución normativa, para posteriormente adentrarnos a dilucidar la compleja naturaleza del poder constituyente como del poder reformador de la ley suprema.

1.5.1 Acerca del concepto de Constitución normativa

La idea de Constitución juega un papel importante para efectos de su interpretación, pues gracias a ello podríamos ubicar sistemas jurídicos que tienden a mantener una verdadera estabilidad y equilibrio constitucional, y aquéllos que la consideran como una norma susceptible de ser modificada sin mayores controles o restricciones para ello¹⁸.

Pasar de la concepción donde la Constitución era meramente una carta política flexible, es decir, aquella que podía ser reformada por el ejecutivo (generalmente un monarca) con el mismo procedimiento de una ley ordinaria, a la rigidez atribuida en las

¹⁸ Debemos destacar que no nos oponemos a las reformas constitucionales, sino a la forma en como algunos sistemas jurídicos (incluido el mexicano) abordan de manera muy tibia la posibilidad de desarrollar mejores mecanismos de las modificaciones a la norma suprema, lo cual da una clara percepción de que, el significado de la ley fundamental, no se encuentra acorde a la noción adquirida a partir de la segunda posguerra mundial.

constituciones surgidas con la conformación de los estados constitucionales, trajo consigo un cambio trascendental en la apreciación e interpretación de este tipo de normas.

En ese contexto, podemos encontrar distintas acepciones del concepto Constitución, desde lo que Ferdinand Lasalle señalaba al considerar que los factores reales del poder conformaban la esencia de la norma fundamental; hasta lo que Schmitt refería como la “unidad política del pueblo” (Huerta, 2015). Nosotros nos centraremos en este apartado de las aproximaciones alrededor de la Constitución normativa, pues de acuerdo a ella, existe la posibilidad y a la vez el conflicto, de controlar el poder, inclusive el de las reformas al texto supremo.

Así pues, Mora – Donato (2002, p. 18) siguiendo a García Pelayo, señala que la concepción racional – normativa de la Constitución se entiende como:

un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del Estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos.

De acuerdo a la definición citada, la norma constitucional es un todo normativo, cuyo principal propósito es la regulación y limitación del poder a través de la organización del Estado. Sin olvidar que es la sociedad la que por conducto de un proceso político le da vida a esa norma fundamental. El concepto normativo de la Constitución según la misma autora es el resultado de dos elementos, el formal y el material:

formalmente tiene que ser un producto de la sociedad, creado por ella misma, y no una norma que se le impone sin su consentimiento, y materialmente, la Constitución tiene que permitir a la sociedad autodirigirse políticamente de manera

permanente. Esto es, la sociedad no solamente debe ser libre en el momento de aprobar y darse su Constitución, sino que debe continuar siéndolo después de manera indefinida (Mora – Donato, pp. 21-22).

Por su parte, Lowewnstein, cuando realiza su clasificación de la Constitución en normativa, nominal y semántica, señala que la de tipo normativo es aquella que es respetada y observada “lealmente por todos los interesados e integrada en la sociedad estatal, y ésta en ella” (Huerta, 2015 p. 25). Lo cual quiere decir, que son los operadores jurídicos y aquellos que intervienen en los procesos políticos quienes juegan un papel importante para que la idea de Constitución goce de estabilidad y permanencia.

La acepción sobre el valor normativo de la Constitución, según Mora – Donato (2002) produce las siguientes implicaciones:

- a) ¿Quién o quienes están autorizados para dar vida a la Constitución?
- b) ¿Quién debe interpretar la Constitución?
- c) ¿Cómo garantizar la estabilidad, permanencia y evolución de la Constitución?
- d) ¿De qué forma se garantiza la supremacía constitucional?

Todos estos planteamientos son resueltos principalmente por la teoría de la Constitución. Lo importante de destacar cada uno de ellos, radica en darle un significado al texto constitucional que lo diferencia del resto de las normas jurídicas. Ahora bien, respondiendo someramente cada uno de ellos, diremos que en los estados modernos, ha sido el Poder Constituyente quien le da origen al texto fundamental. Por su parte ha recaído en el poder judicial la tarea de interpretar el contenido constitucional. Finalmente, la norma suprema en un sentido lato, asegura su fuerza normativa a través de dos garantías principalmente: la reforma constitucional (control político) y el control de la constitucionalidad (control judicial).

Clarificar los alcances de la reforma constitucional, y si puede ser controlada tanto en el aspecto procedimental como en el sustantivo resulta indispensable para tener la visión de conjunto sobre la propuesta de este trabajo, el cual destacaría hasta ahora con los siguientes puntos: 1) la Constitución es un texto normativo con cualidades distintas al del resto de las normas; 2) los cambios o modificaciones a su contenido deben estar en concordancia al núcleo intangible de la Constitución; 3) eso conlleva a analizar la dimensión axiológica del texto fundamental para asegurar la legitimidad de sus reformas; 4) siguiendo esa línea, cuando el propio contenido constitucional trastoque los valores y principios constitucionales básicos de ella, nos enfrentaría necesariamente a normas inconstitucionales; 5) las reformas constitucionales que han consagrado restricciones a los derechos humanos desproporcionales en consecuencia se calificarían de inconstitucionales; y 6) debe adecuarse la interpretación desde la sede de la justicia constitucional a estos elementos, de otra forma estaríamos frente a un fraude constitucional.

A continuación se busca esclarecer la naturaleza del poder constituyente y el poder reformador, para confrontar desde la confección de estos conceptos por la teoría constitucional, con lo que la Suprema Corte de nuestro país ha entendido de ellos.

1.5.2 Poder Constituyente y Poder reformador de la Constitución

Ha sido altamente discutido en la doctrina la determinación de la naturaleza del poder constituyente y del llamado poder reformador de la Constitución. Aun así, parece que la teoría se tiene más claro cuáles son las precisiones conceptuales entre uno y otro, circunstancia que ocurre de manera contraria tanto en la sede política y principalmente en el campo de la justicia constitucional.

¿Por qué resulta necesario enfocar el presente apartado a estos propósitos? La justificación parece clara cuando hilvanamos cada uno de los temas hasta ahora

desarrollados. Por ejemplo, cuando hacemos un acercamiento a la noción muy básica del poder constituyente, se dice que éste preexiste al Estado. Esa sola afirmación conllevaría a otras con implicaciones superlativas. Si hablamos de que este poder es una manifestación que se encuentra antes de la conformación de cualquier Estado, entonces ello tendría como una de sus varias consecuencias, la imposibilidad de someterlo a cualquier tipo de control, pues aquél es quien crea los órganos y mecanismos de control, a los cuales no puede estar sujeto.

Sin embargo, si hacemos esa misma aproximación a la idea de poder reformador, diremos en primer término que éste surge a partir del diseño constitucional creado por el Constituyente. Esta circunstancia nos dirige a la idea de que este último surge con la Constitución, no preexiste a ella y tampoco al Estado, lo cual haría posible la aplicación de controles sobre su actuación. El problema se presenta cuando se confunde la naturaleza del poder reformador al atribuirle el mismo carácter que su creador, excluyéndolo de cualquier mecanismo para verificar y examinar sus decisiones¹⁹.

1.5.2.1 Naturaleza de Poder Constituyente

Comencemos por pronunciarnos sobre las aproximaciones al poder constituyente. Jorge Carpizo (2008 p. 206), nos dice que aquél surge por primera vez en 1789 dentro de la obra denominada *¿Qué es el tercer Estado?* de Emmanuel Sieyès, quien expresaba:

que antes de la nación y por encima de ella, sólo existe el derecho natural. La nación, como Poder Constituyente, decide una Constitución para someter a sus

¹⁹ Ese ha sido uno de los puntos más debatidos a lo largo de la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues como se evidenciará más adelante, la jurisprudencia que se ha publicado en un vaivén de confusiones conceptuales que no permiten hasta el momento, cuestionar las reformas constitucionales, pues atribuyen al poder reformador la misma calidad que al poder constituyente.

mandatarios; luego, la nación no está ligada a las formalidades de esa Constitución, ya que la nación es el origen de todo.

Para Humberto Nogueira (2006, p. 436), esta forma de entender al poder constituyente implica que se trata “de un poder prejurídico que actúa libre de toda forma y control.” Bajo esa perspectiva nos encontramos ante lo que Manuel Aragón, citado por Mora – Donato (2002) refiere en relación a la tarea que el poder constituyente debe realizar, es decir, su principal objetivo se desarrolla en el campo de la política, pues el derecho en sí mismo, no regula la actuación del poder constituyente, de otra forma, éste no podría ser considerado como tal. Además, es precisamente aquél quien debe crear la carta política que funda al Estado. La Constitución, surge a partir de este ejercicio que involucra directamente a una comunidad generalmente representada “nación” y generalmente abarcada por el concepto de “pueblo.”

La titularidad del constituyente en la actualidad, nadie discute que sea atribuida al pueblo, pues gran parte de las constituciones del Siglo XX, son consideradas democráticas y no otorgadas, lo cual implica que los procesos que dieron origen a los textos fundamentales, fuera a través de la unidad política que se conformó por el pueblo a través del sistema representativo democrático²⁰.

De manera práctica podemos observar este fenómeno en la realidad de las constituciones surgidas en el siglo pasado. La mayoría de ellas se conformó por principios de libertad e igualdad, principios que también caracterizan a los sistemas democráticos.

²⁰ Es preciso hacer un apunte sobre esto. No hay procesos de poder constituyente que sean uniformes, de hecho existen los que se dan por movimientos generalmente armados, como el caso de las revoluciones, y aquellos que se presentan cuando se pretende cambiar o sustituir una Constitución. Sin embargo, en la conformación de las constituciones del Siglo XX se verificaron procesos de representación política para decidir el contenido de los textos constitucionales, por ello, nadie duda del carácter democrático de la titularidad del poder constituyente.

Si no existiera esta posibilidad de que a través de la representación política se aterrice la actuación del poder constituyente, excluyendo a ciertos grupos, y no darles voz a todos los sectores sociales en el proceso, entonces nos enfrentaríamos a un constituyente que no encuentra su fundamento en la ideas de nación y pueblo.

De esta forma, nos apropiamos de las características destacadas por Jorge Carpizo (2008, pp. 207, 208) en relación al concepto en comento, a saber son:

- a) Es una especie de poder legislativo.
- b) Pertenece a la nación, aunque ésta lo ejerce a través de representantes.
- c) Los representantes que ejercitan el Poder Constituyente actúan más bien como representantes de la nación²¹.

Desde un punto de vista particular, agregaríamos otros atributos. En primer lugar, retomamos la idea de que el Constituyente es un poder extraordinario, cuya base no es jurídica sino política. El derecho poco o nada lo regula. Se trata de un momento de excepción, una especie de estado de naturaleza, que en consecuencia es superior a los organismos que crea. Sus fundamentos se ligan a la interacción de la comunidad política que ha decidido darse a sí misma una Constitución, para que organice y sienta las bases de la convivencia social a través de reglas básicas de distribución de competencias y reconocimiento de derechos y libertades.

En segundo término, el estado de pre-jurídico implica necesariamente que no pueda ser sometido a ningún tipo de control. Por lo tanto, una de las características que no se puede perder de vista, es la no sujeción a mecanismos para verificar la legalidad de sus actuaciones. Ello nos conduce hacia el producto surgido del constituyente, es

²¹ Ello se realiza por la llamada Asamblea Constituyente, que materializa la soberanía ejercida por el pueblo para decidir su Constitución a través de representantes elegidos democráticamente.

decir, la Constitución. Dicho documento político – jurídico, es dotado de ciertos atributos para que el resto del sistema legal que regula, se adecúe a su contenido y a la vez se distinga de otras normas jurídicas. En palabras de Hauriou, nos encontramos frente a una *superlegalidad constitucional* (Carpizo, 2008).

Ahora bien, lo anterior para nada significa que el poder constituyente no pueda ser examinado bajo ninguna lupa. En la actualidad, es difícil imaginar que debido al fenómeno de la globalización, y a partir de los distintos y numerosos compromisos internacionales, los procesos de cualquier poder constituyente no puedan quedar al escrutinio de las naciones o de ciertos organismos internacionales. A través de ellos se puede verificar si en los procesos ejecución de las tareas del constituyente, éste se erija de manera ilegítima, trayendo consigo consecuencias a nivel internacional²².

Si bien no se puede hablar de un control sobre la constitucionalidad o la legalidad de las actuaciones del poder constituyente, esto no implica que escape a la verificación de su legitimidad como ente democrático. Lo primero resulta lógico, si el constituyente preexiste a la Constitución, ¿de qué forma puede ser cuestionada su constitucionalidad? al contrario, la regla opera a partir de que la norma fundamental es creada para regular a los llamados poderes constituidos. Estos últimos, son concebidos en el seno del proceso de creación constitucional. Sin embargo, para Mora-Donato (2002) sí es viable analizar al constituyente desde la legitimidad.

Debemos recordar que las constituciones del Siglo XX son concebidas por procesos democráticos. El propio constituyente, incluso a partir del sistema de representación aterriza parte de los valores de la democracia. Bajo esa lógica, es

²² Este tipo de afirmaciones son las que pueden llevar a considerar esta necesaria percepción de los estados constitucionales, contextualizados alrededor del concierto de naciones con los cuales adquieren a partir del derecho internacional público, acuerdos que deben ser cumplidos en acatamiento a este tipo de normas.

completamente viable considerar que si un proceso de esta naturaleza no se realizó en estos términos democráticos, entonces no sería legítimo a la luz de los principios sobre los cuales debería descansar el propio Estado que crea y organiza. La autora arriba citada, concluye que son dos los elementos surgidos a partir de esta afirmación y que sirven al mismo tiempo para justificarla: 1) referida a la titularidad del poder constituyente; y 2) el proceso ejecutado por éste.

Respecto del primer punto ya se han hecho diversos comentarios a lo largo de este apartado. En cuanto al segundo, resulta oportuno precisar que si bien no existe un solo modelo de proceso constituyente, Mora – Donato (2008, p. 33) arguye algunas características que se debe cumplir para considerarlo legítimo:

- Justificación de un nuevo orden constitucional. Esto generalmente se presenta cuando el régimen que regula a un Estado determinado, dejó de cumplir con los fines para los cuales fue creado. Por lo tanto resulta indispensable asegurar que el nuevo proceso se fundamente en la insatisfacción o incluso en la ilegitimidad del viejo orden constitucional.
- La posibilidad de participación de todos los sectores sociales en el proceso. Ello se consigue a partir del sistema de representación democrática al formarse la asamblea constituyente.
- Elección de los integrantes de la asamblea constituyente. A través de elecciones que aseguren la participación de todos los ciudadanos para tener una voz en las tomas de decisiones al momento de redactar la nueva Constitución.
- Elaboración del proyecto de Constitución y la aplicación del *referéndum* constitucional. Este último tiene como finalidad legitimar las decisiones tomadas desde el seno de la asamblea constituyente.

1.5.2.2 El Poder reformador de la Constitución como poder constituido

Hagamos ahora un breve repaso por la naturaleza del poder reformador de la Constitución. Primeramente, debemos decir que existe una diferencia elemental entre el poder constituyente (tal como se explicó en el apartado anterior) y los llamados poderes constituidos. Nosotros partimos de la afirmación de que el poder reformador de la Constitución es un poder constituido.

En este contexto, la asamblea constituyente tiene una misión, y es materializar el texto constitucional. Dicha norma como ya se comentó, tiene por finalidad organizar al Estado, se encarga de dividir el poder y distribuir las competencias, de reconocer un catálogo de derechos fundamentales, de contemplar límites a la reforma constitucional y otras tantas. En ese escenario, la norma fundamental limita al poder a través de un sistema de pesos y contrapesos. Por ello, los órganos sobre los que recaen las tareas del Estado, son conocidos como poderes constituidos, porque éstos son creados a partir de las decisiones del poder constituyente, lo cual les atribuye una connotación de inferioridad respecto al órgano que los fundó.

El poder reformador²³ es un poder constituido que se encarga de realizar una de las tareas de alto grado en complejidad e importancia, y es precisamente la de revisar y estar en posibilidad de efectuar cambios al contenido de las constituciones. Generalmente el poder reformador, se conforma por más de un órgano político con el propósito de agravar el procedimiento de reforma, pues no debemos olvidar que la rigidez constitucional pretende asegurar la estabilidad y permanencia de la norma fundamental.

²³ En algunos sistemas jurídicos también es conocido como: constituyente permanente (como en el caso de México) o poder revisor de la Constitución.

A pesar de tener una naturaleza especial, el poder revisor no deja de ser un poder constituido, pues al encontrarse sujeto a los procedimientos previstos en la Constitución, tiene como consecuencia que no se encuentra antes de aquélla, ni surge al mismo tiempo que el poder constituyente. Esto es así porque según dijimos, la conformación de este último es de naturaleza extraordinaria, se genera en un vacío jurídico que no lo regula. En cambio, al señalarse las bases de cómo puede ser modificada la Constitución y bajo qué condiciones, el poder reformador sí se encuentra regulado por las normas del derecho, su actuación no surge de un momento político excepcional y tampoco desaparece al momento de materializarse la reforma. Cuestión que sí sucede con el poder constituyente, el cual una vez cumplido su objetivo, desaparece en una suerte de quedar sólo como parte de la soberanía del pueblo para reaparecer en momento coyunturales de la vida de una comunidad política.

Al tener esta naturaleza distinta, el poder reformador sí puede y debe ser sujeto de control sobre los procesos que realizar al contenido constitucional. Pensar que no es viable utilizar mecanismos de control de constitucionalidad sobre sus actos, es desvirtuarlo de su auténtica esencia, llegándolo a considerar como poder constituyente y no como poder constituido, cuestión que resulta totalmente aberrante.

Esta misma aseveración la retoma Javier Ruipérez Alamillo, citado por Víctor Wong (2014, p. 349), quien reflexiona diciendo:

Debemos entender que el órgano que realiza la reforma constitucional es un poder constituido, que cuenta con los límites ya sea implícitos o explícitos, debido a que es el propio mecanismo que la Constitución instituye para adecuarla a una realidad dinámica, es decir, para actualizar y perfeccionarla sin alterar sus decisiones bases.

De la igual forma, el referido autor continúa señalando:

Al acentuar que es constituido (y no constituyente), estamos afirmando que limitado, y por tal motivo, no puede suprimir todo el ordenamiento constitucional, o sea destruir la norma que le da origen, que es la Constitución. La carta magna no puede facultar a uno de los poderes que crea para destruirla; o en otras palabras, no existe un suicidio constitucional.

La doctrina desde tiempo atrás, parece coincidir en esta percepción sobre el poder reformador. Sin embargo, comencemos por llevar esto al terreno del sistema jurídico mexicano, lugar donde aparecen ciertas discrepancias en torno a lo anteriormente explicado.

Como primer punto, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contempla en su artículo 135, un procedimiento especial para sus reformas y modificaciones. Dicho proceso se realiza por el poder revisor, el cual se encuentra integrado por el Congreso de la Unión en su conjunto, y por las legislaturas de las entidades federativas²⁴. Sin embargo, es la jurisprudencia la que ha denominado en algunos de sus criterios jurisprudenciales, como “constituyente permanente” al poder revisor de la norma suprema²⁵.

Dicha acepción genera desde el principio una imprecisión conceptual, y probablemente desde ahí comience la confusión y falta de entendimiento de la naturaleza de este órgano. Al atribuirle la connotación de constituyente al órgano reformador, caemos en una falacia jurídica. En primer lugar, porque el poder constituyente no es

²⁴ Más adelante, dentro del apartado sobre la reforma constitucional, se precisará el contenido del numeral referido y los requisitos exigidos para ello.

²⁵ Así podemos encontrar rubros como los siguientes: “Sistema electoral del Distrito Federal. Su instauración por el constituyente permanente,” o bien “consejos de la judicatura locales. Principios establecidos por el constituyente permanente en relación con su creación.”



permanente, pues lo que permanece es la soberanía en el pueblo. Una vez creada la Constitución, la misión del su fundador desaparece.

El segundo aspecto a considerar tiene que ver con asimilar como sinónimos, las tareas que ambos órganos políticos desempeñan. Tal como fue señalado antes, los procesos seguidos por el constituyente escapan a cualquier regulación jurídica, a diferencia del poder reformador cuyo proceso sí se encuentra definido en el texto constitucional.

Asimismo, la idea de constituyente es distinta en tanto éste crea a los constituidos, y aun cuando el reformador adquiriera una naturaleza especial, no queda al mismo nivel que su predecesor, ya que lo que generó al primero fue un momento de explosión política, un momento en el cual una comunidad decide organizarse y formalizar políticamente esa conformación. Sin embargo, al momento de producirse una reforma constitucional, nos encontramos en un escenario político pero jurídicamente regulado, sometido a las disposiciones carta magna.

En consecuencia, la falta de claridad del concepto acarrea consecuencias al momento de pensar en la posibilidad de someter a mecanismos de control de constitucionalidad al mal llamado constituyente permanente, considerándolo entonces como ilimitado, provocando un alto riesgo de cometer fraudes constitucionales.

Zagrebelsky es claro en este punto, el jurista italiano lo expresa de la siguiente manera:

El poder de revisión constitucional no es el poder constituyente, sino un poder constituido, aunque se trate del poder dotado de la máxima eficacia jurídica entre todos los previstos en el ordenamiento actual, el cual como poder constituido tiene límites, salvo que se manifieste como un poder extra y contra *ordinem*, lo

cual es inadmisibles. El poder de revisión de la Constitución se basa en la misma Constitución, si la contradijera como tal, para sustituirla por otra, se transformaría en un poder enemigo de la Constitución y no podría invocarla como base de su validez. Quién combate a un enemigo no puede pretender hacerlo en nombre del mismo enemigo: 'los órganos que actúan contra la Constitución dejan de ser sus órganos, (Nogueira, 2006, p. 439).

Finalmente, resta decir que los objetivos son distintos. El poder constituyente se encarga de organizar al Estado y crear su Constitución. Por su parte, el poder reformador o revisor, tiene como propósito mantener la estabilidad y permanencia de la norma fundamental a través de la reforma constitucional. Alcanzar ese equilibrio por medio de un acto de naturaleza compleja como lo es la modificación al texto que da cimiento al Estado Constitucional, es ciertamente una tarea delegada desde el constituyente hacia uno de sus poderes constituidos. De esta manera concluimos, que resulta inconfundible y mucho menos idéntica, la naturaleza de ambos órganos políticos.

Así, en el tema que se desarrolla en esta investigación, se tiene una primera aproximación a uno de los factores que configuran las restricciones constitucionales a los derechos humanos, pues es el poder reformador quien inicialmente puede integrarlas a través del proceso de reforma previsto en la propia norma constitucional.

La idea es indagar si el procedimiento de reforma es válido únicamente por el cumplimiento de los requisitos constitucionalizados, o si por el contrario, requiere analizarse desde una perspectiva que involucre, como se dijo, un análisis desde la legitimidad de las adiciones que se realicen a la norma fundamental. En tal sentido, a lo largo de los capítulos subsecuentes, se irán definiendo los contornos sobre los cuales descansa la teoría de las restricciones a los derechos humanos, y cómo se deben interpretar éstas en el marco del Estado Constitucional.

1.6 La reforma constitucional

La teoría de la Constitución se ha preguntado en diversas ocasiones, si resulta necesaria la reforma constitucional. Es decir, busca dar respuesta a la justificación de realizar modificaciones al texto supremo. Sin embargo, ¿cuál es la preocupación que encierra este cuestionamiento? En los subsiguientes apartados se pretende generar reflexiones que llevan a sugerir, la posible materialización del fraude constitucional.

Las constituciones surgidas principalmente en tiempos de la segunda posguerra mundial, establecieron mecanismos que garantizaban un mínimo de protección a los posibles cambios constitucionales. Ello, debido principalmente a las experiencias que las constituciones liberales de siglos anteriores habían dejado, donde la cualidad de rigidez no les era reconocida, sino que contrariamente a ello, eran modificadas como normas flexibles²⁶, y por esa misma razón, manipulables por los gobiernos en turno. Tal circunstancia se revirtió a través de la incorporación de procedimientos agravados para las reformas, lo cual aseguraba por lo menos, que no cualquier iniciativa podría materializarse.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que las reformas a la Constitución no puedan presentarse en una realidad o momento determinado. De hecho, es precisamente a través de estos procesos que se asegura su permanencia y estabilidad. Lo primero porque como se precisó en el capítulo uno, los textos fundamentales son creados a partir de un momento histórico-político, donde una comunidad busca darse su propia organización política, lo cual implica que las circunstancias de esa coyuntura tuvieron sus propias razones para dar contenidos constitucionales concretos respecto a esa sociedad en lo particular.

²⁶ Es decir, una Constitución cuyo valor jerárquico se reducía para efectos de su reforma, al de cualquier otra norma ordinaria.



Dichos contenidos buscan desde luego, contemplar los principios y valores básicos que puedan subsistir con el paso del tiempo. Pero cierto es también, que las sociedades cambian y se dinamizan en relaciones que evolucionan con el transcurso de los años, lo cual amerita que el derecho deba adaptarse a ellas.

Por tanto, la reforma constitucional se hace necesaria para garantizar que las sociedades se apropien de los contenidos de sus constituciones, manteniendo la confianza del texto que regula las relaciones con sus pares y con el propio poder. Ahí convergen entonces, tanto la estabilidad del texto fundamental al adaptarse a las nuevas exigencias desde el pueblo, y con la permanencia en percibir desde las sociedades a la norma fundamental como un documento que realmente representa sus intereses primordiales.

Siguiendo esta línea, Carbonell (2008, p. 373) expresa que son dos razones por las cuales se hace necesaria la reforma a la Constitución:

- a) Como una forma de adaptar el texto constitucional a la cambiante y dinámica realidad política... Si las normas constitucionales no pueden ser cambiadas cuando sea *políticamente* necesaria su modificación, lo más probable es que se produzca un divorcio creciente entre el proceso político y el texto constitucional, lo que lesionaría gravemente la normatividad de la Constitución. En este sentido, el procedimiento de reforma es la primera de las garantías del texto constitucional.
- b) Como forma de ir cubriendo las lagunas que pueda tener el texto constitucional.

Lo cierto es que, de acuerdo con estos propósitos, se podría pensar que el texto constitucional es básicamente inmodificable, o por lo menos pretende serlo. Aquí se



coincide con ello, ya que busca protegerse de posibles modificaciones que lesionen al núcleo intangible de la Constitución²⁷.

Ahora bien, ello no implica que la norma constitucional no deba adaptarse a las nuevas circunstancias de las generaciones vivas. Motivo por el cual, sí es viable realizar ajustes al propio texto supremo por medio de procedimientos distintos y más complejos, que los de modificaciones a las leyes ordinarias. En palabras de Ruipérez Alamillo (2014, p. 95) se diría que *“la reforma es siempre políticamente conveniente cuando resulta jurídicamente necesaria.”*

Cabe hacer una aclaración, la referencia que se hace respecto de la reforma en este apartado, lo es en el sentido formal de los términos, es decir, aquella efectuada por el órgano facultado para ello (poder reformador). Sin embargo, también es posible aseverar que una de las vías para mantener viva la materia constitucional, es precisamente a través de la interpretación que se hace de la misma por conducto de los jueces constitucionales.

Aquéllos, son los encargados de custodiar no solamente que la legislación ordinaria y todos los actos jurídicos se adapten a la norma suprema, sino que también, tienen la tarea de darle significado a través de los ejercicios hermenéuticos para delimitar los alcances del contenido constitucional. Ello conlleva necesariamente a una forma de adaptación del texto a realidades sociales, no cambiando su estructura, pero sí denota la materialización de contenidos de manera progresiva y en sintonía con el cambio social.

²⁷ El núcleo intangible entendido como “elemento primordial o parte central e inalterable de la Constitución, a la que se van agregando otros elementos para formar un todo: el texto constitucional” Gómez Bisogno (2012, p. 157). Para su estudio exhaustivo, remitimos al apartado 1.4 correspondiente al capítulo uno de este trabajo.

La reforma constitucional entonces se hace necesaria cuando la dinámica social también lo exija. El problema – grave - de estos procedimientos, radica en que puedan ser utilizados sin mayores límites o siguiendo propósitos no legítimos. Si bien los principales candados al cambio constitucional se encuentran en el diseño del propio procedimiento para ello, lo cierto es que en la práctica suelen ser superados por los intereses de ciertos grupos en el poder, que sin más, modifican a tal grado el texto constitucional que lo desvirtúan completamente de sus principios, cayendo en la posibilidad de sustituir a la norma suprema, o bien de atentar contra su núcleo intangible. A estos temas se dedican los siguientes apartados.

1.6.1 Límites a la reforma Constitucional

La reforma constitucional deriva de un procedimiento más complejo para llevarse a cabo, lo cual conforma una primera garantía respecto de la rigidez propia de cada norma suprema. En ese contexto, se puede hablar de dos tipos de límites impuestos al poder reformador, y diríamos desde este trabajo, a la reforma misma. Por un lado, se encuentran los límites formales, y por otro los denominados límites materiales que se dividen a su vez en dos: explícitos e implícitos. Los primeros se abordan a continuación.

1.6.2 Límites formales

Resulta pertinente seguir a Nogueira Alcalá (2006) porque se han encontrado cierta disparidad en la doctrina sobre este tema, pareciéndonos más acertadas las aproximaciones hechas por el autor referido.

Los de tipo formal se conforman por los procedimientos establecidos en las constituciones para sus modificaciones. Sea para reformar propiamente o bien para

adicionar el texto constitucional.²⁸ El proceso de reforma debe especificar en primer lugar cuál es el órgano encargado para hacerlo, qué requisitos se deben cubrir para ser aprobadas las reformas entre otras. En el caso mexicano, la Constitución plantea en el numeral 135 este tipo de límite, configurando lo que erróneamente se le ha llamado en este país, al “constituyente permanente.” A la letra dicho precepto señala:

Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados.

Tal como se desprende del párrafo anterior, se observan dos implicaciones a destacar para el entendimiento de los límites formales: a) la configuración de un poder que tiene las atribuciones constitucionales para modificarla, conocido dentro de la doctrina como poder revisor o reformador (en el caso de México se encuentra conformado por el Congreso de la Unión y por las legislaturas de las entidades federativas) y; b) un procedimiento que de manera concreta establece reglas de aprobación de las reformas o adiciones.

Esto es lo que teóricamente hace rígida a una Constitución, pues si se tratara de una norma ordinaria, no sería necesario el establecimiento de candados adicionales, como sucede con la necesaria aprobación de la mayoría de los órganos políticos. La pregunta que surge en este sentido es, ¿si es suficientemente rígido este procedimiento de reforma constitucional?

²⁸ Se hace esta puntualización, porque dentro de la interpretación doctrinal, una reforma en sí misma consiste en la modificación del texto constitucional, no en cuanto a su significado, sino de acuerdo a contenidos vigentes en ese momento. Por su parte, la adición se diferencia en que sólo se limita a agregar nuevos enunciados a la norma fundamental que previamente no existían (Huerta, 2015).

La respuesta puede articularse desde dos aristas. Como primer punto se tendría que hablar de la eficacia, es decir, de lo que sucede en la realidad diaria dentro del contexto mexicano. Esta reflexión surge porque posiblemente el diseño procedimental para modificar la Constitución sea el adecuado, pero si no se cuentan con instituciones parlamentarias sólidas que entiendan la trascendencia del cambio en la Constitución, se podría caer en aprobaciones constantes que sean condescendientes a los intereses de grupos de poder.

El siguiente ángulo se enfoca con la posibilidad de agravar aún más el procedimiento de reforma constitucional. Si se toma el ejemplo que nos ofrece el derecho comparado, se advierte en la Constitución española un proceso sumamente más complejo que parecería, busca dar inmutabilidad constitucional. Así, dentro del régimen jurídico español se observan dos procedimientos dirigidos a apartados diferentes de la Constitución, donde uno de éstos resulta mayormente complicado debido a ciertas cláusulas constitucionales que se aseguraron con la finalidad de no ser alteradas. Los artículos que contemplan este procedimiento son el 167 y 168, los cuales disponen:

Artículo 167

1. Los proyectos de reforma constitucional deberán ser aprobados por una mayoría de tres quintos de cada una de las Cámaras. Si no hubiera acuerdo entre ambas, se intentará obtenerlo mediante la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, que presentará un texto que será votado por el Congreso y el Senado.
2. De no lograrse la aprobación mediante el procedimiento del apartado anterior, y siempre que el texto hubiere obtenido el voto favorable de la mayoría absoluta del Senado, el Congreso, por mayoría de dos tercios, podrá aprobar la reforma.

3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras.

Artículo 168

1. Quando se propusiere la revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera del Título I, o al Título II, se procederá a la aprobación del principio por mayoría de dos tercios de cada Cámara, y a la disolución inmediata de las Cortes. (Subrayado añadido).
2. Las Cámaras elegidas deberán ratificar la decisión y proceder al estudio del nuevo texto constitucional, que deberá ser aprobado por mayoría de dos tercios de ambas Cámaras.
3. Aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación.

De los artículos citados, se desprende que de acuerdo con el procedimiento del numeral 168, éste resulta más complejo debido a la materia constitucional sobre la cual se aplicaría el procedimiento de reforma. Cuando el punto número 1 del 168 refiere por ejemplo al Título preliminar, es porque desde el Constituyente se consideró que las disposiciones abarcadas por ese apartado, son de tal trascendencia para el sustento del estado constitucional español, que ameritaba candados extras con la finalidad de que se pudiera proteger la estabilidad misma del Estado.

Para ninguna persona sería lógico tratar de eliminar la conformación del Estado social y democrático español, o sustraer la soberanía del pueblo (artículo 1.1 y 1.2). En esa medida, sí es pertinente la pregunta sobre la posibilidad de contar con un doble procedimiento de reforma constitucional, que parece dar buenos resultados en tanto no se modifican los pilares sobre los que se sostiene el Estado español.

1.6.3 Límites materiales explícitos

Los límites materiales son aquellos que no refieren a los procedimientos de reformas o adiciones de la Constitución, sino que se derivan de disposiciones expresas o bien intangibles que impiden de igual forma que cualquier contenido se integre a la norma fundamental. Este tipo de límites se dividen en explícitos o implícitos, siendo el propósito de este apartado, referir a los primeros.

Los límites explícitos son aquellos *“que la propia Constitución establece como límites o limitaciones a la reforma constitucional”* (Nogueira Alcalá, 2006, p. 443). En el caso de México en materia de derechos humanos, observamos que el artículo 1º constitucional en su tercer párrafo, contempla una consigna para todas las autoridades, exigiéndoles el cumplimiento de obligaciones concretas en materia de derechos humanos, así como una serie de principios que se deben respetar alrededor de aquéllos. La disposición señala que:

Artículo 1º, párrafo tercero:

... 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.

De la simple lectura del párrafo transcrito, se observa con claridad que todas las autoridades deberán ejecutar y cumplir con todas las obligaciones impuestas para lograr una adecuada garantía de los derechos humanos. En el ámbito de la reforma constitucional, ello se traduciría como la necesaria adecuación de que cualquier



modificación al texto constitucional, debe prever el respeto y protección de los derechos humanos.

Se acude como ejemplo al caso de una reforma al texto fundamental que implique la supresión del derecho de audiencia. Tal aberración atentaría contra el dispositivo en comento, pues se estaría dejando de cumplir con las obligaciones de respeto, protección y garantía de derechos fundamentales concretos, sin dejar de mencionar la lesión al principio de progresividad señalado ahí mismo.

Jaime Cárdenas (2015, p. 78) recuerda lo señalado por Fix Zamudio y Salvador Valencia respecto a los límites materiales explícitos contenidos en la Constitución de 1824, donde el artículo 171 expresaba que jamás se *“podrían reformar los artículos que establecen la libertad de independencia de la nación mexicana, su religión, forma de gobierno, libertad de imprenta y división de poderes supremos de los estados.”*²⁹ Ahí se cuenta con un ejemplo bastante claro, que no refiere a un límite en el procedimiento de reforma en tanto sus reglas, sino refiere al ajuste de los contenidos del texto fundamental.

1.6.4 Límites materiales implícitos

A diferencia de los límites explícitos, los de naturaleza implícita se desprenden de las disposiciones que del texto constitucional se derivan en previsiones clave para el sustento del Estado Constitucional y de la propia Constitución. Por ejemplo, se pueden ubicar en las normas que contemplan la división de poderes, el régimen democrático, o bien el principio de legalidad y el sistema de responsabilidades de los servidores públicos o el catálogo de derechos humanos (Nogueira Alcalá, 2006).

²⁹ A este tipo de disposiciones se les conoce también como cláusulas pétreas.

En el caso mexicano, el artículo 49 expresa una limitación clásica al poder, y lo hace dividiéndolo en legislativo, ejecutivo y judicial³⁰. Una reforma constitucional no podría atentar contra ese principio derivado de la doctrina de pesos y contrapesos. La única forma en que se vería potencialmente afectado dicho numeral, no sería a través del proceso de reforma o adición tradicional, sino que requeriría de un momento *metajurídico* como la conformación del “Poder Constituyente”, y sólo bajo circunstancias donde ya el viejo orden constitucional no sea legítimo. Lo que tampoco se podría hacer es modificar la división de poderes para instaurar un régimen autocrático, porque precisamente estaría en contra de los principios de las constituciones en su acepción moderna.

Tanto los límites explícitos como los límites implícitos no pueden estudiarse como elementos aislados. De hecho, ambos se conjuntan para robustecer la idea de que, la reforma constitucional sirve únicamente para garantizar la permanencia y estabilidad del orden jurídico, no para legitimar las decisiones arbitrarias de los grupos que ocupen las cúpulas del poder.

1.6.5 Límites externos

Desde este trabajo se considera, existe un tercer tipo de límites a la reforma constitucional, a estos se les denomina límites externos. En apartados anteriores, se comentó que el sistema de interpretación de los derechos humanos integra como parámetro del mismo, a los derechos humanos de fuente internacional. Ello, significa que no solamente desde la Constitución existe una cláusula de apertura al derecho

³⁰ **Artículo 49.** El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.



internacional de los derechos humanos, sino que al mismo tiempo busca integrar los contenidos de las producciones normativas no creadas en la sede del derecho interno.

Las obligaciones adquiridas a nivel internacional en materia de derechos humanos podrían operar como límites al poder reformados de la Constitución. Por ejemplo, la aceptación de la competencia de una corte supranacional como la del sistema interamericano y los compromisos surgidos al integrar la Convención Americana sobre Derechos Humanos al orden jurídico nacional.

Bajo esa óptica, si bien es cierto que las disposiciones del derecho internacional se integran a las normas de derecho interno en el momento que son suscritas y ratificadas por los órganos de los estados, las obligaciones generadas a partir de entonces, pueden incidir en un momento determinado sobre las decisiones tomadas por el poder reformador de la Constitución.

El sistema regional de protección de derechos humanos en América, funciona a partir de las voluntades de diversos países para apoyarse en lo que de manera separada no pueden hacer. Buscan, asimismo comprometerse en tratar de eliminar y prevenir las violaciones graves a los derechos humanos. Todo aquel Estado firmante de la convención se obliga a ello, y si posteriormente se somete a la competencia de una corte supranacional, entonces se potencian aún más los compromisos que a nivel internacional se tienen en materia de protección de derechos.

Las constituciones en consecuencia, se analizan también desde su sintonía con la convencionalidad y con las obligaciones internacionales, incluso si se llegara a determinar en un litigio internacional en contra del estado firmante, cabría la posibilidad

de que desde una corte supranacional³¹ (como la Corte Interamericana) se ordene al país una posible reforma de sus disposiciones constitucionales al estimarlas contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues este sistema está confeccionado para que el juez supranacional se sustituya en juez nacional.

Aterricemos estas ideas con el siguiente ejemplo. La Convención Americana (en adelante la Convención) en su artículo 2º, prevé una disposición que da cuenta de la forma en cómo se encuentra diseñado y con qué propósitos el sistema interamericano. A la letra, el señalado precepto establece:

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

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

La Convención es clara cuando señala que los países que ingresen al sistema interamericano, tienen el deber de adaptar su legislación interna al contenido de la norma internacional señalada. Ello sin lugar a duda, genera un límite y además una obligación para el poder reformador de la Constitución, pues este ajuste del que se habla, no se refiere solamente a la legislación ordinaria, sino también a las normas constitucionales.

³¹ El diseño de una corte supranacional permite precisamente llegar a tales consecuencias, ya que el órgano externo, se substituye como un tribunal dentro del orden jurídico interno. En ese sentido, sus decisiones deben ser acatadas por las autoridades del país que se sometió a su jurisdicción.



Lo anterior lo seguimos sosteniendo a partir de la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana. El caso contencioso *Olmedo Bustos y otros vs Chile*, mejor conocido como “*La última tentación de Cristo*” da cuenta de lo que acabamos de afirmar. En dicha resolución, el tribunal supranacional se pronunció sobre una especie de inconvencionalidad de la norma suprema chilena. Señaló de manera tajante, que se estaban incumpliendo con las obligaciones derivadas del artículo 2 de la Convención, al prever en su legislación, contenidos contrarios a la norma convencional, en concreto en materia de libertad de expresión.

