



LA NORMA CONSTITUCIONAL
MEXICANA, PARADIGMA DE
TRANSFORMACIÓN SOCIAL

Obra en homenaje a los cuarenta años
de vida académica del Doctor
MARIANO PALACIOS ALCOCER

PRESENTACIÓN

José Narro Robles

COORDINADORES

María Leoba Castañeda Rivas

Brenda A. Hernández Arana

Rodolfo Romero Flores

Luis F. Ríos Elizalde



LA NORMA CONSTITUCIONAL MEXICANA, PARADIGMA
DE TRANSFORMACIÓN SOCIAL

OBRA EN HOMENAJE A LOS CUARENTA AÑOS DE VIDA ACADÉMICA
DEL DOCTOR MARIANO PALACIOS ALCOCER

LA NORMA CONSTITUCIONAL MEXICANA,
PARADIGMA DE TRANSFORMACIÓN SOCIAL

*Obra en Homenaje a los Cuarenta Años de Vida
Académica del Doctor Mariano Palacios Alcocer*

Coordinadores

María Leoba Castañeda Rivas

Brenda A. Hernández Arana

Rodolfo Romero Flores

Luis F. Ríos Elizalde

Presentación de
José Narro Robles



FACULTAD DE DERECHO
U N A M

EDITADO POR

FACULTAD DE DERECHO

— UNAM —

Editor: Rosalío López Durán
Asesor Editorial: Alberto J. Montero
Asistente editorial: Claudio Vázquez Pacheco
Corrección: Verónica Cortés Méndez y Hector Pérez Guido
Maquetación: Gpe. Angélica Carrera Dorantes
Érika Espinosa Morúa
Guadalupe Juárez Quezada
Rosalío López Durán
Michelle Sánchez Cabello

Reservados todos los derechos. El contenido de esta obra está protegido por la Ley, que establece penas de prisión y/o multas, además de las correspondientes indemnizaciones por daños y perjuicios, para quienes reproduzcan, plagien, distribuyan, o comuniquen públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicación a través de cualquier medio, sin preceptiva autorización.

Primera edición: noviembre de 2014.

© Universidad Nacional Autónoma de México

Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510, México, DF

FACULTAD DE DERECHO

ISBN: 978-607-02-6038-4

Impreso y hecho en México.

Si quiere recibir información periódica sobre las novedades editoriales de la Facultad de Derecho, envíe un correo electrónico a: publicaciones@derecho.unam.mx

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Dr. José Narro Robles

RECTOR

Dr. Eduardo Bárzana García

SECRETARIO GENERAL

FACULTAD DE DERECHO

Dra. María Leoba Castañeda Rivas

DIRECTORA

Lic. Miguel Ángel Rafael Vázquez Robles

SECRETARIO GENERAL

**CONSEJO GENERAL EDITORIAL
DE LA FACULTAD DE DERECHO**

Dra. María Leoba Castañeda Rivas

Dr. Eduardo Luis Feher Trenschner

Lic. Leonardo Vargas Sepúlveda

Dr. Russell Cerón Grajales

Dr. Rosalío López Durán

Lic. Alberto J. Montero

ÍNDICE

<i>Presentación</i>	XI
JOSÉ NARRO ROBLES	
<i>Prólogo.</i>	XIII
MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS	
<i>Nota de los coordinadores</i>	XV
MARÍA LEOBA CASTAÑEDA RIVAS	
BRENDA A. HERNÁNDEZ ARANA	
RODOLFO ROMERO FLORES	
LUIS F. RÍOS ELIZALDE	
<i>Derechos humanos y el contexto laboral</i>	1
KARINA ALBORES DE LA RIVA	
<i>Constitución, derechos humanos</i>	29
CÉSAR CAMACHO	
<i>La concepción interpretativista de Ronald Dworkin.</i>	51
JAIME CÁRDENAS GRACIA	
<i>Alcance de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en México. Reflexiones en torno a la protección de la salud</i>	71
SANDRA LIZBETH CARRIZOSA GUZMÁN	
<i>¿Kelsen o los derechos en serio? (escritos sobre la internacionalización de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico mexicano)</i>	97
J. FRANCISCO CASTELLANOS MADRAZO	
<i>Federalismo judicial</i>	135
AMEYALI ESPINOSA	

<i>Declaratoria general de inconstitucionalidad</i>	157
BRENDA A. HERNÁNDEZ ARANA	
<i>El garantismo y la Constitución mexicana</i>	183
MARCO ANTONIO LEÓN HERNÁNDEZ	
<i>Interpretación constitucional y convencional. Una propuesta para medir el uso de la reforma en materia de derechos humanos en las sentencias</i>	207
SANTIAGO NIETO CASTILLO	
<i>El control constitucional en el estado de Chihuahua. . . .</i>	241
JOSÉ RODRÍGUEZ ANCHONDO	
<i>La reforma política de la Ciudad de México.</i>	271
ENRIQUE RABELL GARCÍA	
<i>Sobre la alimentación y la salud en la Constitución</i>	295
ANTONIO RUÍZ ALEGRÍA	
<i>Regulación económica.</i>	313
HÉCTOR SILVA MEZA	
<i>La normatividad de las comunidades indígenas a la luz del texto constitucional: lo pendiente y lo inmediato a trece años de la reforma</i>	331
OLIVIA VEIGA ORTEGA	
<i>La facultad constitucional reglamentaria de los ayuntamientos de los municipios en México</i>	353
JUAN VENANCIO DOMÍNGUEZ	

PRESENTACIÓN

Es para mí motivo de orgullo escribir estas líneas en un libro de homenaje dedicado a una personalidad de la vida nacional, el doctor Mariano Palacios Alcocer. Él fue un joven precoz, inquieto y sobresaliente. Un protagonista de los acontecimientos contemporáneos, un mexicano maduro y profesional, un trabajador dedicado, esforzado y triunfador. Se trata de un académico y también de un político; de un servidor público y de un jurista; de un legislador, gobernante, gestor y administrador.