Como consecuencia de lo anterior, se ordenó al país sudamericano a ajustar sus disposiciones de derecho interno a la Convención. De esta manera, observamos que la reforma constitucional sí puede ser limitada desde órganos supranacionales, y que incluso, puede ser condicionada por las disposiciones de las fuentes de derecho no producidas en sede interna.

Con todo ello, la dirección hacia donde deseamos llevar este trabajo, es dejar claro que las apreciaciones sobre el poder reformador de la Constitución en nuestro país, han caído en más de una ocasión en desaciertos. Desde luego aquí se están dejando las bases que servirán para que en capítulos subsecuentes, podamos confrontar lo señalado hasta ahora con la realidad derivada de la interpretación de nuestros tribunales en México.



Capítulo dos. Las restricciones a los derechos humanos

2.1 Introducción

2.2 Nociones generales sobre la estructura de los derechos fundamentales

2.2.1 Diferencia entre principios y reglas

2.2.2 Los derechos fundamentales como derechos restringibles

2.3 Admisibilidad de los derechos humanos como derechos restringibles

2.3.1 Confusiones conceptuales. Delimitación, límites, restricciones y suspensión de los derechos humanos

2.4 El test de proporcionalidad y la restricción a los derechos humanos

2.4.1 Legalidad

2.4.2 Objetivo legítimo

2.4.3 Necesidad y adecuación

2.4.4 Proporcionalidad

2.4.5 Respeto al núcleo esencial

2.4.6 El test de proporcionalidad en la interpretación de las restricciones a los derechos humanos.

CAPÍTULO DOS

Las restricciones a los derechos humanos.

2.1 Introducción

Existe una expresión en la doctrina de los derechos humanos que parece ser uniforme y compartida por una amplia mayoría de los estudiosos del derecho. Esta idea consiste en la afirmación de que “los derechos humanos no son absolutos.” Aun cuando parece un enunciado sencillo, genera una serie de implicaciones sumamente complejas. A continuación se mencionan algunas:

- a) ¿Por qué los derechos humanos no son absolutos?
- b) ¿Si los derechos humanos no son absolutos, el límite es inmanente a ellos o se produce desde el exterior?
- c) ¿Cómo pueden ser limitados o restringidos estos derechos?
- d) ¿Quién puede limitar los derechos humanos?
- e) Finalmente, ¿la regla sobre las restricciones puede ser aplicada a todos los derechos humanos?

Estas son sólo algunas de las interrogantes que se pueden formular en relación a los límites y restricciones de los derechos humanos. Lo curioso de todas ellas, es que se encuentran pocos trabajos para darles respuesta, los cuales han sido enfocados principalmente en tratar de definir qué requisitos se deben agotar para poder restringir un derecho. Esto quiere decir que la dogmática de los derechos humanos se ha enfocado en decirnos cómo limitar un derecho, o cuándo ese límite es válido, pero se ha preocupado poco por definir estos últimos.



Se presenta entonces la problemática de la denominación entre unos y otros conceptos ya que, constantemente se utilizan de manera indiscriminada los términos restricciones, límites, configuración, delimitación y suspensión de los derechos, haciendo prácticamente ninguna diferencia entre ellos, cuando cada uno cuenta con sus propias características y distinciones.

Por ello, el presente capítulo explora la línea teórica sobre las restricciones a los derechos humanos, pues a través de ella, se pretende confrontar en apartados posteriores, la forma en que dicho tema ha sido adoptado y adaptado por la interpretación jurisprudencial en nuestro país. Así, el sustento dogmático que ofrecen autores como Alexy, Borowski y Casal permitirá señalar algunas rutas que permitan una mejor comprensión de un tópico en donde incluso, algunos autores, no se han puesto de acuerdo.

Se considera oportuno comenzar previamente con el desglose doctrinal referido. Así, se parte de las aproximaciones generales derivadas de la teoría estructural de los derechos humanos, para posteriormente marcar ciertos derroteros entre los planteamientos señalados para un mejor entendimiento de las restricciones o límites a los derechos fundamentales.

2.2 Nociones generales sobre la estructura de los derechos fundamentales

Empecemos por plantear el primero de los problemas, y es que no se puede definir una restricción a los derechos humanos en tanto no se ha hablado de su estructura. Cuando se hace referencia a ella, el propósito es sentar las bases que articulan a los derechos humanos. Sólo en esta medida se logrará un mejor entendimiento de sus restricciones.

El punto de partida comienza a partir de la afirmación de que los derechos humanos no son cualquier tipo de derechos³². Añadiríamos que éstos, se reconocen como una serie de proposiciones morales que encierran valores compartidos por determinada comunidad, cuya pretensión es poder ser universalizados a todas las personas.

Así, definiciones sobre los derechos humanos existen muchas, las cuales al final, tienen por objeto destacar que los derechos fundamentales protegen la idea de la dignidad humana, o por lo menos, en los sistemas democráticos ello opera de esa manera. Esfera que Kant llegó a conceptualizar como la posibilidad de que cada ser humano sea un fin en sí mismo, y no un medio para conseguir los fines de terceros. Por ello, uno de los objetos de los derechos humanos es limitar al poder y a la vez, permitir la sana convivencia entre todas las personas³³.

Luigi Ferrajoli señala que los fundamentos de los derechos fundamentales se encuentran en diversos valores como la igualdad, la democracia, la paz entre otros, cuyo objetivo es propiciar un ámbito de protección a partir de los ordenamientos jurídicos para los sujetos más desaventajados, o como lo denominada el propio autor, las leyes de los sujetos más débiles (Carbonell, 2013).

Así, los derechos humanos se conforman generalmente por enunciados que se encuentran en normas especiales, las cuales poseen jerarquía superior dentro del régimen jurídico estatal en la mayoría de los casos. Por esa razón, se ubican

³² Esta expresión encierra una afirmación interesante. Los derechos humanos, o bien los derechos fundamentales, cuentan con características que los distinguen de la generalidad de otros derechos. Son concebidos por ejemplo, como principios, como mandatos de optimización, como pretensiones morales etc. Sin embargo, a pesar de la concepción que cada autor pueda tener, se coincide en que esta categoría de derechos se encuentra prevista en normas de naturaleza fundamental, o bien normas de jerarquía superior, lo cual les dota igualmente de ese estatus distinto al resto de los derechos.

³³ Asimismo, otros autores refieren cómo los derechos humanos han sido triunfos frente al poder, lo cual ha generado un límite a la actuación del gobierno y otras autoridades.

principalmente en las constituciones democráticas y en los tratados internacionales. Esto último, tiene serios impactos en la interpretación de los derechos, pues su positivización en cualquiera de este tipo de documentos, les permite adquirir de inmediato un rango superior al que tienen otros derechos.

Ahora bien, abordar el tema de la estructura de los derechos fundamentales no resulta sencillo, pues la misma depende también de observar qué clase de derecho es la que estamos verificando. Por ejemplo, cuando nos referimos a un derecho relacionado con las libertades, o aquellos que representan una prestación o acción positiva (Borowski, 2003).

Respecto de los primeros, los derechos relacionados con las libertades, es decir, aquellos cuya visión parte del sujeto en lo individual, generalmente implican prohibiciones hacia las autoridades y hacia los mismos particulares, de obstaculizar el ejercicio individual de los derechos. También es cierto que éstos pueden tener una dimensión colectiva, como sucede con los derechos reunión o asociación.

Por otra parte, los llamados derechos de prestación, tienen como objetivo principal, generar acciones a cargo del Estado para proveer de ciertos bienes a la sociedad. La dimensión individual se difumina y son percibidos como derechos de grupo. Por ejemplo, los derechos sindicales, el derecho a la vivienda digna, el derecho al medio ambiente adecuado o a la salud.

La complejidad mencionada, se deriva de las distintas acciones que el Estado debe ejecutar para lograr tanto la protección como la garantía de los derechos humanos. Además, el contenido de cada uno de ellos si bien busca en esencia proteger la dignidad humana tanto en su dimensión individual como colectiva, añade la interrogante de si la

estructura de los derechos fundamentales es la misma en cada una de estas categorías, o si bien, se diversifica dependiendo del tipo de derecho que se trate³⁴.

Por otro lado, Borowski (2003) clasifica los derechos fundamentales mediante los siguientes tres criterios:

1. El primero se refiere al enfoque formal de los derechos, el cual consiste en la apreciación de la norma que los contiene. En el caso particular, los derechos fundamentales se encuentran desarrollados por las Constituciones, por ello, la precisión conceptual diría que todo derecho humano positivizado en una Constitución, se vuelve un derecho fundamental. Para el autor citado, este criterio es insuficiente para dar respuesta a los derechos fundamentales que no necesariamente se encuentran en el texto supremo (por ejemplo, en el caso de los derechos previstos en tratados internacionales).
2. Con los problemas que representa el criterio formal para determinar la estructura de los derechos humanos, el autor en cita nos remite al que denomina criterio material. Este último, refiere al proceso de integración de los derechos humanos en las constituciones, transformándose en lo que conocemos como derechos fundamentales.
3. De acuerdo con el autor alemán, se debe proponer un enfoque procedimental de los derechos, referido principalmente al órgano encargado de llevarlos o no a la Constitución. El criterio en comento, sugiere que primero debe ubicarse al derecho humano que se desea positivizar en razón de su importancia, para que

³⁴ Esto último, impacta también en el tema de las restricciones o límites a los derechos humanos, porque en todo caso, aquéllos deben encontrarse de acuerdo al contenido de estos últimos, pues son éstos quienes les dan origen.

posteriormente, sea el órgano encargado de llevarlo a la Constitución quien defina finalmente su contenido (cuestión que refiere directamente a su estructura).

No se debe perder de vista que bajo el enfoque expuesto, resulta pertinente hacer referencia a la definición de los derechos fundamentales como derechos subjetivos. Esta cualidad, permite a los titulares de los derechos la posibilidad de hacerlos exigibles ante los tribunales. En consecuencia, de acuerdo a esta dimensión, los enunciados de derechos fundamentales que se encuentren en la norma fundamental, no tendrían impedimento alguno para poder ser oponibles frente al Estado, y en una interpretación evolutiva de los mismos, frente a otros particulares.³⁵

El punto de debate relacionado con la concepción señalada, se encuentra vinculado con la obligatoriedad de los derechos fundamentales, ya que, frente a esta categoría se encuentra la llamada dimensión objetiva, donde se ubican una serie de derechos cuyo contenido informa al resto de las normas del sistema jurídico, pero que no se estimaban exigibles ante los tribunales, como sucede con el caso de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (por sus siglas DESCAs). Criterio último que ha dado muestras de avances a partir de la interpretación jurisprudencial tanto de las cortes internacionales como de las nacionales, tal como sucede con el caso mexicano³⁶.

³⁵ Asimismo, existe otro criterio al cual se le conoce como dimensión objetiva. Esta ha sido desarrollada por algunas cortes supremas, como el caso de la Corte Constitucional de Colombia, y la Suprema Corte del país. El problema con esta dicotomía, es que los derechos que se analizan desde esta arista, se entienden como derechos no exigibles, o por lo menos, no gozan de la misma intensidad para hacerlos valer a través de los tribunales. Se trata de una especie de irradiación desde los derechos fundamentales hacia las normas con pretensiones de ser vinculantes, aunque no lo logren del todo. Generalmente en esta categoría entran los llamados derechos sociales.

³⁶ **DERECHOS FUNDAMENTALES. SU DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA.** Los derechos fundamentales gozan de una doble cualidad dentro del ordenamiento jurídico mexicano, ya que comparten una función subjetiva y una objetiva. Por una parte, la función subjetiva implica la conformación de los derechos fundamentales como derechos públicos subjetivos, constituyéndose como inmunidades oponibles en relaciones de desigualdad formal, esto es, en relaciones con el Estado. Por otro lado, en virtud de su configuración normativa más abstracta y general, los derechos fundamentales tienen una función objetiva, en virtud de la cual unifican, identifican e integran, en un sistema jurídico determinado, a las

En síntesis, diríamos que bajo la perspectiva estructural, los derechos humanos constituyen un tipo especial de derechos, que generalmente se encuentran en normas llamadas fundamentales, y que a la vez encierran principios que determinada sociedad, considera imprescindibles para la consecución de sus propios fines.

Ahora bien, de acuerdo a este criterio es que se pretende también entender si las restricciones a los derechos fundamentales, forman parte de él o no. No se debe perder vista, que parte el debate tiene como núcleo de la discusión, la falta de claridad sobre las diferencias entre los conceptos siguientes: 1) delimitación; 2) límites; 3) restricciones; y 4) suspensión de los derechos humanos. Por ello, los apartados siguientes, se darán las bases para determinar si la interpretación hecha por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ajusta a la doctrina de las restricciones.

2.2.1 Diferencias entre principios y reglas

Uno de los temas que se relacionan directamente con la estructura de los derechos fundamentales, y en consecuencia con sus restricciones, es el de la distinción entre los principios y reglas. La importancia de este apartado, radica en las distintas vías de interpretación que exigen uno y otro. Lo cual conlleva también, a ciertas líneas que distinguen, la posibilidad de restringir los derechos fundamentales en tanto principios y no en tanto reglas.

restantes normas que cumplen funciones más específicas. Debido a la concepción de los derechos fundamentales como normas objetivas, los mismos permean en el resto de componentes del sistema jurídico, orientando e inspirando normas e instituciones pertenecientes al mismo.

Comencemos por hablar de los principios. Para Robert Alexy (2012, p. 1) *el fundamento de teoría de las normas, por una parte, de la subsunción, y por otra, de la ponderación, es la diferencia entre reglas y principios*. En esa sintonía, diremos que los principios como mandatos de optimización, son proposiciones que pretenden ser cumplidas en la mayor medida de lo posible. Ello, dependiendo siempre de las circunstancias que de hecho y de derecho giren alrededor de tales principios. Desde este trabajo consideremos que se tratan de normas en sentido *lato*.

A diferencia de los principios, el caso de las reglas gira entorno a su efectivo cumplimiento. Esto quiere decir, que nos enfrentamos no a la posibilidad de un cierto grado de optimización de determinado o cual valor, sino por el contrario, las reglas son mandatos cuyo propósito es ser cumplidas a cabalidad. En consecuencia, esta categoría de norma (en sentido *estricto*) solo se cumple o se incumple (Alexy, 2012).

Por su parte Borowski (2003, p. 345), distingue de la siguiente manera unos y otras:

- Los principios contienen un deber *prima facie*
- Las reglas un deber definitivo
- Las reglas no pueden ceder ante otras reglas en los casos individuales
- La forma de aplicación de los principios es la ponderación
- La forma de aplicación de las reglas es la subsunción
- Los conflictos entre principios se deciden en la dimensión del peso
- Los conflictos entre reglas en la dimensión de la validez

La ilación de las diferencias entre los principios y las reglas con el tema de las restricciones, es que bajo la teoría de éstas se puede construir de acuerdo a la estructura de los derechos fundamentales, las restricciones de los mismos. Esto necesariamente

nos llevaría a tres posibles vías de interpretación: a) todos los derechos fundamentales pueden restringirse; b) no todos los derechos fundamentales pueden restringirse; o c) no todos los derechos en la Constitución son derechos fundamentales³⁷.

Llevemos esto a disposiciones concretas de la Constitución mexicana. Una de sus disposiciones que refiere a un principio pero funciona como regla es la contenida en el artículo 22, que prevé la prohibición de los actos de tortura, tratos crueles y degradantes entre otras. A la letra el precepto señalado establece:

Artículo 22. *Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales...*

En el párrafo transcrito, da cuenta de la forma de operar de las reglas. El enunciado de la norma, no deja opción sobre su cumplimiento, al contrario, la intensidad de la disposición solo permitiría interpretarla bajo un esquema distinto al de la ponderación. Esto es así, porque no se encontrarían en conflicto dos proposiciones que potencialmente pudieran colisionar. Al contrario, observamos que la regla sobre la prohibición de la pena de muerte, es un mandato que no espera ser cumplido en menor o mayor medida.

³⁷ Previamente a entrar a la teoría de las restricciones, llevemos lo que se ha dicho en este apartado a la interpretación hecha por la Corte mexicana en la jurisprudencia de la contradicción de tesis 293/2011. Como se ha comentado anteriormente, la decisión tomada por la Corte da fundamento al desarrollo de este trabajo. En el criterio resuelto, se aprecia que hay una confusión en el tema de los principios y de las reglas. Ello, impone dentro de esta resolución, una forma de resolver conflictos entre principios, bajo el criterio de interpretación propio de las reglas. Sin embargo, dejaremos esta discusión y su desarrollo para los siguientes dos apartados.

Ahora bien, del mismo modo invocaremos otra disposición de la misma Constitución para destacar la diferencia de las reglas con los principios. En el particular transcribimos la relativa a la libertad de expresión:

Artículo 6o. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

Como se observa, la estructura de este derecho fundamental está concebida a manera de principio, pues busca su progresivo cumplimiento en la medida que las circunstancias fácticas y jurídicas le permitan hacerlo (Alexy, 2012). Asimismo, la libertad de expresión sí está en posibilidad de colisionar con otros principios, por ejemplo, con el derecho al honor. En ese escenario, no podría ser resuelta la tensión a través de métodos propios de las reglas, sino que necesariamente requiere un ejercicio de ponderación. Con ese ejercicio se verificaría cuál de los dos derechos debe ceder en el caso concreto y de acuerdo a las consideraciones de la llamada fórmula del peso elaborada por Alexy.

Aquí vale la pena destacar que el derecho en general puede ser entendido como un sistema de reglas. De hecho, desde la corriente positivista, el derecho se construye a base normas para regular la convivencia. Sin embargo, en el caso de los derechos humanos, ¿es posible asumirlos únicamente como mandatos de optimización de acuerdo a la concepción de Alexy?

Manuel Atienza (2012) por ejemplo, señala que existe un punto debatible respecto al entendimiento de los derechos humanos como mandatos de optimización, pues entonces aquéllos dejan de ser triunfos frente al poder, para convertirse en una serie de

principios que tendrán mayor o menor valor dependiendo del peso que se les otorgue en un caso concreto³⁸.

Una de las principales críticas, descansaría en determinar cuál es el peso que le corresponde a cada uno de los principios en colisión. ¿Se trata de una apreciación del intérprete del derecho? O bien ¿se puede hablar de un valor predeterminado del derecho?

Además, otro error recurrente, es tratar de resolver conflictos entre reglas aplicando herramientas argumentativas que no se encuentran diseñadas para ello. Lo mismo sucede con los principios, a éstos no se les puede aplicar, por ejemplo, el método de la subsunción porque no se trata de mandatos que contengan una única o última condición, sino que dependen del valor o peso que se les otorguen.

Por último, una tercera problemática se presenta en determinar la naturaleza del mandato en sí mismo. A partir de la segunda posguerra, las constituciones de los países democráticos, optaron por diseñar apartados con un catálogo importante de derechos humanos. Teóricamente estos textos tratándose de derechos humanos, deberían estar conformados básicamente por principios.

Sin embargo, el caso de México es particular, ya que existe una especie de amalgama (atropellada) entre disposiciones que contienen principios, y a la vez otras con una cantidad importante de reglas³⁹. Lo anterior genera una confusión importante para quien interprete el derecho.

³⁸ Aquí es donde la ponderación comienza a tener un papel importante, pues se utiliza como una de las herramientas argumentativas más recurridas al momento de solucionar los conflictos entre principios, o en este caso, entre derechos.

³⁹ Un buen ejemplo de ello lo constituye el artículo 41, cuya redacción contiene una extensa descripción de reglas de diversa índole aplicables a la materia electoral.

Al respecto, Zagrebelsky (Vázquez, 2016) señala que las leyes se encuentran conformadas por reglas, en tanto que, las normas constitucionales lo están por principios. Para el autor, los principios juegan un papel propio del orden constitucional⁴⁰.

En el caso de las restricciones y límites a los derechos humanos, cuál debe ser el tratamiento argumentativo para resolver si se ajustan o no al derecho del cual se desprenden. Parecería importante comenzar a definir, una línea que permita sentar de manera clara, que tratándose de derechos humanos no les puede ser aplicado un método de interpretación propio de las reglas.

Pues atendiendo a lo aludido por Zagreblesky, no encontraría sentido que las disposiciones que contemplen principios, deban ser interpretadas bajo un esquema en donde la premisa sea un todo o nada. Es decir, no habría espacio para la modulación de los derechos al no ser debatibles.

Finalmente, diríamos que parte de la tesis central de este trabajo, parte precisamente de las consideraciones que fueron y siguen siendo aplicadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que decimos, parecen caer en las problemáticas anteriores. Es decir, no se identifica de manera clara la naturaleza de la restricción en función del derecho fundamental, y con ello, se aplica un método de interpretación que no es propio de los derechos fundamentales⁴¹.

2.2.2 Los derechos fundamentales como derechos restringibles

⁴⁰ Ello nos lleva a concluir, que en efecto, las normas relativas a los derechos humanos (incluidas aquellas que refieran a sus restricciones) deben atravesar un modelo de interpretación propio de ello, y no de las reglas.

⁴¹ Al no tener claro cuál es la estructura de una restricción, tampoco se sabrá con claridad cuál debe ser su tratamiento.

De acuerdo al marco teórico señalado previamente en relación a la diferenciación entre principios y reglas, Borowski considera que, la posibilidad de restringir un derecho fundamental, es una de las más importante dentro del criterio estructural.

Existen dos teorías a las que hace referencia para explicar la posibilidad de restringir los derechos fundamentales, una de ellas es la teoría externa y la otra, la teoría interna (ambas se retoman más adelante).

La teoría interna los concibe como derechos no limitables. La razón de tal consideración se encuentra en que, para ella, el diseño de estos derechos se encuentra predeterminado o preconfigurado, es decir, los límites son inmanentes a su contenido. Esto implica que no se pueda restringir – desde el exterior - algo que por definición se encuentra ya preestablecido. Aquí, la proposición normativa ya contiene una restricción.

Por otra parte, la teoría externa concibe al derecho fundamental a partir de dos momentos diferentes, el derecho *prima facie*, y la restricción de ese derecho. El primer término es de carácter normativo, siempre que un derecho existe, hay una norma que garantiza ese derecho. El segundo de ellos, también es normativo, es decir, las restricciones son igualmente normas, mismas que deben encontrarse en sintonía con la Norma Fundamental. De esta manera, la restricción se analiza en dos etapas: 1) el análisis de la consecuencia jurídica que se enfoca en verificar el contenido *prima facie* del derecho; y 2) el examen que se centra en analizar si el derecho se ha restringido o limitado legítimamente.

La teoría externa se encuentra en sintonía con la concepción de los derechos fundamentales como principios, ya que, de esta forma, es posible solucionar las colisiones normativas mediante el criterio de ponderación, y verificar estructuralmente si tal o cual restricción es proporcional y si se encuentra de acuerdo al contenido esencial

del derecho. Si el derecho fundamental se garantizara mediante una regla, esa norma no sería susceptible de ponderación.

Ahora bien, Borowski dentro de su teoría, explora la estructura de tres tipos de derechos fundamentales: los de defensa, los de prestación y los de igualdad. Aquí Borowski esclarece que la principal diferencia entre los primeros dos derechos (de defensa y de prestación) tiene que ver con los propósitos y fines de ambos.

Los derechos de defensa son oponibles frente al Estado, exigen una actitud negativa al tratarse de barreras para que desde el poder no se lesione la esfera jurídica de las personas. En cambio, los derechos de prestación se enfocan en una acción para que puedan materializarse la consecución de distintos fines, desde la expedición de una ley hasta un acto administrativo. Por su parte, los derechos de igualdad garantizan derechos que pertenecen al estatus positivo y no al negativo. Exigen un trato diferenciado en el marco de la acción estatal.

Los derechos fundamentales cuentan con una estructura similar. Los tres tipos se consideran derechos subjetivos al ser posible su exigibilidad ante los jueces. Asimismo, comparten características en relación a la intervención que el Estado puede aplicar como restricciones a aquéllos.

Borowski propone un esquema general de análisis. El autor parte del ámbito de protección del derecho (incluye los bienes jurídicos protegidos); el ámbito de intervención (bajo qué circunstancias deben justificarse las afectaciones estatales a los bienes protegidos); y el análisis de la justificación constitucional de la intervención (debe realizarse el ejercicio de una competencia prevista en la norma constitucional, como una cláusula restrictiva).

Uno de los temas que puntualmente aborda el autor, es el de la interpretación de los derechos fundamentales. Borowski, coincide en que el principio de proporcionalidad es el más adecuado para determinar el contenido de los derechos fundamentales, ya que aquél parte de un criterio estructural. Señala que a pesar de que su ubicación es poco clara a nivel constitucional, su fundamento estriba principalmente en la estructura que, como principios, configuran a los derechos fundamentales. Cuestión que se ve complementada con el criterio de ponderación para la solución de la colisión de los derechos.

Dicho principio para efectos de su aplicación, recurre a tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad estricta. Sólo de esta forma, podría verificarse si la intervención estatal sobre el derecho fundamental, es legítima y se adecua al marco de la norma constitucional.

Borowski ejemplifica con casos concretos del Tribunal Constitucional Alemán, cómo la estructura de todos los tipos de derechos fundamentales si bien tiene matices de diferencia, sí tienen también puntos de conexión que le permiten concluir que las funciones de los derechos fundamentales, garantizan derechos restringibles. La intervención estatal se justifica en medidas distintas de acuerdo al derecho fundamental en concreto. Por ello, el análisis del marco señalado, resulta importante para construir una teoría universal de los derechos fundamentales, lo cual conduciría a un mejor y mayor entendimiento de los mismos.

Las aportaciones de Borowski ayudan a comprender cuándo una intervención del Estado sobre un derecho fundamental, puede considerarse como una verdadera restricción y no como un mero acto arbitrario que impacte o lesione de manera excesiva en el contenido mismo del derecho. Además, se avanza con un primer paso, el de considerar bajo cualquier enfoque, que los derechos humanos son limitables o restringibles.

Definir la estructura de los derechos fundamentales, incide como se dijo, en el desarrollo conceptual de las restricciones o límites a los mismos. Si por un lado se dice que los derechos humanos tienen una categoría superior dentro del ordenamiento jurídico, entonces a nivel estructural éstos operan principios que deben ser desarrollados posteriormente desde distintas sedes estatales. Lo cual, consecuentemente tendría que desarrollar también sus posibles límites.

Por tanto, a partir de esa última afirmación, es que el eje central del siguiente capítulo gravita a dos puntos principalmente: 1) la posibilidad de restringir los derechos humanos; y 2) la precisión conceptual de las restricciones.

2.3 Admisibilidad de los derechos humanos como derechos restringibles

Previamente se hizo la alusión referente a que los derechos humanos no son absolutos. De hecho, autores como Joaquín Brage (2004) de forma mucho más contundente refiere que hablar de los derechos fundamentales como derechos ilimitables, es una falacia en sí misma⁴².

La doctrina sobre la restricción a los derechos fundamentales es joven y aún existe una diversidad de temas que requieren ser analizados, tales como la naturaleza de los

⁴² Francisco Laporta (Vázquez, p, 60) sobre el tema señala:

Cuando decimos que los derechos humanos son derechos “absolutos lo que queremos decir es, precisamente, que se trata de requerimientos morales que en caso de entrar en conflicto con otros requerimientos morales, los desplazan y anulan, quedando ellos como la exigencia moral que hay que satisfacer. Y queremos decir que los desplaza y anula en todo caso...

De acuerdo con Vázquez (2015) Laporta cuando habla de desplazamiento y anulación de los requerimientos morales, significa precisamente que el carácter absoluto de los derechos fundamentales es derrotable en tanto existen otros requerimientos morales más fuertes.

límites o restricciones, o las fuentes de dónde emanan esas restricciones. En particular, si las restricciones solamente provienen de fuentes legislativas o si también pueden provenir de la función jurisdiccional.

Posiblemente, sea la doctrina alemana la que mayores aportaciones ha hecho sobre tema. Autores como Robert Alexy o Martin Borowski destacan al realizar aproximaciones importantes no sólo en el desarrollo del criterio estructural de los derechos humanos, sino también, en relación a la teoría de las restricciones, que si bien continúa con reminiscencias de confusión entre los conceptos referidos, sí generan luz en un espinoso camino por tratar de unificar una teoría que permita una mejor comprensión sobre las restricciones a los derechos fundamentales.

2.3.1 Confusiones conceptuales. Delimitación, límites, restricciones y suspensión de los derechos humanos

Según explica Casal (2010, p. 28) los derechos fundamentales son derechos limitables que en un primer momento, podrían soportar restricciones a su ejercicio. Añade, que el primer límite se genera desde la articulación misma del derecho. Así, diríamos que los derechos humanos son derechos limitables de acuerdo a su definición misma. Esta perspectiva es conocida como teoría de los límites inmanentes (teoría interna).

El segundo momento, se presenta cuando la limitación procede desde el exterior. Ello significa que existe una incidencia por parte de una autoridad estatal que desarrolla ciertos contenidos con la finalidad de hacer posible, el flujo y convivencia de todos los derechos humanos, en aras de garantizar los bienes jurídicos que protegen. A esta última dimensión se le conoce como teoría externa de los límites.

Si se acepta la primera de las teorías, tendríamos que hacer la reflexión que Alexy (2014, pp. 239-240) citando a Klein refiere de la siguiente manera:

Klein se opone a la concepción vinculada con la expresión restricción a los derechos fundamentales, etc. [...] desde un punto de vista superficial, natural, según la cual los derechos fundamentales., se limitan (se relativizan) – como algo que está predeterminado en sí mismo en razón de su carácter pre estatal o en razón de que estos derechos están garantizados por la Constitución. De acuerdo con la lógica pura no existirían restricciones de las disposiciones de derecho fundamental sino tan sólo conceptos de las mismas.

Según la expresión de Klain, las relaciones entre los derechos fundamentales con las restricciones no existirían, pues los derechos en sí mismos se encuentran configurados a nivel constitucional con lo que llamaríamos límites propios o inmanentes. Por tanto, no se podría aceptar la siguiente división: 1) el derecho humano como tal; y 2) su restricción.

Contrariamente a lo sostenido por Klain, Alexy (2014, p. 240) señala que en efecto, desde una primera aproximación sí existen dos cosas que deben ser separadas. Para él, ambas mantienen una relación constante donde “primero existe el *derecho en sí*”, que no está restringido o limitado, y, segundo, lo que queda del derecho cuando se le introducen las restricciones, es decir, el *derecho restringido*.”

Esa reflexión conduce también a considerar que la relación entre unos y otras, no necesariamente debe materializarse. Si la restricción es algo que se produce con lo que resta del derecho humano definido, entonces al encontrarse separados un enunciado de otro, las restricciones se presentarán, siempre y cuando sean necesarias para dar cauce a las tensiones generadas por la interacción de los derechos humanos.

En ese escenario, los llamados límites inmanentes se encuentran vinculados con lo que la doctrina ha distinguido como delimitación. Villaseñor (2011, pp. 46-47) citando a De Otto refiere que:

Hay una clara diferencia entre delimitación propiamente constitucional del derecho, que determina sus contornos y la delimitación establecida por el legislador que incide externamente sobre el derecho, con limitaciones que de otra forma no tendría, es decir, limita con efecto constitutivo.

Desde una óptica particular, coincidimos con la primera parte de la definición señalada, pues la segunda en realidad, refiere a lo que desde este trabajo apuntamos como restricción. En efecto, la delimitación se construye desde el momento en que el derecho fundamental es dibujado a nivel constitucional. La adhesión de un enunciado que encierre un principio o mandato de optimización, estará diseñado a partir de contornos que *delimitarán* el contenido mismo del derecho. Por ello, la primera característica que identifica al concepto de *delimitación*, es precisamente que ésta se encuentra a nivel constitucional, y desde una interpretación más extensiva, podríamos decir que también se materializa a nivel convencional.

Para aportar mayor claridad, citemos un ejemplo previsto en la Constitución General mexicana. El artículo 6º, resguarda uno de los derechos mayormente aludidos en los sistemas democráticos. Nos referimos a la libertad de expresión. Textualmente, la norma fundamental prescribe en su primer párrafo lo siguiente:

Artículo 6o. La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley.

Del párrafo trasunto apreciamos el concepto de delimitación al que nos referimos. Existen contornos del concepto sobre la libertad de expresión, que van dibujando y delimitando su contenido. Entre ellos podríamos ubicar los que se refieren a la imposibilidad de incitar la comisión de delitos, afectación a derechos de terceros etc. Aquí el enunciado normativo es uno sólo, la libre manifestación de las ideas solamente opera si se cumplen tales condiciones. Por tanto, no existe una separación de enunciados en la disposición constitucional, existe únicamente la definición que se configura desde la confección del derecho.

En razón de esta perspectiva, es que se busca proteger un ámbito de unidad y coherencia constitucional. Villaseñor (2011, p. 47) lo dice de la siguiente manera:

Al delimitar el alcance de la protección de un derecho fundamental, los problemas de limitación debidos a otros bienes constitucionales protegidos se reconocen como cuestiones de interpretación sistemática y unitaria de la Constitución. A este efecto no es necesaria la ponderación de bienes y valores, ni la consiguiente jerarquización, sino un análisis del contenido de las normas relacionadas con los derechos fundamentales. **Es la propia Constitución la que delimita** – énfasis añadido – a través de una norma, la extensión de la protección jurídica proporcionada por el derecho fundamental.

Desde este trabajo podemos aceptar que el concepto referido, pero no como un límite interno, pues en realidad, hablar de límites inmanentes deja fuera toda posibilidad del desarrollo del derecho, causando a la vez cierta confusión con el concepto de las restricciones. Sin embargo, la delimitación sí tiene su justificación en tanto que, de esta forma, cualquier conflicto o antinomia constitucional entre derechos humanos no podría sostenerse, en aras de mantener intocado el principio de unidad constitucional.

La dimensión axiológica de la Constitución, permite visualizarla como una unidad de valores especialmente trascendentes para una determinada comunidad⁴³. Al interior de la norma fundamental, la previsión de derechos humanos con sus delimitaciones implica la ausencia de conflictos entre los mismos porque precisamente forman un todo unificado, que mantiene un grado de cohesión que escapa al conflicto entre los derechos. Las tensiones generadas entre los derechos con las restricciones, son las que conviven en el exterior al interactuar unos y otros, y las cuales generalmente deben ser resueltas mediante ejercicios de interpretación.

Finalmente, diríamos que el órgano encargado de delimitar los derechos humanos, es el Poder Constituyente y, una vez redactada la Constitución, será el poder reformador el autorizado de incorporar o ajustar los contornos y extensiones de los derechos que se sigan constitucionalizando.

La delimitación de un derecho fundamental, entonces, se caracteriza por dos razones principalmente. La primera por encontrarse en la norma fundamental. La segunda por quien es el encargado de instituirlos en ella (poder constituyente y poder reformador). De hecho, podría decirse que a nivel de derecho interno⁴⁴, solo en una ocasión es posible introducir los derechos fundamentales delimitados, ya que, posteriormente, el poder reformador seguirá ajustándolos e incluso incorporando nuevos

⁴³ Ello, permitiría inferir que la Constitución vista en su conjunto, no podría bajo un criterio netamente formalista, considerar la posible generación de antinomias. Sin embargo, materialmente podría afirmarse que es dable la constitucionalización de normas que inciden excesivamente en otras o bien que se contraponen. La dimensión axiológica marcaría una ruta para interpretar el contenido de la Carta Fundamental donde se evaluaría si el principio de unidad se rompe o no.

⁴⁴ Resulta importante destacar, que podría operar de manera distinta respecto de los tratados internacionales de derechos humanos, pues éstos cuentan con un catálogo delimitado de derechos cuyos contornos difícilmente pueden ser modificados por los países firmantes, e incluso añadidos posteriormente, pues los procedimientos difieren ya que para esto último, resulta indispensable la adición de protocolos u otros instrumentos que vayan sumando al catálogo originalmente conformado.

derechos, pero a partir de su concepción como poder constituido (tal como se adujo en el primer capítulo).

Ahora bien, respecto a los conceptos de límites y restricciones, comencemos por citar a Robert Alexy (2014, p. 244), quien ante la pregunta respecto el concepto de las restricciones responde: *las restricciones a los derechos fundamentales son normas que restringen las posiciones prima facie de derecho fundamental.*

Aun cuando parezca sencilla la definición, encierra importantes consideraciones. En primer lugar, llama la atención el hecho de que una restricción sea también una norma. Evidentemente no tiene las mismas características que una norma de derechos humanos, pero sí incide en esta última.

Siguiendo al mismo autor, para que una norma que restrinja un derecho fundamental sea considerada válida, la primera debe ser constitucional. Ello significa que si no lo es *puede tener el carácter de una intervención, pero no de una restricción* (Alexy, 2014, p. 244). Las implicaciones derivadas de tal aseveración no son menores. Una intervención estatal debe considerarse en todo caso como un ejercicio arbitrario –que no discrecional- de la autoridad pública que busca disminuir un derecho fundamental.

Lo anterior significa, que la incidencia o intervención a un derecho fundamental, no puede quedar a capricho de las autoridades, razón por la cual, la restricción o límite debe ajustarse al contenido del derecho humano o derecho fundamental. Por ello, las normas que restringen derechos pueden ser consideradas como tales, siempre y cuando sean constitucionales.

Aquí la pregunta que surge es precisamente, qué características debería tener una norma que limite derechos para ser considerada constitucional. La respuesta más básica referiría a que, en principio debe ser conforme a la norma fundamental. Esto último

solamente puede lograrse si existe una norma de competencia que autorice al legislador ordinario para emitir restricciones. Por ello, las normas de competencia las que generalmente la teoría de las restricciones toma en cuenta, como son las establecidas por las reservas de ley del derecho fundamental (Alexy, 2014).

Resulta importante apuntar, que esta relación entre la norma de derecho fundamental con la norma de la restricción, no necesariamente debe surgir, pues una cosa es que se encuentren delimitados con la finalidad de preservar el principio de unidad constitucional, y otra distinta es que exista una injerencia estatal que desarrolle esa delimitación como una restricción. Debe quedar claro que en un primer momento, es el legislador quien le da estructura al derecho fundamental con ciertas condicionantes – delimitación- en la Constitución. Mientras que, por otro lado, cuando lo que se desarrolla es el derecho humano en otra norma, ésta generalmente lo restringe o limita, pero bajo los estándares constitucionales.

Ahora bien, hasta el momento, se han utilizado como sinónimos los términos restricciones y limitaciones, y es que, en un sentido amplio, como lo asegura Casal (2010), ambas significan lo mismo. En cambio, desde una perspectiva más estricta, el autor citado considera que una restricción genera una injerencia más potente que el límite sobre el derecho fundamental.

Ante tal circunstancia, surge el siguiente planteamiento ¿cuál debe ser el nivel de intensidad que el legislador autorizado, puede ejecutar al momento de desarrollar restricciones a los derechos humanos?

De forma evidente, y para efectos de dar meridiana luz sobre ello, no debemos perder de vista que existe en la Constitución una pre-configuración de los derechos humanos. Ello significa, que tanto los límites como las restricciones, deberán ser acordes a las condiciones previstas desde la norma suprema, pues de otra forma estaríamos

frente una mera intervención estatal sin que se pueda admitir esas normas como verdaderas restricciones.

Evidentemente, los conceptos límites y restricciones, resultan apropiados para ser utilizados en este trabajo como sinónimos, pues ambos están direccionados a resolver las tensiones que se generan entre los derechos humanos, es decir, cuando éstos tienden a colisionar. Por ello, es importante que en el tema de las restricciones se tenga claridad de tres cuestiones: 1) qué es lo que el derecho ampara; 2) contra qué lo protege; y 3) cuál es su justificación (Casal, 2010).

El primer punto refiere a la configuración del derecho. Esto es, cada derecho fundamental se edifica sobre la base de ciertos valores que son trascendentes para una comunidad determinada. Aquí encontramos las libertades, los derechos de prestación o bien la igualdad. Dentro del núcleo de cada uno de esos derechos, se encuentra un contenido mínimo que debe ser desarrollado por el legislador, a partir de los lineamientos constitucionales. Sin embargo, los derechos humanos al proteger la dignidad humana, buscan garantizar esa teleología contra algo o alguien.

Para ejemplificar lo anterior, diríamos que, en el caso de la libertad de expresión, esta encierra un valor consistente en la posibilidad de que cada ciudadano o grupo de ciudadanos, pueda expresar sus ideas en cualquiera de las formas constitucional y legalmente permitidas. Este derecho se enfrenta a una posible actuación del poder público que podría intervenir en el ámbito protegido, como sucedería en un caso de censura previa.

Finalmente, la justificación constitucional se vincula directamente con las exigencias tanto formales como materiales, es decir, las restricciones deberán cumplir con una serie de requisitos para ser consideradas válidas, ya que de otra forma, si no

adquieren justificación constitucional entonces nos enfrentaríamos a un potencial acto arbitrario.

En consecuencia, las restricciones deben ser construidas a la luz del derecho fundamental delimitado en la Constitución. Ello significa, que la tarea del legislador autorizado consistirá en imponer ciertas condiciones que sean acordes al derecho humano concreto, pues su lectura debe ser en sentido de no interferir de forma tal, que haga nugatorio su ejercicio⁴⁵.

Por ello, dentro del Estado Constitucional, toda restricción debe ser evaluada en última instancia por los jueces, es decir, en un primer momento compete al legislador el desarrollo de los linderos que tienen como propósito permitir una especie de flujo entre derechos con la finalidad de garantizar los bienes jurídicos que cada uno de ellos contempla.

Existen dos tipos de restricciones que pueden ser aplicadas a los derechos humanos, las generales y las particulares. Las primeras son aquellas que se generan en abstracto cuando el legislador ordinario las desarrolla en los enunciados normativos. Las segundas son las que se generan a partir de los casos concretos, usualmente cuando existen conflictos entre principios (Vázquez, 2015)⁴⁶.

Para poder evaluar las restricciones, es necesario seguir un método que primeramente confronte la propia restricción del derecho humano desde un ejercicio

⁴⁵ Sin embargo, ¿puede hablarse de restricciones que se encuentren en la propia Constitución, es decir, como normas que restringen derechos en palabras de Alexy, pero que se contemplen en el texto constitucional? La pregunta cobra sentido, porque de acuerdo a lo expuesto, las restricciones o límites se encuentran fuera de la Constitución, pues en esta los derechos cuentan únicamente (en la mayoría de los casos) con una pre-configuración.

⁴⁶ Para poder analizar las restricciones, sean generales o particulares, se utilizan test para evaluar si existe o no ajuste de la restricción al derecho humano, o bien para salvar las tensiones producidas entre los principios.

interpretativo restrictivo, y ello se consigue utilizando una de las técnicas hermenéuticas mayormente socorridas, como los llamados test de razonabilidad o proporcionalidad.

Vázquez señala (2016, p. 29) que la herramienta para poder evaluar las restricciones es el test de razonabilidad o proporcionalidad *se trata de una herramienta argumentativa que, a través de criterios como la idoneidad o adecuación, o el estudio de la necesidad, permiten analizar cuestiones de derecho, cuestiones de hecho, y la combinación de ambas*. El mismo autor (pp. 29-30) señala que los pasos a seguir para evaluar una restricción son los siguientes:

- a) Análisis del principio de legalidad.
- b) Análisis del principio de legitimidad (constitucional e internacional) del objetivo de la restricción.
- c) Análisis del principio de necesidad del objetivo para una sociedad democrática.
- d) Análisis de la racionalidad causal, idoneidad o adecuación.
- e) Análisis del principio de necesidad.
- f) Análisis del principio de proporcionalidad en sentido estricto.
- g) Y verificación de que la restricción no lleve a la anulación del derecho.

Como se observa, la aplicación de un test como el referido, implica verificar paso a paso, si la restricción impuesta por el legislador permite un ejercicio idóneo del derecho, pues en la medida que una restricción haga nugatorio la posibilidad de materializar un derecho humano, dicha restricción en realidad se convertiría en una intervención arbitraria e ilegal de la autoridad pública⁴⁷.

⁴⁷ No existe duda sobre la posibilidad de limitar o restringir los derechos fundamentales. Posiblemente (y ese sería tema de otro debate) existan algunos derechos que sean ilimitables, como el caso de la prohibición de la tortura o de la esclavitud.

Ahora bien, en relación con el concepto de la suspensión al ejercicio de los derechos humanos, es pertinente destacar, que éste se diferencia claramente de los anteriores, porque en el caso de la suspensión, no se busca marcar un contorno o desarrollar una delimitación por el legislador, sino que se trata de una medida extraordinaria que implica una no ejecución de los derechos fundamentales.

La idea de poder suspender los derechos humanos, no opera en razón de su contenido, sino que se presenta como una alternativa extraordinaria que no restringe como tal, sino que no permite su ejercicio debido a la especial situación que exige al Estado tomar las medidas necesarias para hacer frente a las circunstancias acontecidas.

Arturo Guerrero (2015, p. 140) indica que las características principales de la suspensión del ejercicio de los derechos humanos son las siguientes:

i) límites extraordinarios, ii) aplicables en casos de emergencia pública — denominados estados de excepción— en los cuales iii) se reduce —restringe—o elimina —suspende— iv) temporalmente v) el ejercicio de un derecho, sin modificar su extensión. En contraposición, los límites a los derechos son i) límites ordinarios o en sentido estricto ii) aplicables cuando una persona se subsume en la hipótesis normativa prevista, iii) mediante los cuales se acota iv) permanentemente v) el contenido de un derecho, reduciéndose por ello su extensión.

Coincidimos con las características aducidas, más no la utilización de los conceptos para explicarlas. Es decir, como notas a destacar se encuentran la presentación de una situación extraordinaria, que obliga al Estado a tomar medidas (reguladas) igualmente excepcionales, y que de manera temporal impedirán el ejercicio de un derecho humano. Sin embargo, ello no implica que el derecho como tal se afecte

en su contenido o núcleo, pues éste se mantiene solo que no durante un periodo de tiempo concreto no puede ser ejecutado.

La suspensión de los derechos tampoco debe ser entendida como un acto arbitrario, sino como uno que debe estar ajustado a la legalidad y constitucionalidad, pero que al momento de su ejecución, las obligaciones de los derechos humanos no pueden ser aplicadas temporal y excepcionalmente (Vázquez, 2016).

Para ejemplificar hablemos del caso mexicano. La Constitución Federal, contempla ambos conceptos (restricciones y suspensión) en el artículo 1º, lo cual ha abonado a la confusión conceptual a la que nos referimos al inicio de este capítulo. Textualmente el numeral en su primer párrafo señala:

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.

Aquí hay un primer punto que permite inferir cómo la utilización indiscriminada de los conceptos, lleva posteriormente a interpretaciones erróneas. Como se observa, la parte final del artículo habla tanto de restricciones como de suspensión de los derechos, pero previamente a ellos de manera clara se habla de su ejercicio, es decir, preliminarmente parecerían estar siendo utilizados como sinónimos.

Inferimos que es así, porque de acuerdo al concepto expuesto en relación a la suspensión, denota como característica principal, su carácter extraordinario y su ejecución temporal. Cuando la Constitución expresa *cuyo ejercicio no podrá restringirse*

ni suspenderse, la redacción se estructura para considerar ambos conceptos con igual significado, siendo utilizados indistintamente.

Además, no se debe perder de vista que el artículo habla tanto de los derechos humanos como de las garantías para su protección. De acuerdo a una interpretación literal de la redacción, parecería que lo que se pretende restringir o suspender, son las garantías de los derechos humanos y no propiamente estos últimos⁴⁸.

La desafortunada técnica legislativa con la que se redactó el artículo, ha propiciado las confusiones conceptuales entre las restricciones a los derechos humanos y la suspensión a su ejercicio⁴⁹.

De hecho, no solamente se trata de una confusión propiciada por el artículo, sino que en la doctrina también se encuentran quienes hacen una diferenciación que se aparta de lo que hemos expuesto. Por ello, se considera pertinente referirlos para confrontarlo con el enfoque que hemos tomado en este trabajo.

Arturo Guerrero explica (en un texto muy atinado respecto al tema del bloque de constitucionalidad) que la diferencia no se encuentra entre los conceptos restricciones y suspensión, pues para él, la confusión (a la que ha abonado también la Suprema Corte de Justicia) se presenta entre los límites y las restricciones, ya que ambos tienen connotaciones y significados distintos.

⁴⁸ Al respecto, se retomará el tema cuando se analice la construcción de las restricciones constitucionales en el capítulo tercero.

⁴⁹ Aunque se profundizará más adelante, el artículo 29 constitucional es el único que de manera expresa señala cuáles son las circunstancias por las cuales puede suspenderse el ejercicio de un derecho humano. Sin embargo, ese precepto no hace alusión al concepto de restricción, por lo que no existe a lo largo del texto fundamental, disposición que diferencia (si es que hay tal diferencia) cuándo podrían los derechos humanos restringirse bajo las condiciones que ella señale.

Para el referido autor, existe una reserva constitucional en el primer párrafo del artículo 1º, pero dicha reserva no debe entenderse en función de un posterior desarrollo por el legislador ordinario, sino que refiere a que en la propia Constitución se debe instaurar un procedimiento que le dote de cause a las hipótesis en donde sea necesaria la suspensión o restricción al ejercicio de los derechos humanos.

Por ello, considera que ambos conceptos son sinónimos, y que ha sido la Suprema Corte de Justicia quien los ha diferenciado, provocando cierta confusión en la interpretación de aquéllos. Eso lo lleva a señalar, que son los límites los que permiten *delimitar* los derechos humanos.

En ese sentido, Guerrero aduce que la expresión *cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse*, refiere a la misma hipótesis. Es decir, a que será la Constitución la encargada de determinar los supuestos normativos por los cuales el ejercicio de los derechos humanos puede sufrir esa afectación extraordinaria y temporal, y no así (como lo ha entendido la Corte) para limitar el contenido del o los derechos humanos (Guerrero, 2015).

El autor considera, que cuando la Suprema Corte habla de restricciones, en realidad se refiere a los límites. Según refiere, los límites son las *delimitaciones* que de forma atemporal moldean a los derechos humanos. Como se observa, Guerrero concibe los límites fusionando conceptos que en nuestro caso, hemos denominado delimitaciones y restricciones.

Recordemos que para efectos de este trabajo, hemos considerado que los conceptos límites y restricciones pueden ser utilizados como sinónimos, ya que coincidimos con lo que la doctrina alemana ha desarrollado al respecto. De hecho, en párrafos anteriores, se estableció que el concepto de restricción aludía a una intervención más potente del Estado hacia los derechos humanos. Sin embargo, también dijimos que

los límites y restricciones operaban para dar causas a la interacción entre los distintos derechos humanos, lo que implica que se trata de una afectación al contenido del derecho y no a una situación de especial tratamiento.

Apuntado lo anterior, en lo que sí estamos de acuerdo con Guerrero, es que el artículo 1º constitucional, habla de restricciones y suspensión en el ejercicio de los derechos. De ahí que, la confusión estriba en lo que decíamos previamente, la redacción sí permite interpretar que tanto la suspensión como las restricciones significan lo mismo, pues se encuentran precedidas por una condición que no puede ser modificada, y es el ejercicio de los derechos.

Consideramos que lo acertado es continuar con la línea que ha seguido el desarrollo de este trabajo. Entender que existen delimitaciones que pre – configuran a los derechos humanos desde el texto fundamental. Restricciones y límites que son posteriormente desarrollados por el legislador ordinario, cuyo propósito es establecer canales de flujo entre los derechos fundamentales, las cuales son de carácter permanente. Y finalmente, la suspensión al ejercicio de esos derechos, que se presenta como una medida estatal extraordinaria y de carácter temporal para hacer frente a determinados supuestos que ameriten una actuación de tal naturaleza.

Sin embargo, aún quedan algunas preguntas por contestar, mismas que se explorarán en los siguientes apartados. De momento podemos dejar las siguientes premisas (debatibles) respecto de los temas hasta ahora abordados: 1) los derechos humanos por regla general, son derechos restringibles; 2) existen diferencias conceptuales entre la delimitación, la restricción y los límites a los derechos humanos; 3) las restricciones para ser consideradas como tales, deben ser constitucionales; 4) ello implica que deben poder ser evaluadas a la luz del contenido del derecho humano que limitan; y 5) las restricciones se desarrollan posteriormente en la sede legislativa, o bien,

podría darse el supuesto de que, desde la actividad jurisdiccional de los jueces, se restrinjan los derechos, siempre y cuando exista una delimitación constitucional.

2.4 El test de proporcionalidad y la restricción a los derechos humanos

Los derechos humanos pueden ser delimitados, restringidos –o limitados– y suspendidos (este último únicamente en su ejercicio). Sin embargo, ¿cómo se puede controlar las posibles intervenciones estatales que pongan en riesgo el contenido esencial de tales derechos?

Desde el derecho internacional se han establecido obligaciones para poder restringir o limitar los derechos. Claudio Nash (2004) señala que desde ese ámbito, hay tres tipos de límites (concepto que utiliza de manera genérica para referirse tanto a las restricciones como a aquéllos), los cuales a saber son:

- Los derechos que no admiten la posibilidad de ser restringidos (tortura, esclavitud, libertad de conciencia).
- El caso de los que admiten restricciones particulares (derecho de propiedad, de fuerzas armadas).
- Los que admiten restricciones generales.

Siguiendo al mismo autor, los requisitos para colmar de legitimidad a una restricción son la legalidad, el objetivo legítimo y el respeto al principio de legalidad. Es decir, el derecho internacional ha sentado las bases sobre las cuales, los Estados parte se obligan a respetar tales condiciones.

De acuerdo con Vázquez (2016), los tratados internacionales que prevén enunciados tendentes a regular las restricciones a los derechos fundamentales son los siguientes:

- **Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales:**

Artículo 4

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales **derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.**

- **Convención Americana sobre Derechos Humanos:**

Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, **de acuerdo con esta Convención**, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de **interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.**

- **Convenio Europeo de Derechos Humanos**

Artículo 18. Limitación de la aplicación de las restricciones de derechos.

Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que **con la finalidad** para la cual han sido previstas.

- **Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos**

Artículo 27.2

[...]

2. Los derechos y libertades de cada individuo se ejercerán **con la debida consideración a los derechos de los demás**, a la seguridad colectiva, a la moralidad y al interés común.

De acuerdo con el autor, además de los tres requisitos que señalaba Nash, se agrega el de la necesidad y adecuación de la restricción⁵⁰, sin embargo, la idea es que a partir del derecho internacional, se han establecido como piso mínimo para que los países se ajusten a él. A continuación, se señalarán las características de cada uno de ellos.

2.4.1 Legalidad

Uno de los principios que resulta ser el más evidente, es el que prohíbe la aplicación de una restricción que no se encuentre prevista en la ley. El principio de legalidad tal como se muestra en los artículos de los tratados internacionales se refiere, desde una óptica particular a dos ámbitos principalmente.

El primero de ellos en el sentido de entender a la restricción como una norma que disminuye o condiciona el contenido del derecho fundamental. Como se señaló, cuando una restricción no se encuentra en la norma, la intervención estatal sería netamente un acto arbitrario. Por tanto, lo primero es encontrarla en la norma jurídica, de manera clara y precisa (Vázquez, 2015).

⁵⁰ De igual forma, no se debe perder de vista que a partir de la interpretación de las Cortes Regionales en materia de derechos humanos, se han agregado otros requisitos, que se estiman necesarios para determinar si la restricción es legítima o no.

El segundo aspecto, es que debe estar de acuerdo con la Constitución, o como lo contempla la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo con el tratado internacional. Posiblemente este aspecto se acerque más al requisito del objetivo legítimo. La diferencia con este último, es que el ajuste no es respecto a justificaciones que se desprenden de las constituciones o de los tratados internacionales, sino que el ajuste al que nos referimos, es con el derecho humano delimitado en los textos fundamentales citados.

Esto quiere decir que el principio de legalidad por sí mismo, no se agota con la sola previsión de la restricción en la norma, sino que además, la legalidad desde una connotación más estricta, deberá ser conforme al tratado internacional o a la Constitución.

2.4.2 Objetivo legítimo

Este requisito se relaciona con la justificación para que el derecho humano sea restringido. Nash (2004) señala que las causas que normalmente se contemplan para ello, son aquellas referidas a la seguridad nacional, la seguridad u orden público, la protección de la salud, la moral pública.

Usualmente este tipo de conceptos se construyen bajo un enfoque indeterminado, con la finalidad de que los países puedan adaptarlos a sus propios contextos (Vázquez, 2016).

2.4.3 Necesidad y adecuación

Ahora, la justificación en metas legítimas, no implica que la restricción por sí misma sea adecuada para permitir la confluencia del derecho fundamental con otros. Para ello, se requiere que el límite sea necesario, es decir, que la medida tomada por la autoridad

en la norma, sea realmente la que genera un mejor costo – beneficio, en función de que con otras, el derecho humano podría ser mayormente sacrificado.

La necesidad incluso, como lo señala Nash, ha tenido una interpretación evolutiva gracias a las resoluciones que las Cortes Regionales de Derechos Humanos, quienes han llevado, como en el caso europeo a exigir que la restricción sea necesaria para una sociedad democrática. En palabras del autor ello implica que:

Esto puede ser interpretado como un estándar más restrictivo para las restricciones ya que no sólo deben cumplir con los criterios señalados previamente (propios de la proporcionalidad), sino que además deberán tener en consideración valores propios de una sociedad democrática, como tolerancia, participación, deliberación, respeto por las minorías, entre otros (Nash, 2004, p. 31)⁵¹.

Aunque el término puede ser vago, y un tanto impreciso, la idea es que las restricciones sean vistas como alternativas que sacrifiquen en la menor medida al derecho humano en juego. La adecuación por su parte exige que la restricción *debe guardar un nexo de causalidad claro y explícito con el objetivo legítimo que se desea cumplir* (Vázquez, 2015, p. 67). En pocas palabras, ambas buscan proteger el bien jurídico que resguarda el derecho fundamental.

2.4.4 Proporcionalidad

Se utiliza para analizar en el caso concreto, si la alternativa utilizada como restricción, es la menos gravosa para el contenido del derecho fundamental. Con la proporcionalidad

⁵¹ Véase el caso resuelto por la Corte Europea de Derechos Humanos *Dudgeon* que posteriormente fue recogido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 5/1985 (Vázquez, 2015).

pasa algo similar que con la adecuación y la necesidad. Ambos tienden a verificar el ajuste con el contenido del derecho fundamental. Uno al tomar la decisión de aplicar tal o cual medida, y el otro en el análisis de que efectivamente no había otra alternativa menos lesiva.

Para Vázquez, tanto la necesidad como la proporcionalidad constituyen la operatividad del principio *pro persona*. Es decir, la función de dicho principio es exigirle al intérprete del derecho, que la ruta a seguir sea la que mejor proteja al derecho humano, esto es, se busca potencializarlo tomando en consideración las circunstancias del caso concreto, sujetándose a la argumentación e interpretación previamente hechas.

En el caso de las restricciones, dicho principio opera – aparentemente – a la inversa, pues se busca que aquéllas lesionen en la menor medida posible el derecho humano, lo cual conduce a una interpretación restringida de la restricción. Ello significa que los medios utilizados se dimensionan en la justa medida que no trasciendan más allá del núcleo del derecho. Mónica Pinto lo dice de la siguiente manera:

...acudir a la norma más amplia, o a la interpretación estricta y imitativa precisamente de las normas que aplican las restricciones a los derechos humanos. Esta proporcionalidad debe observarse no sólo en las leyes donde se establezcan restricciones, sino también por las autoridades administrativas y judiciales que las apliquen (Vázquez, 2015, p. 68).

En efecto, la necesidad y proporcionalidad como requisitos para la restricción de los derechos, se relaciona directamente con la operatividad del principio *pro persona*, pues funcionan como asideros de la interpretación que debe guiar no solo al juzgador, sino también a aquellos quienes deban de aplicar una restricción, sea a nivel legislativo o bien administrativo.

2.4.5 Respeto al núcleo esencial

La delimitación (constitucional o convencional) de los derechos humanos tiene un propósito, que dichos contornos sean respetados y desarrollados en la medida de que permitan proteger (proporcionalmente) el contenido de los mismos. Esto significa que existe un ámbito irreductible del derecho, aquel que permite darle existencia. Ese reducto es el llamado núcleo esencial.

En sintonía con ello, la restricción a un derecho fundamental no puede ser de tal forma gravosa o invasiva, que termine por destruir ese espacio que debe permanecer intocado. La restricción por eso debe cumplir con la necesidad y proporcionalidad, sino de otra forma, el goce del derecho se haría nugatorio. Este requisito se desprende de las observaciones generales 10 y 27 del Comité de Derechos Humanos de la ONU, ambas establecen:

OG-10, párrafo 4: cuando un Estado parte considera procedente imponer ciertas restricciones al ejercicio de la libertad de expresión, éstas no deberán poner en riesgo ese derecho en sí mismo.

OG-27, párrafo 2: las limitaciones permisibles que pueden imponerse a los derechos protegidos en virtud del artículo 12, no deben anular el principio de la libertad de circulación

OG-27, párrafo 13: las restricciones no deben comprometer la esencia del derecho (Vázquez, 2016, p. 68).

2.5 El test de proporcionalidad en la interpretación de las restricciones a los derechos humanos.

El test de proporcionalidad o razonabilidad⁵² como se dijo antes, es una de las herramientas mayormente utilizadas por los jueces al momento de evaluar las restricciones a los derechos humanos.

El propósito de construir un test, es generar una especie de estándar de verificación que permita mediante criterios objetivos, analizar si las intervenciones de las autoridades del Estado sobre los derechos humanos, se ajustan o no a los requisitos pautados por el derecho internacional.

Por ello, como lo señala Vázquez (2016), no es objetivo de los test ser estáticos en sus contenidos, pero que puede dar pie a la estandarización de criterios argumentativos, con la creación de una regla-resultado de ponderación. Esto significa que, las decisiones tomadas por las cortes de los distintos estados, no sólo atañen a resultados jurídicos o legales, sino que también consecuencias fácticas que pueden llevar, si es mal utilizada esa discrecionalidad y escrutinio, a una inestabilidad política, incluso económica.

La finalidad y objetivo de la utilización de estos test en las sentencias judiciales es, precisamente, frenar con las actuaciones arbitrarias, defectos u omisiones de la actividad estatal mediante argumentos jurídicos que ponderen de manera proporcional y razonada estos principios constitucionales. Además, para cumplir puntualmente con sus finalidades, estos test de proporcionalidad no solo requieren de argumentos, sino también de material probatorio. En ese sentido, el autor citado refiere que con base y dependiendo del test a utilizar en el caso concreto, se requerirá de caudal probatorio, especialmente de peritajes.

⁵² En este trabajo seguiremos la línea trazada por Daniel Vázquez en el sentido de que, tanto la proporcionalidad como la razonabilidad tienen sus matices de diferencia, principalmente por ser construidas por sistemas jurídicos distintos, el europeo y el anglosajón. Por tanto, para efectos de esta investigación serán utilizados como sinónimos.

Prieto Sanchís señala que el test de razonabilidad cobra sentido:

como herramienta argumentativa frente a la convivencia de la libertad personal y la tutela de la seguridad pública, la libertad de expresión y el derecho al honor, la igualdad formal y la material, el derecho de propiedad y el del medio ambiente, el derecho a la protesta y la protección del orden público, el derecho a la tutela judicial y el principio de celeridad (Vázquez, 2016, p. 22).

Como se observa, el test opera como una herramienta de argumentación cuyo propósito es materializar el objetivo de las restricciones a los derechos humanos, que es establecer las vías para la interacción entre unos y otros derechos.

En palabras de Bernal Pulido (2014) el principio de proporcionalidad, opera como un límite para los límites (restricciones). El mismo autor, citando a Bettermann, señala que en la Constitución existen condiciones que operan como límites a los límites, siendo las principales, la dignidad humana y la garantía del contenido esencial del derecho.

Como quiera que sea, la proporcionalidad que se utiliza en el test, puede ser entendida como un *procedimiento de toma de decisiones y una estructura analítica que los jueces emplean para resolver tensiones entre dos valores o intereses constitucionales invocados* (Stone y Matthews, 2013, p.14).

Ahora bien, existen dos test que pueden ser aplicados a las restricciones de los derechos humanos. De acuerdo con Vázquez, existe el test para restricciones, y el test de ponderación. El primero de ellos se utilizaría para las restricciones de tipo general, es decir, aquellas que han sido desarrolladas por el legislador ordinario en la norma. Por su parte, el segundo tendría aplicación al momento de resolver conflictos entre principios, y liberar de esa forma la tensión entre ellos.

Aquí se parte de la premisa – como se dijo - de que ningún derecho humano es absoluto, por lo que éstos pueden restringirse o suspenderse. En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en distintos cuerpos normativos se establece dentro de sus articulados, la “apertura” a que estas restricciones y suspensiones sucedan, esto con motivo de no dañar las libertades de los demás, el bien común o la moral pública. Por ello, una de las principales interrogantes que se plantea con este examen es si nos encontramos frente a una restricción legítima o no.

Este test se compone por siete elementos, a saber: 1) principio de legalidad, el cual prevé que la restricción se encuentre prevista en ley; 2) la legitimidad del objeto de la restricción, la norma que restrinja estos derechos deberá ser explícita y establecer con precisión el objeto que funge como motivo esencial de la restricción; 3) la necesidad de la restricción para un sociedad democrática, lo que implica que sea “útil”, y que justifique la interferencia estatal en el derecho humano restringido; 4) el cuarto elemento es la racionalidad medios-fines, que también se conoce como adecuación e idoneidad, y que atañe a la causalidad necesaria para alcanzar los fines específicos y objetivos legítimos que se buscan con la restricción; 5) la necesidad de la restricción, es decir, que no exista alternativa para conseguir los fines que se persiguen legítimamente, por lo que los estados deben comprobar que el objeto que se pretende alcanzar no puede ser logrado si no se funda en dicha restricción; 6) el criterio de proporcionalidad en estricto sentido, pues no basta que se consiga el objetivo buscado, sino que se afecte de menor manera el derecho a restringir, de tal forma que si existe una alternativa menos gravosa para la persona, se tendrá que aplicar dicha alternativa; 7) el séptimo elemento de este test es análisis que se realice para determinar que la restricción no implica la anulación del derecho, y por ende, se respeten los contenidos esenciales de los derechos, por lo que, la restricción no debe permitir la anulación total del derecho y todo esto funge como un cierto tipo de límite a la restricción de que se trate (Dulitzky, 2004).

Con base en lo anterior, el autor propone que si la restricción no logra superar los siete criterios referidos, la misma no debe ser considerada como legítima, por lo que se le deberá expulsar del sistema normativo, ya que su permanencia se traduciría en una alarmante violación de derechos humanos.

Como se observa, el test aplicado a las restricciones generales, retoma los requisitos que previamente se habían señalado en este capítulo. La idea de hacer un análisis con esos parámetros, desde una óptica particular son dos: 1) control sobre el poder legislativo y su intromisión en los derechos humanos al momento de desarrollar sus restricciones; y 2) control sobre los jueces al momento de resolver controversias relacionadas con los mismos.

Sobre el primer tipo de control, resulta evidente que busca hacer un contrapeso con las decisiones que desde la sede legislativa (incluso desde la administrativa) se tomen en relación a las restricciones que se pretendan imponer a los derechos fundamentales.

El segundo de ellos es posiblemente más sutil, pero indispensable para evitar decisiones extralimitadas de los jueces. Es decir, tener una especie de *check list* para evaluar las restricciones, obliga a los juzgadores a sujetarse a criterios objetivos para motivar sus decisiones. Recordemos que los test son herramientas argumentativas, con lo cual se limita de igual forma, una posible incidencia excesiva desde la sede judicial.

Ahora bien, respecto al test de ponderación, su aplicación recae en los casos particulares en donde existan conflictos entre derechos. Es decir, se aplica también para restricciones de derechos, pero siempre y cuando se trate de restricciones particulares, es decir, sobre derechos específicos en casos concretos (Nash, 2009).

El test de ponderación es utilizado en los conflictos o choques entre derechos: tensión entre la libertad de expresión y el derecho al honor, derecho a la educación y la libertad religiosa, entre el derecho a la salud y la libertad religiosa, entre otros. Este test se basa en la premisa de que los derechos no son absolutos.

Sin embargo, si se toma al contrario esta premisa, lo que se quiere decir según Francisco Laporta (1987), es que estos derechos son requerimientos morales que, en caso de entrar en conflicto con otros requerimientos morales, uno desplaza y se anula dejando a salvo la exigencia moral que hay que satisfacer (la idea que establecimos previamente sobre el carácter absoluto de los derechos humanos).

El tema más debatible con la ponderación, es precisamente que se estima como una herramienta netamente subjetiva, que queda al arbitrio del juzgador su aplicación, dando oportunidad incluso, a que se convierta en una especie de legislador. Para algunos incluso, la ponderación en realidad es la última etapa del test, es decir, de la proporcionalidad en sentido estricto.

Como quiera que sea, y lejos de las discusiones acerca de si la ponderación es un método confiable o no, es importante resaltar que el trasfondo de cada una de estas herramientas se encuentra en la argumentación, cuestión que evidentemente puede salvar que un ejercicio como este sea debidamente aplicado.

En el caso de este trabajo de investigación, las restricciones a que haremos referencia son las que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha entendido como constitucionales, o para precisar mejor, aquellas previstas en la Constitución. Por ello salta una interrogante legítima, ¿existen bajo el marco antes expuesto estas restricciones? Es decir, hemos hablado de la delimitación y otros conceptos relacionados para concluir que la doctrina (mayoritariamente) entiende las restricciones como una



intervención estatal desde el exterior sobre un derecho humano, pero esa incidencia se encuentra fuera del texto fundamental.

Por ello, parecería que, preliminarmente podríamos asegurar que el test de restricciones generales, no podría ser aplicado – en principio – a las delimitaciones en la Constitución. por otro lado, el test de ponderación sería probablemente más adecuado, porque el choque se produce a nivel intra – constitucional.

Pero en el caso de la Constitución mexicana, y atendiendo a lo resuelto por la Suprema Corte en la contradicción de tesis 293/2011, ¿cómo podría aplicarse la ponderación para resolver un conflicto que sí, en principio, se encuentra a nivel constitucional, pero que no es generado por la tensión entre dos principios, sino entre un principio (derecho humano) y una regla? ¿Cuál sería el método para poder salvar una colisión de esta naturaleza?

Ese es parte del análisis que seguirá en los capítulos subsecuentes.



Capítulo Tres. Restricciones constitucionales y derechos humanos en México. Contradicciones y frustraciones

3.1 Introducción. Estado Constitucional democrático y breve referencia al paradigma de interpretación de los derechos humanos en México.

3.2 La interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011. Reglas vs principios.

3.2.1 Referencia a la contradicción de tesis 293/2011. ¿Qué resolvió la Corte?

3.3 Las restricciones constitucionales en el modelo mexicano. Desarticulando reglas y principios.

3.3.1 Restricciones constitucionales y el parámetro de control de la regularidad constitucional, ¿bloque de constitucionalidad *a la mexicana*?

3.3.2 Principio *pro persona* vs. Restricciones constitucionales. ¿Y la progresividad de los derechos?

CAPÍTULO TRES

Restricciones constitucionales y derechos humanos en México. Contradicciones y frustraciones

3.1 Introducción. Estado Constitucional democrático y breve referencia al paradigma de interpretación de los derechos humanos en México

Como se señaló en el primero capítulo, los modelos de Estado que surgieron a partir de la segunda posguerra mundial apostaron por nuevas estructuras para redefinir, cuáles deberían de ser las reglas del juego derivadas desde una concepción distinta del constitucionalismo tradicional, o por lo menos aquel heredado desde el siglo XIX que se enfocaba en un diseño meramente legalista también llamado páleo-positivista en palabras de Ferrajoli (2014).

Lo anterior implicaba una visión de Estado de Derecho preocupado por atender los procedimientos normativos aunado a un excesivo formalismo cuyo propósito era solamente atender al continente y no al contenido normativo, siempre éste último sería válido en tanto se hubiere seguido el procedimiento de creación autorizado para ello.

El páleo-positivismo planteaba un protagonismo del poder legislativo, quien tenía la última palabra en aquel arquetipo legalista al desarrollar constantemente procesos de elaboración de leyes enfocándose exclusivamente en las reglas de producción normativa.

Sin embargo, posteriormente a la Segunda Guerra Mundial, el tránsito del modelo legislativo al llamado modelo constitucional, tuvo como punto de inflexión la introducción de las constituciones rígidas. Es decir, normas fundamentales que no solamente definían la estructura del Estado en cuanto a repartición de competencias y división de poderes, sino que también contemplaban un catálogo básico de derechos fundamentales además de los mecanismos para lograr la protección de los mismos, mejor conocidas en este

ámbito como garantías. Este cambio no resulta menor pues como lo apunta Zagrebelsky (2011) supuso en realidad una transformación desde adentro, incluso genética que impactó a los modelos de las democracias emergentes.

El paradigma del Estado Constitucional, plantea el respeto al principio de legalidad pero no solamente en cuanto a los procedimientos a seguir para la creación de normas jurídicas, sino que además se vuelve necesaria una deferencia absoluta a los principios planteados por las normas constitucionales (constituciones rígidas).

En consecuencia, existe un elemento de sustancia para determinar la validez de la norma jurídica, la cual deberá ser acorde - por ejemplo - con los derechos fundamentales en tanto estándares mínimos que conllevan la protección de la dignidad humana en lo individual y en lo colectivo. Por tanto, la legalidad de la actuación del legislador se supraordenada (Ferrajoli, 2014) ya no a los pasos para dar a luz a leyes según las propias condiciones impuestas desde la constitución, sino que debe ser congruente también aquél con los principios de la norma fundamental confeccionados a partir del catálogo de derechos fundamentales o derechos humanos⁵³.

Zagrebelsky (2011, p. 40) sostiene que la ley cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición, es decir, es destronada a favor de una instancia más alta. Esta instancia asume ahora la importantísima función de mantener unidas en paz, sociedades enteras divididas en su interior. Tal función se consideraba inexistente en otro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se presuponía que era en sí misma, unida y pacífica. En este nuevo escenario, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad.

⁵³ Al respecto, cabe destacar que en este paradigma, tanto los derechos como las garantías para su debida protección.

Ahora bien, en el plano democrático el Estado Constitucional añade también un ingrediente de tipo sustancial. Su culminación del Estado Constitucional Democrático genera como lo expresa Ferrajoli (2014, p.20) la esfera de lo no decidible: lo que ninguna mayoría puede decidir, violando los derechos de libertad, y lo que ninguna mayoría puede no decidir, violando los derechos sociales, unos y otros constitucionalmente consagrados.

Ese modelo de estado se conjuga también con lo que en México se ha denominado nuevo paradigma de interpretación de los derechos humanos. Un escenario que en principio, permitiría un desarrollo expansivo de los derechos. Una protección que no solo se arroja a partir de lo estipulado por el derecho interno, sino que al mismo tiempo, integra las fuentes del derecho internacional. Sobre este contexto nos referimos en el siguiente apartado.

Siguiendo esa línea, en el año de 2011 concluyó uno de los trabajos de mayor esfuerzo de modificación del texto constitucional mexicano, una reforma cuyo cabildeo había comenzado cuatro años antes con un patente impulso, según lo expresa Caballero (Pérez, 2013), principalmente por las organizaciones civiles y los académicos expertos quienes siguieron de cerca todo el procedimiento de reforma a la ley suprema que reconducía al sistema jurídico mexicano hacia un derrotero más garantista y de más amplia protección en cuanto a derechos humanos se refiere.

Prácticamente a la par de esa nueva estructura en el diseño constitucional señalado, México vivía nuevas aproximaciones de interpretación de los derechos fundamentales a raíz de la sentencia interamericana del llamado caso Rosendo Radilla vs. México, (procedimiento contencioso desarrollado ante la Corte Interamericana de

Derechos Humanos) y que condenó al Estado mexicano a una serie de obligaciones por haber incurrido en responsabilidad internacional⁵⁴.

Una de esas medidas fue justamente la implementación de la doctrina conocida como control de convencionalidad en su modalidad difusa. Esto implicaba el necesario análisis a realizar por todo órgano impartidor de justicia de la norma jurídica generada en sede interna con los estándares contenidos en tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos. Ello provocó, como lo menciona Carbonell (2013, p. 140), *“que los jueces nacionales deberán desarrollar -de oficio- una serie de razonamientos que permitan la aplicación más amplia posible y el mayor respeto a las obligaciones establecidas por los tratados internacionales.”*

Tanto el control difuso de convencionalidad, como la reforma constitucional en derechos humanos trajeron consigo una relectura del derecho, dejando atrás viejas fórmulas de interpretación que no permitían un avance significativo en la protección de los derechos humanos. A partir de ello, el centro de convergencia se encontraba en la persona y su dignidad, la cual quedó de manera muy clara asentada en el artículo 1º constitucional, pues su contenido denota una fuerte presencia del derecho internacional de los derechos humanos. Dicho precepto se redactó como a continuación se cita:

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.

⁵⁴ Se trató de una sentencia que entre otras, condenó a México por incumplir con las obligaciones internacionales a las que se encuentra sujeto. La sentencia fue paradigmática también porque ordenó que todos los jueces debían ejercer un control de convencionalidad. Es decir, debían tener la posibilidad de hacer una interpretación tanto del contenido constitucional, como del de los tratados internacionales de derechos humanos en los casos concretos.



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.

El citado numeral contempla para efectos de este trabajo los siguientes elementos:

- Una cláusula de apertura al derecho internacional.
- Un segundo párrafo con referentes interpretativos concretos en relación a dos modelos de interpretación de los derechos humanos.
- Un tercer párrafo que recoge por un lado los principios en materia de derechos humanos, en conjunto con las obligaciones genéricas a cargo de las autoridades estatales, y finalmente las obligaciones específicas (Prado, 2016).

Respecto al primer punto, la cláusula de apertura al derecho internacional de los derechos humanos implica la integración al sistema jurídico nacional de aquél derecho no creado en sede interna. Esto es, se robustece el catálogo sustantivo de derechos a partir del reconocimiento de éstos no sólo con el derecho producido en fuente nacional,



sino que ahora incluye el de los instrumentos internacionales de los cuales México sea parte⁵⁵.

La consecuencia de este reenvío normativo hacia otros ordenamientos se traduce en la formación de un bloque de constitucionalidad, como lo define Sagüés (1998, p. 13) se trata de *“un conjunto de dispositivos normativos y jurisprudenciales – en algunos casos principios y valores – que han sido elevados a un plano de supremacía, fungiendo como parámetro de validez para todo acto y norma existente en un sistema jurídico determinado.”*

El segundo párrafo, refiere a dos aspectos trascendentales en este nuevo derrotero en materia de derechos humanos. En primer término, estos derechos fundamentales deben interpretarse a partir de los referentes Constitución y tratados internacionales a través mediante dos ejercicios hermenéuticos: la cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona*.

La particularidad del modelo introducido en la Constitución radica en que los derechos humanos no sólo se deben de interpretar de acuerdo al contenido de los tratados internacionales, sino también de acuerdo al contenido de la propia norma fundamental.

Por tanto, la integración de los derechos humanos se logrará en la medida de la armonización del derecho interno a la luz de los estándares internacionales, procurando en todo momento la protección más amplia del derecho fundamental en juego.

⁵⁵ En adición a lo anterior se debe puntualizar que la ampliación de este catálogo también abarca a las garantías de protección de los derechos fundamentales.

Cabe agregar en el particular que también las obligaciones y principios contemplados en el tercer párrafo del artículo en comento, deben de leerse en relación a las reglas de interpretación señaladas, lo cual significa que las obligaciones por ejemplo se deben confeccionar en su contenido desde la integración de las normas de derecho de sede nacional con las de sede externa⁵⁶.

Por su parte, el tercer párrafo del artículo primero constitucional configura lo que puede llamar un círculo virtuoso, pues los factores que lo integran tienen como propósito completar las disposiciones que le preceden en la interpretación de los derechos humanos para conjuntarlas con el marco de las obligaciones, principios y deberes a cargo del Estado desde el ámbito público. Los principios que lo conforman son: universalidad, indivisibilidad, interdependencia y progresividad.

El principio de universalidad ha sido definido como sinónimo de la igualdad jurídica, misma que debe ser contextualizada desde el ámbito local, ello quiere decir que este principio no se refiere a un universalismo exacerbado el cual no toma en cuenta los distintos factores alrededor de él, por ejemplo la cultura, las tradiciones, la historia, la dinámica social en lo particular etcétera.

Ello no implica que el derecho humano estudiado desde la universalidad pueda ser limitado o restringido desproporcionalmente, sino todo lo contrario, debe también ser desarrollado en su contenido en relación a estos aspectos para incluir a todos los sujetos en el goce del derecho.

Ferrajoli (Vázquez 2013, p. 23) sostiene que *“el universalismo de los derechos e igualdad jurídica son la misma cosa continúa diciendo en tanto que la igualdad jurídica*

⁵⁶ Ello, porque como se comenta, el artículo 1º permite la integración de las fuentes del derecho, tanto del orden interno como las internacionales.

no es más que la idéntica titularidad y garantía de esos derechos fundamentales, independientemente por el hecho, y al contrario, precisamente por el hecho de que sus titulares son diferentes entre ellos.”

Los principios de interdependencia e indivisibilidad a pesar de su parecido cuentan con matices de diferencia. Con el principio de interdependencia los derechos humanos tienen una relación directa entre unos y otros para poder ser ejecutados, en otras palabras, un derecho humano podrá ser garantizado en la medida en que otros derechos humanos vinculados con el primero también son garantizados. Así, cada derecho humano se encuentra concatenado para cumplir con su efectiva realización.

La indivisibilidad en cambio apuesta a una visión holística o integral de todos los derechos fundamentales, eliminando incluso las barreras de jerarquías entre ellos, de nuevo Serrano y Vázquez (2013, p. 42) indican que este principio *“busca no sólo asegurar los derechos que dependen unos de otros de manera inmediata, sino encontrar las cadenas de derechos, en tanto sistema de unidad sin jerarquías.”*

El último principio, el de progresividad, tiene una enorme trascendencia en cualquier sistema jurídico que se jacte de contar un modelo de Estado Constitucional de Derecho, pues como de su nombre se desprende, el desarrollo de los derechos humanos solamente puede ser hacia delante, y eso significa que una vez reconocido un estándar mínimo de protección o de garantía de los derechos, el contenido del mismo deberá paulatinamente construirse con un enfoque de constante mejoría.

En consecuencia, el derecho humano va adquiriendo nuevos elementos integrales que desde el momento en el cual son reconocidos deben continuar en esa línea progresiva⁵⁷.

Los deberes de prevención, investigación, reparación y sanción de los derechos humanos se encuentran como una categoría complementaria a las obligaciones generales, mismos que encuentran también su fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos (Serrano y Vázquez, 2013).

Los deberes entran en contacto con las obligaciones cuando los derechos humanos no fueron plenamente garantizados y por esa razón se violentaron los mismos. Por tanto, la actuación estatal tendrá que encaminarse a buscar la reparación del derecho, esclarecer el derecho a la verdad y finalmente sancionar por conducto de los distintos mecanismos y sistemas que el ordenamiento legal prevea para ese propósito.

Respecto de las obligaciones de Estado en materia de derechos humanos, podemos comenzar con las siguientes afirmaciones: todas las autoridades están vinculadas constitucionalmente a dar cabal cumplimiento a las obligaciones en materia de derechos humanos, pues al encontrarse en rango constitucional existe una exigibilidad directa del contenido de la norma fundamental. Así, la conformación de las obligaciones en lo particular se hace desde la integración del derecho interno y el derecho internacional, es decir, dotarles de tales o cuales características se realiza desde el enfoque del bloque de constitucionalidad.

⁵⁷ Acompañado de este principio se encuentra otro, el de no regresión, que resulta necesario para impedir cualquier interpretación, modificación, reforma o aplicación del derecho humano contrario al piso mínimo de protección ya reconocido por el Estado.

Así, las obligaciones mediante las cuales, el Estado mexicano se compromete a diversas acciones u omisiones en beneficio de las personas y los derechos humanos son las siguientes: respetar, proteger, garantizar y promover tales derechos, las cuales se aproximan como se cita a continuación.

En relación a la **obligación de respeto** consiste en la actitud básica de no lesión de cualquier derecho humano por parte de las autoridades, implica una abstención de lesionar la esfera de libertades y derechos de las personas. Respetar compromete a tomar las medidas mínimas por las cuales todo servidor público evitará a través de su conducta cualquier actividad que violente los derechos humanos.

La **obligación de protección** de los derechos por su parte consistirá en un paso más respecto a la de respeto, pues las autoridades deben no sólo abstenerse de lesionar los derechos fundamentales como se dijo anteriormente, sino ahora también debe diseñar las acciones adecuadas y necesarias desde sus propios ámbitos competenciales para que tanto autoridades como particulares puedan gozar y respetar el derecho humano o los derechos humanos en concreto, Proteger entonces, extiende su alcance a la prevención por conducto de diversas medidas por ejemplo, contar con cuerpos de policías suficientes, inspecciones a centros de trabajo etcétera. (Serrano y Vázquez, 2013).

La **obligación de garantizar** los derechos lleva consigo el mantenimiento del disfrute de los derechos humanos de acuerdo al piso mínimo de protección; sin embargo implica también una serie de acciones que apunten hacia la progresiva mejora del derecho y no sólo a la permanencia en el estándar básico del mismo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que la obligación de garantizar requiere el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, *“en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta*



el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (Serrano y Vázquez, 2013, p. 71).

Por último, **la promoción** puede estructurarse a partir de dos contenidos. En un primer momento promover significa dar a conocer los derechos, dotar de información a las personas sobre los mismos, pero además debe incluir dicha información las garantías para proteger y exigir ese derecho, por lo que desde un lado se debe conocer cuál es el derecho y sus alcances y a la vez, los mecanismos sean jurisdiccionales o no para hacerlos efectivos, a través de estas acciones las personas deben recibir el conocimiento suficiente sobre el mejor mecanismo o garantía para proteger tal o cual derecho humano.

En una segunda aproximación, consiste en la actividad de las autoridades para lograr la sensibilización de los derechos humanos entre las personas (Serrano y Vázquez, 2013). Es decir, busca que ellas se apropien de los derechos de forma tal, que posteriormente sean los propios miembros de la sociedad quienes colaboren con la protección y difusión de los derechos por medio de diversas vías como la participación ciudadana. La obligación de promover encuentra su clímax en el punto en que las personas entienden y asumen que los derechos humanos son suyos y se les deben de garantizar.

Como se observa, la reforma del año 2011 estructura un diseño que potencializa los derechos humanos, y que cada uno de los párrafos genera implicaciones de diversa índole, pero que se encuentran concatenadas. Aunado a la posibilidad de ejercer el control de convencionalidad, el paradigma actual de interpretación de los derechos, genera un importante escudo contra la posible actuación arbitraria de las autoridades, y también genera un esquema de defensa contra violaciones provenientes de particulares.

3.2 La interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011. Reglas vs principios.



Se ha reiterado en esta investigación, que la médula de la misma se deriva de la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto a su entendimiento de los derechos humanos y la reforma que sobre los mismos impactó en 2011 a nivel constitucional. El desarrollo del concepto de bloque de constitucionalidad, el lugar que ocupan las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y las restricciones constitucionales a los mismos.

Este apartado busca confrontar el contenido de las jurisprudencias derivadas del expediente de la contradicción de tesis 293/2011, con los referentes de interpretación previstos a nivel constitucional, y con lo que ambas resuelven y que parecen tener puntos de colisión difícilmente reconciliables.

Para ello se hace brevemente un recorrido por las discusiones que al interior de la Corte se generaron a partir de la discusión del proyecto de contradicción referido. Posteriormente, se destacará cuán relevante es la aplicación de los métodos de interpretación para los principios y para las reglas, pues la falta de entendimiento entre unas y otros ha abonado a la confusión y obnubilación sobre los derechos humanos y sus restricciones.

3.2.1 Referencia a la contradicción de tesis 293/2011. ¿Qué resolvió la Corte?

Las restricciones constitucionales a los derechos humanos suponen un tema que si bien la doctrina y los tribunales lo han abordado, la realidad es que sigue generando debates y puntos de vista muy distintos. Ese impacto se originó recientemente con la interpretación de la Suprema Corte de Justicia⁵⁸ en el expediente de contradicción de tesis 293/2011, cuyo producto final ha sido forjado por una tradición sumamente arraigada en el constitucionalismo del país y la interpretación que como consecuencia de

⁵⁸ En adelante la Corte.



ello se hace de la Constitución, desembocando en un par de criterios jurisprudenciales – polémicos - en septiembre del año 2013.

La jurisprudencia creada a partir de ese momento, fijó la manera en cómo aquella integración de la Corte entendía el entorno actual de los derechos humanos. Sobresalió una lucha constante de argumentos entre los Ministros que denotaron para algunos, la necesidad de borrar la fronteras jerárquicas entre las fuentes (interna e internacional) de los derechos humanos, y para otros la constante necesidad de situar un enfoque vertical y piramidal respecto al ejercicio interpretativo, que permitiera prevalecer en todo momento, la supremacía (formal) de la Constitución⁵⁹.

La idea de esta referencia, tiene como propósito presentar un panorama general, de cuáles son las posibles contradicciones entre lo resuelto por los Ministros en la sesión del 03 de septiembre de 2013 en la Corte, y su entendimiento de acuerdo con los diversos votos concurrentes, particulares y aclaratorio expresados en el engrose definitivo, pues ello da cuenta de las inconsistencias entre el contenido de la jurisprudencia y la manera de entender el modelo de interpretación de los derechos humanos constitucionalizado en nuestro país.

Este primer acercamiento relata de manera breve lo sucedido en la Corte, lo cual sirve de sustento para construir posteriormente, un concepto sobre qué son las restricciones constitucionales, el cual tendría que desprenderse del contenido de la jurisprudencia, así como de las discusiones y votos emitidos.

⁵⁹ Tal como se comentó en el primer capítulo, la supremacía constitucional no debe ser entendida (como lo hizo la Corte), desde un enfoque netamente formal, piramidal y que no permita la integración de los derechos. La supremacía a la que nos referimos en esta primera parte, es con la que no estamos de acuerdo, pues ya se señaló, que a partir de la reforma constitucional de 2011, el modelo de interpretación busca la integración normativa, y no el desplazamiento de una fuente de derecho a otra.

Tratar de entender la jurisprudencia únicamente con su texto literal, resultaría insuficiente para dotarnos de información, conceptos y ruta de interpretación. Por ello, se hace patente explorar cuáles fueron las directrices que en las discusiones al seno de la Corte devinieron en el resultado final. Ello no solamente tiene impacto en el ejercicio interpretativo de los derechos humanos, sino al final repercute en un tema justicia, de cómo los jueces últimos en México se apropian realmente del mandato constitucional y lo plasman en un criterio que genera una fuerte tensión entre la norma constitucional y la impartición de justicia.

¿Qué resolvió la Suprema Corte de Justicia? Como resultado de los constantes debates y discusiones de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, se obtuvieron dos jurisprudencias de la multicitada contradicción de tesis 293/2011, las cuales se transcriben a continuación:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la 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 respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de

derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.

Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 10. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

En esta aproximación, se hará referencia únicamente al primero de los criterios citados. Ambas jurisprudencias discutidas en el Pleno de la Corte, recorrieron un camino sumamente atropellado. El expediente de la contradicción se discute por primera vez el 13 de octubre de 2011 en la Primera Sala de la Corte bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

Fue precisamente en una posterior sesión de noviembre donde se decide elevar el asunto al Pleno, comenzando a discutirse el día 12 de marzo de 2012. Sin embargo, tras una serie de ajustes y modificaciones presentadas en más de dos ocasiones, es que



finalmente el proyecto, comienza a deliberarse el 26 de agosto de 2013, concluyendo el resultado último el 03 de septiembre de ese mismo año.

Los temas abordados esencialmente fueron dos: 1) el lugar que ocupan los tratados internacionales de derechos humanos respecto de la Constitución, es decir, la jerarquía entre aquéllos y el texto fundamental; y 2) por otro lado, cuál era el carácter de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a su obligatoriedad con el Estado Mexicano.

Las discusiones a lo largo de esos días, además de centrarse básicamente en el tema del “bloque de constitucionalidad”, es decir, qué lo integra y qué no, tratando de definir si los tratados internacionales de derechos humanos (o incluso aquellos que no siendo de esta categoría los incluyeran), se encuentran al mismo nivel con la Constitución, o si ocupan un lugar distinto, entendiendo este último por debajo de ella.

A través de las diversas sesiones se puede apreciar la forma en como cada ministro entiende el concepto de supremacía, la teoría de los derechos humanos y al derecho internacional de los derechos humanos. Lo anterior evidenció entre otras cosas, que no todos los ministros participan de la apertura al derecho internacional que la Constitución exige, y que existe efectivamente una corriente más conservadora con tendencia a una interpretación formalista de la Constitución, misma que lleva a considerar que las decisiones del Poder Reformador constitucional son absolutas, como si se tratara de una deferencia inmutable al legislador.

Por otro lado, se observó que, con algunos matices, existe una tendencia en algunos ministros de desdibujar esas barreras entre el derecho interno y el derecho de fuente externa tratándose de la interpretación de los derechos humanos. Es decir, de aproximar el ejercicio hermenéutico hacia una integración que robustezca el contenido de aquéllos, donde la ruta que debe guiar la interpretación es el principio *pro persona*.

Que efectivamente existe un bloque o mejor dicho, un parámetro (para usar las palabras de la Corte) de interpretación y de validez del orden jurídico que se enmarca por los derechos humanos y no por sus fuentes. Y que finalmente, la soberanía del pueblo mexicano no se pierde ni se debilita por adherencia a las obligaciones internacionales y a la interacción del derecho en ese mundo globalizado, sino por el contrario, esta adherencia resulta de un verdadero acto de soberanía.

Esas dos posturas zanjaron las principales discusiones, marcando una tendencia de votación en contra del proyecto propuesto por el ministro Zaldívar, pues para la mayoría de los integrantes del Tribunal Pleno, había una especie de incomodidad para aceptar la idea de que el derecho creado fuera del contexto mexicano, - tratados internacionales- pudieran encontrarse al mismo nivel de la norma fundamental, pues se afectaba potencialmente el principio de supremacía desde el enfoque piramidal referido.

Fue durante la sesión de fecha 26 de agosto 2013, cuando el ministro Pardo Rebolledo inserta en la discusión lo que posteriormente le daría una vuelta de tuerca al propósito de aquel primer proyecto presentado por el ministro ponente, quien buscaba borrar y desdibujar esas fronteras entre las diversas fuentes de los derechos humanos.

En la sesión de referencia, se introduce por primera vez el tema de las restricciones expresas en la Constitución, porque si bien había un nuevo paradigma alrededor de los derechos humanos, la norma fundamental seguía siendo suprema en tanto el artículo primero constitucional así lo enunciaba, ya que, al hablar de la manera en cómo los derechos humanos sólo pueden suspenderse o restringirse en su ejercicio bajo las condiciones aquélla, luego entonces, hay un principio de supremacía que desde la óptica del ministro Pardo apuntaba directamente al tema de las restricciones, con lo cual una norma de origen internacional con un derecho mejor protegido, podría ser derrotada mediante una restricción a derechos humanos expresa en la Constitución.

Justo aquí es cuando el tema de la contradicción de tesis se centra ya no en si existe o no un bloque de constitucionalidad, ya no en relación a la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya no en la jerarquía de los tratados propiamente, ya no en los “derechos humanos”, sino curiosamente en sus restricciones.

Poco a poco el proyecto presentado por el Ministro ponente perdía el respaldo de sus iguales a lo largo de la sesiones, por tanto aquél sufrió serias modificaciones, intentando conservar la no jerarquía entre las fuentes de los derechos humanos, pero introduciendo el tema de las restricciones expresas a los mismos, para así lograr el “consenso⁶⁰” y proporcionar certeza a los operadores jurídicos sobre cómo deben interpretarse los derechos humanos, y el papel fundamental del derecho internacional en ese contexto.

Así, la estrategia obtuvo la simpatía de la mayoría de los ministros (excepto del ministro José Ramón Cossío), y finalmente el 03 de septiembre de 2013 se aprobó el proyecto de resolución de la contradicción de tesis 293/2011, quedando como se señaló en las dos jurisprudencias citadas.

¿Cuáles son los puntos de análisis principales para entender los alcances de esta resolución? A continuación se desglosan como sigue:

- El proyecto tuvo diez votos a favor y solamente uno en contra (el del ministro Cossío). Sin embargo, resulta pertinente destacar que si bien fue un proyecto votado a favor por la mayoría de los ministros, lo cierto es que se presentó un escenario inusual que debilita por sí mismo la resolución. Tal circunstancia radica en los distintos votos que

⁶⁰ Así lo explica el propio Ministro en su voto aclaratorio.



acompañaron a la resolución. Es decir, hubo cinco votos concurrentes (de los ministros: Pardo Rebolledo, Sánchez Cordero, Gutiérrez Ortiz Mena, Franco González Salas y Zaldívar Lelo de Larrea), dos votos particulares (ministros: Cossío Díaz y Aguilar Morales) y un voto aclaratorio (ministro Zaldívar Lelo de Larrea).

- Lo anterior significa que a pesar de aquellos quienes votaron a favor del proyecto, se reservaron votos concurrentes tratando de aclarar o especificar con qué parte del proyecto no se encuentran de acuerdo o que consideraciones no se comparten, o bien cómo entienden las restricciones y qué papel ocupan frente a los derechos humanos.
- Por su parte, el ministro Cossío (quien votó en contra del proyecto) fue el único en considerar que había una incongruencia con el sentido de la jurisprudencia en sí misma, y también con el segundo criterio que define la obligatoriedad de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- La contradicción de tesis en consecuencia, no puede leerse a la luz del contenido del mero engrose, sino que debe ser estudiado en conjunto con los votos concurrentes, particulares y aclaratorio, ya que de lo contrario, no se podría tener un acercamiento al pensamiento de los ministros que posteriormente en otros casos seguirían resolviendo asuntos derivados de la interpretación de las restricciones constitucionales.
- Durante todo el engrose hay solamente dos referencias al tema de las restricciones constitucionales, circunstancia que debe llamar la atención, pues fue el punto nodal en todas las discusiones del pleno de la Corte a partir de que se introdujo dicho tema. Ello lejos de dar luz acerca de por qué deben prevalecer las restricciones constitucionales a los derechos humanos y no la norma internacional cuando proteja mejor el derecho, deja un claro vacío para los operadores jurídicos y profesionales del derecho en general, ya que no existe una ruta de comprensión acerca de qué son estas restricciones y por qué deben prevalecer sin poder ser moduladas.

- Además, se presenta un inconveniente adicional. Actualmente dos de los ministros que ocuparon cargo cuando se publicó la jurisprudencia analizada ya no forman parte de la Corte, y fue precisamente la ministra Olga Sánchez Cordero, una de las pocas que en su voto concurrente señala que las restricciones a los derechos humanos deben ponderarse a la luz del principio *pro persona* y ser siempre racionales y proporcionales. Sin embargo, en el Máximo Tribunal ya no se cuenta con su voz.
- El ministro Zaldívar en la exposición de su voto aclaratorio, desde un particular punto de vista, trata de justificar la decisión de la modificación del proyecto al introducir el tema de las restricciones. Habla del consenso necesario para hacer frente a una incertidumbre y limbo jurídico que se encontraba en el ordenamiento jurídico mexicano.

Sin embargo desde este trabajo, no se comparte dicha postura, pues se coincide con lo expresado en el voto particular del ministro Cossío. Este último refiere respecto de dicho consenso que: *“la razón para no compartir este curso de acción es que a mi juicio hay decisiones, en ese caso constitucionales, que no pueden tener consenso como única razón de ser y continúa considero que hay decisiones en las que la convicción sobre la interpretación que debe darse a la Constitución no puede ceder. El tema de los derechos humanos tiene esas características.”*

Los puntos anteriores resumen las debilidades encontradas en la decisión final que define la jurisprudencia surgida por la contradicción de tesis 293/2011. La principal se centra en la indefinición sobre qué se entiende por las restricciones a los derechos. El ministro Zaldívar por ejemplo, en su voto concurrente dice que no son lo mismo restricciones, límites, modalidades o configuraciones⁶¹.

⁶¹ Precisamente en este trabajo se han acotado las diferencias entre los conceptos: delimitaciones, restricciones, límites y suspensión al ejercicio de los derechos humanos. Para su consulta, véase el capítulo segundo, en el apartado 2.3.1.

Finalmente, debe añadirse la incompatibilidad de ambas jurisprudencias, lo cual dejó entre ver una Corte con criterios contradictorios en sí mismos y con el mandato constitucional, con las jurisprudencias y avances anteriores en la materia, con las obligaciones internacionales en derechos humanos, con el actual paradigma de los mismos, pero sobre todo con la justicia, último fin y valor procurado por el derecho.

3.3 Las restricciones constitucionales en el modelo mexicano. Desarticulando reglas y principios.

De acuerdo con lo señalado en los apartados anteriores, existen diversas contradicciones que nacen de la propia contradicción de las tesis referidas. Los resultados finales apuntan a un desmembramiento del derecho no solo incongruente con lo previsto a nivel constitucional, sino aún más grave, el producto jurisprudencial final crea conceptos no abordados ni explicados, desatiende las obligaciones internacionales, y principalmente contrapone dos perspectivas jurídicas difícilmente compatibles.

Manuel Atienza (2012) señala en uno de sus textos que existe confusión entre los abogados y estudiosos del derecho, sobre el entendimiento de los principios y las reglas. Es decir, la manera en cómo cada uno de estos son contrapuestos, genera incluso entre aquellos juristas de renombre, una acercamiento a la materia jurídica que en muchas ocasiones plantea discursos encontrados sobre un mismo tema.

El autor referido, considera que tanto los principios como las reglas son dos *tipos característicos de enunciados jurídicos* –que no los únicos – cuya aplicación puede ser abierta o cerrada, es decir su distinción es gradual en tanto unas y otros determinan la posibilidad de ser aplicados bajo una perspectiva de todo o nada (reglas) o bien a partir de su pertinencia en la aplicación de casos concretos derivado de un ejercicio de valoración (principios).

La anterior reflexión conlleva a considerar a las reglas como enunciados que no son derrotables.⁶² Esto es, la lógica de su aplicación al caso responde a una hipótesis que de manera prácticamente invariable, acoge el contenido de la regla bajo el método de subsunción, o es aplicable o no lo es⁶³.

Por otro lado, los principios se configuran como enunciados cuya apertura permite aterrizarlos a una hipótesis normativa pero no mediante una operación lógica de subsunción, sino a través de su ponderación frente a otros principios. Es decir, ¿qué razones existen para que prevalezca este enunciado y no otro? El resultado de dicha operación como se dijo en el capítulo anterior, deriva de un ejercicio interpretativo que sopesa las características de cada principio que finalmente lleva a concluir cuál de ellos debe prevalecer.

Ahora bien, según observamos, la Corte realizó una interpretación respecto al lugar que ocupan los tratados internacionales que contengan derechos humanos, en relación con el sistema jurídico interno, y cómo nos obligan las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De forma evidente, el principio de supremacía opera como punto de partida para dilucidar las respuestas a tales cuestionamientos.

Cómo dijimos, ese principio si bien debe leerse a la luz no sólo del artículo 1º constitucional, sino en conjunto y sistemáticamente con el 133 del mismo ordenamiento, define una ruta de integración e interpretación del derecho que no corresponde a la aproximación vertical o piramidal en donde la Constitución, como norma suprema,

⁶² Lo cual el propio Atienza cuestiona, ya que incluso las reglas pueden ser derrotables al existir casos de excepción o excepciones en sí mismas.

⁶³ El método de subsunción se vale de una operación lógica, que consiste en aplicar las condiciones de un enunciado que permite o prohíbe algo de manera cerrada. Por ello, este método no permite la asignación de fórmulas que doten de peso o importancia a tal o cual contenido, sino que responde únicamente a condiciones perentorias.



prevalece invariablemente sin tomar en cuenta otros contenidos producidos fuera de la sede interna.

No obstante, el resultado de ambas jurisprudencias parecería desarticular los métodos de operación de las reglas y de los principios mezclándolos y obteniendo en consecuencia, una serie de inconsistencias en los dos criterios jurisprudenciales. Ello se puede evidenciar de la siguiente manera. Primeramente, a manera de ideas concretas, se presentará el contenido de la jurisprudencia referida y sus inconsistencias, para posteriormente ser desarrolladas dichas alusiones.

Cuadro 1.

CONTRADICCIONES EN LA JURISPRUDENCIA J.20/2014	
RUBRO Y CONTENIDO	INCONSISTENCIAS
<p><i>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.</i>⁶⁴</p>	<p>-----</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Reconocimiento de los derechos humanos en fuentes de derecho interno y de derecho internacional. • Visión no piramidal de las fuentes, los derechos son la base y contenido de la interpretación. 	<ul style="list-style-type: none"> • La jurisprudencia comienza con una acertada manera de aproximar el reconocimiento de las fuentes de los derechos humanos, desdibujando jerarquías entre aquéllas.

⁶⁴ Semanario Judicial de la Federación.

<ul style="list-style-type: none">• Prevalencia de la restricción constitucional sobre cualquier otro tipo de fuente.• La regla tiene su fundamento en el principio de supremacía constitucional.• En su conjunto, los derechos humanos constituyen el parámetro de control de la regularidad constitucional.	<ul style="list-style-type: none">• La regla de la prevalencia de las restricciones constitucionales colisiona con la primera parte de la jurisprudencia.• No se tiene certeza del contenido del parámetro y en qué consiste.
---	--

Ahora bien, los puntos señalados tienen como propósito hacer visible las principales inconsistencias que existen en la jurisprudencia. Es decir, en su desarrollo, parecería transitarse del esquema configurado a nivel constitucional respecto al entendimiento de la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, para concluir con un contenido propio del formalismo jurídico previo a dicha reforma.

De manera concreta, la jurisprudencia comienza diciendo: *“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.”* Este primer párrafo reconoce lo establecido a nivel constitucional. Los derechos humanos no se otorgan, sino que se reconocen a partir de dos fuentes, tanto la Constitución como los tratados internacionales, lo cual es acertado según lo previsto en la norma constitucional.

En ese orden de ideas, la jurisprudencia continúa interpretando el artículo 1° constitucional, en función de la propia reforma. De hecho, señala *“que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, ...”* Tal afirmación se ajusta, incluso, principio de indivisibilidad de los derechos que permite visualizarlos en su conjunto, sin añadir elementos de jerarquía entre ellos.

Sin embargo, la primera inconsistencia se encuentra, cuando el criterio jurisprudencial enuncia que de acuerdo al artículo 1° constitucional, *“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 incongruente de tal afirmación, es que previamente se indicó que los derechos humanos no interaccionan en términos de jerarquía. Ahora, el enunciado de la jurisprudencia inserta un elemento netamente formal, sin atender al contenido de los derechos humanos como base de su interpretación, sino que se enfoca en la fuente que lo contiene.

Otra incongruencia se manifiesta al momento de implantar un método de interpretación propio de una regla y que en este caso se está aplicando para los principios. Es decir, cuando se afirma que, si hay una restricción expresa en la Constitución, se estará a lo que indica esta última, choca directamente con lo aseverado en líneas previas. Ello genera las siguientes inquietudes y cuestionamientos⁶⁵:

- ¿Por qué debe prevalecer la restricción y no el derecho?
- ¿Por qué debe prevalecer la Constitución y no el contenido de los tratados internacionales?
- ¿Por qué se aplica una proposición condicional de todo o nada para interpretar los derechos humanos y sus restricciones?
- ¿Qué son las restricciones constitucionales?
- ¿Por qué se cierra la posibilidad de realizar un ejercicio de ponderación entre los derechos humanos y sus restricciones?

⁶⁵ Las preguntas que se señalan, serán respondidas dentro de este capítulo en apartados posteriores.

- ¿Qué supremacía, formal y piramidal o la que mandata el artículo 1º constitucional?
- ¿Qué se entiende con la frase deberá estar a lo que indica la norma constitucional? La pregunta es legítima, pues es la norma constitucional la que desdibuja las barreras jerárquicas entre las fuentes de derechos humanos.
- ¿El análisis de la pertinencia y compatibilidad de los tratados internacionales con la Constitución, no debe realizarse previamente por las autoridades competentes?

Luego, en la jurisprudencia se asegura, que la evolución en la configuración de las normas jurídicas a partir de la reforma constitucional de 2011, se explica por la ampliación del catálogo d derechos humanos previstos inicialmente en la Constitución. Sin embargo, el enunciado es incompatible con las aseveraciones previas respecto a la prevalencia de las restricciones.

Así, la última parte de la jurisprudencia establece que los derechos humanos son en su conjunto, el parámetro de control de la regularidad constitucional, mediante el cual se debe analizar la validez de las normas jurídicas. No obstante, es completamente incongruente, afirma que, si los derechos humanos son el parámetro para analizar la regularidad constitucional ¿por qué debe prevalecer la restricción en su análisis? Además, resulta pertinente cuestionar ¿qué se entiende por parámetro de control de la regularidad constitucional?

Como se observa, el ejercicio de abstracción del proyecto de contradicción de tesis 293/2011, no soluciona la arraigada idea del formalismo constitucional en México. Si bien la reforma en materia de derechos humanos de 2011 produjo un enorme avance respecto a este tópico, la interpretación de la Corte produce una visión sesgada de dicha modificación constitucional.

Corresponde ahora confrontar esa jurisprudencia con el criterio jurisprudencial referido a la obligatoriedad de los precedentes del sistema interamericana para efectos de la interpretación de los derechos humanos. Se procede a realizarlo conforme al siguiente cuadro:

Cuadro 2.

CONTRADICCIONES ENTRE LAS JURISPRUDENCIAS J.21/2014 Y J.20/2014	
JURISPRUDENCIA 21/2014	JURISPRUDENCIA 20/2014
<p><i>JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.</i></p>	<p><i>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 CONSTITUCIONAL⁶⁶.</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> Las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, independientemente de que el Estado mexicano haya sido parte, son vinculantes. 	<ul style="list-style-type: none"> Existe sintonía con la primera parte de la jurisprudencia, en tanto reconoce los derechos humanos tanto de fuente internacional como de fuente interna.

⁶⁶ Ambos criterios pueden consultarse en el Semanario Judicial de la Federación.

<ul style="list-style-type: none">• La fuerza vinculante de las resoluciones tiene su fundamento en el artículo 1º constitucional.• Los jueces mexicanos, tienen la obligación de resolver cada caso de acuerdo al principio <i>pro persona</i>.• El deber de los jueces es buscar la armonización entre el precedente de la Corte Interamericana y el caso concreto. De no ser así, deberá prevalecer el criterio más favorecedor.	<ul style="list-style-type: none">• La interpretación del juez debe guiarse bajo una ruta del principio <i>pro persona</i>, sin embargo, ¿cómo puede ser eso compatible con la regla sobre la prevalencia de las restricciones y no los derechos?• ¿Cómo debería operar el principio <i>pro persona</i> cuando se trata de analizar restricciones, si éstas no pueden ser evaluadas?• Si no es posible la armonización, ¿cómo podría prevalecer un criterio más favorecedor de la Corte Interamericana, si al final debe quedar una restricción constitucional?
--	---

Es posible advertir que la jurisprudencia 21/2014, tiene un contenido acorde a la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos. En su desarrollo se desglosan afirmaciones de alto calado que impactan directamente en la manera en cómo los operadores jurídicos, deben leer el derecho. Incluso cuando menciona que las resoluciones de la Corte Interamericana, determinan el contenido de los derechos humanos previstos en la Convención Americana, enuncia parte del bloque de constitucionalidad, cuyo reconocimiento se encuentra en el artículo 1º de la Constitución federal⁶⁷.

⁶⁷ Es importante esa afirmación, porque en una primera aproximación al concepto del bloque de constitucionalidad, su conformación se hace a partir del contenido de los tratados internacionales, como de su interpretación.

Sin embargo, el problema no se presenta en el contenido de la jurisprudencia 21/2014, pues lo que genera una inconsistencia es lo previsto en ella y en la diversa jurisprudencia 20/2014. El detalle a resaltar es que ambas son producto de la misma contradicción de tesis, y ambas se contradicen entre sí.

Ello es posible evidenciarlo, cuando se exige la operación de interpretación del juez mexicano con base en el principio *pro persona*. El ejercicio hermenéutico que desarrolla a partir de aquél, no solo aplica para los derechos propiamente, sino que también aplica para sus restricciones⁶⁸.

Ahora, si las resoluciones de la Corte Interamericana son vinculantes porque en sí mismas representan una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ¿por qué debería prevalecer la restricción de la Constitución y no, por ejemplo, un derecho humano mejor protegido en la Convención referida? La respuesta no es sencilla, porque desde una y otra jurisprudencia, se exigen ejercicios de interpretación que son distintos, pero aplicados ambos a los derechos humanos.

La interrogante entonces queda en el aire, pues no podría responderse *a priori*, cuál de las dos jurisprudencias es la que finalmente cedería frente a la otra, incluso cabe cuestionarse ¿cómo podría el juez mexicano “inaplicar” una u otra cuando ambas tienen fuerza vinculante? Se podría concluir preliminarmente que en ese supuesto, el intérprete caería en responsabilidad por no acatar el mandato de la Corte.

Entonces, ¿cómo puede aplicarse el principio *pro persona* a los casos de derechos humanos por un lado, cuando se cierra esa posibilidad en los supuestos de las restricciones constitucionales? La colisión entre ambas jurisprudencias se engloba en

⁶⁸ En el caso del principio referido y su confrontación con la jurisprudencia 20/2014, se explicará más adelante en este mismo capítulo.

esta pregunta, y parecería que finalmente, el principio *pro persona* es el que debe ceder frente a las restricciones.

En ese orden de ideas, se considera hacer un primer acercamiento a un caso práctico para representar tales inconsistencias. el escenario donde lo que se está resolviendo por el juez mexicano, se vincula con el derecho laboral a ser reinstalado. La Constitución no reconoce ese derecho cuando se trate de cuerpos de seguridad pública. En ese sentido, es probable que la jurisprudencia interamericana sea más favorecedora que nuestro derecho interno, pero al ser una restricción expresa, de acuerdo con la Corte, aquella debe prevalecer. ¿Qué pasa entonces con el principio *pro persona*? ¿Qué sucede entonces con lo sustentado en esta y la otra jurisprudencia? ¿Cuál debemos aplicar finalmente? Ese es el reto que plantean las jurisprudencias y que la Corte no previó cuando se aprobó el criterio final.

De acuerdo a lo anterior, existen razones suficientes para considerar que no solamente la jurisprudencia que da origen a este proyecto de investigación es en sí misma contradictoria, sino que además colisiona con la jurisprudencia P./J.21/2014. ¿Cómo pueden abstraerse dos criterios que se contraponen así mismos del mismo asunto?

Cuando se menciona que la jurisprudencia 20/2014 desarticula las reglas y los principios, es precisamente porque de su contenido se están aplicando métodos y operaciones de interpretación no apropiados. Decíamos que en el caso de las reglas, tienen razones perentorias. Esto significa que generalmente la discusión no lleva a ningún sitio, pues las reglas se cumplen siempre.

Este tipo de operación lo observamos cuando se asegura que en caso de existir una restricción constitucional al ejercicio de un derecho humano, el enunciado claramente

cerrado⁶⁹. Es una regla de prevalencia y no un principio de prevalencia. En caso contrario, la jurisprudencia tendría que estipular la posibilidad de ponderar al caso concreto no solo el derecho humano en sí mismo, sino su restricción también.

Parecería que existe una herencia altamente positivista en el criterio. Ronald Dworkin (1977) planteó en algún momento si en efecto el derecho ¿es un sistema de reglas? Al respecto, el autor considera que cuando dos reglas entran en conflicto, una de ellas no es válida. Pero qué sucede cuando entran en conflicto los principios. La forma de darle operatividad a tal circunstancia atiende –en palabras del autor – a su peso o importancia.

De acuerdo a la jurisprudencia, lo que entra en conflicto es un derecho humano con una restricción constitucional, una restricción que cabe mencionar se debe aplicar al ejercicio de tales derechos. Teóricamente el choque no se presenta entre enunciados cerrados. Hagamos el siguiente ejercicio.

Cuadro 3.

APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA 20/2014 A CASO CONCRETO	
Texto constitucional	Operación lógica de acuerdo a la jurisprudencia 20/2014
Artículo 123. Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley.	

⁶⁹ Ello significa que la operación simplemente se desarrolla bajo la idea de aplicación de un enunciado que condiciona tal o cual conducta, y desplaza a otro de acuerdo al supuesto jurídico.

El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes deberá expedir leyes sobre el trabajo, las cuales regirán:

... B. Entre los Poderes de la Unión y sus trabajadores:

[...]

XIII. Los militares, marinos, personal del servicio exterior, agentes del Ministerio Público, peritos y los miembros de las instituciones policiales, se regirán por sus propias leyes.

Los agentes del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, podrán ser separados de sus cargos si no cumplen con los requisitos que las leyes vigentes en el momento del acto señalen para permanecer en dichas instituciones, o removidos por incurrir en responsabilidad en el desempeño de sus funciones. **Si la autoridad jurisdiccional resuelve que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio**, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido⁷⁰.

El derecho humano en juego es uno de naturaleza laboral, es decir se trata de un derecho social a la posibilidad de ser reinstalado.

Sin embargo, se prevé una restricción en el párrafo XIII del artículo 123, apartado B, de la Constitución General.

Si se trata de un servidor público cuyas funciones se relacionen con la seguridad pública, aun cuando se haya determinado que el cese de sus funciones es injustificado, el Estado solamente puede indemnizarlo pero no reinstalarlo.

De acuerdo a la jurisprudencia, existe una restricción expresa a nivel constitucional. La interpretación no permitiría ponderar dicha restricción frente al derecho humano. Tampoco podría aplicarse un test de proporcionalidad a la restricción.

Ello significa que las razones por las cuales se restringe el derecho a la reinstalación, no pueden ser evaluadas. Es decir, los bienes tutelados como la seguridad pública o el bien colectivo, simplemente no se

⁷⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

	<p>confrontarían con el derecho porque la regla a <i>priori</i> lo impediría.</p> <p>La operación lógica conlleva a una aplicación todo o nada. La reinstalación no será posible.</p>
--	---

El ejemplo anterior tan solo demuestra a grandes rasgos que la jurisprudencia introduce el método de subsunción para la interpretación de un derecho humano frente a su restricción y sobre la restricción en sí misma, dejando de lado el método propio de los principios para valorar en el caso, qué tiene mayor importancia, el derecho o la restricción⁷¹.

En adición a ello, si tomáramos en cuenta lo establecido en la jurisprudencia 21/2014, ¿cómo podríamos hacer compatible las siguientes dos afirmaciones? Observemos la colisión con la siguiente figura:

Figura 1.

⁷¹ Este ejemplo solo evidencia una primera tensión que se ocasionaría al interior de la justicia constitucional, derivado de la interpretación de la Corte en las jurisprudencias que se analizan.

... ; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos. J. 21/2014

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. J. 20/2014

Como se señaló en el capítulo anterior, la Corte realiza una interpretación con enorme sesgo del artículo 1º constitucional. La idea de restricciones al ejercicio de los derechos humanos de acuerdo a dicho órgano jurisdiccional, dista de lo expuesto en este trabajo, pues recordemos que la noción de restricción parecería no aplicar al caso concreto, porque en los textos constitucionales esencialmente existen delimitaciones a los derechos.

Además, la regla de prevalencia parece atender más al caso de excepción que contempla el artículo 29 del mismo ordenamiento. Es decir, en el artículo 1º constitucional si bien se hace referencia a los dos conceptos (restricción y suspensión), recordemos que no son sinónimos y que la afirmación sobre la restricción o suspensión al ejercicio de los derechos humanos será únicamente en los casos que la propia norma constitucional

señale⁷². Por tanto, ese enunciado tiene que ver precisamente con esta última porque en la norma fundamental la referencia a otras restricciones de manera expresa no existe.

Por ello, resulta difícil definir con claridad qué entendieron los ministros de la Corte por las restricciones constitucionales. ¿Se refieren a lo que hemos referido como delimitaciones? ¿o bien se tratan de otro tipo de cláusulas contenidas en la Constitución y que son aplicables directamente a los derechos humanos?

De lo que sí existe certeza, es que además de la confusión en la aplicación de los métodos para resolver colisiones entre principios o bien entre reglas, la jurisprudencia 20/2014, deja otros cabos sueltos. Entre ellos se encuentra la definición de un concepto al que se le llamó parámetro de control de la regularidad constitucional. Sobre él nos referimos en el siguiente apartado.

3.3.1 Restricciones constitucionales y el parámetro de control de la regularidad constitucional, ¿bloque de constitucionalidad a la mexicana?

Ya se ha señalado que la Constitución mexicana sufrió una modificación trascendental en el año de 2011. Esa reforma como se dijo, produjo cambios sustanciales relacionados principalmente, con colocar como epicentro a la dignidad humana mediante el reconocimiento de los derechos humanos de distintas fuentes, cuya finalidad es integrarlos al sistema jurídico interno.

Precisamente, la apertura al derecho internacional de los derechos humanos que se consigna en el artículo 1º constitucional, deja entrever la adopción de un concepto que si bien ha sido ambivalente de acuerdo a los sistemas normativos de cada país, en

⁷² Ello se explicó en el apartado 2.3.1 del capítulo dos de este trabajo.



México se recibió con cierta resistencia porque implica entender a la Constitución más allá de su concepción formal.

Comenzaremos por citar algunos conceptos y referencias acerca del bloque de constitucionalidad para posteriormente desarrollar sus características y verificar si en México tenemos un bloque o bien como lo dice la Corte, un parámetro de control de la regularidad constitucional.

Al respecto, Rodríguez (2013, p. 17), señala que el concepto bloque refiere a una categoría jurídica del derecho constitucional comparado que se refiere al “*conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico de cada país.*”

De igual forma, de acuerdo a Sagüés (1998), citado por Marcos del Rosario (2015, p. 133), el bloque de constitucionalidad puede ser entendido como el “*conjunto de dispositivos normativos y jurisprudenciales - en algunos casos principios y valores – que han sido elevados al plano de supremacía, fungiendo como parámetro de validez⁷³ para todo acto o norma existente en un sistema jurídico determinado.*”

Finalmente, Uprinmy (2008, p. 31) considera, que el concepto de bloque de constitucionalidad a pesar de uso constante por la doctrina y por los criterios jurisprudenciales de algunas cortes constitucionales (como en el caso de Colombia), no existe claridad suficiente al respecto. Sin embargo, señala que la idea de bloque refiere a la “*existencia de normas constitucionales, o al menos supra-legales, pero que no aparecen directamente en el texto constitucional.*”

⁷³ Si bien aquí se utiliza la referencia al parámetro, en líneas posteriores se explicará si es al concepto creado por la Corte mexicana, o bien dista de ello.



Se coincide con la primera aproximación expuesta por Graciela Rodríguez. Es pertinente hablar de una categoría jurídica cuando en la doctrina y en la jurisprudencia, aún no se tiene completa claridad de qué es y qué incluye. En efecto, el bloque de constitucionalidad se construye a través del derecho comparado. Han sido los diversos sistemas jurídicos (principalmente de Europa y América Latina) quienes desde los años setenta, fijaron como piedra angular de la interpretación de los derechos, no solamente el contenido formal de la Constitución, sino al de otras normas fuera de ella, pero que adquirirían rango constitucional.

En el particular, se le atribuye a Francia el origen del concepto. Pese a que en el país Galo, la Constitución vigente no cuenta con una declaración formal de derechos humanos, su preámbulo hace una proclamación de los principios y derechos del hombre de la Constitución de 1789, complementada por el Preámbulo de la Constitución de 1946, el cual tiene valor normativo (Guerrero, 2015) y nos conduce a la primera reminiscencia del bloque de Constitucionalidad.

El valor normativo del preámbulo no fue considerado como tal desde un inicio. Fue a partir de las decisiones del Consejo Constitucional francés D-39 y D-44 de 1970 y 1971 respectivamente, que dicho órgano otorgó valor constitucional al preámbulo, cuando confrontó la ley impugnada a los llamados “principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República” (Arturo Guerrero, 2015, p. 19). De ahí que, se pueda considerar esta última decisión, como aquella que por primera vez, contrastó una norma con la Constitución a partir de una remisión a su preámbulo, que a la vez remitía a los principios de la Declaración de 1789.

Sin embargo, fue hasta 1974 que se plasma por primera vez el concepto de bloque de constitucionalidad en una publicación de Louis Favoreau⁷⁴, la cual explicaba precisamente la resolución del Consejo Constitucional Francés D-44 de 1971. El título del trabajo se conoce como *Le principe de constitutionnalité: essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil Constitutionnel* (Arturo Guerrero, 2015).

En ese escenario, diversos países comenzaron a utilizar el concepto de bloque de constitucionalidad, principalmente derivado de diversas resoluciones de sus Cortes Constitucionales. Tales son los casos de España, Colombia, Argentina y recientemente México.

Por ello, se estima que la figura como tal, se ha trasplantado a diversos sistemas jurídicos que ahora, desde sus constituciones, remiten a otras fuentes de derecho para que sus contenidos sean parte de un catálogo más amplio de derechos humanos⁷⁵.

En términos generales, el bloque de constitucionalidad replantea a la vez el concepto de Constitución, pues extiende su contenido más allá del texto propiamente dicho. Es decir, el concepto en análisis apunta hacia una visión de contenido y no de continente. Las normas que componen el texto se integran a él a partir de la remisión que expresamente se hace desde la sede constitucional⁷⁶.

⁷⁴ Arturo Guerrero Zazueta hace la aclaración de que la expresión se usó por primera vez por Claude Emeri en 1970, sin embargo, la idea de bloque de constitucionalidad empleada en esa ocasión, dista cómo se concibe actualmente. Por ello es a Favoreau a quien se le reconoce la utilización del término en 1974.

⁷⁵ De acuerdo con Arturo Guerrero (2015, pp. 41-42) es posible afirmar que la experiencia latinoamericana conduce a la conclusión de que, en este contexto, el bloque de constitucionalidad opera como una especie de intersección entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, la cual conlleva, según la analogía retomada por Góngora Mera, “un achatamiento del triángulo superior de la pirámide kelseniana, de modo que [el resultado] parece más un trapecio”

⁷⁶ En consecuencia, conceptos como: Constitución, supremacía constitucional y núcleo intangible exigen un rediseño o adaptación de acuerdo a esta nueva lectura que acarrea la idea de bloque de constitucionalidad. Es por ello que en el primer capítulo de este trabajo, se abordaron estas nuevas aproximaciones para sentar las bases del análisis en los apartados subsecuentes.

Ello conduce a considerar a la Constitución ya no desde el aspecto formal, sino como se dijo en el primer capítulo de este trabajo, hablamos de la norma fundamental desde su materialidad. Desde una óptica formal, la Constitución:

Es un conjunto de normas jurídicas de superior jerarquía, denominadas como tal, dentro de un orden jurídico determinado, las cuales someten en primera instancia, al poder legislativo y con él a todos aquellos poderes u órganos constituidos para la creación del derecho, sea por el mecanismo de la repetición o de la decisión (Edgar Fuentes, 2010, p. 29).

Continuando con el mismo autor, la Constitución como norma material le añade a esta última, *“toda disposición de carácter normativo fundamental, que sea necesaria tener en cuenta para emitir juicios de constitucionalidad frente a las demás normas que se encuentran dentro del ordenamiento jurídico”* (2010, p. 31).

Como se observa, la idea del bloque de constitucionalidad tiene que ver con la materialidad de la misma. La aproximación formal reduce la visión de la Constitución como una norma con posibilidades de extender e integrar contenidos que no son producidos en la sede interna del país. Ese “ensanchamiento” se produjo como resultado de la experiencia bélica de la segunda mitad del siglo XX. La presencia del derecho internacional, y en concreto de los tratados internacionales de los derechos humanos, condujeron a las naciones a proporcionar una mejor protección de las personas a partir de ese catálogo de derechos.

Así pues, los efectos que genera el bloque de constitucionalidad los señala Rodríguez (2013, pp. 25-26) citando a Góngora Mera (2007), los cuales se enumeran a continuación:

- a) Aplicabilidad directa de los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque.
- b) Inconstitucionalidad de las actuaciones estatales contrarias a los derechos reconocidos en el bloque.
- c) Expansión de la labor interpretativa de los jueces.
- d) Irradiación del poder normativo del bloque a ordenamientos internos.
- e) Incorporación de los principios de interpretación del derecho internacional.
- f) Poder vinculante de las declaraciones de derechos humanos incorporadas al bloque.
- g) Protección ampliada del derecho a la igualdad.
- h) Constitucionalización de derechos consagrados en normas internacionales.
- i) Constitucionalización de los derechos humanos de sujetos específicos.
- j) Modificación de competencias en el orden interno.
- k) Inclusión de nuevos tipos penales y reforzamiento de los existentes, y
- l) Reconocimiento del derecho de petición individual ante órganos internacionales y habilitación de la jurisdicción internacional de los derechos humanos.

Aun cuando parecería existir mayor claridad de acuerdo a estas características y efectos, Uprinmy (2008) señala que fue la Corte Constitucional de Colombia quien abonó a su mejor entendimiento en 1997 cuando distinguió entre el concepto de bloque de constitucionalidad en sentido estricto y en sentido lato.

El primero de ellos refiere a cualquier norma “*que tiene jerarquía constitucional, sin importar cuál sea la norma que produce su integración al bloque*”. En tanto que el sentido lato o amplio que incluirá además, “aquellas disposiciones que sin tener jerarquía constitucional son parámetros de constitucionalidad de las otras leyes, como las leyes estatutarias y orgánicas” (Uprinmy, 2008, p. 65). Esta última aproximación como lo refiere Graciela Rodríguez (2013), podría incluir cualquier norma de *soft law*, pues en sentido lato, el concepto se relaciona directamente con el sistema de fuentes del derecho internacional.

Según se ha expuesto, el bloque de constitucionalidad requiere necesariamente de la existencia de una remisión de la norma constitucional hacia otras fuentes de derecho, que les confiere el mismo rango para que operen como parámetro en la interpretación de los derechos. Sin embargo, desde una óptica particular, ello genera invariablemente que el catálogo ampliado de derechos se visualice como una unidad sustantiva que sirve de referente interpretativo.

De acuerdo con Guerrero (2015), la remisión debe ser expresa. Esto es, en la norma fundamental debe existir al menos una referencia que indique la posibilidad de una cláusula de apertura a las otras fuentes de derecho, que por lo general refieren a los tratados internacionales de derechos humanos.⁷⁷ El mismo autor señala, que de no ser así, sus alcances serían perjudiciales para la democracia, y en consecuencia sería ilegítima una ampliación de tal calado.

Al respecto, Guerrero (2013, p. 63) citando a Uprimny (2008) identifica cinco técnicas básicas de reenvío:

- 1. Remisión a textos cerrados y definidos:** el texto constitucional especifica la norma que incorpora al bloque, la cual tiene un contenido delimitado.
- 2. Remisión a textos cerrados, pero indeterminados:** el texto constitucional remite a otros textos normativos cuya determinación genera dudas o incertidumbre.
- 3. Remisión a textos por desarrollar:** la Constitución determina la necesidad de acordar en el futuro el alcance de una materia constitucional.

⁷⁷ Se debe poner especial atención a esta última afirmación. La remisión hacia las fuentes del derechos internacional, no necesariamente se circunscriben a los tratados de derechos humanos, o bien a las normas de *soft law*, o a la interpretación de las mismas por órganos jurisdiccionales o cuasijurisdiccionales. En el caso mexicano por ejemplo, la interpretación ha sido en el sentido de considerar como parte de los tratados a que se refiere el artículo 1º constitucional, no solamente aquellos de especialidad en derechos humanos, sino que abarca desde la óptica de la Corte, todo tratado que contenga derechos humanos. Ello significa que el centro de atención son los derechos y no únicamente las fuentes que los contengan.

4. Remisión abierta a valores y principios: la Constitución no determina claramente los valores o principios que se integran al texto constitucional.

5. Remisión a valores por medio del uso de conceptos particularmente indeterminados: las Constituciones pueden remitir a doctrinas o conceptos que, por su generalidad, tienen un alto margen de indeterminación.

En el artículo 1º constitucional se fija una técnica de reenvío que en realidad parte de una cláusula de apertura. Es decir, de las técnicas de reenvío se desprenden a la vez distintas cláusulas que conllevan a identificar el propósito de la remisión (Guerrero, 2015). Una de ellas es la cláusula de apertura que tiene por finalidad, ampliar el espectro o catálogo de derechos, precisamente para evitar que sean cerrados.⁷⁸ De hecho, la redacción del primer y segundo párrafo evidencian característica, observemos:

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 (*énfasis añadido*).

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 (*énfasis añadido*).

De la lectura literal de los dos párrafos del artículo 1º constitucional, es fácil advertir que una de las modificaciones sustanciales introducidas en la reforma de 2011, fue precisamente la llamada cláusula de apertura. Esta se evidencia cuando la norma señala que el reconocimiento de los derechos humanos, no solamente contempla aquellos previstos en la propia Constitución, sino también los que se encuentran en los tratados

⁷⁸ Otras cláusulas son: cláusulas jerárquicas, interpretativas. Definitivas de procedimientos y declarativas (Hernández, 2010, p. 73).

internacionales. Adicionalmente a ello, el segundo párrafo habla de la forma o modelo mediante el cual se deberán interpretar esos derechos. Es decir, de acuerdo a las reglas y principios constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos.

Ahora bien, la cláusula de apertura de la Constitución en México es sumamente amplia, pues no refiere solamente a determinados tratados internacionales, sino que habla de aquellos en materia de derechos humanos. Sin embargo, la Corte ha emitido diversos criterios jurisprudenciales mediante los cuales señala que no necesariamente los tratados de naturaleza especial, -como los de derechos humanos- deben considerarse dentro de este bloque / parámetro, sino que son los derechos humanos los que operan como tal. Por tanto, aun cuando el tratado internacional no sea de derechos humanos, pero en su contenido se prevean esas disposiciones forman parte también del bloque⁷⁹.

Esto mismo se observa con la Constitución española. Si comparamos el bloque que se deriva de su contenido, notaremos que existen diferencias significativas, pues en el país ibérico la remisión es más delimitada al no permitir que integren el bloque todos los tratados internacionales que contengan derechos humanos. Ello lo podemos representar con el siguiente cuadro:

⁷⁹ Como ejemplo de ello, véase la jurisprudencia 1a./J. 29/2015 (10a.) de rubro y contenido siguientes:

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 acudir 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.

Cuadro 4.

CUADRO COMPARATIVO

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.	Constitución española.
<p>Artículo 1º.</p> <p>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.</p> <p>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 amplia⁸⁰.</p>	<p>Artículo 10.</p> <p>1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.</p> <p>2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España⁸¹.</p>

La Constitución española no solamente tiene una cláusula de apertura más restringida para la conformación del bloque de constitucionalidad, sino que tampoco prevé para la interpretación de los derechos fundamentales a la misma norma fundamental, cuestión que sí sucede en el caso mexicano.

⁸⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁸¹ Constitución española.

Lo hasta aquí apuntado, conduce a emitir las primeras conclusiones que permitirán confrontar los conceptos de bloque y de parámetro de control de la regularidad constitucional. El bloque de constitucionalidad permite la relación e interacción entre normas que si bien no se configuraron de naturaleza constitucional, es por la remisión expresa de la norma fundamental que jerárquicamente adquieren ese mismo valor. En su conjunto, el bloque opera como una unidad de derechos, que deben tomarse en cuenta por el intérprete jurídico para tomar decisiones de carácter constitucional. En consecuencia, la idea de bloque desdibuja la jerarquía de las fuentes de los derechos fundamentales, pues el centro de la interpretación parte de ellos y no del continente que los englobe.

Ahora bien, respecto del parámetro de control de la regularidad constitucional. Este término fue utilizado por la Corte a lo largo de la ejecutoria que resolvió la contradicción de tesis 293/2011. En el desarrollo del texto se hace alusión al parámetro, en tanto que el término bloque de constitucionalidad aparece en los votos de la Ministra en retiro Olga Sánchez Cordero y del Ministro Arturo Zaldívar.

Tal como se señaló, en la jurisprudencia 20/2014 se señala textualmente que: “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”. Sin embargo, esa afirmación debe leerse en conjunto con el resto de la jurisprudencia, lo cual conlleva a confrontarla necesariamente con el tema de las restricciones constitucionales.

Por su parte la ejecutoria cuando hace referencia al parámetro se realiza en los siguientes términos:

...es importante reiterar que las relaciones entre los derechos humanos que integran el nuevo parámetro de control de regularidad deben desarrollarse en

forma armónica, sin introducir criterios de jerarquía entre las mismas. Este criterio se refuerza con la interpretación literal, sistemática y originalista de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, las cuales fueron contundentes en cuanto a la necesidad de comprender a las normas que integran el catálogo de derechos humanos como un conjunto homogéneo que opera como un parámetro de regularidad del resto de las normas y actos jurídicos⁸².

En el párrafo subsecuente, la Corte afirmó:

...como ya se señaló, derivado de la parte final del primer párrafo del artículo 1º constitucional, el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación entiende que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional⁸³.

Por tanto, la Corte parece entender en un primer momento, que el parámetro de control de la regularidad constitucional, es lo que conceptualmente el derecho comparado conoce como bloque de constitucionalidad. Ello, porque refiere que los derechos humanos integran ese nuevo parámetro a partir de las reformas constitucionales de 2011. Y que además en esa interacción, los derechos humanos no se relacionan en términos de jerarquías a partir de las fuentes que los contengan.

No obstante, el párrafo que le sigue contiene el llamado expreso a las restricciones constitucionales como un freno al referido parámetro. La duda que surge es, si la Corte está incluyendo dentro del parámetro a las restricciones, o si solamente se trata de una regla de (no) interpretación aislada del resto del contenido de la jurisprudencia.

⁸² Véase la ejecutoria en página 53.

⁸³ Ídem.

Astudillo (2011) citado por José Luis Caballero (2014, p. 250), señala que *“ante el bloque nos encontramos frente a contenidos sustanciales de derechos, mientras que la noción de parámetro es de contenido procesal.”* Continúa el mismo autor diciendo que la expresión del bloque *“representa una unidad permanente de derechos, mientras que la segunda (el parámetro) una agregación de éstos con propósitos procesales.”*

De acuerdo a lo anterior, parecería que el parámetro fija una especie de estándar que resulta de una interpretación previa. Por su parte, el bloque de constitucionalidad como visión sustantiva y de conjunto de derechos, representan un catálogo del cual el juzgador se apropia para efectos de la interpretación aplicada.

Si se coincide en parte con lo que señala César Astudillo acerca del parámetro de control, estimo que el entendimiento de la Corte en la multicitada jurisprudencia va más allá de ese aspecto procesal para enjuiciamientos de análisis constitucional. Ello, porque desde un punto de vista particular, el parámetro establece un estándar de interpretación de derechos, pero que lo hace a partir de una visión de jerarquía de fuentes y no bajo la idea de bloque.

El bloque tiene como propósito desdibujar la jerarquía de fuentes y colocar bajo una misma canasta, un catálogo amplio de derechos (con sus valores, principios y métodos de interpretación) que el juzgador acoge y materializa en su ejercicio hermenéutico. Así, el propio Guerrero (2015) indica que existe una verdadera función hermenéutica del bloque de constitucionalidad que consiste en la solución de conflictos constitucionales.

Precisamente ahí donde falla la idea de parámetro que nos da la Corte con la jurisprudencia y ejecutoria analizadas. Un conflicto de índole constitucional no puede

operarse a partir de reglas de aplicación bajo la lógica de todo o nada⁸⁴. Los conflictos de esta naturaleza involucran por lo general, colisiones de derechos humanos, interpretación progresiva de los mismos, y análisis en función de su peso o importancia.

Establecer que las restricciones constitucionales prevalecen genera los siguientes infortunios: 1) el parámetro de control de la regularidad constitucional pierde su esencia, pues no nos conduce a poner en el centro de atención a los derechos humanos, sino a las restricciones que éstos tengan en el texto constitucional; 2) separa la interpretación del derecho humano y de la restricción, no confronta a esta última con el derecho del cual emerge; 3) fija consideraciones paramétricas evitando la ponderación e interpretación de la restricción; y 4) la eliminación de las jerarquías de fuentes se vuelve ineficaz, pues la Constitución prevalece sobre los tratados internacionales, como norma suprema formal y no material.

El parámetro de control en el contexto de los materiales utilizados no es el bloque de constitucionalidad. De hecho, la Constitución no prevé una relación de jerarquía de esta última como norma que debe servir en la interpretación final de los derechos o de las restricciones. El artículo 1º constitucional es muy claro al establecer una cláusula de apertura que conlleva a la integración de normas producidas fuera de la sede interna. Pone de manifiesto a los derechos humanos como centro de la interpretación. En este sentido, la unidad que genera el bloque, la lesiona el parámetro.

El criterio paramétrico aplicado a las restricciones es parte de lo que la Corte entendió debe ser incluido para el estudio de la regularidad constitucional. Esa regularidad termina siendo un posicionamiento jerárquico y piramidal de la Constitución.

⁸⁴ Cuando se indica que no es posible la aplicación de una lógica de todo o nada (excepto en derechos que no permiten la ponderación como la prohibición de la esclavitud o de la tortura), es porque lo que se confronta son derechos (principios) que interactúan entre ellos y que además son interdependientes e indivisibles. Su interpretación se realiza a partir de estándares mediante los cuales se les atribuye un peso o importancia en específico frente a otros, y así evaluar en caso de colisiones cuál debe prevalecer.

Tal vez el término parámetro de control no sea el más apropiado, pero cada país que ha adoptado la idea de bloque puede llamarlo de una u otra forma, mientras no difumine su esencia.

La cláusula de apertura y remisión debería impactar en el estudio de los derechos humanos, pero también de sus restricciones. Sin embargo en este caso, el parámetro indica que una restricción constitucional se “cuece aparte”, tiene su propio método interpretativo, y elimina la posibilidad de ser ponderada junto con el o los derechos humanos en juego. El conflicto constitucional se resuelve finalmente bajo una óptica formalista y la materialidad de la Constitución se vuelve ineficaz.

Por tanto, para concluir este apartado, se afirma de manera contundente, que el parámetro de control de la regularidad constitucional no es el bloque de constitucionalidad que sí contempla de manera evidente y clara la Constitución. La Corte falla en esa conclusión.

3.3.2 Principio pro persona vs. Restricciones constitucionales. ¿Y la progresividad de los derechos?

Es importante subrayar que lo expuesto en relación al bloque de constitucionalidad y al parámetro de control de la regularidad constitucional, encuentra sentido con el propósito del principio *pro persona*. La Constitución Federal como lo hemos señalado, en el párrafo segundo del artículo 1º, contiene un enunciado que integra dos criterios de interpretación de los derechos humanos y de las normas que contienen derechos humanos.

Esas dos pautas interpretativas permiten darles sentido y contenido a esos derechos. Con base en ellas es posible generar no solo estándares mínimos de protección, sino también a partir de esos pisos fijados, darle continuidad expansiva a la

manera en cómo deben ser entendidos tales, y a qué se comprometen los Estados para garantizarlos.

El principio en comento, nace de la interpretación de los derechos humanos en contexto del derecho internacional. Medellín (2013, p. 17) señala que muy probablemente el origen del concepto se encuentre en la aproximación que el juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Rodolfo E. Piza, realizó en uno de sus votos, dentro del cual afirmó que se trata de

[Un] criterio fundamental [que] [...] impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. [De esta forma, el principio *pro persona*] [...] conduce a la conclusión de que [la] exigibilidad inmediata e incondicional [de los derechos humanos] es la regla y su condicionamiento la excepción⁸⁵.

Este primer acercamiento del principio *pro persona* parece indicar tres cualidades esenciales. Primeramente, se trata de un criterio que **impone la naturaleza** misma de los derechos humanos. Luego, ese criterio exige del intérprete una forma de desentrañar las normas de esos derechos que les permita **expandir** sus alcances. Finalmente, apunta a una interpretación **restrictiva** de tales normas cuando se trate de restringirlos o limitarlos.

Esto mismo se encuentra en uno de los conceptos más recurridos en la doctrina mexicana acerca de este principio. Se trata de la idea que construye la profesora Pinto (2004, p. 163) que, desde una perspectiva particular, atiende a la naturaleza propia del

⁸⁵ La cita deriva de la Opinión Consultiva oc-7/86 del 29 de agosto de 1986.

principio *pro persona* y al propósito de protección que en todo caso, tienen los tratados internacionales en materia de derechos humanos. La profesora Pinto define al principio de la siguiente manera:

...es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir **a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos**, e inversamente, a la norma o **interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones** permanentes al ejercicio de los derechos o **a su suspensión extraordinaria**. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre (subrayado añadido).

De la definición anterior podemos desprender las siguientes características:

- a) **Se trata de un criterio hermenéutico.** Ello significa que exige un ejercicio de interpretación del operador jurídico o del aplicador del derecho, para explorar y desentrañar el sentido de determinada norma de derechos humanos o bien del derecho en sí mismo. Por tanto, se trata de una tarea compleja y no aislada de otros ejercicios interpretativos o bien de otros principios, sino que en su conjunto, dan forma y respuesta a un planteamiento inicial que pretende darle alcance al derecho humano en sí mismo.
- b) **Se debe acudir a la norma más amplia o protectora.** Cuando se habla del reconocimiento de los derechos, el intérprete deberá tomar en cuenta no solo una norma en lo particular que le de la respuesta a la forma en cómo se reconoce el derecho y cómo debe ser protegido. El principio *pro persona* anula la posibilidad de considerar una vía única como solución al caso, sino que, cuando se habla de acudir o elegir, es precisamente porque el estudio y análisis implica adentrarse en

las distintas normas que integran el *bloque de constitucionalidad*, y con ello interpretar de manera expansiva el o los derechos humanos.

- c) **Se debe acudir a la norma o interpretación más restrictiva.** Decir que las restricciones a los derechos humanos se interpretan restrictivamente, no evidencia un error lógico y mucho menos una falacia en sí misma. Si el reconocimiento de los derechos exige la visión de ir progresivamente ampliando su espectro de protección a partir de la integración de contenidos, la interpretación o norma más restrictiva permitirá al operador jurídico ubicar de qué manera se puede lesionar lo menos posible el contenido del derecho. Esto es, al tratarse de acotaciones permanentes a los derechos, se debe cuidar la aplicación de las restricciones, ello conlleva a optar por una u otra interpretación, la que más requisitos añada será en todo caso la que menos inferencia tenga en el derecho.⁸⁶ En el supuesto de la suspensión extraordinaria opera de la misma manera. De hecho, el principio *pro persona* alcanza justamente a dar respuesta a derechos que incluso en determinadas circunstancias no pueden ser suspendidos en su ejercicio.

Sobre la cualidad de acudir a la norma más amplia, es importante apuntar que, exige un esfuerzo de interpretación a partir de distintos métodos para ello. Ximena Medellín (2013) señala que este tipo de criterios suelen acudir al análisis textual, semántico, original o incluso el histórico. Sin embargo, en el caso particular del principio *pro persona*, el parámetro se encuentra tanto en la normativa constitucional como en la internacional. De hecho, las reglas de interpretación de este principio, derivan precisamente del derecho internacional. No obstante, al encontrarse previsto en la norma constitucional, es importante que ésta también sirva de parámetro para su interpretación.

⁸⁶ Por esa razón, resulta absurdo afirmar que una restricción constitucional debe prevalecer sin que pueda ser sometida a la pauta hermenéutica comentada.

Por su parte, José Luis Caballero (2015, p. 124), considera que el principio *pro persona* da la última respuesta al ejercicio interpretativo comenzado por la cláusula de interpretación conforme. El autor, considera que este principio se sustenta “*en la naturaleza jurídica de las normas sobre derechos humanos, es decir, contenidos que predicán de sí mismos, ser un mínimo, susceptible de ser ampliados en otras sedes normativas.*”

Eso significa que el principio *pro persona* no consiste en un análisis a priori que permita la solución de conflictos o colisiones de derechos. No es propiamente un ejercicio de ponderación. El criterio *pro persona* opera como una ruta interpretativa que dará la respuesta definitiva a lo que previamente el intérprete del derecho, haya realizado como un ejercicio hermenéutico de identificación de contenidos propios de la interpretación conforme.⁸⁷

Ahora bien, centrémonos en el tema de las restricciones a los derechos y cómo deben interpretarse de acuerdo a la ruta *pro persona*. Decíamos que, en caso de imponer límites a los derechos humanos, el criterio a elegir debe ser el de la norma o interpretación más restrictiva de la restricción, más no así de los derechos. El impacto que ello tiene es considerar a las restricciones como parte de las normas de derechos humanos que inciden en su configuración, o bien en su operatividad al momento de ser regulados. Por tanto, en el supuesto donde se deba elegir como criterio de solución en un análisis que restrinja los derechos humanos, deberá ser aquella que limite a la propia restricción, cuya finalidad es menoscabar lo menos posible al derecho en sí mismo.

⁸⁷ Lo que se trata de explicar es, que se debe hacer una diferencia entre la función del principio *pro persona*, y la ponderación de los derechos humanos. Recordemos que en el capítulo segundo de este trabajo, referimos que la ponderación funciona como criterio de interpretación para resolver las colisiones entre derechos. Ello, porque el asidero al cual se encuentra sujeto es a la teoría que considera a los derechos humanos como principios, otorgándoles un peso específico con base en un aspecto sustantivo. Sin embargo, el principio *pro persona* busca desarrollar contenidos a partir de una visión más proteccionista de la persona, y en consecuencia, menos restrictiva.

El sustento se encuentra de nuevo en el derecho internacional. Pinto (2004) indica que es en el artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos donde se recoge la posibilidad de que los derechos humanos puedan ser restringidos en su ejercicio por fines que atienden a el mejor desarrollo e interacción entre unos y otros. Así, el precepto referido establece textualmente:

Artículo 29.

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.
2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

Observemos como el artículo citado deja en claro cuál es la finalidad y bajo qué circunstancias las restricciones permanentes a los derechos humanos pueden ser válidas. Primeramente, deben encontrarse previstas en la norma, y tienen como finalidad que existan rutas de interacción entre derechos que permitan a cada una de las personas, la posibilidad de que sean gozados, siempre y cuando tales fines se encuentren justificadas en causas legítimas⁸⁸. Este mismo tratamiento se encuentra en otros instrumentos internacionales, tales como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o bien la Carta Africana en la misma materia.

Nos ubicaremos en el caso concreto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues es su contenido es el que nos obliga directamente al ser nuestro país

⁸⁸ Para mayor referencia, consúltese el capítulo segundo de este trabajo donde se analizan los requisitos que deben tener las restricciones a los derechos humanos para ser consideradas válidas. Las causas que se consideran legítimas se vinculan a exigencias de moral pública, seguridad nacional u orden público.

parte integrante del sistema interamericano de protección de tales derechos. El fundamento se encuentra en el artículo 30 del referido instrumento, y clarifica cuál es el alcance de las restricciones. A continuación se transcribe:

Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Como se observa, se trata de un contenido muy similar al del numeral 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Se establecen los mismos requisitos para estimar cuándo una restricción es válida y cuándo no lo es. Las causas que las estimarían legítimas se centran de nuevo en conceptos amplios e indeterminados que los Estados parte deben recoger en sus ordenamientos internos, en adición al cumplimiento del principio de legalidad. Sin embargo, debe considerarse también, que el artículo 30 no puede interpretarse de manera aislada, sino que se debe realizar en conjunto y sistemáticamente con su propio contenido, y con las reglas que la Convención recluta en el artículo 29:

Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; (subrayado añadido)

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; (subrayado añadido)

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.⁸⁹

De acuerdo con lo transcrito, las normas de derechos humanos de los países que se adhieran al sistema interamericano (dejando de lado el tema de las reservas), deben sujetarse a las reglas de interpretación previstas en la Convención de referencia. Las implicaciones son simples, todo Estado que se comprometa con las obligaciones internacionales que marca la Convención, deberá respetar su contenido mínimo y los criterios interpretativos señalados.

Es decir, el tratado ingresa en el caso de México, al sistema normativo interno con todo y sus reglas de interpretación, desde luego siempre y cuando no exista contraposición entre la norma internacional y la nacional, situación que es claramente difícil por dos razones: 1) la manera de adoptar los tratados internacionales pasa por el escáner y control previsto en el artículo 133 constitucional; y 2) los tratados internacionales en materia de derechos humanos suelen contener normas sumamente abiertos con la finalidad de que cada Estado las adapte a su sistema, sin que puede existir alguna especie de colisión; por el contrario, en todo caso permiten precisamente una interpretación más amplia o expansiva.

Ahora, si bien es cierto que la Convención Americana habla de la posibilidad de que cada Estado pueda aplicar restricciones a los derechos humanos siempre y bajo las condiciones señaladas antes, ello no significa que el artículo se encuentre aislado y deje de analizarse de acuerdo a las reglas de interpretación. Cuestión que los distintos países

⁸⁹ Es importante destacar que si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece sus propias reglas de interpretación, no quiere decir que otros tratados internacionales que contengan derechos humanos escapen a las reglas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

deben tomar en cuenta dentro de sus legislaciones internas. Ello viene a colación para no caer en el absurdo que la Corte en México ha provocado a partir de la resolución de la contradicción de tesis 293/2011, y que de alguna forma marca una línea de criterio interpretativo continuo como en el caso de la tesis aislada 2a. CXXVIII/2015 (10a.), cuyo contenido es el siguiente:

RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. ADICIONALMENTE A QUE SE TRATEN DE UNA MANIFESTACIÓN EXPRESA DEL CONSTITUYENTE MEXICANO QUE IMPIDE SU ULTERIOR PONDERACIÓN CON OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, TAMBIÉN SE ENCUENTRAN JUSTIFICADAS EN EL TEXTO DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.

Conforme a lo resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011 (*), las restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos y libertades prevalecen sobre la norma convencional, sin dar lugar a emprender algún juicio de ponderación posterior; razonamiento que generó, a su vez, que esta Segunda Sala emitiera el criterio jurisprudencial número 2a./J. 119/2014 (10a.) (**), relativo a que son inoperantes aquellos agravios en los cuales se pretenda desconocer el texto de la Ley Fundamental cuando se esté en presencia de una disposición que contenga una restricción, prohibición, limitación o excepción constitucional. Ahora bien, adicional a ello, de lo previsto en los numerales 30 y 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se desprende que los Estados Parte han dispuesto que las restricciones convencionalmente permitidas, son aquellas que por razones de interés general se dictaren en las leyes domésticas, con el propósito para el cual han sido establecidas, además de resultar ineludibles por razones de seguridad y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática. En este sentido, las restricciones constitucionales encuentran sustento también en el propio texto del instrumento internacional en cita, pues se tratan de una manifestación soberana del Constituyente Originario o del Poder Revisor de la Norma Fundamental, en el que se incorporan expresamente este tipo de finalidades en la Constitución General.

La falacia en la que cae la interpretación de la Segunda Sala de la Corte, se encuentra en considerar que las restricciones se justifican a partir de lo que establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que ello de alguna forma explica por qué las restricciones expresas en la Constitución no pueden ser sujetas a ningún tipo de

escrutinio. Hay que precisar, una cosa es que el instrumento internacional prevea la posibilidad tanto de restringir como de suspender el ejercicio de los derechos humanos, y otra muy distinta, que ello justifique la imposibilidad de ponderarlas o interpretarlas.

La Convención Americana contempla la posibilidad de que cada legislación en los países adheridos a ella, puedan aplicar restricciones a los derechos en aras de garantizar o proteger determinados bienes colectivos. En ese orden de ideas, en el capítulo dos se explicó que las restricciones a los derechos humanos son necesarias, son una disminución “permitida” para que la interacción entre derechos sea posible. Sin embargo, ello no significa que las restricciones se justifiquen en sí mismas por la Convención, y que ésta además no permita su evaluación.

La Corte ha llevado a un extremo distinto la interpretación del referido instrumento internacional, pues se ha encargado de vedar cualquier posibilidad de análisis de las restricciones a los derechos humanos. El problema es ese, no que las restricciones por sí mismas se prevean.

En realidad, aun descontextualizando el artículo 30 del 29 de la Convención, las restricciones estarían justificadas siempre y cuando atiendan a las finalidades legítimas que comentamos. El problema está en que la Corte entiende a la Constitución como un documento que no puede ser confrontado con ningún otro, menos tratándose con instrumentos de carácter internacional, ya que, recordemos que el criterio de la jurisprudencia 20/2014 tiene un dejo importante de supremacía formalista que implica la imposibilidad de cuestionar el contenido constitucional y por consiguiente, a quien puede modificarla o reformarla, es decir, el Poder revisor de la Constitución.

Es el artículo 29 el que precisamente da la respuesta a la posibilidad de la interpretación de los derechos y desde luego de sus restricciones, a partir de contemplar una especie de prohibición en relación a no interpretar el contenido de dicho tratado

internacional en el sentido de limitarlos en mayor medida a la establecida en la propia Convención. Esa regla es muy lógica dentro de la naturaleza de los derechos humanos y del principio *pro persona*.

De acuerdo al artículo 1º constitucional, los derechos humanos se reconocen tanto los de fuente interna como los de fuente internacional. La integración normativa a partir del reenvío que hace el citado numeral permite conformar un conjunto sustantivo de derechos que deben ser tomados por el operador jurídico y desde luego, por quien incide en las reformas constitucionales.

Si una restricción se encuentra en la Constitución, debería poder ser cuestionada y al confrontarse con la propia norma constitucional y con el tratado internacional, para verificar si cumple con los requisitos de esta última, ya que de otra manera, se estaría incumpliendo con las obligaciones internacionales como las previstas en los artículos 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La interpretación de la Corte poco o nada tiene que ver con las reglas establecidas en la Convención.

Asimismo, se presenta otra circunstancia no tomada en cuenta en la decisión de la contradicción de tesis 293/2011. Cuando el principio *pro persona* se utiliza para interpretar de manera más favorable el reconocimiento de los derechos humanos genera un estándar que paulatinamente va robusteciendo el contenido de mínimos previstos en un primer momento. Ello tiene incidencia en lo que se conoce como progresividad de los derechos humanos.

En la introducción de este capítulo, se comentó que el párrafo tercero del artículo 1º constitucional, contempla entre otras, las obligaciones en materia de derechos humanos y los principios que giran en torno a ellos, uno de los cuales se conoce como principio de progresividad. Este se integra por dos características principalmente, la gradualidad y el progreso.

La primera de ellas se refiere a que el contenido de los derechos humanos no puede estancarse, sino que se encuentran en constante “movimiento”, pues el estándar mínimo deja de ser tal para ir reforzándose a partir principalmente de los criterios jurisprudenciales que los interpreten. La segunda por su parte, refiere a que esa evolución evidentemente tiende a mejorar sus alcances. Es decir, se trata de una interpretación que va “*hacia delante*” con el afán de ampliar el espectro de protección (Vázquez, 2013).

Se estima necesario traer de nuevo el ejemplo señalado previamente. En el caso de los tratados internacionales, así como su interpretación en la jurisprudencia internacional, se tiene un conjunto robusto y sustantivo de los derechos de naturaleza laboral que hablan de la posibilidad de la reinstalación como una especie de compensación a los trabajadores que hayan sido despedidos injustificadamente. Recordemos que por disposición constitucional, ello no aplica para los cuerpos de seguridad pública, a quienes no se les considera incluso como trabajadores propiamente.

En el caso hipotético en donde un estándar de protección haya sido ampliado vía derecho internacional, implica necesariamente un entendimiento progresivo de los derechos laborales. Sin embargo, bajo la regla de la jurisprudencia 20/2014, ello no sería suficiente en razón de que la restricción constitucional debe prevalecer, generando una “aparente” colisión entre el derecho interno con el internacional, cuando en realidad ello no debería ser así, pues la restricción debería ser evaluada conforme a las reglas de la Convención Americana señaladas en los artículos 29 y 30.

Además, no se pierde de vista que el principio de progresividad trae aparejada la llamada prohibición de regresión. El desarrollo de este concepto es interesante y consiste en entender que, una vez “ganado” un determinado estándar de protección de los derechos, el Estado no puede disminuir ese nivel alcanzado. Para Vázquez (2013, p. 111) “*se trata de un análisis sustantivo sobre las decisiones estatales, es decir, que los*

contenidos asignados a su actividad no decrezcan lo ya logrado en cuanto al contenido y alcance del derecho.”

Por tanto, bajo qué circunstancias una jurisprudencia puede desconocer prácticamente en su totalidad 1) el contenido del artículo 1º constitucional; 2) las obligaciones internacionales a partir de la adopción de los tratados internacionales como parte del sistema jurídico mexicano; 3) los principios de interpretación de los derechos humanos; y 4) las obligaciones estatales en materia de derechos humanos. La respuesta parece ser muy básica: cuando la Corte a quien le corresponde actuar como un tribunal constitucional no lo hace, y cuando el poder reformador de la norma fundamental tampoco se encuentra bajo ningún tipo de control. Parecería que la Corte busca blindar sus erradas decisiones con criterios jurisprudenciales que desconocen el mandato constitucional. Sin embargo ¿es posible escapar de la responsabilidad internacional por la vía jurisprudencial?

La idea de que las restricciones constitucionales prevalezcan sobre el derecho humano, genera una colisión directa con la fórmula prevista por el principio *pro persona*. En primer lugar, porque desconocería la posibilidad de ampliar la esfera de protección a partir de la integración de contenidos previstos en el derecho internacional. Segundo, porque tampoco le permite operar en la ruta hermenéutica para confrontar la restricción frente al derecho (que se robustece tanto de la norma interna como internacional), por lo que la jurisprudencia lo deja sin eficacia jurídica.

Estas premisas nos cuestionan sobre el papel del juez en el estado constitucional, nos conducen a replantearnos cuál es el propósito de la jurisprudencia, y el acatamiento de las obligaciones constitucionales / convencionales. ¿Qué tan efectiva es la deliberación de la Corte hacia su interior? ¿En ella permea la opinión y voluntad pública, o simplemente no se toma en cuenta? ¿Nos encontramos frente a un fraude constitucional? Y principalmente, ¿qué alternativa tenemos frente a este escenario?



Esas son las interrogantes que se busca sean respondidas en el siguiente apartado. La idea central del proyecto si lo constituyen las restricciones constitucionales a los derechos humanos. Ellas han sido el pretexto perfecto para evaluar la posibilidad de que en México, se conforma un fraude constitucional a partir no solo de las reformas a la norma fundamental sin algún tipo de control, sino que además se integra un ingrediente particular, y es el aval de la Corte en la interpretación del texto constitucional, y su inacción como un verdadero tribunal constitucional.

De esta forma, en el capítulo que concluye se pueden desprender las siguientes reflexiones. La idea de las restricciones a los derechos humanos es poco abordada y entendida por la Corte. Ello ocasionado por la apuesta para lograr el voto del Pleno de ministros en el proyecto de la contradicción de tesis 293/2011, sacrificando avances de la reforma constitucional de 2011. Las restricciones constitucionales nacen en un contexto poco afortunado y analizado a profundidad, y esa interpretación ha generado colisión con el texto constitucional, con el ejercicio interpretativo y con las obligaciones internacionales de derechos humanos.

El siguiente capítulo se construye a partir del análisis del papel del juez constitucional en el debate de la interpretación del texto constitucional. Pero sobre todo, en prospectiva a las consecuencias que un fraude constitucional conformado con los elementos referidos, podría ocasionar al sistema de interpretación y garantía de los derechos humanos en México.



Capítulo cuatro. El reto de la justicia constitucional frente a las restricciones constitucionales

4.1 El papel del juez frente a la justicia constitucional

4.2 Reformas ilimitadas e interpretaciones falseadas

4.2.1 ¿Reforma constitucional, falseamiento o fraude constitucional?

4.2.2 El aval de la Suprema Corte de Justicia

4.2.3 ¿Es posible controlar la reforma constitucional desde la sede judicial?

4.3 ¿Son los jueces quienes deben tener la última palabra? Pesos, contrapesos, sobrepesos y pretextos

4.3.1 Justicia dialógica y alternativas [des] esperanzadoras. Aproximaciones teóricas

4.3.2 La Constitución que queremos

4.3.3 Constitucionalismo popular a debate

4.3.4 Optimismo fundado y prospectivas



CAPÍTULO CUATRO

El reto de la justicia constitucional frente a las restricciones constitucionales

La construcción de las restricciones constitucionales en el sistema jurídico mexicano, ha generado diversas conclusiones que van aproximando al núcleo de este trabajo. Si bien tales límites se han presentado como uno de los puntos nodales de esta investigación, el impacto de las acciones en conjunto, tanto del *poder reformador* como de la *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, suponen un riesgo mayor para el Estado Constitucional de derecho al posibilitar la actualización del fraude constitucional.

En la recta final de este trabajo, se pretende demostrar que la asimilación de las restricciones constitucionales a los derechos humanos, como productos irrefutables dentro del escenario jurídico, producen consecuencias que colisionan con el verdadero papel de un tribunal constitucional, y en todo caso, con el propósito del constitucionalismo en su vertiente menos tradicional.

La deliberación al interior de un tribunal constitucional como la Corte mexicana, genera cuestionamientos alrededor no sólo de su papel dentro del Estado Constitucional, sino también alrededor de interacción con los otros poderes, y con la sociedad civil misma. ¿Decisiones fundamentales como las relacionadas con los derechos humanos, deben ser tomadas por esta última autoridad únicamente?, o ¿también debería acercarse o “abrirse” hacia otros canales en búsqueda de una legitimación desde la ciudadanía? ¿influye la opinión de la sociedad civil o no en la toma de decisiones trascendentales que impactan directamente en el día a día de la impartición de justicia?

Si las resoluciones de la Corte impactan en la forma en como los derechos humanos deben ser interpretados, y en consecuencia en su cotidianeidad ¿por qué no

participan de ellas las personas / el pueblo⁹⁰ en la construcción de una interpretación de la Constitución que se encuentre mayormente legitimada? El constitucionalismo más tradicional negaría, tal vez, cualquier vínculo o influencia desde la sede social hacia el interior de las decisiones de los tribunales constitucionales, pero ¿debe continuar siendo así?

Tal vez ese replanteamiento del papel del juez – en especial del juez constitucional- no se refiera a la disminución de sus facultades en la dinámica con los otros poderes públicos y frente a la ciudadanía. Mas bien, se busca reconsiderar si las decisiones que inciden en la interpretación de la Constitución deben recaer únicamente en el espectro del control judicial. De ahí que se piense en rutas que enriquezcan y abonen al significado de la norma suprema. El problema está en indagar, qué tipo de determinaciones sí son viables para ser “dialogadas” con otros actores en tanto se busque la apropiación del significado del texto fundamental.

Sin embargo, ese no es el único de los factores que propiciarían el cuestionamiento sobre el papel del juez frente a la interpretación constitucional. Uno de los problemas que acarrea contar con la última palabra en la impartición de la justicia, es la imposibilidad jurídica (o política) de ser controlado, lo cual, aún existiendo la alternativa de ejercer un control sobre el controlador, no erradica del todo el problema, ya que siempre se debatirá la pertinencia del órgano en quien recaiga la decisión definitiva.

No obstante, pensar en la posibilidad de materializar un fraude constitucional bajo la idea que se desarrolla en este mismo apartado, en el caso de México adquiere una particularidad ajena a otros contextos, pues se conjuntan por un lado la ausencia de

⁹⁰ Para efectos de este trabajo, se utilizará el concepto pueblo en la acepción de la corriente del Constitucionalismo popular, señalada por Ana Micaela Alterio, consistente en su entendimiento como “conjunto un conjunto plural con desacuerdos, operando de modo permanente y en igualdad de condiciones con el resto de los actores políticos.”



controles a la reforma constitucional; y por otro, como consecuencia de ello, un poder judicial que propicia la deferencia al poder reformador en la toma de sus decisiones, llegando al punto de falsear o cambiar los contenidos constitucionales. Estas son las inquietudes que se generan a partir de decisiones como la prevista en la Contradicción de tesis 293/2011 que sustenta este trabajo.

En este capítulo se busca presentar alternativas a la decisión última de los jueces. Se busca dar posibles soluciones desde la interpretación que otros actores dentro del Estado Constitucional realicen de la norma fundamental. Las restricciones a los derechos humanos en todo caso, forman parte o tendrían que formar parte de esos ejercicios, los cuales buscan dinamizar y legitimar los contenidos constitucionales con la finalidad de buscar una mejor garantía y protección de los derechos humanos.

Estas son las premisas sobre las que se desarrollarán las reflexiones finales de esta investigación.

4.1 El papel del juez frente a la justicia constitucional

El papel de los jueces en general, ha sido altamente cuestionado a lo largo del tiempo. Ello se debe principalmente a que las decisiones tomadas en la sede judicial parecen no tomar en cuenta diversos factores que pueden incidir en la manera en cómo interpretan el derecho, y cómo sus decisiones se acatan aún cuando se trate de una acción contramayoritaria.

Ello, porque algunas de esas decisiones incluso, propician una deferencia al legislador – en el particular, al poder revisor de la Constitución – sin cuestionar los contenidos que se añaden o modifican a la norma fundamental, y que potencialmente podrían colisionar con sus propios principios.

En el caso de los jueces constitucionales, las críticas parecen exacerbarse. La idea de que sea solamente un grupo o élite quien defina la última interpretación de la Constitución, como si la sede de la judicatura, fuera “en esencia” o “naturalmente” el lugar donde los derechos deben protegerse es ciertamente muy cuestionada⁹¹.

¿Cuál es entonces la labor del juez constitucional? Aharon Barak (2008) señala que el papel de estos operadores jurídicos se centra en “decidir disputas.” Es decir, a los jueces se les presentan casos, y deberán abordarlos a partir de lo que la ley les señala debe hacerse, evidentemente a partir de un ejercicio interpretativo.

Sin embargo, ¿es ésta la principal función de los jueces constitucionales? En principio hay que partir del diseño bajo el cual la mayoría de las democracias contemporáneas se encuentran. La llamada democracia constitucional es la conjunción de dos conceptos complejos: 1) democracia; y 2) constitucionalismo.

La complejidad de ambas genera tensiones naturales que se basan principalmente, en los frenos que la corriente constitucionalista supone para la corriente democrática. Para Nino, (1997) incluso dependiendo del valor que se le asigne a la democracia, se pueden encontrar proporcionalmente distintos modelos de democracia, que inciden finalmente en la relación que se tenga con el constitucionalismo⁹².

⁹¹ Al respecto veremos como las propuestas de Friedman y Kramer apuntan hacia otros modelos de interpretación constitucional que no se basa únicamente en lo que las posiciones contramayoritarias dicen, sino que enfocan su atención a quienes consideran, tienen la legitimación de origen para interpretar e influir en las decisiones jurídicas, *el pueblo*.

⁹² Algunas de las preguntas a las que se refiere Nino (1997, p. 14) son las siguientes: ¿cuál es el origen de la legitimidad de la democracia como sistema de gobierno?, ¿ese valor es instrumental o es sustantivo?, ¿la virtud de la democracia reside en su capacidad para transformar las preferencias de la gente o para impedir que éstas sean alteradas?, y ¿son los individuos los sujetos de la democracia, o a caso son los grupos o corporaciones?

Por ejemplo, el autor refiere que finalmente, la relación entre democracia y constitucionalismo “*depende principalmente de la interpretación que se haga de este último*” (Nino, 1997, p. 15). Así, distingue distintos significados asignados a la palabra constitucionalismo (Nino, 1997, pp. 16-17):

- La concepción menos robusta quizá se encuentre asociada a la idea básica del *rule of law*, que implica la preservación de algunas reglas jurídicas fundamentales, que limitan de alguna forma lo que un gobierno democrático o no, puede hacer.
- Un concepto más robusto, refiere, es aquel en donde el gobierno se encuentra limitado por normas jurídicas, requiriendo de una Constitución, aunque esta no se encuentre necesariamente escrita. Ese documento se encuentra protegido desde el momento en que su reforma o derogación, implica procedimientos más complejos para llevarse a cabo.
- Otra acepción que se robustece aún más, señala que existen restricciones formales que la Constitución impone a las leyes sujetas a su supremacía.
- Existe un concepto aún más robusto, cuando se añade la idea de la separación de poderes, con énfasis en la independencia del poder judicial de los órganos legislativos.
- Adquiere una dimensión fundamental cuando la Constitución reconoce derechos individuales que no pueden ser coartados por ningún órgano del Estado.
- Si se agrega el control judicial de constitucionalidad⁹³, la justicia independiente se convierte en la única institución capaz de proteger esos derechos.
- El concepto se amplía cuando se agrega la democracia a los requerimientos mencionados para juzgar el origen de algunas instituciones.

⁹³ El tipo de control de constitucionalidad puede ser, el concebido bajo la idea del Tribunal Constitucional de Kelsen, que ejerce un modelo concentrado de última decisión; o bien aquel concebido en la doctrina estadounidense bajo un modelo difuso, donde cada juzgador tiene la obligación de velar por el contenido constitucional.

- Finalmente, la robustez del concepto de constitucionalismo depende del modelo particular de democracia que se tome y sus instituciones específicas.

De acuerdo con lo expresado, una de las características que impactan fuertemente en el sistema democrático, es el ejercicio del control judicial de la constitucionalidad. Ello es así, porque a partir de la aplicación de este tipo de controles, se toman decisiones por un grupo minoritario de personas que pueden incidir en decisiones de grupos mayoritarios⁹⁴.

Gargarella (2012) ha sido uno de los impulsores en el estudio de nuevas perspectivas en donde los jueces no conservan el monopolio de la interpretación constitucional. En su obra *“La justicia frente al gobierno”* señala que uno de los motivos por los que se comenzó a depositar la interpretación de manera hegemónica con los jueces, fue gracias a la desconfianza hacia el poder legislativo, que entre otras, se propagó en Estados Unidos a través de obras como *“El federalista”* de Hamilton y las ideas de otros grandes pensadores como Madison.

A partir de la difusión de esas reflexiones, se buscaba permear en el pensamiento político el rompimiento necesario del control que se dejaba en manos del Parlamento. Ello llevó paulatinamente a la consolidación del control judicial en el país norteamericano, desconociendo, e incluso demeritando el trabajo que se desarrollaba en la sede política.

De esta manera, se encuentran perfectamente diferenciadas las funciones de cada uno de esos dos poderes. El poder legislativo encuentra su fin en ser la “voz” del pueblo

⁹⁴ Por ejemplo, en el caso donde las Cortes constitucionales anulen las leyes aprobadas por los congresos o parlamentos.

A partir de estas nociones, cabe hacer un replanteamiento sobre el papel del juez constitucional en sistemas democráticos con un diseño institucional que permite la convergencia entre esta última corriente con la del constitucionalismo. Esto significa, que la interpretación que se haga de Constitución, no se deja en manos necesariamente de los jueces, sino que se reivindica el papel que juega la sociedad civil en dicho ejercicio.

en las discusiones y debates sobre los intereses de la cosa pública o del bien común, pues quienes llegan a formar parte de alguna de las cámaras legislativas, están ahí precisamente través de procesos democráticos, donde la ciudadanía expresó su voluntad y la plasmó en el desarrollo de esos ejercicios. El caso de los jueces es distinto, pues ciertamente carecen de ese elemento de legitimidad democrática al ser “impuestos” por los otros dos poderes, donde generalmente uno es el que propone y otro es quien ratifica tales propuestas.

Es precisamente ese control sobre las decisiones mayoritarias, lo que permite cuestionar si el papel del juez constitucional es únicamente el de dar punto final en la interpretación de una norma como la Constitución. Esto es, la reflexión cabe en tanto se discute si su ejercicio debe ser aislado y ajeno a la opinión pública, a las resistencias que se generan desde la sociedad civil o bien a la deferencia a otros poderes.

En ese contexto, el control de la constitucionalidad aparece como un instrumento invasivo, cuya intromisión parecería marcar aún más, la zanja entre las decisiones tomadas en el seno de las cortes constitucionales y la sociedad civil. En ese escenario, ¿es posible hablar de un control constitucional moderado, o de uno que tome en cuenta estos otros factores?

Eso es precisamente lo que se busca dilucidar en los apartados subsiguientes. Para ello, se partirá de los elementos teóricos que nos llevan a plantear la posibilidad de actualizar un fraude o bien un falseamiento constitucional. Una vez acotado lo anterior, se propondrán algunas alternativas al problema que supone dejar en manos de una Corte como la mexicana, la última palabra en la interpretación de la Constitución, pues como se ha evidenciado en capítulos precedentes, representa una seria amenaza para la debida garantía de los derechos humanos.

4.2 Reformas ilimitadas e interpretaciones falseadas



La idea de la división de poderes se enmarca en la necesidad de la distribución del poder que detentan las autoridades a las que, por virtud de una delegación soberana proveniente desde la sociedad se les ha conferido la dirección y toma de decisiones dentro de los modelos de gobiernos democráticos. Ello permite que existan en el esquema de las relaciones de supraordenación⁹⁵, controles respecto de los actos de autoridad, provocando constantemente un “estira y afloja” entre unos y otros que impide la acumulación excesiva de facultades y atribuciones.

Sin embargo, la división del poder delega en una de sus ramas la posibilidad de anular actos tomados desde la sede política, siendo en muchas ocasiones, producto de deliberación y decisiones altamente legitimadas por quienes son representantes de la sociedad. De esta manera es posible advertir, que uno de los poderes tiene facultades suficientes para controlar a las otras ramas en las que se han repartido las competencias.

Esto es, el poder judicial a través de sus Cortes⁹⁶ controla los actos de los otros poderes. Ese control es definido mediante el diseño institucional que cada uno de los sistemas jurídicos configura. La importancia de la que revisten los máximos tribunales, es que sus decisiones impactan en el ámbito de los otros dos poderes, e incluso en la esfera jurídica del ciudadano. Ello permitiría intuir, que las decisiones tomadas en el seno de las Cortes que cuentan con facultades constitucionales como las señaladas, tienden a proteger el contenido constitucional de cualquier intromisión que contraría sus principios.

⁹⁵ El término supraordenación refiere a la dinámica de las relaciones entre los entes públicos.

⁹⁶ Referimos aquí el término Cortes como aquellos órganos que se encuentran a la cabeza del poder judicial, o incluso, aquellas que en algunos sistemas jurídicos, se han apartado de ese poder para conformar un organismo autónomo que define la interpretación última de la Constitución.

Interpretar y proteger la Constitución resulta entonces, una tarea fundamental para mantener a raya posibles modificaciones que alteren los principios que, previstos en la propia norma, o bien, en los que tiene sus cimientos el Estado Constitucional de Derecho. En el capítulo uno de este trabajo, de manera puntual se extrajeron las características principales del órgano que se encarga de hacer las modificaciones al texto constitucional. Al tratarse de una norma rígida, su procedimiento se dificulta para que sus postulados no puedan ser alterados fácilmente a capricho de quienes se encuentren con ciertas mayorías en los parlamentos⁹⁷.

En ese sentido, la norma constitucional para asegurar su fuerza normativa, se vale de dos tipos de garantías principalmente: la reforma constitucional (control político) y el control de la constitucionalidad (control judicial). A partir de estos dos elementos, es que en este apartado se sugieren algunas reflexiones en torno a la reforma constitucional, en donde el caso particular de México lleva a considerar que la utilización de este mecanismo de modificaciones constitucionales, suele ser utilizado para incorporar contenidos que colisionan con los principios del Estado Constitucional de Derecho, es decir, se podría estar en presencia de lo que la doctrina alemana conoce como “fraude constitucional.”⁹⁸ El otro problema es el que se presenta cuando se le da a las normas constitucionales, significados distintos a los que realmente se postularon a partir de la voluntad soberana.

4.2.1 ¿Reforma constitucional, falseamiento o fraude constitucional?

Cabe ahora hacer algunas reflexiones más a partir del sustento teórico desarrollado en los apartados anteriores. Se estableció en el capítulo uno, que el contenido constitucional

⁹⁷ Véase el apartado 1.5 del capítulo uno del presente trabajo.

⁹⁸ Es decir, puede ser utilizado en adiciones que impacten en la debida garantía de los derechos humanos. Casos como modificaciones al núcleo esencial de los derechos, o la previsión de restricciones que no puedan ser evaluadas, serían algunos casos.

debe analizarse no sólo desde la validez, sino desde la legitimidad de acuerdo a la concordancia con el núcleo intangible de la Constitución⁹⁹.

Se señaló que ello es parte esencial de ese Estado Constitucional al cual. Así también, se realizaron afirmaciones en el sentido de que las decisiones sobre la reforma constitucional las ejecuta un órgano de naturaleza inferior a la del poder constituyente, y con ello, susceptible de ser controlado por la ejecución de sus actos (poder reformador).¹⁰⁰

Sin embargo, a pesar de la numerosa doctrina sobre los límites a la reforma constitucional, es común encontrarse con gobiernos cuyos sistemas jurídicos, generalmente débiles, realizan toda clase de modificación a la norma suprema sin prácticamente ninguna consecuencia. Por esa razón, se recurre a la doctrina alemana, para la cual existen dos formas de producir un cambio al texto fundamental. El primero de ellos, que ya se ha abordado, es el de la reforma constitucional o *Verfassungsänderung*. La otra, a la cual se hizo una breve referencia es el de la mutación de la Constitución o *Verfassungswandlung* (Wong Meraz, 2014).

Para Ruipérez (2014) esta última es la más peligrosa. La mutación constitucional se genera a partir de la interpretación que realizan tanto los operadores políticos como los jurídicos del texto supremo. El riesgo con la mutación constitucional radica en atribuirle significados a la Constitución que lesionen seriamente el espíritu de los principios constitucionales.

⁹⁹ Es decir, se explicó que importa no solo la revisión de los procesos constitucionales mediante los cuales se modifican artículos, se introducen nuevos o se derogan otros (aspecto formal), sino que la revisión de tales modificaciones en su vertiente axiológica o de contenido, lo que implica un tipo de análisis distinto que busca resguardar la unidad y congruencia constitucionales.

¹⁰⁰ La postura de este trabajo desde el capítulo uno, fue contundente en precisar que el poder reformador de la Constitución, tiene naturaleza de poder constituido.

Ello se puede presentar por ejemplo en el tema de las restricciones constitucionales. Éstas han sido interpretadas por la Suprema Corte del país, bajo una nube de confusión entre diversos conceptos como los de: restricción, límites, delimitación y suspensión de los derechos humanos.¹⁰¹ De esta manera, es posible considerar, la existencia de una mutación constitucional que puede impactar de manera negativa, en la garantía de los derechos fundamentales al realizarse una interpretación ilegítima del texto supremo. Aún más peligroso resulta cuando las decisiones de la Suprema Corte son inatacables.¹⁰²

Ahora bien, en relación con la *Verfassungsänderung* se presenta la posibilidad de que las reformas constitucionales puedan alterar también las cláusulas del núcleo intangible a través de la lesión a valores y principios constitucionales. Esto último se puede actualizar bajo dos supuestos. El primero de ellos, cuando las modificaciones a la norma constitucional son a tal grado desmedidas, que su propósito parece ser más encaminado a sustituir la Constitución que el adicionarla o modificarla para adaptarla a nuevas realidades sociales (fraude constitucional).

Lo que sí puede hacer el poder reformador es adecuar o ajustar las modificaciones de acuerdo con los límites señalados en apartados anteriores. Es decir, si se trata de los candados impuestos por la propia norma fundamental, o bien los que implícitamente se encuentran en ella.¹⁰³ Pero no puede realizar cambios sustanciales con el objetivo de modificar absolutamente el espíritu de la Constitución. La debilidad del Estado Constitucional se va acentuando en la medida que las modificaciones dan vida a una

¹⁰¹ Contradicción de tesis 293/2011.

¹⁰² Como aclaración, la mutación constitucional no es *per se* violatoria de los principios constitucionales. Esto sucede sólo cuando la interpretación atente de tal forma con la esencia o el significado de postulados de la norma suprema.

¹⁰³ Se remite al capítulo uno en donde se encuentra la clasificación de los límites y su justificación.

nueva Constitución. Ruipérez (2014) señalaría esta hipótesis no como una reforma sino como un *faussement de la Constitution* o falseamiento de la Constitución.¹⁰⁴

Jaime Cárdenas (2015, p. 81) cita a Pedro de Vega para visualizar el grave problema que acarrea en los sistemas democráticos poco sólidos, las constantes reformas a la Constitución. El jurista español decía que “*en los países de vida democrática débil y con escaso sentimiento constitucional, el orden fundamental está continuamente amenazado, y por ello no tiene que causar extrañeza que la institución de la reforma constitucional se contemple con recelo.*”

Las instituciones democráticas débiles precisamente generan el fraude constitucional, al permitir integrar al contenido de la Constitución, normas que lesionan gravemente su significado. De acuerdo con lo señalado por Cárdenas, se puede concluir, que el fraude constitucional se presenta cuando la reforma constitucional es utilizada para realizar cambios a la norma fundamental, que paulatinamente o de manera repentina, modifican a tal grado su contenido esencial, que la estabilidad de los principios constitucionales se ve seriamente amenazada.¹⁰⁵

La idea de “fraude” radica en que las reformas constitucionales, al estar previstas en la propia Constitución, el procedimiento para ejecutarlas está disfrazado de legalidad. Esto es, de superar los límites formales (rigidez constitucional) que permiten a los poderes públicos involucrados la realización de cambios. Sin embargo, estos cambios podrían ser por ejemplo, a nivel de régimen de gobierno, de limitar o restringir en mayor medida los derechos humanos, cuyas acciones en todo caso estarían – en principio -

¹⁰⁴ De acuerdo con Balbuena (2007) la doctrina francesa logra diferenciar entre el falseamiento constitucional y el fraude propiamente dicho. El primero de ellos como se refirió, busca darle un significado diverso a los preceptos constitucionales. Por otro lado, el segundo se configura cuando a partir del procedimiento de reforma constitucional, se modifica el régimen político para crear uno distinto, respetando el principio de legalidad pero no el de legitimidad.

¹⁰⁵ Casos como la aprobación del uso de las fuerzas armadas o ejércitos para realizar lo que en principio se encontraría reservado para las fuerzas civiles.

amparadas bajo un esquema de legalidad, es decir, superados únicamente los límites formales.

El fraude constitucional se debe evaluar desde la óptica de la legitimidad de los cambios y de verificar si éstos impactan seriamente a contenidos axiológicos de la Constitución (régimen de gobierno, derechos fundamentales, núcleo intangible).

Ahora bien, la otra forma de alterar el significado de la Constitución por medio de la reforma constitucional, es precisamente cuando se pretende mediante una sola modificación, cambiar el significado absoluto del orden constitucional. Esto más que una reforma, o incluso un fraude constitucional, Ruipérez (2014) invita a reflexionar si no sería mejor llegar al punto de una revolución, ya que parece un sinsentido sobrepasar todo límite al marco constitucional para materializar su modificación.

Al final, cualquiera de las dos formas de alteración de la Constitución, son igualmente graves para cualquier sistema jurídico, para cualquier sistema que se jacte de ser democrático, y para cualquier estado fundado en los principios del constitucionalismo de la segunda mitad del Siglo XX.

En atención a ello, es pertinente atender al señalamiento de Jaime Cárdenas (2011, p. 43) citando a Pedro de Vega respecto del fraude constitucional:

El fraude a la Constitución pone de manifiesto el enfrentamiento y la confrontación, entre la operación de la reforma constitucional, en cuanto actividad amparada por el sistema de constitucionalidad y legalidad, y el orden de valores y principios en los que descansa el sistema de legitimidad. Por eso y para evitar un fraude constitucional es necesario que el poder de revisión de la Constitución sea limitado por el sistema de valores y principios constitucionales que el propio ordenamiento jurídico tiene la misión de proteger. No reconocer ningún tipo de

fronteras a la acción de reforma equivale a consagrar y dar por bueno el fraude constitucional. Por el contrario, reconocer la existencia de límites implícitos materiales en la Constitución, supone impedir que la legalidad y constitucionalidad del Estado se emplee como instrumento contra la Constitución y el poder constituyente originario, es decir, contra la soberanía nacional.

Esta reflexión resulta importante porque a través de ella se pueden identificar los elementos del fraude constitucional que se citan a continuación:

- Un procedimiento de reforma a la Constitución autorizado por el propio ordenamiento constitucional.
- Que ese procedimiento se utilice para incorporar contenidos que pueden modificar sustantivamente la norma constitucional.
- Tales modificaciones actualizan potencialmente un riesgo para la prevalencia de los valores y principios constitucionales.
- Está en posibilidad de ser utilizado el procedimiento de modificación porque está expresamente permitido, es decir, cumple con el principio de legalidad, sin embargo carece de legitimidad. Ello quiere decir que en tanto se cumplan el procedimiento establecido en la Constitución, la reforma se podría materializar sin obstáculo alguno, dejando de lado si el contenido modificado se ajusta a los cánones constitucionales.
- La ausencia de la legitimidad se configura en tanto los contenidos que se adicionan o modifican, no tienen sintonía con los valores y principios constitucionales. Se pierde de vista el carácter axiológico de la Constitución.

El riesgo que se presenta con la excesiva utilización de la reforma constitucional sin límites adecuados y efectivos, es que las decisiones políticas fundamentales puedan ser cambiadas a diestra y siniestra, alterando incluso, el núcleo intangible de la Constitución. Ello sin duda, ocasiona que, en prospectiva, cualquier contenido

añadido a la norma fundamental, sea considerado como tal únicamente porque ha sido seguido el procedimiento de reforma (formalismo jurídico).

En el caso de las restricciones constitucionales a los derechos humanos, el escenario referido produce una enorme incertidumbre en relación con la debida garantía de tales derechos. En el capítulo anterior se citaron algunos ejemplos mediante los cuales se buscó evidenciar que existen ciertos contenidos que disminuyen el contenido de un derecho. Se afirmó que ello no necesariamente es incorrecto, pues todos los derechos humanos pueden ser restringidos.¹⁰⁶

Sin embargo, se pueden presentar situaciones hipotéticas de incorporación de contenidos a manera de restringir indiscriminadamente (y sin posibilidad de ponderación) los derechos humanos.¹⁰⁷ Derechos como el de la libre protesta, libre manifestación de ideas, el de asociación (por mencionar algunos) se verían potencialmente afectados a partir de la utilización de restricciones incorporadas legalmente (y no legítimamente¹⁰⁸), y en un segundo aspecto, validadas por la Suprema Corte en tanto el criterio derivado de la contradicción de tesis 293/2011m no permite su análisis y ponderación.

La ausencia de límites más allá de los formales, y controles efectivos sobre la reforma constitucional (control político, jurisdiccional o una combinación de ambos) produce un primer acercamiento a la hipótesis presentada en este trabajo. Es decir, la confección de las restricciones constitucionales requieren necesariamente, de un

¹⁰⁶ Se acudió al ejemplo de la prohibición de reinstalación de los cuerpos de seguridad pública que son dados de baja, aun cuando tal decisión resulte infundada.

¹⁰⁷ Al momento en que se realiza este trabajo, se han realizado reformas en materia de seguridad pública, mediante las cuales se facultan a las fuerzas armadas a realizar labores que corresponden a la policía civil.

¹⁰⁸ Se debe recordar, que en el capítulo uno se enfatizó respecto de la pertinencia de la evaluación de la norma constitucional por su contenido axiológico tratándose de las reformas aplicadas, y no únicamente de la superación de las etapas del procedimiento de reforma, pues ello implica únicamente, verificar su contenido desde la legalidad y formalismo únicamente.

procedimiento de reforma constitucional, pues solamente a través de él es posible modificar las previsiones de la norma fundamental.

Con ello se pretende decir, que el procedimiento de reforma no se deba implementar, sino que, en el contexto del sistema jurídico mexicano, la integración de restricciones a los derechos humanos puede ser tan desmedida como reformas se quieran implementar, pues como se ha referido, los límites a la misma no son suficientes, y menos aún, cuando un tribunal como la Suprema Corte da su aval para que ello ocurra.

4.2.2 El aval de la Suprema Corte de Justicia

Ya se ha hecho una crítica directa al producto derivado de la contradicción de tesis 293/2011. Se señaló de manera contundente que los criterios emitidos, guardan severas contradicciones entre sí.¹⁰⁹ Por un lado, se argumentó que en cuanto a la jurisprudencia 20/2014 aparentemente buscaba dar certeza a los operadores jurídicos respecto de la ausencia de jerarquía en las fuentes de los derechos humanos (los de sede interna, y los de sede internacional).

Posteriormente se analizó que en una segunda parte, su contenido se encontraba en franca contradicción con el artículo 1º constitucional, toda vez que: 1) no definía con claridad en qué consisten las restricciones constitucionales; 2) se utiliza un término que se confunde con otros similares (delimitación y suspensión en el ejercicio de los derechos); 3) prevé un método interpretativo propio de las reglas cuando lo que se encuentra en juego son principios; 4) incorpora el término de parámetro de control de la regularidad constitucional para no reconocer la existencia de un bloque de constitucionalidad; 5) desconoce la operatividad del principio *pro*

¹⁰⁹ Ese análisis se encuentra previsto en el capítulo tres de este trabajo.

persona como criterio de interpretación y; 6) se contrapone con la segunda jurisprudencia (21/2014) emanada de la misma contradicción, que desarrolla aspectos relacionados con el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El aval de la Corte implica entonces, dar el visto bueno a la incorporación de cualquier contenido a la Constitución, sea que lesione o no su núcleo intangible, restrinja injustificadamente derechos humanos, etc. Ello se evidencia de manera contundente en el resultado de la contradicción de tesis 293/2011. La crítica realizada en el capítulo anterior a las jurisprudencias derivadas de ese criterio, tienen como sustento la idea de que el contenido de la norma constitucional adquiere por sí misma un valor legítimo por el mero cumplimiento del principio de legalidad.

Esa circunstancia se ha venido construyendo desde el inicio de este trabajo. Por ello, a diferencia del fraude constitucional, el falseamiento de la Constitución se realiza a partir de interpretaciones hechas por el órgano encargado para ello (usualmente por los tribunales), que colisionan directamente con el contenido constitucional. El aval de la Corte en el caso de las restricciones, se presenta a partir de admitir que en la norma constitucional, pueden integrarse contenidos como los señalados, únicamente porque fueron atendidos los pasos del proceso de reforma constitucional.

Decir que las restricciones a los derechos humanos que se encuentren previstas en la Constitución, son constitucionales por ese solo hecho, desde esta óptica, produce el falseamiento referido, pues atribuye significados a partir de una interpretación sesgada de los principios que enmarca la propia norma fundamental, mismos que se encuentran por ejemplo, en el artículo 1º.

Ahora bien, se puede objetar esta afirmación con el señalamiento de que la Corte no cuenta con las facultades para hacer una interpretación en el sentido de

declarar inconstitucional la propia Constitución, pues no se cuenta con un medio de control constitucional expreso para esos propósitos. En efecto, parece un contrasentido, pero, ¿qué no es ese el papel de un Tribunal constitucional? Proteger las adiciones, modificaciones o reformas a la Constitución se proyectan como objetivos que tienen un plano menos trascendente frente al control sobre normas secundarias (cuestión no menor). Sin embargo, ¿cómo se garantiza entonces que los principios constitucionales y del Estado Constitucional sean acatados? ¿a quién o quiénes les corresponde ejecutar esa tarea?

La labor interpretativa de una corte constitucional, debe ajustarse también a ciertos parámetros sobre los que descansa el Estado Constitucional de derecho. Los pilares que dan sustento a aquél, pese a las tensiones que pudieran producirse, se robustecen con la corriente democrática, en tanto la dignidad humana es uno de los epicentros para su funcionamiento.¹¹⁰ La idea de la dignidad humana hace un vínculo directo con los derechos humanos, razón por la cual, las cortes constitucionales al ejercer su control, deben tener presente que la interpretación que hagan desde la Constitución de esos derechos, encuentra sentido si son desarrollados de manera progresiva, privilegiando su contenido y no el de sus restricciones.

Pensar que los significados atribuidos a la Constitución con el pretexto de no tener un mecanismo que permita un control de contenidos sobre sí misma, solo evidencia una afirmación simplista o reduccionista del papel de la Corte. Defender el contenido constitucional, especialmente en materia de derechos humanos, se podría realizar a partir de las directrices que marca el artículo 1º de la norma fundamental.

¹¹⁰ La democracia constitucional, además de tener la centralidad de la Constitución y un poder judicial robusto, con amplias facultades para ejercer un control de constitucionalidad, se caracteriza también por resaltar la idea de la dignidad humana, lo que implica que los derechos humanos sean parte esencial del mismo.

Ello, porque se debe recordar que su redacción tiene como propósito, integrar los derechos humanos previstos en distintas fuentes. Así, partiendo de lo que se contempla desde la sede constitucional, el ideario de las restricciones a los derechos humanos se tuvo que construir tomando en cuenta que aquéllas, son parte de los segundos y no al revés, lo que implicaría necesariamente, hacer que prevalezcan los derechos, o en su defecto, permitir la evaluación de la restricción.¹¹¹

En ese escenario, puede decirse que existe en prospectiva, un potencial riesgo a la estabilidad de los cimientos del Estado Constitucional de Derecho. Primeramente, por la ausencia de un control efectivo sobre la reforma constitucional, que paulatinamente puede llevar al fraude en la materia. Luego, por la interpretación sesgada de la Corte sobre el tema, al otorgar significados que no encuadran con los contenidos constitucionales desde su legitimidad al desconocer que los límites a la reforma constitucional no se encuentran solamente en el seguimiento del proceso para modificar, sino en la sustancia misma de lo que se integra a ella para verificar si se ajusta o no a sus postulados.

Por tanto, cabe preguntarse si resulta viable controlar la reforma constitucional. De ello se da cuenta en los siguientes párrafos.

4.2.3 ¿Es posible controlar la reforma constitucional desde la sede judicial?

Controlar la reforma a la Constitución genera diversos cuestionamientos, entre ellos, la pertinencia de si el poder judicial debe incidir en el proceso de modificación a la norma fundamental. La pregunta planteada sobre la posibilidad de controlar la reforma se responderá siguiendo el orden que continuación se señala: 1) de acuerdo a la teoría de

¹¹¹ Verificar una restricción implica evaluar si es legítima, proporcional, si altera o no el núcleo esencial del derecho humano. Véase el capítulo número dos de este trabajo.



la Constitución; 2) en relación al derecho comparado y; 3) realizando las aproximaciones que la Corte ha hecho al respecto.

En función de la teoría constitucional, se diría que la respuesta es completamente afirmativa. Las reformas constitucionales deben ser controladas porque el órgano que las genera es un poder constituido y no uno de tipo constituyente. La jerarquía del poder revisor de la Constitución, lo coloca como un órgano susceptible de ser cuestionado y controlado. El punto que se analiza, radica en saber a quién le corresponde realizar ese control, y parece que una de las soluciones la encontramos en la impartición de la justicia constitucional.

En tal sentido, si por un lado es viable que el poder reformador sea susceptible de control, en consecuencia la reforma lo sería también. Ello porque lo que se está debatiendo no es solamente el procedimiento realizado por aquél, sino también el producto derivado de ese proceso. Cuestión que no debería versar únicamente por un tema de legalidad, sino también por su legitimidad. Así, la reforma constitucional podría ser declarada inconstitucional por un Tribunal Constitucional, tanto por la forma en la ejecución del procedimiento, como del fondo según sea el caso.

Por otro lado, de acuerdo al derecho comparado, la Corte Constitucional de Colombia ha emitido jurisprudencia en relación a este tema. Cuando resolvió el caso registrado como C-816-2004, el máximo tribunal colombiano a lo largo de sus reflexiones, señaló que uno de los propósitos más importantes de la justicia constitucional, es precisamente la posibilidad de mantener el equilibrio de los poderes y la estabilidad del estado constitucional. Por lo tanto, la puerta hacia la revisión de las reformas constitucionales no se encuentra cerrada desde la óptica de la justicia constitucional

colombiana. Por esta razón, se considera oportuno transcribir algunos de los párrafos relacionados con el tema en comento.¹¹²

Una Constitución que no es rígida no es entonces una verdadera Constitución, razón por la cual algunos doctrinantes consideran, no sin razón, que las disposiciones que regulan la reforma de la Constitución son, al menos formalmente, la norma fundamental del ordenamiento jurídico. (Subrayado añadido).

En efecto, si la Constitución de un país es la fuente de validez del resto del ordenamiento, y crea los órganos del Estado y prescribe la forma como se crea el derecho de inferior jerarquía, a su vez las reglas que establecen el procedimiento de reforma constitucional señalan cómo se cambian los contenidos constitucionales, con lo cual estatuyen el poder de reforma o poder constituyente derivado. Estas reglas son entonces la “constitución de la constitución” o el núcleo de la constitución, y por ello la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución exige un control sobre la regularidad de los procedimientos de reforma constitucional.

143. Todo lo anterior muestra la importancia del control por parte del juez constitucional de la regularidad del procedimiento de aprobación de una reforma constitucional, **pues si no se protege la forma de la reforma de la Constitución, ¿en qué queda la supremacía y la integridad de la Constitución y en qué queda la distinción entre poder constituyente y poder constituido?** Por ello la garantía de los contenidos materiales de la Constitución implica la protección de la regularidad formal de las reformas constitucionales... (énfasis añadido).

¹¹² Consultable en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-816-04.htm>

A diferencia de lo que ha ocurrido en Colombia, la Corte en México, ha tenido interpretaciones que apuntan a derroteros distintos. Antes que nada, se debe partir de la errónea denominación atribuida al poder reformador de la Constitución, pues de acuerdo con algunos criterios jurisprudenciales, el título de “constituyente permanente” solo sigue fomentando las confusiones dogmáticas alrededor de este órgano. Al respecto, dicha confusión se traduce en un entendimiento poco afortunado de la naturaleza del poder revisor de la norma fundamental, porque se insiste, mientras se le considere como poder constituyente, jamás podrá ser sometido a ningún tipo de control por parte de algún órgano constituido.

Por otro lado, además de la anterior consideración, existen criterios que de manera concreta han representado un vaivén de interpretaciones que no terminan por dejar claro el tema. Aquí citamos algunos ejemplos:

Tesis: P.LXII/99

REFORMA CONSTITUCIONAL, AMPARO CONTRA SU PROCESO DE CREACIÓN. EL INTERÉS JURÍDICO DERIVA DE LA AFECTACIÓN QUE PRODUCE, EN LA ESFERA DE DERECHOS DEL QUEJOSO, EL CONTENIDO DE LOS PRECEPTOS MODIFICADOS. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia ha determinado que cuando se impugna el proceso de reforma constitucional no es la Carta Magna, sino los actos que integran el procedimiento legislativo que culmina con su reforma, lo que se pone en tela de juicio, por lo que pueden ser considerados como autoridades responsables quienes intervienen en dicho proceso, por emanar éste de un órgano constituido, debiendo ajustar su actuar a las formas o esencias consagradas en los ordenamientos correspondientes, conducta que puede ser controvertida mediante el juicio de amparo, por violación al principio de legalidad. Asimismo, estableció que la circunstancia de que aun cuando el proceso de reforma hubiese sido elevado a la categoría de norma suprema, tal situación no podría desconocer la eficacia protectora del juicio de amparo como medio de control constitucional, puesto que de ser así no habría forma de remediar el posible incumplimiento de las formalidades consagradas en el artículo 135 de la Carta



Magna ni, por ende, podría restablecerse a los agraviados en los derechos que estiman violados, con lo que se autorizaría la transgresión a derechos fundamentales sin oportunidad defensiva. En consecuencia, si bien es cierto que el contenido del dispositivo constitucional resulta inimpugnable a través de la demanda de garantías, siendo sólo atacable el proceso de reforma correspondiente, y el interés jurídico se identifica como la tutela que se regula bajo determinados preceptos legales, la cual autoriza al quejoso el ejercicio de los medios para lograr su defensa, así como la reparación del perjuicio que le irroga su desconocimiento o violación, debe concluirse que el interés jurídico para promover el juicio contra el proceso de reforma relativo debe derivar directamente de los efectos que produce la vigencia del nuevo precepto constitucional, pues son éstos los que producen un menoscabo en la esfera jurídica del gobernado.

Tesis P./J.39/2002

PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL. De acuerdo con el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo; esto es, la función que realizan el Congreso de la Unión, al acordar las modificaciones, las Legislaturas Estatales al aprobarlas, y aquél o la Comisión Permanente al realizar el cómputo de votos de las Legislaturas Locales y, en su caso, la declaración de haber sido aprobadas las reformas constitucionales, no lo hacen en su carácter aislado de órganos ordinarios constituidos, sino en el extraordinario de Órgano Reformador de la Constitución, realizando una función de carácter exclusivamente constitucional, no equiparable a la de ninguno de los órdenes jurídicos parciales, constituyendo de esta manera una función soberana, no sujeta a ningún tipo de control externo, porque en la conformación compleja del órgano y en la atribución constitucional de su función, se encuentra su propia garantía.

Tesis: P./J.40/2002

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. ES IMPROCEDENTE PARA IMPUGNAR EL PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

De lo dispuesto por el artículo 105, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y de las diversas exposiciones de motivos y dictámenes relativos a las reformas a este precepto constitucional, se desprende que la tutela jurídica de la controversia constitucional es la protección del ámbito de atribuciones de los órganos del Estado que derivan del sistema federal (Federación, Estados, Municipios y Distrito Federal) y del principio de división de poderes a que se refieren los artículos 40, 41, 49, 115, 116 y 122 de la propia Constitución, con motivo de sus actos o disposiciones generales que estén en conflicto o contraríen a la Norma Fundamental, lo cual se encuentra referido a los actos en estricto sentido y a las leyes ordinarias y reglamentos, ya sean federales, locales o municipales, e inclusive tratados internacionales. De lo anterior deriva que el citado precepto constitucional no contempla dentro de los órganos, poderes o entidades que pueden ser parte dentro de una controversia constitucional, al Órgano Reformador de la Constitución previsto en el artículo 135 del mismo ordenamiento, pues no se trata de un órgano de igual naturaleza que aquellos en quienes se confían las funciones de gobierno; además de que se integra por órganos de carácter federal y locales, es a quien corresponde, en forma exclusiva, por así disponerlo la Constitución Federal, acordar las reformas y adiciones a ésta, y de ahí establecer las atribuciones y competencias de los órganos de gobierno, sin que tampoco, al referirse el citado artículo 105, fracción I, a "disposiciones generales" comprenda las normas constitucionales.

Tesis: 2ª./J.38/2012

REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA ELECTORAL. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO CONTRA LA DEROGACIÓN DEL TERCER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 97 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, AL ADVERTIR QUE LOS EFECTOS DE UNA EVENTUAL SENTENCIA PROTECTORA PROVOCARÍAN TRANSGRESIÓN AL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD (DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 13 DE NOVIEMBRE DE 2007). El párrafo derogado citado establece que la Suprema Corte de Justicia de la Nación está facultada para practicar de oficio la averiguación de algún hecho o hechos que constituyan la violación del voto público, pero



sólo en los casos en que a su juicio pudiera ponerse en duda la legalidad de todo el proceso de elección de alguno de los Poderes de la Unión, debiendo enviar los resultados de la investigación, de manera oportuna, a los órganos competentes. Ahora, como la eventual sentencia protectora implicaría que no subsista la derogación de esa norma para que el citado Tribunal Constitucional reasumiera la facultad de practicar la averiguación oficiosa aludida, de modo que tendría efectos restitutorios no sólo en el quejoso, sino en favor de otros sujetos y, por tanto, generales, el juicio promovido contra dicha derogación resulta improcedente en términos del artículo 73, fracción XVIII, de la Ley de Amparo, en relación con los numerales 76 y 80 (este último interpretado en sentido contrario), de ese mismo ordenamiento y con el artículo 107, fracción II, constitucional (en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011, y de acuerdo con el artículo tercero transitorio del propio decreto de reformas), en tanto que la decisión de inconstitucionalidad iría más allá del caso concreto enjuiciado, lo que provocaría transgresión al principio de relatividad que rige el dictado de las sentencias en materia de amparo, lo que a su vez implicaría que la restitución en el goce del derecho violado llegara al extremo de desencadenar consecuencias contrarias a la naturaleza misma del juicio de amparo y, por ende, a la regularidad constitucional que busca

Como se observa, la Corte mexicana ha confundido terriblemente la naturaleza del poder reformador de la Constitución. Lo ha dotado de cualidades que, si bien lo diferencian de otros órganos, no deja de ser un poder constituido, es decir no se trata de un poder constituyente en los términos de la teoría constitucional. Al mismo tiempo, los criterios jurisprudenciales anteriores, niegan la posibilidad del control abstracto de constitucionalidad sobre normas constitucionales, lo cual resulta lógico a la luz de las consideraciones particulares que ha hecho del poder revisor de la norma suprema.

Si bien, no se afirma que el juicio de amparo o la controversia constitucional sean medios idóneos como mecanismos de control sobre las reformas constitucionales, sí se considera, que el procedimiento para cuestionarlas pasa a segundo término.

Primeramente, se deberá superar la concepción arraigada sobre la naturaleza del poder reformador de la Constitución.¹¹³ Una vez hecho esto, se podrán entonces, diseñar mecanismos apropiados y eficaces para debatir las reformas constitucionales.

Lo anterior cobra especial justificación porque por sí mismo, el procedimiento contemplado en el artículo 135 de la carta magna mexicana resulta insuficiente y además ha sido ineficaz para sus propósitos. Tan sólo con el dato sobre el número de reformas constitucional (hasta 2012, más de 500) se infiere una realidad que no se puede eludir, y es que las modificaciones constitucionales se han hecho como parte de la extensión de programas políticos de los gobiernos en turno.

Esta situación ha traído serias consecuencias negativas para los cimientos del Estado Constitucional mexicano, tal como sucedió con la constitucionalización de las restricciones a los derechos humanos, cuando algunas de ellas pueden ser desproporcionales e ilegítimas, y peor aún, podrían seguirse integrando más restricciones a diestra y siniestra sin ningún tipo de control. Se podría pensar en aproximaciones hechas al tema del arraigo como una restricción a los derechos humanos de: debido proceso, presunción de inocencia y libertad de tránsito.

La idea que se expone aquí, se insiste, no se enfoca únicamente al procedimiento de reforma constitucional, sino a atacar de manera clave y concreta los contenidos que se pretenden integrar a la Constitución.

En el capítulo uno se señaló que existen valores y principios sobre los cuales descansa la esencia misma de la Constitución. A ello se le denomina núcleo intangible, pues en él se sustentan las bases sobre las decisiones políticas fundamentales que

¹¹³ Para mayor referencia, se remite al capítulo uno de este trabajo, donde se desglosa la naturaleza del poder reformador y el Poder Constituyente.



permiten la organización y funcionamiento del Estado Constitucional democrático. Incluso, se señaló que ese núcleo adquiere otras aproximaciones a partir de la reforma de 2011 en materia de derechos humanos.

Lo que en ese apartado se dijo, cobra especial importancia en el perfil que van adquiriendo las conclusiones de este trabajo. La integración de los contenidos producidos en sedes externas (en cuanto a derechos humanos se refiere), robustece desde esta óptica, los elementos que conforman el núcleo intangible. Es decir, la idea de la dignidad humana y los alcances de los derechos humanos, son por lo menos dos elementos que configuran al núcleo intangible, fortaleciéndose a partir de esa integración normativa de ambas fuentes. Robustecer entonces el núcleo intangible de la Constitución, implica que cualquier modificación a aquélla, debe sujetarse a estar en sintonía con esos principios y valores.

Controlar la reforma significa, verificar que el procedimiento se haya seguido de acuerdo con los postulados constitucionales, pero también, que las modificaciones respeten el aspecto axiológico del que se habla. En palabras llanas, se diría que es una cuestión más de contenido que del continente, esto es, el ajuste se verifica en tanto se analizan los principios y valores que se protegen con tal o cual derecho por sí mismos, no en razón únicamente de que se encuentren en la Constitución.

Así, aun cuando no existe un mecanismo de control concreto para ello, la Corte sí puede interpretar la Constitución, y es en ese ejercicio donde debe tener en cuenta (en el momento de advertir contenidos que rompan con la unidad de la norma fundamental) que puede no ser deferente con el poder reformador¹¹⁴, y si congruente con la propia Constitución.

¹¹⁴ La deferencia al legislador, y concretamente en el caso, al poder reformador de la Constitución, se materializa como una especie de asentimiento hacia el trabajo legislativo, pues cada modificación a la norma fundamental, parte de la presunción de constitucionalidad de la misma. Sin embargo ser deferente

Son por esas razones, que en los siguientes apartados se mencionarán algunas alternativas que podrían apuntar hacia posibles soluciones ante un escenario que de inicio, es poco alentador en materia de derechos humanos.

4.3 ¿Son los jueces quienes deben tener la última palabra? Pesos, contrapesos, sobrepesos y pretextos

Con el título de este apartado, se pretende ofrecer alternativas para que, en prospectiva, la prevalencia de las restricciones constitucionales a los derechos humanos si bien no pueden modularse, si pueden protestarse, ya no necesariamente desde la sede judicial como único camino, sino también, considerando algunas vías que incluyen a los otros poderes y a la sociedad civil organizada.¹¹⁵

La idea de que las restricciones constitucionales no puedan modularse, es decir, que no se permita por disposición de la Corte la posibilidad de analizar si dicha restricción es, por lo menos legítima o proporcional, podría contrarrestarse con ejercicios realizados desde la sede judicial que inviten, por lo menos, generar discusión, debate y en con ello un significado mayormente legitimado de la Constitución. Esa es la idea que subyace al constitucionalismo popular como corriente alternativa a la interpretación de la norma suprema.

En efecto, el control judicial de constitucionalidad por mucho tiempo se ha considerado como parte de un ejercicio exclusivo principalmente, de las cortes constitucionales. Sin embargo, ello no necesariamente debe ser así.

no implica necesariamente que las acciones realizadas por el poder reformador, no puedan o mejor dicho, “no deban” ser analizadas como producto de la deferencia.

¹¹⁵ En los párrafos subsecuentes, se analizarán los alcances de ese término bajo la corriente del constitucionalismo popular.

Desde el constitucionalismo fincado en países con sistemas jurídicos de la familia anglosajona,¹¹⁶ se han intentado ejercicios mediante los cuales, los jueces no tienen estrictamente la última palabra en la interpretación de una norma como la Constitución, ¿y por qué la deberían tener? Si se advierte que la norma fundamental no solamente tiene una cualidad jurídica, sino que también es parte de un proceso político importante, y que sus postulados lo son igualmente, entonces: ¿cabría la posibilidad de realizar un acercamiento con actores fuera de la sede judicial? La respuesta es afirmativa.

Los pesos y contrapesos se encuentran diseñados para cumplir un objetivo, balancear el poder y evitar no sólo la concentración del mismo en uno de ellos, sino que las instituciones del Estado puedan entre ellas, controlar sus actos con la finalidad de que sus acciones se apeguen a la constitucionalidad y a la legalidad. No obstante, en el caso mexicano ocurren fenómenos como los descritos, que se pueden observar principalmente en el número de reformas constitucionales. Ello denota sin duda, instituciones débiles que por un lado, no se toman en serio el principio de rigidez constitucional, y otras que no advierten la importancia de tomarse en serio la Constitución y los derechos humanos.¹¹⁷

Por ello, los sobrepesos (en un sentido metafórico) se presentan cuando se acumulan facultades de control de la constitucionalidad en una sola rama de poder. Por su parte, los pretextos cuando se aducen interpretaciones de la Constitución que,

¹¹⁶ De la familia anglosajona, Canadá destaca por ese uno de los países pioneros en construir algunas decisiones judiciales, a partir de una especie de “diálogo” que tiende puentes entre el propio poder judicial y el poder legislativo. Lo cual, tiene como finalidad darle una mejor solución al tema de la interpretación constitucional.

¹¹⁷ Como ejemplo de ello, se encuentra la cantidad exacerbada de las reformas a la Constitución, que parecerían ser el resultado de una norma flexible y no rígida.

instaladas en ideas arraigadas en postulados altamente soberanistas, desconocen la literalidad de la norma fundamental y la obligatoriedad de sus principios.

Sin embargo, tampoco se asume de manera automática, que el constitucionalismo popular, acarrea también desventajas o *contras* que pudieran incidir en los resultados que se buscan. La idea es sopesar las áreas de oportunidad que cubre la corriente señalada, con otras limitantes de su ejercicio y aplicación.

Es pertinente entonces, hacer un llamado hacia otras posibles vías, que no hagan depender lo anterior de lo que un solo órgano como la Corte (en el caso mexicano) sea quien dirija exclusivamente la ruta interpretativa constitucional, principalmente cuando lo que se tienen en juego, son los derechos humanos. Ese es el propósito de presentar la siguientes reflexiones.

4.3.1 Justicia dialógica y alternativas [des] esperanzadoras. Aproximaciones teóricas

Justicia dialógica, una expresión que se conforma a partir de dos palabras, ambas en este sentido, aspiracionales. Por un lado, la búsqueda de una aplicación del derecho que optimice en todo caso, el desarrollo de los derechos humanos y sus garantías, teniendo como base la idea de la dignidad humana. Por otro, conseguir esa meta a partir de la construcción del “diálogo” entre diversas instituciones, con la finalidad de legitimar la interpretación constitucional, tomando en cuenta incluso, la voz de la sociedad civil.¹¹⁸

¹¹⁸ La corriente del constitucionalismo popular toma en cuenta a la sociedad civil para dar legitimidad a los significados o interpretaciones que se hacen del texto constitucional. Ello a través de ejercicios de democráticos de participación directa, o bien a través de foros, audiencias públicas, como en este apartado se explicará más a detalle.

¿Ello implica la desaparición del control judicial de la constitucional? De acuerdo con las propuestas de una justicia dialógica, la respuesta es negativa. El control de constitucionalidad simplemente adquiere matices distintos y utiliza herramientas alternativas para su conclusión, pues requiere de tomar en cuenta diversas voces, más allá de la sede judicial.¹¹⁹

Una de esas alternativas consiste en voltear hacia la corriente del “constitucionalismo popular”, el cual como se señaló, tiene su origen y principales exponentes, en los sistemas jurídicos anglosajones. Sin embargo, ello no es obstáculo para que sus postulados puedan trasplantarse hacia países con sistemas jurídicos propios del derecho civil.

Gargarella (2014) señala que existen tres cuestionamientos relacionados con la aplicación de la justicia dialógica:

- **Revisión judicial.** El primero de los cuestionamientos parte de la pregunta, ¿por qué los legisladores deben conocer menos o van a tratar peor los valores constitucionales?
- **Cuestión democrática.** Aquí se retoma el cuestionamiento vinculado a ¿quién debe tener la última palabra? ¿Los jueces necesariamente?
- **Diseño institucional.** En este supuesto, el autor invita a reflexionar sobre el papel de los jueces en la dinámica con los otros entes. De manera concreta cuestiona, *¿por qué no es posible pensar en un diseño institucional diferente, en que los jueces – desde sus especiales conocimientos – ayuden a los legisladores en la creación de normar*

¹¹⁹ En ese sentido, podría decirse que el control de la constitucionalidad baja su intensidad, pero buscando una mayor efectividad en los resultados de la interpretación de la Constitución.

jurídicamente más sólidas o menos cuestionables? De igual forma continua...respecto del poder ejecutivo ¿por qué en lugar de vetar una ley, comienza por cooperar con los legisladores para que éstos mejoren lo que ya han hecho? (Gargarella, 2013, pp. 9-10)

Roberto Niembro (2013) señala que el constitucionalismo popular cuestiona entre otras, el poder que tienen los jueces como los principales intérpretes de la Constitución, reivindicando el rol que tiene el “pueblo” en darle significado a la norma fundamental.¹²⁰

De acuerdo con esta corriente:

el “pueblo de los populares no se disuelve en un todo, sino que se va expresando ante conflictos y problemáticas puntuales, mostrando sus puntos de vista y sus disidencias tanto a través de sus representantes, como por medio de la opinión pública o los movimientos sociales” (Alterio, 2016, p. 162).

Siguiendo a la misma autora, esta es una de las diferencias principales con el populismo, es decir, la idea de pueblo es plural y democrática, que “*tiene como sustrato al individuo y no un todo orgánico, ni una sola conversación entablada por el tejido social*” (Alterio, 2016, p.162). Ello significa que la visión del colectivo no parte de homogeneizarlo o uniformarlo bajo un solo discurso, sino todo lo contrario, las voces en general deben ser escuchadas.

¿Entonces, por qué se habla de reivindicar el rol del pueblo? El constitucionalismo popular tiene como base, la idea de que las constituciones como

¹²⁰ Algunos de los principales exponentes de esta corriente (con sus variantes) son: Tushnet, Kramer, Post, Siegel, Friedman, Gargarella y Niembro.

normas fundantes del Estado, son producto de la deliberación de la sociedad civil organizada. Es decir, el resultado que se obtiene en los postulados constitucionales de cada país, refleja los valores y manera de entender que cada sociedad tiene sobre su propia dinámica, cuestión que finalmente impacta en el significado de la Constitución.

Como lo señala Kramer (Niembro, 2013), el problema de la supremacía judicial consiste en el desincentivo que genera en las personas para poder argumentar cuestiones relacionadas con la Constitución, pues se llega a pensar que los jueces no pueden ser cuestionados.

Tal apreciación no es menor, pues debe recordarse que el poder otorgado a las cortes, consiste en que a través del ejercicio contramayoritario, se pueden nulificar y paralizar decisiones que fueron tomadas por conducto de los representantes de la sociedad, incluso, aquellos que tal vez se realizaron a partir de ejercicios de democracia directa (como los referéndums, consultas populares o plebiscitos).

Sin embargo, pese a esa alienación que se genera por la idea de inaccesibilidad hacia los jueces, no se debe perder de vista que los jueces finalmente se encuentran obligados a interpretar la Constitución como cualquier otro poder (Niembro, 2013), solamente que se hace a partir de un control con una intensidad fuerte, pero no única ni exclusiva necesariamente.¹²¹

Bajo esas premisas, ¿qué se debe entender por el constitucionalismo popular? De acuerdo con Mark Tushnet *“el constitucionalismo popular se caracteriza por*

¹²¹ Lo que hace el constitucionalismo popular, es criticar, como lo señala Pisarello, el constitucionalismo surgido a partir de la segunda posguerra mundial, *“que ha reconvertido el principio democrático en un mecanismo de selección de élites que cada vez más deja de lado los procesos de comunicación pública no organizados”* (Niembro, 2013, p.193).

enfrentarse a la supremacía judicial y a la visión elitista según la cual los jueces son mejores intérpretes constitucionales¹²²” (Niembro, 2013, p. 193).

Por tanto, la idea de tener una impartición de justicia que le apueste al diálogo, genera una forma de entendimiento de la Constitución que deja de ser unívoca, pues a través de la revisión dialógica – señala Tushnet – se alienta a la interacción entre las distintas ramas del poder, con la finalidad de acercarse a una interpretación más razonable sobre contenidos constitucionales (Gargarella, 2014). Para dicho autor, las interpretaciones que se obtengan como resultado de dicha revisión, serán avaladas por la sociedad en tanto están de acuerdo con ellas.

Como se observa, el constitucionalismo popular se aleja de la idea de tener un control judicial de la constitucionalidad fuerte, que de alguna manera es miope ante la posible construcción de una interpretación mayormente legitimada sobre la norma constitucional, que se puede influenciar desde la sede de la sociedad civil.¹²³

Como lo señala Niembro (2013, p.197) “*el constitucionalismo popular reconoce que el debate popular sobre la Constitución se lleva a cabo con independencia de las interpretaciones judiciales o incluso en su contra.*” Por ello, siguiendo con esta reflexión, el autor indica que:

La Constitución obliga a todos los poderes de gobierno, sin que ninguno — incluido el poder judicial— tenga alguna autoridad especial sobre ella. Si los jueces pueden interpretarla no es porque tengan cualidades específicas que los hagan más aptos para dicha tarea o porque les corresponda hacerlo en

¹²² A esta corriente también se le conoce como constitucionalismo progresista.

¹²³ El ejercicio que sugiere el constitucionalismo popular, parte de la idea mediante la que, si bien se reconoce al poder judicial como intérprete expreso de la Constitución, ello no implica que las otras ramas lo dejen de hacer o no puedan hacerlo (Álvarez, 2012).

exclusiva, sino porque la Constitución los obliga como a cualquier otro. Según esta visión, el poder judicial es un agente más del pueblo cuya tarea es ser un líder de opinión, sin imponer una única visión

No cabe duda que el constitucionalismo popular, hace una crítica severa a la formación de un control judicial sobre la Constitución, mediante el cual, únicamente una élite se encuentra facultada para dictar la última palabra respecto al significado de los postulados constitucionales.

Sin embargo, el constitucionalismo popular engloba visiones distintas sobre el papel que “el pueblo” o bien los otros poderes juegan en la interpretación constitucional. Por ello, el camino hacia la justicia dialógica encuentra rutas diversas como solución al problema representado por las élites en la cúspide de la sede judicial. Una de estas corrientes es el llamado constitucionalismo democrático impulsado por los profesores Robert Post y Reva Siegel, quienes aportan algunas reflexiones de sumo interés para este trabajo.

Los autores referidos, señalan que uno de los principales problemas que se presentan con la interpretación constitucional en manos exclusivamente de los jueces, radica en poder mantener la lealtad y confianza en la norma fundamental desde el “pueblo” (Post y Siegel, 2013). En esa línea, explican que:

[...] la confianza en la sensibilidad del ordenamiento constitucional, desempeña un papel crucial en la preservación de la autoridad de la Constitución. Cuando existe esa confianza, los ciudadanos pueden aceptar juicios acreditados acerca del significado de la Constitución, que difieren de los suyos propios.

Lo que se observa a partir de las ideas citadas, es que, Post y Siegel “*introducen y enfatizan la distinción entre control judicial de constitucionalidad y supremacía judicial; entre la posibilidad de que un tribunal tenga la última palabra y la posibilidad de que tenga la única palabra*” (Post y Siegel, 2013, p.18)¹²⁴. En el escenario descrito, los autores consideran que el papel del poder judicial es importante, incluso la existencia del control judicial sobre la Constitución, pues en los sistemas democráticos se requiere un mínimo de autoridad que garantice las condiciones que la propia democracia exige, por lo que estiman que los jueces en ese rubro, sí juegan un papel fundamental (Niembro, 2013).¹²⁵

Otros autores como Kramer, han puesto el término “pueblo” como centro de sus premisas,¹²⁶ no para interpretar directamente la Constitución, pues ello sería inviable ante la heterogeneidad del reto, sino que las personas se sientan con la confianza y respaldo para poderle dar significado a los contenidos constitucionales (Niembro, 2013). Así, los impulsores del constitucionalismo popular refieren “*a los movimientos sociales como grupos generadores de sentido constitucional y reconozcan que en principio no pueden hablar por el pueblo*” (Niembro, 2013, p. 219)¹²⁷.

¹²⁴ Sin embargo, como lo señala Niembro (2013) la corriente genérica del constitucionalismo popular, no sostiene que la interpretación del pueblo sea la única, ni que necesariamente sea la mejor, sino que recuerda que ambos pueden equivocarse. Asimismo, el constitucionalismo popular reconoce y resalta la relación e interacción entre derecho y política.

¹²⁵ El papel que juega la sociedad en la visión de Post y Siegel, se fundamenta claramente en el activismo social, en los movimientos impulsados por la ciudadanía, pues gracias a ellos, la agenda política se integra y moldea a la vez el desarrollo del derecho constitucional (Niembro, 2013).

¹²⁶ Véase la obra *The people themselves*, en la que incluso, el autor señala como posibilidad la idea de la revisión judicial o control de la constitucionalidad, desvinculándolo de la supremacía constitucional.

¹²⁷ Se precisa aclarar, que en este trabajo no se pretende realizar un estudio exhaustivo de las distintas corrientes del constitucionalismo popular, sino plantear la posibilidad de alternativas que den salida (aunque sea de manera institucional) a una interpretación constitucional más legitimada, con la idea de que, en el caso de los derechos humanos y sus restricciones, paulatinamente se construyan puentes de diálogo. Además, no pasa inadvertido que las corrientes que se derivan del constitucionalismo popular, tienen altas críticas, incluso por quienes apuestan por la justicia dialógica, circunstancia que no es materia de desarrollo de este trabajo.

Por otro lado, se encuentra la obra de Barry Friedman. Para este autor, la opinión pública juega un papel importante en las decisiones que se tomen desde las cortes constitucionales, es decir, ambos (sociedad y tribunal) moldean los significados que se le atribuyen al texto fundamental.

En ese escenario, Friedman considera que uno de los motivos por los cuales se rechaza comúnmente esta idea, es porque el control judicial de la constitucionalidad ha logrado mantener a raya (con resultados mas o menos regulares) las tensiones entre la democracia -gobierno de las mayorías – y el constitucionalismo -el gobierno de la Constitución – (Friedman, 2009).

Dentro del constitucionalismo popular, la corriente impulsada por Friedman, se le conoce como “constitucionalismo popular mediado.” De acuerdo con él:

[...] el control judicial está justificado y no es contrario a la voluntad popular, puesto que los tribunales no se separan deliberadamente de la sociedad. Más bien interactúan con ella a través de un diálogo inevitable, en el que involucran a la ciudadanía en la interpretación de la Constitución (Niembro, 2013, p. 209).

Friedman por tanto, no rechaza la idea de tener un control de la constitucionalidad en manos de los jueces. Sin embargo, ello no significa que la Constitución deba decir lo que únicamente la mayoría (el pueblo) diga que es. El control referido debe en todo caso, reflejar las “preferencias inmediatas y valores profundos” arraigados por un largo periodo en la sociedad (Niembro, 2013).

Para el autor, existe una conexión y a la vez una distancia entre la revisión o control judicial y la opinión pública, y su carácter mediado “derivaría de tres fuentes:”

En primer lugar, los jueces no son elegidos de modo directo, sino indirecto por la población. En segundo lugar, los ciudadanos se relacionan con los magistrados, y sobre todo ejercen control sobre ellos, a través de sus representantes, y no de modo directo. Finalmente, la comprensión pública de lo que hacen los jueces se encuentran intermediada no sólo por la existencia de una red de representantes, sino también por la presencia de otros filtros, como los medios de comunicación (Gargarella, 2014, p. 161).

Con todo y las críticas que puedan hacerse a las ideas de Friedman, la importancia de su contribución, es despojar la vieja idea de que la sede judicial es “por excelencia” el único lugar donde es válido interpretar tanto la Constitución, como los derechos ahí previstos. Significa reconocer que la norma fundamental nace con la idea del “pueblo” organizado, y que finalmente los jueces, son partícipes de esa voluntad a partir de que deben interpretar el texto buscando darle un significado a su contenido a de acuerdo con los valores y principios que ello enmarca. Así lo destaca Niembro (2013, p. 211):

[...] los tribunales facilitan el diálogo, nos dice el autor, sintetizando las visiones constitucionales de la sociedad, enfocando el debate y organizando las ideas. Además, catalizan el diálogo orillando a la sociedad a debatir asuntos que de otra manera hubieran quedado fuera de la agenda, y empujando a otras instituciones a participar.” Incluso pueden dar voz a posiciones poco comunes y traerlas al centro de la atención, inspirando una discusión más abierta, vibrante y efectiva.¹²⁸

¹²⁸ Continuando con lo que señala Friedman, citado por Niembro (2013, p. 211):

Lo que hace el tribunal es determinar la forma en que el diálogo continúa después de su sentencia, optando por una de las interpretaciones en pugna, aun cuando comúnmente dicha interpretación cambie a través del debate. Sin embargo, lo importante no es el papel que tiene el Tribunal Supremo en ese proceso, sino cómo el pueblo reacciona ante sus decisiones. En efecto, la discrepancia entre la visión popular y el poder judicial es lo que hace que el diálogo funcione.

Como se observa, las ideas dentro del constitucionalismo popular varían. Sin embargo, se puede ubicar como parte importante de sus postulados, la incidencia del “pueblo” en la incorporación de significados de la Constitución, pues no se debe perder de vista, que cuando se habla de tener la última palabra, surgen circunstancias que cuestionan seriamente esa postura. Tales son los casos de los movimientos sociales, o bien el derecho de la sociedad civil a la resistencia.¹²⁹ Es decir, tener la última palabra como quiera que sea no es funcional cuando se establece un gobierno de base democrática.¹³⁰

Ahora bien, además de lo señalado por los autores referidos, conviene precisar que el constitucionalismo popular pugna por una justicia dialógica, cuya implementación, se ha podido realizar con algunos buenos resultados en países anglosajones, y también con ejercicios en países sudamericanos.¹³¹ La sociedad como se dijo, tiene protagonismo en esta corriente, sin embargo, es posible implementar otros mecanismos de “diálogo” que persiguen un mismo objetivo, legitimar la interpretación constitucional con la participación de diversos actores.

¹²⁹ Cuando se habla del “pueblo” en el constitucionalismo popular, se debe tener en cuenta como se ha indicado, que dentro de la corriente hay más de una vertiente que explica o intenta explicar, cómo se puede materializar esa participación ciudadana que impacte en los significados a la Constitución.

Los movimientos sociales, cualesquiera que sean, por ejemplo, pueden incidir en la toma de decisiones dentro de los poderes legislativos y el poder revisor de la Constitución, a través del reconocimiento de derechos, de reformas en materias específicas (educación, laboral, energética etc.).

Otras vertientes indican que el diálogo se puede generar con ejercicios como la participación en audiencias públicas en temas trascendentes para el reconocimiento de derechos, como el aborto, los matrimonios entre personas del mismo sexo, acceso a la salud universal. Asimismo a partir de la generación de debates como se explicará más adelante.

¹³⁰ Eso no quiere decir, que naturalmente los fallos de las Cortes constitucionales, deban ser desacatados, pues es necesario un nivel de coerción en ellos, que garanticen pisos mínimos dentro de la dinámica del sistema democrático. En esas circunstancias, los tribunales juegan un papel determinante para la debida conducción de los fines del Estado.

¹³¹ El país pionero fue Canadá, de ahí se han realizado estudios principalmente a partir de decisiones tomadas por la Corte Suprema de Estados Unidos. En Sudamérica, Argentina ha sido referente en la materia.

Entonces, ¿cuáles son esas formas en las que se puede implementar la justicia dialógica? El país pionero fue Canadá, el cual en 1982 incorporó en la Carta de Derechos, la cláusula llamada “no obstante.” En ese caso, el país referido dentro de la dinámica de sus parlamentos, es posible reformular una ley que haya sido declarada inconstitucional por un tribunal constitucional, cuya finalidad es moldear sus previsiones a partir de las consideraciones expuestas por los jueces (Salazar, 2006).

Sin embargo, lo realmente novedoso del sistema canadiense, está en la posibilidad que tienen los legisladores para derogar las decisiones de los jueces constitucionales. Como lo refiere Salazar, si bien pueden existir críticas a favor o en contra del diseño canadiense, finalmente ello permite al “*Parlamento democrático, responder a los jueces constitucionales*” – continúa- habilita también “*a los representantes populares para que adopten la última palabra sobre muchas cuestiones fundamentales*” (Salazar, 2006, pp. 273-274).

También se cuentan algunos ejercicios que apuestan al diálogo del lado de América Latina. Por ejemplo, en temas de litigio estratégico, los tribunales han comenzado por implementar mecanismos de diálogo como las convocatorias a audiencias públicas, en las que no sólo participan las partes involucradas, sino también representantes de la sociedad civil.¹³² Los casos en Colombia respecto a la

¹³² También es posible advertirlo con la apertura de tribunales constitucionales en América latina, a la implementación de los llamados “*amicus curiae*”, lo que de alguna manera, incorpora los puntos de vista de expertos o de miembros de la sociedad civil organizada, para ser tomadas en cuenta en las decisiones judiciales.

La cooperación a través de estos documentos hechos por expertos, y en los cuales también suelen firmar organizaciones de la sociedad civil, se ofrecen como medios de prueba para ser analizados en su conjunto con lo previsto en los expedientes y con base en ello, tomar una decisión mejor orientada y que sopesa esas “voces” plasmadas en ese tipo de documentos.

sobrepoblación en las cárceles, o aquellos en donde se debaten cuestiones de medio ambiente y desplazamiento de personas, dan cuenta de ello (Gargarella 2014).¹³³

Lo que debe resaltarse en este tipo de sistemas, es que existe un reconocimiento evidente de la complejidad que representa la posibilidad de diálogo, sobre todo en sistemas con diseño presidencialista, o bien con la tradicional división de poderes que no es inclusiva de la sociedad civil. Esa complejidad implica dar cuenta de lo conflictivo del caso y del desacuerdo normativo con los otros poderes del Estado o con ciertos sectores de la sociedad civil. El reconocimiento del desacuerdo llevaría a los tribunales a que, en futuro existan posibles cambios en términos de las visiones contrapuestas (Álvarez, 2012).

Eso es precisamente lo que se pretende a través de este tipo de soluciones que sí pueden ser esperanzadoras hacia la línea que apunta este trabajo. Es decir, la posibilidad de una interpretación constitucional mayormente legitimada, y que admita ser interpretada y confrontada consigo misma. La idea es construir en prospectiva, una interpretación constitucional que integre estas visiones y que de cuenta de la complejidad de las mismas, con la finalidad de establecer puentes de diálogo con los distintos actores dentro de un sistema democrático.

Por tanto, corresponde ahora, con base en la corriente del constitucionalismo popular, vislumbrar de manera concreta, soluciones al tema de las restricciones constitucionales a los derechos humanos, y reflexionar si es posible conciliar un control judicial de la constitucionalidad con esas perspectivas.

¹³³ Una de las bases sobre las que se desarrolla esta forma de diálogo en la impartición de justicia, es el modelo de democracia deliberativa, es decir, en la participación constante de la ciudadanía con la finalidad de que estos ejercicios concluyan en diversos consensos.

4.3.2 La Constitución que queremos¹³⁴

La Constitución que queremos, refiere a dos cuestiones principalmente. La primera de ellas relacionada con las incorporaciones a la misma (de manera concreta en materia de derechos humanos), que tenga como punto de partida una visión sustantiva de sus contenidos. Es decir, solamente deberían estar en la norma fundamental, aquellas disposiciones que no colisionen con sus propios postulados (por ejemplo, dejando fuera restricciones a derechos humanos no proporcionales). Por otro lado, la posibilidad de que su significado encuentre legitimación a partir de la construcción de un diálogo con la sociedad civil – el pueblo – y los otros poderes del Estado.

¿Cómo se puede llegar a dicho cometido? Aquí se tomarán como base las ideas expuestas respecto del constitucionalismo popular. Sin embargo, la propuesta se centrará en las reflexiones desarrolladas por Francisca Pou en relación a la contradicción de tesis 293/2011, buscando hacer una propuesta también, de acuerdo a lo que en materia de remedios judiciales ha propuesto Roberto Saba, para que en esa medida, se logre superar el tema de las restricciones constitucionales a los derechos humanos.

La primera parte entonces se dedica a la propuesta que expone Pou. Ella, hace una crítica severa al resultado de la contradicción de tesis 293/2011. Para la autora, el criterio obtenido es al menos “*incompleto, vago, inestable y juriscéntrico*” (Caballero y Sánchez, 2018, p. 598). Tales afirmaciones se desglosan como sigue:

- El criterio es **incompleto**, porque únicamente refiere a las fuentes primarias y secundarias del derecho interamericano, es decir, deja fuera las que forman

¹³⁴ Así se denomina desde este trabajo de manera particular, a la Constitución ideal de acuerdo con la construcción que se ha hecho a lo largo de los capítulos que conforman esta investigación.

parte del llamado *soft law*, como las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, las recomendaciones del sistema ONU etc.

- El criterio es vago, porque con la expresión “restricción expresa”, como lo señala Sánchez Gil, se alude a un “universo de previsiones amplísimo, algunas de las cuales no admiten el tipo de aplicación automática que la Corte parece tener en mente” (Caballero y Sánchez, 2018, p. 599).¹³⁵
- El criterio es **inestable**, debido a que genera tensiones entre lo que debe confirmar el llamado parámetro de control de la regularidad constitucional, y la regla de prevalencia de las restricciones expresas, con el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.
- Finalmente, el criterio es **juriscéntrico** porque hace depender el resultado de ese criterio, con cada caso que la Corte realice tratando de aplicar el producto de las dos jurisprudencias originadas por la contradicción de tesis en comentario¹³⁶.

Pou se encarga de añadir un elemento más a la crítica que se hace de la contradicción de tesis 293/2011. Señala que el criterio es igualmente **contemporizador**. La autora indica que tal cualidad significa:

... que con la buena intención de hacer una interpretación sistemática, “integradora”, y demostrar así la lealtad a la Constitución – a la totalidad de lo que la Constitución dice – la Corte acaba legitimando lo que no debería

¹³⁵ Incluso, no solo que la aplicación del criterio sea poco factible (fórmula de reglas aplicadas a principios), sino que además no existe un entendimiento claro de qué es una restricción, pues como se señaló en el capítulo dos de este trabajo, se diferenció entre delimitaciones, restricciones y suspensión, cuestión que la Corte no supo distinguir en la resolución en comentario.

¹³⁶ Desde este trabajo se diría que es juriscéntrico también, en tanto deja a la Corte, la última palabra en la interpretación constitucional.

prestarse a legitimar: la existencia de contradicciones e incoherencias flagrantes dentro del conjunto de fuentes y previsiones que hacen parte de nuestra Constitución de los derechos y que generan innumerables distorsiones, entorpeciendo diariamente su aplicación efectiva.

Con la idea de la contemporización judicial, de alguna forma se hace referencia a lo que en este trabajo se ha estado señalando con relación a que la Corte con los criterios obtenidos de la contradicción de tesis 293/2011, únicamente logró evidenciar las incongruencias entre las jurisprudencias que nacieron de esa deliberación. Además, como bien lo señala Pou, la “lealtad” mostrada hacia la Constitución, se basa en realidad en una visión vertical y soberanista del contenido. Es decir, en lo que se ha insistido en esta investigación en relación con poner énfasis a criterios de interpretación verticales, sin atender al contenido axiológico de la norma fundamental.

Ello significa que la Corte pretendió, a pesar de su visión “integradora” del contenido constitucional, dejar en claro dos cosas: 1) la norma fundamental sigue siendo jerárquicamente, una fuente superior – en relación con los tratados internacionales – en materia de derechos humanos **y sus restricciones** y; 2) tener la última palabra en la interpretación constitucional.

Como lo señala Flores, si el nuevo artículo 1º constitucional apuntaba hacia una Constitución “convencionalizada,¹³⁷” con el criterio establecido en la jurisprudencia 20/2014, parece ser que la Convención Americana sobre Derechos Humanos está constitucionalizada en cuanto al tema de las restricciones (Caballero y Sánchez, 2018). Esta crítica, también se ha puesto de manifiesto en este trabajo desde capítulos precedentes. Existe un desconocimiento – aparentemente – de los alcances del

¹³⁷ En alusión a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

artículo 1º constitucional, desde los criterios integradores que contempla (cláusula de interpretación conforme y principio *pro persona*), hasta el no cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.¹³⁸ Ello lleva a realizar las siguientes consideraciones como alternativas de solución.

De acuerdo con la tesis del constitucionalismo popular, la idea de ejercer el control de constitucionalidad se direcciona hacia la construcción de un diálogo con los otros poderes del Estado (legislativo y ejecutivo) y con la sociedad civil. En ese sentido, si bien se dijo que las puertas de contar con un mecanismo de revisión directa de la norma fundamental (en virtud de la deferencia al poder reformador) se encuentran cerradas, ello no impide que a través de la interpretación del caso concreto, se desencadene la posibilidad de diálogo y debate posterior a través de lo que Pou advierte como “aplicación protestante.”

Es decir, con las ideas generadas a partir de la corriente del constitucionalismo popular, es posible que, la Corte implemente dentro de sus sentencias, una protesta respecto a determinado contenido constitucional, tanto con el legislador como con el poder ejecutivo, con la finalidad de establecer un debate público posterior, lo que paulatinamente generaría, al menos, la posibilidad de mejores adecuaciones a las previsiones constitucionales que se incorporen (Caballero y Sánchez, 2018).

La aplicación protestante consiste en que desde la sede judicial, los tribunales, en concreto aquellos que tienen facultades de revisión de constitucionalidad, resuelvan conforme a la norma lo indica o conforme a la interpretación que ella ha provocado, pero que en un apartado de la misma resolución, se desglose una especie de desarrollo o estudio en relación con lo que las cortes no estarían de acuerdo, con la

¹³⁸ En esa línea, Del Rosario señala que las restricciones a los derechos humanos deben responder a un criterio de constitucionalidad, que consiste en su plena adecuación al contenido constitucional (Caballero y Sánchez, 2018).

finalidad de que, al menos en la teoría, se genere un diálogo con el poder reformador (en este caso particular) y que a manera de prospectiva, provoque el debate entre ambos poderes e incluso, entre ellos y la sociedad civil.

Es una especie de reenvío legislativo, esto es, la Corte hace lo que “tiene” que hacer, pero “protesta” para avisar por qué esa interpretación no es la más conveniente para el tema en concreto. Sin embargo, la diferencia con el reenvío legislativo, es que no existe para el supuesto de que la norma sobre la cual se está ejerciendo la interpretación y el reenvío propiamente, sea la Constitución. Es decir, el reenvío opera sobre leyes secundarias, pero lo trascendente de esto, es que desde las cortes se estaría señalando por qué la norma fundamental no debería tener tal o cual contenido.

Aquí podrían señalarse los votos particulares que los jueces realizan en las sentencias, para manifestar las razones de por qué no están de acuerdo con el criterio de la mayoría, como una forma de protesta. Sin embargo, la diferencia radica en que al final, este tipo de votos se enuncian de manera individual o en conjunto sin que implique una llamada de atención hacia o para otros poderes. La idea de la protesta desde las sentencias, significa desarrollar y realizar un posicionamiento como un órgano del Estado, respecto de una situación jurídica en lo particular, y que se estima, podría ser adversa y contraria a contenidos constitucionales.

Lo anterior significa que, a diferencia de los votos particulares, los asuntos podrían ser votados por mayoría o unanimidad de los jueces, adhiriéndose a sus propios criterios, pero al mismo tiempo, desarrollando un apartado en donde se exprese por ejemplo, el riesgo de integrar restricciones constitucionales a los derechos humanos que sean desproporcionales, o bien que no sean legítimas.

En este trabajo se ha desarrollado el tema de las restricciones a los derechos humanos previstas en la Constitución, y que el problema no se actualiza solamente

por la incorporación de éstas a la norma fundamental, sino por el aval que ha hecho la Corte con la interpretación establecida a partir de la contradicción de tesis 293/2011. Por tanto, lo que se busca solucionar, es el problema interpretativo y de control a las reformas constitucionales en general, pero desde este trabajo, focalizada a las restricciones constitucionales a los derechos humanos.

Ello, por el peligro que representa la ausencia de controles (judiciales, políticos o de participación ciudadana) para desacreditar contenidos que afecten el núcleo de la propia Constitución.

Por esa razón, para Pou, la aplicación de las experiencias de los mecanismos dialógicos, podrían ser llevados a cabalidad por la Corte, sin desatender los criterios jurisprudenciales productos de la contradicción de tesis 293/2011. Ella considera, que las resoluciones del máximo tribunal podrían desarrollar el problema planteado, aduciendo una posición específica de frente al legislador. Es decir, las resoluciones incluirían no una mera deferencia a las decisiones tomadas en la sede legislativa, sino que incluiría la problematización de las previsiones normativas que se sometieron a su análisis y a su estudio (Caballero y Sánchez, 2018).

Esa “protesta” desencadenaría la posibilidad de diálogo a partir del debate público iniciado por las cuestiones constitucionales a resolver. De esa forma asegura, se sigue manteniendo la lealtad hacia el texto constitucional, sin desconocer lo que la propia jurisprudencia señala.¹³⁹ Como lo indica Pou (Caballero y Sánchez, 2013, p. 620) *“la Corte se limitaría a señalar, en algún punto de la argumentación de la sentencia, las razones por las cuales una particular incoherencia, obscuridad o laguna constitucional, resultan problemáticas.”*

¹³⁹ También es pertinente aclarar, que esta es una alternativa con un nivel de intensidad medio, es decir, ello ocurre ante el escenario en el cual, la jurisprudencia sigue teniendo vigencia y no ha sido sustituida o superada.



Este mecanismo, simple a primera vista, fortalece el diálogo institucional con los otros poderes, y pone en el centro de la discusión, las cuestiones constitucionales en las cuales, debe ser partícipe la ciudadanía a través del debate público que se genere con la protesta aludida. Ello también dejaría atrás la rigidez del control de constitucionalidad otorgado a los jueces, y acciona una dinámica que es más acorde con el sistema democrático.

Llevado al plano de las restricciones constitucionales, ello permitiría animar el debate público cuando en temas de trascendencia como los alcances de los derechos humanos, se motive no sólo a una reforma que sea acorde con el contenido axiológico de la Constitución, sino que además supondría la prevención de modificaciones ilegítimas, especialmente tratándose de restricciones a los derechos humanos. De esa forma también se va esclareciendo cuál debe ser el contenido del llamado parámetro de control de la regularidad constitucional, que hasta el momento, no ha logrado definir la Corte.

El ejercicio referido puede resultar esperanzador. Sin embargo, a pesar del optimismo que puede generar, desde este trabajo se considera que incluso, a partir del control de la constitucionalidad es posible obtener también, no solamente el diálogo con los diversos actores dentro del estado democrático, sino que implicaría su consolidación.

Roberto Saba ha desarrollado una línea de investigación que se enfoca en una perspectiva sobre el derecho de igualdad y la prohibición de la discriminación desde una dimensión estructural. Es decir, para él los grupos desaventajados¹⁴⁰ no dejarán de seguir en las mismas circunstancias, en tanto no se atiendan los factores

¹⁴⁰ Los grupos sociales que comúnmente se les identifica como en situación de vulnerabilidad.

estructurales que los mantienen oprimidos. Para el autor, es necesario implementar desde la sede judicial, remedios constitucionales que incluyan medidas transformadoras (Saba, 2016)¹⁴¹.

Llevado al campo que se analiza (el de las restricciones), los remedios que normalmente el control constitucional propone, se concentran al caso concreto y dejan fuera cualquier tipo de análisis en prospectiva. La idea de Saba es que, tratándose de situaciones de desigualdad estructural, el control constitucional ataque directamente las condiciones estructurales del caso concreto y se extiendan a otros casos más, ordenando acciones u omisiones a los poderes según se requiera (Saba, 2016).

Siguiendo ese modelo de control, se propondría que, en el caso de las restricciones constitucionales a los derechos humanos, la Corte utilice el control haciendo la “aplicación protestante” con un enfoque de prospectiva, de cara a futuros conflictos que se pudieran presentar de seguir implementándose el contenido de la norma constitucional frente a la debida garantía de los derechos.

Esa acción institucional del máximo tribunal, tiene como intención que el propio control de constitucionalidad invite a establecer un diálogo con los poderes y la sociedad misma, manifestando que, a pesar de encontrarse obligado por determinación constitucional, existe una potencial vulneración en clave futura para la garantía de los derechos humanos, cuestión que en un escenario democrático, invitaría al debate público cuyo objetivo es establecer modificaciones en todo caso a la norma constitucional desde un ángulo sustantivo.

¹⁴¹ La idea de Roberto Saba sobre las medidas transformadoras, está ligada directamente a la creatividad de los jueces para dar conclusión a las estructuras dentro de la sociedad y sus normas, que provocan la desigualdad de grupos discriminados o históricamente reprimidos, y que se siguen perpetuando porque las soluciones son únicamente al caso concreto, no desmantelan los vicios y estructuras que permiten la continuidad de prácticas discriminatorias.



Si la Corte desea ser leal a la Constitución y al poder reformador de ella, debería utilizar sus resoluciones no solamente para desarrollar el caso concreto, sino también, para desarrollar la problematización que genera el tema, e invitando en todo caso, a la modificación constitucional a partir de la estructura del diálogo con los otros poderes. Se insiste, estas alternativas tienen justificación en tanto el criterio previsto en la jurisprudencia 20/2014 siga vigente, ya que es éste, el que impide realizar una modulación y valoración de las restricciones constitucionales en sí mismas.

En ese sentido, lo que aquí se expone se vislumbra como una deferencia moderada ante las actuales circunstancias que marca la jurisprudencia referida. Esto es, la deferencia al legislador – poder reformador – parte de la presunción de constitucionalidad de las normas, en el caso, de las modificaciones a la Constitución. No obstante ello, lo que se observa es que esa adhesión a las decisiones tomadas desde la sede legislativa, no son cuestionadas, y hasta el momento, no existen mecanismos que tiendan a establecer puentes de interacción entre los máximos órganos judicial y legislativo. De ahí que se estime necesario, reconsiderar desde la Corte, la deferencia al poder reformador de la Constitución.

Como lo señala Nino (2013, p. 43), *“la decisión del juez debe concebirse como parte integral de un orden jurídico, fundado por cierto orden constitucional. Eso implica que la medida legislativa, judicial o administrativa debe contribuir a la vez a preservar y a mejorar ese orden jurídico.”* Por tanto, es posible mantener ese orden constitucional a partir del entendimiento de que, en una democracia, no es funcional dejar la decisión de significado de la norma fundamental en uno solo de sus actores. En su conjunto, los poderes podrían establecer los puentes de diálogo, incluyendo a la sociedad civil, principalmente, en temas donde lo que se disputa, son los alcances de los derechos humanos.

Además, no se debe perder de vista que en México, la idea de implementar un control de constitucionalidad / convencionalidad, busca la consolidación de la norma constitucional, que desde sus previsiones, integra los derechos humanos de fuentes interna y externa (Caballero y Sánchez, 2018). En ese sentido sí se encumbra como norma suprema, pero no por su jerarquía formal y vertical, sino porque a través de su contenido, robustece – al menos en teoría – el desarrollo de los derechos humanos, y las garantías para su protección. Esas reflexiones llevan a citar lo que Nino (1997, p. 299) señala en relación con el control de la constitucionalidad en una democracia:

[...] en una teoría epistémica de la democracia, el control judicial de constitucionalidad se encuentra legitimado como un medio de asegurar que se encuentren presentes las condiciones que hacen posible darle valor epistémico a la participación colectiva. Estas condiciones incluyen los requisitos del proceso colectivo de discusión y toma de decisiones para generar una dinámica tendiente a la imparcialidad.

Entonces, ¿cuál es la Constitución que queremos? La Constitución “ideal” sería aquella cuyo significado, sea construido a partir de la participación no sólo de los tribunales como últimos intérpretes, sino como resultado del diálogo con los actores dentro de cualquier democracia. Esa Constitución, debe ser de derechos y garantías, debe visualizarse no solamente como el acuerdo generado por la deliberación de quienes le dieron vida, y en ese sentido, ser leales a ella sin considerar las exigencias que el cambio social requiere.

La Constitución que se requiere es aquella cuyas modificaciones no alteran los principios y postulados del Estado Constitucional Democrático, sino que, cada vez que se incorporen cambios a la misma, sea a partir de una visión axiológica y sustancial y no formalista. La Constitución que queremos se interpretaría de esa misma manera,

en atención a su contenido, protegiendo su unidad y congruencia. El reto se encuentra entonces, si en prospectiva, ello podría materializarse.

4.3.3 Constitucionalismo popular a debate

¿El constitucionalismo popular da respuesta absoluta al problema planteado en torno a las restricciones constitucionales? Evidentemente no se puede sostener como única alternativa las ideas aquí referidas a partir de la corriente constitucional en comento. Más aun, cuando existen críticas a la posibilidad de que, poderes políticos, o bien la participación de la ciudadanía pueden desencadenar en ejercicios como el que se propone.

Una de las críticas que ha recibido el constitucionalismo popular, en cualquiera de sus vertientes, es que podría resultar dogmático e ingenuo frente a la problemática que representa la supremacía judicial. Es decir, cada una de las aristas que esta novedosa corriente propone, no termina por definir del todo la noción del “pueblo” y tampoco parece materializar mecanismos concretos que lleven a los resultados que se esperarían, principalmente en temas especializados como el de la interpretación constitucional. Sin dejar de lado el “miedo” o “resistencia” a poner “*en manos de la gente común la interpretación de los derechos*” (Alterio, 2016, p. 162).

Las críticas que recibe el constitucionalismo popular no solamente se han centrado en la falta de soluciones concretas al tema de la supremacía judicial. Según se puede desprender del análisis de G. Godoy (2016), existen resistencias a la adopción de esta corriente contemporánea de constitucionalismo. Desde este trabajo se observan las siguientes: 1) la que refiere al origen de la doctrina en una realidad ajena; 2) los postulados no se basan en ejercicio netamente hechos desde la ciudadanía; y 3) el contexto del país al cual se pretende aplicar.

El primer punto se vincula con el origen del debate del constitucionalismo popular. De acuerdo con el autor referido, la discusión en torno a la supremacía judicial, nace a partir de las posturas de carácter conservador de la Corte Rehnquist en Estados Unidos (G. Godoy, 2016). El movimiento que comenzó a criticar la interpretación constitucional hecha por esa Corte, generó un debate entre los teóricos como Tushnet, Kramer y otros. Sin embargo, no se tiene suficiente claridad, si ese mismo debate puede trasladarse a realidades de países como México. Ello, porque en todo caso, debe analizarse cuidadosamente, la realidad local, y con base en ella, verificar la pertinencia en su aplicación.

Una segunda crítica se ubica en que, si bien el constitucionalismo popular busca la reivindicación de la participación del pueblo en la interpretación constitucional, aquél como tal, no ha sido quien origine el debate propiamente, sino que ha nacido en el seno de la academia, como una discusión netamente entre teóricos.

Esta resistencia a la corriente en comento, parece que se centra en determinar si los cambios que sufren las constituciones han surgido realmente desde el pueblo, o bien desde la sede judicial. Ese planteamiento para suponer que el trabajo de las Cortes como últimas porta voces de la interpretación constitucional, no ha sido del todo erróneo, sino que, por el contrario, ha dado impulso y consolidación en la defensa de los derechos.

El último punto en realidad se encuentra vinculado con el primero. La pregunta que se debe responder es, ¿qué tan pertinente es trasladar postulados que se originaron en un contexto local distinto, a otro país con una realidad diversa? Como se señaló previamente, existen lugares con instituciones sólidas, con índices más bajos de pobreza o desigualdad, con mayor garantía de derechos y con un diálogo y participación constante entre gobierno e instituciones, con la ciudadanía. El constitucionalismo popular tiene su origen, y se ha desarrollado principalmente en

países anglosajones, que distan en su realidad, de la situación que normalmente se vive en Latinoamérica.

Ahora, en relación con las premisas señaladas, cuál es la postura desde este trabajo. En el particular, se podría decir que en efecto, el constitucionalismo popular se origina por razones y bajo un contexto que no es el propio de Latinoamérica, y de manera concreta, de México. No obstante, el constitucionalismo popular lo que busca, es contrarrestar la idea de supremacía judicial, o la noción arraigada, de que son los jueces quienes tienen la última palabra en la toma de decisiones relacionadas con la interpretación constitucional.

Si el debate se generó por las posturas conservadoras de la Corte Rehnquist, entonces lo que se cuestiona son ciertas decisiones que desde la sede judicial se toman, y que podrían ser regresivas para el reconocimiento de los derechos. Desde esa perspectiva, se considera que el constitucionalismo popular da una respuesta a la decisión contra mayoritaria. Sin embargo, una primera debilidad que se observa en esta primera aproximación, es que se reivindica la participación del pueblo sin tener claridad cómo sería esa participación, a través de qué canales, y cuán conveniente sería su incidencia en temas especializados.

Existe una desventaja en su aplicación, sí, principalmente por la falta de soluciones concretas o mecanismos diseñados para el desahogo de ejercicios más democráticos y deliberativos, principalmente cuando lo que se juega, son los derechos fundamentales de las personas.

¿No podría generarse un riesgo en esa participación, que lleve a resultados contraproducentes, como el buscar negar o revertir derechos ya reconocidos? ¿Es posible que un país con una realidad distinta a uno de primer mundo, pueda llevar a la



práctica ejercicios democráticos libres para decidir sobre el significado de la Constitución?

Se considera en efecto, que los postulados del constitucionalismo popular producen serias dudas sobre su posible aplicación. Sin embargo, se debe partir de que, la corriente en comento, es únicamente un punto de partida para analizar y en todo caso cuestionar, por qué son las Cortes las que deben tener la última palabra en las decisiones que inciden en la esfera de los derechos de las personas.

Tomar sus premisas sirve como preámbulo teórico, para definir rutas en las que, por lo menos, se analice si las Cortes, como órganos especializados en la interpretación del derecho, deberían tomar en cuenta también, la opinión de la sociedad civil, generar el diálogo con otros poderes a través de mecanismos y diseños institucionales que lo propicien, y de esa forma construir un *mejor* significado al texto constitucional.

Esto es, parecía existir un vacío epistémico que permitiera dar solución al problema que representa la toma de decisiones de manera contra mayoritaria. Si la Constitución nace de la voluntad del pueblo, ¿éste no debería participar en la construcción de su significado? Un contraargumento ante esta pregunta, se ubica en que, los ciudadanos se encuentran representados por los legisladores, y su voluntad se ve reflejada a partir de las facultades que desde el órgano legislativo.

Aun cuando dicha afirmación tiene sustento en el diseño de la democracia representativa, no significa necesariamente que en un contexto democrático, la sociedad civil organizada, o el *pueblo*, como lo refiere el constitucionalismo popular, pueda tener incidencia en otras decisiones, o sobre la pertinencia de tal o cual modificación constitucional que impacte en su esfera jurídica. Por lo que, la exclusión de la ciudadanía de ese tipo de involucramiento, solo por contar con un congreso de

representantes populares, parece un argumento simplista y que olvida la existencia de otros ejercicios que pueden desarrollarse en un país democrático.

Por otro lado, es común encontrarse con casos de figuras jurídicas creadas desde sedes externas en otros países, que se implantan en otros sistemas jurídicos, a partir del análisis y estudio que ofrece el derecho comparado. En la generalidad de los casos, aquél surge como una herramienta útil para verificar si resulta viable esa extrapolación de figuras del derecho en otras latitudes.

Ahora, como lo señala Gargarella:

El constitucionalismo popular al criticar de forma severa la idea de supremacía judicial y última palabra y reivindicar un papel protagonista del pueblo, nos obliga a repensar sobre el profundo distanciamiento que hoy existe entre el derecho que tenemos y las personas sobre las cuales ese derecho se aplica (G. Godoy, 2016, p. 171).

Además, cabría hacer una reflexión respecto del impulso que han dado las personas (el pueblo), para que las Cortes finalmente reconozcan derechos, o bien fijen criterios para garantizarlos. Es decir, si bien se puede hablar de un activismo desde la sede judicial, para que, progresivamente se garanticen y desarrollen contenidos de derechos humanos, lo cierto es que, en la generalidad de los casos, ha sido la sociedad civil organizada la que ha empujado y obtenido a cambio de ello, diversas reivindicaciones importantes para el ejercicio de derechos.

Algunos ejemplos de cómo ciertos movimientos sociales, han generado estos cambios en México, se observó claramente con los diversos amparos promovidos por ciudadanos para lograr que, finalmente, el matrimonio entre personas del mismo sexo sea una realidad. De igual forma, diversas organizaciones no gubernamentales,



académicos y universidades, impulsaron la llamada “reforma constitucional en materia de derechos humanos” en el año de 2011, modificación a la norma suprema que permitió integrar aspectos novedosos referente a la interpretación y garantía de los derechos fundamentales.

Esos dos ejemplos, por lo menos, dan cuenta de la posibilidad de que, desde la sede ciudadana, se obtengan reivindicaciones tanto a nivel legislativo (reforma constitucional de 2011), como en nivel judicial (matrimonio igualitario). De ahí que, no se puede obviar el papel trascendente de la sociedad en la interpretación de los derechos.

De igual forma puede ocurrir con el constitucionalismo democrático. Desde este trabajo no se propone como una única alternativa, sino como una ventana que pudiera resultar idónea para contrarrestar la llamada supremacía judicial, sin que ello signifique una aplicación automática e inmediata para solucionar un problema que se ubica en el seno de la actividad judicial al momento de interpretar la Constitución.

Aunque no pasa inadvertido, que la idea del constitucionalismo popular, en una mala interpretación del mismo, incite a que el *pueblo*, desee participar, pero no para lograr el reconocimiento y garantía de derechos, sino por el contrario, para anularlos. Sin embargo, esa postura por sí misma no podría llevarse a cabo por dos razones, en principio: 1) en los sistemas democráticos, el reconocimiento de los derechos no se deja a decisión de las mayorías; y 2) el constitucionalismo popular no significa populismo constitucional, es decir, la idea de contrarrestar la supremacía judicial, no pasa por alto los postulados constitucionales básicos; la idea de esta corriente epistémica, es precisamente, hacer que prevalezca una interpretación de la norma fundamental, que garantice de mejor manera los derechos humanos, o bien los valores y principios previstos en el orden constitucional.

Tal vez uno de los principales problemas del constitucionalismo popular, como se señaló, consiste en que no deja del todo claro, mediante qué mecanismos en concreto de diálogo con los otros poderes y actores políticos, se podrían instaurar para lograr el cometido de darle un mejor significado a la Constitución; o bien, cómo lograr el consenso en determinadas decisiones cuando la noción de *pueblo* no es homogénea, debido a la pluralidad de opiniones y formas de expresión.

Sin embargo, al final de cuentas, la idea de constitucionalismo popular surge en el contexto de una democracia, y su aplicación se busca, pueda ser ejecutada en países que al menos desde sus constituciones, cuenten con un diseño democrático, en donde el debate, la deliberación y la opinión pública juegan un papel trascendental.

Así el constitucionalismo popular también proporciona directrices sobre cómo deberían de ser los ejercicios de diálogo, incluso a partir de experiencias ya concretas como se señaló previamente. Alterio (2016) aduce que de manera general, el constitucionalismo popular pugna por establecer canales de mediación que permitan a nivel institucional, encauzar la opinión pública, o la voz del pueblo, que finalmente tiendan a cambiar los diseños en los cuales el poder judicial necesariamente tenga la última palabra. De ahí que resulte importante verificar la experiencia extranjera, por ejemplo, si en países como Canadá o Argentina, han obtenido buenos resultados con la implementación de ejercicios de diálogo entre poderes y la sociedad para efectos de obtener mejores resultados en la interpretación de los derechos.

Finalmente, el tema de fondo nuevamente es el conflicto arraigado entre constitucionalismo y democracia. Sin embargo, pese a las tensiones que se pueden generar entre ambas, principalmente a partir del control de decisiones de órganos políticos que representan a las mayorías, mediante órganos que controlan a partir de resoluciones contramayoritarias.

Aun cuando existan estas tensiones, justamente la idea es desahogarlas con ejercicios que de alguna forma, combinan cimientos de ambas corrientes. Por un lado, del constitucionalismo a través de la intervención de los poderes del Estado, con un diseño de competencias que facilite a la vez el diálogo entre ellos; y por otro, el de la democracia y la participación de la ciudadanía en temas de debate alrededor del reconocimiento de derechos y sus implicaciones, como sucede con el caso de las restricciones constitucionales.

4.3.4 Optimismo fundado y prospectivas

¿Qué es lo que se quiso evidenciar en este último capítulo? Primeramente, dar continuidad a las ideas expuestas previamente respecto a que, la confección de las restricciones constitucionales a los derechos humanos, deben ser analizadas desde dos aristas: 1) la relativa al papel que juega la reforma constitucional y el órgano encargado de ella; y 2) la que vincula a la Corte como intérprete último (hasta el momento) de la norma fundamental para avalar cualquier incorporación a ella.

A pesar de ello, se establecieron alternativas que se fincan en una visión dialógica en la interacción de los poderes públicos y la sociedad civil. El constitucionalismo popular parece ser una corriente cuyas reflexiones, invitan a darle un giro a la actual situación donde se encuentran vigentes los criterios derivados de la contradicción de tesis 293/2011.

¿Existen motivos entonces para tener optimismo respecto de lo que se pudiera presentar en el futuro? Se considera desde este trabajo que sí es posible vislumbrarlo de esa manera.

El control de constitucionalidad / convencionalidad sigue siendo una herramienta potente para contrarrestar posibles incorporaciones en materia de

restricciones a los derechos humanos en la Constitución. Con mecanismos como la protesta en las resoluciones de la Corte, sí se podría actualizar un cambio a futuro. Ahora bien, no se deja de lado que la modulación interpretativa que se prevé en el artículo 1º constitucional, puede dar lugar a resoluciones creativas mediante las que se desarrollen contenidos de los derechos humanos, o bien de sus restricciones con una intensidad que afecte en la menor manera posible, el núcleo de esos derechos.

Si bien es posible la materialización de un fraude constitucional, es decir, el desconocimiento de los postulados y principios constitucionales fundamentales, con la finalidad de integrar contenidos que colisionen con aquéllos se encuentra latente, la generación de una justicia dialógica podría comenzar a revertir tal circunstancia.

La llamada de atención a y desde la Corte en el esclarecimiento de sus resoluciones en la materia, es un trabajo que debe ser impulsado desde la sede de la sociedad civil también. La academia en ese aspecto juega un rol trascendental para evidenciar las inconsistencias de un tribunal que no ha podido desarraigarse del constitucionalismo del siglo XX. Los estudios e investigaciones que se propongan podrían acoger esta visión no centralista de la interpretación constitucional, y apostar por profundizar esta vertiente que da alternativas potencialmente factibles.

La tarea no es sencilla, y la apuesta es por este tipo de mecanismos, más que el diseño de herramientas de control directo de la constitución, que desde luego serían bienvenidas. No obstante, ello permite que se regrese al viejo problema de la tradición del constitucionalismo clásico, dejar en manos de los jueces la última palabra dentro del Estado Constitucional.

Por tanto, si lo que se busca es el fortalecimiento del sistema democrático, se debe apuntar hacia ejercicios donde la sociedad civil y los poderes del Estado, construyan verdaderos puentes para otorgar un mejor significado a la norma



fundamental, y en esa medida, legitimar no sólo su contenido, sino también, las decisiones que a partir de ello se generen. Sí, esa es la visión que debería prevalecer, y sí, desde este trabajo hay optimismo en que ello suceda.

CONCLUSIONES

A lo largo de cuatro capítulos, se han establecido líneas conclusivas con mayor o menor claridad respecto al tema desarrollado. Todas ellas han apuntado, principalmente, a destacar que la constitucionalidad de las normas que integran el propio texto constitucional, no depende únicamente de los procesos previstos para la integración o modificación de sus contenidos, sino de que éstos se ajusten a los principios que la propia Constitución contempla.

La idea sobre la que descansa el Estado Constitucional Democrático, debe poner especial énfasis no sólo a los procesos de incorporación de contenidos constitucionales, sino destacar que éstos sean acordes al catálogo de derechos humanos, como una forma de garantizar la rigidez de la norma constitucional.

En la dinámica de ese modelo de Estado, los derechos humanos juegan un papel fundamental para la consecución de sus propios fines. Sin embargo, esos derechos, ameritan ser delimitados en sus alcances con la finalidad de que, en la dinámica de sus relaciones, cada uno de los individuos puedan gozar de ellos, pues las restricciones destensan las colisiones entre derechos, operando como válvulas de escape para ello.

Las restricciones a los derechos humanos que se prevén en la Constitución, son necesarias. Sin embargo, de acuerdo con la teoría, existen conceptos similares que facilitan la confusión entre unos y otros.

En el caso mexicano, la Suprema Corte de Justicia, en la contradicción de tesis 293/2011, no logró distinguir adecuadamente, los conceptos de restricción, delimitación y suspensión de los derechos humanos. Dicha confusión, derivó en dos jurisprudencias que resultan contradictorias en contenido y entre ellas.

Las contradicciones se suscitan porque, integra una regla de resolución para un problema de interpretación que es propia de los principios, por lo que excluye toda posibilidad de ponderación o análisis de la restricción en sí misma. Asimismo, colisiona con el modelo de interpretación previsto en la norma fundamental en el artículo 1º. Choca con los principios en materia de derechos humanos y prioriza la fuente interna sobre la internacional.

Las dos jurisprudencias se contraponen, ya que, por un lado, se asegura que las fuentes de los derechos humanos no se relacionan en términos de jerarquía, sin embargo, establece una regla de prevalencia de la fuente interna, al preferir las restricciones constitucionales, frente a la ruta de integración normativa que incluye al derecho internacional de los derechos humanos.

Por tanto, debido al contexto jurídico mexicano, las restricciones constitucionales requieren de dos elementos para su configuración: 1) un poder reformador de la norma suprema, que no puede ser controlado por ningún órgano del Estado y; 2) el aval de un tribunal con características de corte constitucional, que interpreta la Constitución bajo un esquema formalista y no de carácter axiológico.

Ello ha llevado a la Suprema Corte a no definir con claridad, cómo se forma y qué es, el parámetro de control de la regularidad constitucional, cuyas características no son iguales a las del concepto del bloque de constitucionalidad, pues el primero tiende a definir su contenido a partir de interpretaciones previas, en tanto que el primero refiere a un catálogo amplio de derechos humanos, que buscan integrarse y robustecer sus alcances dentro del sistema jurídico.

La regla de prevalencia contenida en la jurisprudencia 20/2014, potencializa la materialización de un fraude constitucional. Ello, porque en prospectiva, supone la integración de contenidos restrictivos de derechos, sin que puedan ser analizados y



verificados por producto de la jurisprudencia referida. Esa circunstancia coloca en una situación de vulnerabilidad al Estado Constitucional, pues su estabilidad se hace depender de modificaciones al texto supremo sin que puedan ser revisadas.

Asimismo, el núcleo intangible de la Constitución que desde este trabajo se proyecta a partir de una nueva aproximación, se vería seriamente afectado en tanto la norma fundamental al contar con un número mayor de incorporaciones restrictivas de derechos humanos e inmodificables, provocaría una disminución del valor mismo de dicha ley.

Sin embargo, pueden presentarse alternativas a partir de las cuales, desde la sede institucional de órganos como la Suprema Corte, permita establecer puentes de diálogo con los otros poderes públicos, y con la misma sociedad.

La corriente del constitucionalismo popular puede sustentar teóricamente, que el significado y apropiación de la Constitución, no depende únicamente de órgano, sino que requiere de la interacción de otros actores dentro del contexto democrático. Por ello, se considera importante que estas rutas de salida sean impulsadas desde el seno de la Corte, con la finalidad de generar un mayor debate público sobre lo que puede o no puede estar en la Constitución, principalmente si se trata de derechos humanos.

La participación de las personas, en conjunto con los poderes públicos en el desarrollo de estos debates, paulatinamente pueden generar un cambio en la actuación de las instituciones. Si bien la Corte ha sellado la posibilidad de evaluar las restricciones a los derechos humanos previstas en la Constitución, ello no es óbice para que se dejen de implementar mecanismos de diálogo institucional, que impulsen la idea de una justicia dialógica en aras de legitimar el contenido constitucional.

La propuesta alrededor de este trabajo, descansa en la idea de que, uno de los principales los desafíos a los que se enfrenta en Estado Constitucional Democrático, se relacionan directamente con el reconocimiento de derechos y su debida garantía.

La investigación parte del “deber ser” de la interpretación constitucional que pueda dar solución a los retos señalados, principalmente en materia de restricciones a los derechos humanos. Como tal, se pugna por una interpretación que cubre un vacío epistémico, al no tener controles eficaces sobre la reforma constitucional, y al dejar de lado la legitimidad de las modificaciones constitucionales por el formalismo respaldado por una Corte que de acuerdo con la línea argumentativa que ha manejado, se aduce impedida para ejercer un control como el aquí propuesto.

Se trata pues, de un análisis teórico – jurídico, abstracto en el que se combinaron elementos como la idea del núcleo intangible, la legitimidad de la constitución, qué se debe entender por el sentido “de lo constitucional” etc. Es un contraste entre lo que se resolvió por la Corte, y lo que tuvo que haber tomado en cuenta para resolver, es decir, el “deber ser” de la interpretación constitucional.

De ahí que se considere que la aportación de este trabajo, consiste en el análisis teórico – jurídico respecto del vacío epistémico, en relación a la ausencia de controles de la reforma constitucional, es decir, la falta de regulación normativa al respecto, lo cual fue identificado como una problemática y que se evidenció principalmente con el capítulo tres al momento de realizar el contraste entre lo resuelto por la Corte, y lo que el mandato constitucional establece.

Sin embargo, el modelo de Estado Constitucional es complejo, y amerita para su estudio y análisis de otras disciplinas como la política o la sociología jurídica. Por ello, la demostración de la hipótesis queda hasta el momento en que en efecto, la combinación de un poder reformador ilimitado y una Corte que no asume su papel



como tribunal constitucional, propician un debilitamiento del Estado Constitucional de Derecho.

El resto de las alternativas que podrían dar solución a tal problemática exige la continuación de una investigación que, siguiendo esta línea, ahora problematice el reto que implica la implementación de las medidas señaladas en el capítulo cuarto, y que lleven a materializar la Constitución que queremos.

Con base en lo anterior, se concluye, que existe una colisión entre lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia y la norma constitucional, lo cual, conlleva a estimar que el espíritu del Estado Constitucional se encuentra vulnerado. Tal afectación se evidencia en la tensión generada por la jurisprudencia 293/2011, y la resolución de casos concretos que ameriten la interpretación de los derechos humanos y sus restricciones.



FUENTES DE INFORMACIÓN

Alexy, R. (2014). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alterio A. y Niembro, R. (coord.). (2013). *Constitucionalismo Popular en Latinoamérica*. México: Porrúa.

Alterio, A. (2016). El constitucionalismo popular y el populismo constitucional como categorías constitucionales. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4257/5.pdf>

Álvarez, R. (2012). El constitucionalismo popular y los problemas de la “última palabra”: apuntes para un contexto latinoamericano. *Revista jurídica de la Universidad de Palermo*, 71 – 121.

Aunsuátegui, F.J. (2010). En Mijangos, J. (coord.). *Estado Constitucional y derechos fundamentales*. México D.F.: Porrúa.

Borowski, M. (2003). *La estructura de los Derechos Fundamentales*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Caballero, J.L. (2014). *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*. (2ª Ed.). México D.F.: Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

Caballero, J. y Sánchez, G. (coord.). (2018). *Derechos constitucionales e internacionales*. México: Tirant lo Blanch.



Cabrales J.M. (2015). *El principio de interpretación conforme en la justicia constitucional. Teoría, práctica y propuesta en perspectiva comparada*. México D.F.: Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

Carbonell, M. (Coord.). (2015). *Estado Constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria, Tomo IV, Volumen 2*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Carbonell, M. (2013). *Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad*. México D.F.

Carbonell, M. (Coord.). (2012). *Argumentación jurídica. El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*. México D.F.: Porrúa.

Carbonell, M. (Coord.). (2008). *Teoría de la Constitución, ensayos escogidos*. México D.F.: Porrúa.

Carbonell, M. (2004). *Elementos de derecho constitucional*. México D.F. : Fontamara.

Cárdenas, J. (2015). *Poder constituyente, Constitución y cambio democrático*. México, D.F.: Ubijus.

Carpizo, E. (2015). *Del Estado Legal al Constitucional de Derecho*. México, D.F. : Porrúa.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 816-2004. Obtenido el día 10 de octubre de 2016 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-816-04.htm>



Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C 817-2004. Obtenido el día 10 de octubre de 2016 de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-817-04.htm>

Cossío, J., Mejía, R. y Rojas, L. (2015). *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos. Estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011*. México: Porrúa.

Chávez, H. (Coord.). (2012). *Los nuevos horizontes de derecho: una visión contemporánea*. Morelia: Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Doctorado Interinstitucional de Derecho.

Del Rosario, M. (2015). *El parámetro de control de la regularidad constitucional en México. Análisis sobre la evolución del concepto de supremacía constitucional en México*. México, D.F.: Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

Do Valle, A. (2017). *La deliberación en los tribunales constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel Derecho.

Ferrajoli, L. (2014). *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.

Fuentes, E. (2010). *Materialidad de la Constitución. La doctrina del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez y Universidad de Bogotá.



Friedman, B. (2009). *The will of the people. How public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. Nueva York. Ferrar, Satraus and Giroux.

Frosini, J. y Pegoraro, L. (2015). Constitutional Courts in Latin America. A testing ground for new parameters of classification? Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2661380

Gargarella, R. (comp.). (2014). *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI editores.

----- (2012). *La justicia frente al gobierno*. Quito: Corte Constitucional de Ecuador.

Góngora, M. *El bloque de constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad*. Obtenido el 20 de marzo de 2015: http://www.nmrz.de/wpcontent/uploads/2009/11/Bloque_Constitucionalidad_Argentina_impunidad.pdf

Godoy, G. (2016). *Constitucionalismo popular y crítica a la supremacía judicial: posibles lecciones para Brasil*. Obtenido el 25 de agosto de 2018 y consultable en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4257/8.pdf>

González, G. (2006). *Ouroboros. Reflexiones sobre el sentido de lo constitucional*. México: Miguel Ángel Porrúa, Universidad Anáhuac, Cámara de Senadores.

González, M. (2014). En Ferrer, E. y Uribe, E. (coords.) *Derecho procesal constitucional local. Nuevas expresiones a la luz del paradigma de los derechos humanos. Una guía práctica*. México D.F.: Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.



Guastini, R. (2010). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. (2ª Ed.). México: Mínima Trotta.

Guerrero, A. (2015). *¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la suprema corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad?* México, DF: Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Häberle, P. (207). *Tiempo y Constitución. Ámbito público y jurisdicción constitucional*. Lima: Palestra.

Kramer, L. (2004). *The people themselves*. Nueva York: Oxford.

Medellín, X. (2013). *Principio pro persona*. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Mora-Donato, C. (2002). *El valor de la Constitución normativa*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.

Niembro, R. (2013). Una mirada al constitucionalismo popular. *Isonomía*, 191 – 224.

Nino, C. (2013). *Una teoría de la justicia para la democracia. Hacer justicia, pensar la igualdad y defender libertades*. Buenos Aires: Siglo XXI editores.

----- (1997). *La Constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.

Nogueira, H. (noviembre, 2006). *Los límites del poder constituyente y el Control de constitucionalidad de las reformas constitucionales en Chile*. Obtenido el día 10 de octubre de 2016 de: <http://www.redalyc.org/pdf/820/82040119.pdf>



Nollkaemper, A. (2011). *National Courts and the international rule of law*. Uk.: Oxford.

Ortega, R. (2015). *El modelo constitucional de derechos humanos en México. Estudios sobre constitucionalización del derecho*. México D.F. : Tirant lo Blanch.

Otto, B. (2010). *¿Normas constitucionales inconstitucionales?* Perú: Palestra editores.

Pacheco, G. (2013). *La inmensidad del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México, D.F.: Porrúa.

Pampillo, J., Munive, M. (2012), *Derecho Constitucional de los Derechos Humanos: Consideraciones entorno a la reforma del artículo 1º Constitucional*. México: Porrúa, Escuela Libre de Derecho.

Pelayo, C. *Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos*. Disponible en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/las_reformas_en_derechos_humanos.pdf

Pinto, M. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>

Post, R. y Siegel, R. (2013). *Constitucionalismo democrático. Por una reconciliación entre Constitución y pueblo*. Buenos Aires: Siglo XXI editores.

Pulido, B. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.



Ruiperez, J. (2014). *Reforma versus Revolución. Consideraciones desde la teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites materiales a la revisión constitucional*. México D.F.: Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

Rodríguez, G., Arjona, J. y Fajardo, Z. (2013). *Bloque de constitucionalidad en México*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Saba, Ro. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo XXI editores.

Sagüés, N. (2016). *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*. Ciudad de México: Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

Salazar, P. (2013). *Política y derecho. Derechos y garantías. Cinco ensayos latinoamericanos*. México D.F.: Fontamara.

Salazar, P. (2006). *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México: Fondo de Cultura Económica.

Sánchez, R. (2006). *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*. México: Porrúa.

Semanario Judicial de la Federación: <http://200.38.163.178/sjsist/Paginas/tesis.aspx>

Silva, F. (2014). Derechos humanos y restricciones constitucionales: ¿reforma constitucional del futuro vs. Interpretación constitucional del pasado? (Comentario a la C.T. 293/2011 del Pleno de la SCJN). *Cuestiones Constitucionales* (30) 251-272.



Scalia, A. (2015). *Una cuestión de interpretación. Los tribunales federales y el derecho*. Lima: Palestra.

Steiner, C. y Ubire, P. (coorf.). (2014). *Convención Americana sobre derechos humanos*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación y Konrad Adenauer Stiftung.

Stone, A. y Matthews, J. (2013). *Proporcionalidad y constitucionalismo. Un enfoque comparativo global*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Tushnet, M. (2013). *Constitucionalismo y judicial review*. Lima: Palestra.

Vázquez, D. (2016). *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*. México: UNAM e Instituto de Investigaciones Jurídicas.

----- (2014). *Los derechos en acción. Obligaciones y principios de derechos humanos*. México: Flacso.

Vázquez, F. (2012). *La defensa del núcleo intangible de la Constitución. La necesidad de limitar al poder constituyente constituido*. México D.F.: Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional.

Villaseñor, C. (2011). *Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales, teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*. México: Porrúa, Escuela Libre de Derecho, Universidad Complutense.

Wong, v. (2015). RUIPÉREZ ALAMILLO, Javier, *Reforma versus Revolución. Consideraciones desde la teoría del Estado y de la Constitución sobre los límites*



materiales a la revisión constitucional. Obtenida el 03 de octubre de 2016 de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestionesconstitucionales/article/view/6080/8021>

Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia.* (10ª Ed.) Madrid: Trotta.