En todas sus tareas se ha desempeñado de forma sobresaliente. Ha destacado como maestro, como líder, como amigo y jefe de familia. Ahora lo hace como representante de México en tareas diplomáticas. Se trata de un hombre inteligente, estudioso y capaz. De uno a quien quieren sus amigos y sus discípulos, pero también sus colaboradores y sus jefes. Se trata de un hombre bueno y de bien.

Al cumplirse cuatro décadas de vida académica productiva y brillante, Brenda A. Hernández Arana, Rodolfo Romero Flores y Luis F. Ríos Elizalde, conjuntamente con la doctora María Leoba Castañeda Rivas, directora de la Facultad de Derecho de nuestra UNAM, decidieron emprender la tarea de conjuntar a quince destacados estudiosos del Derecho, para editar el volumen que el lector tiene en sus manos. Por supuesto que la tarea que emprendieron la completaron de manera destacada.

Para todos ellos, una felicitación por la iniciativa y por el logro alcanzado.

No encuentro una mejor manera de celebrar un éxito académico, que con una obra de la misma naturaleza. En este caso, 18 universitarios hacemos nuestra aportación para rendir homenaje a un amigo, a un maestro, a un miembro de nuestra comunidad. Lo hacemos con una obra plural escrita por especialistas. Lo hacemos desde el sello editorial de la Facultad de Derecho. Lo hacemos con respeto y con afecto. Lo hacemos convencidos de que de esta forma le decimos a Mariano Palacios Alcocer: ¡Felicidades! ¡Gracias, muchas gracias por el ejemplo y las realizaciones!

José Narro Robles
Rector de la Universidad Nacional Autónoma de México

PRÓLOGO

Con la participación de un selecto grupo de especialistas y profesores de la Facultad de Derecho de la UNAM, se consolida un volumen de estudios en homenaje a don Mariano Palacios Alcocer; quien en el contexto universitario goza del reconocimiento como catedrático del posgrado de nuestra Facultad, y ha patentizado su conocimiento, su cultura y su gran experiencia en el servicio público. Información que ha compartido permanentemente con sus alumnos.

Se le tiene presente también como autor de obras especializadas, producción en la que se refleja no solamente su conocimiento teórico, sino muy especialmente su paso como servidor público, en calidad de operador de las temáticas abordadas.

En este volumen, el lector encontrará artículos de Karina Albores de la Riva, César Camacho Quiroz, Jaime Cárdenas Gracia, Sandra Lizbeth Carrizosa Guzmán, José Francisco Castellanos Madrazo, Ameyali Espinosa, Brenda A. Hernández Arana, Marco Antonio León Hernández, Santiago Nieto Castillo, José Rodríguez Anchondo, Enrique Rabell García, Antonio Ruiz Alegría, Héctor Silva Meza, Olivia Veiga Ortega, Juan Venancio; todos ellos, académicos, algunos profesores universitarios; pero invariablemente con experiencia y calidad como representantes populares o servidores públicos.

El ideal del jurista durante mucho tiempo fue poder acceder a tres esferas muy concretas de la actividad humana: como operador del Derecho frente a tribunales o instancias administrativas; como profesor universitario que socializa en el mundo de lo jurídico; y finalmente, como investigador, esto

es, como estudioso original llamado a desentrañar algunos de los temas acuciantes de la doctrina o de la práctica jurídica.

Mariano Palacios Alcocer, es uno de esos profesionales afortunados por haber cumplido el sueño de realizarse integralmente en los diversos campos del Derecho. Incluso ahora, cuando se desempeña como embajador de nuestro país en el Estado de la Ciudad del Vaticano, circunstancia que mucho honra a este Máxima Casa de Estudios.

Celebro esta iniciativa académica por constituirse en un homenaje para un jurista ejemplar, con una clara trayectoria académica y de servicio público.

Con esta obra, la Facultad de Derecho sigue cumpliendo su misión, no solamente de formar mejores profesionales y mejores seres humanos, sino también de divulgar el pensamiento y el conocimiento de los estudiosos que avanzan cada día en la solución de urgentes problemas, donde la disciplina jurídica tiene mucho que aportar.

¡Enhorabuena!

Dra. María Leoba Castañeda Rivas

Directora de la Facultad de Derecho - UNAM
PRIMERA DIRECTORA EN 459 AÑOS DE HISTORIA

NOTA DE LOS COORDINADORES

Es para nosotros un honor participar como coordinadores en el reconocimiento a un mexicano de brillante trayectoria, el doctor Mariano Palacios Alcocer, quien cumple 40 años de fructífera vida académica, que lo ha llevado a transitar por distintos espacios y foros universitarios nacionales e internacionales, donde ha dejado testimonio de su capacidad intelectual para promover el conocimiento y motivar la reflexión entre sus alumnos.

Para celebrar tal acontecimiento, la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), con la participación activa de su comunidad de estudiantes y egresados del Posgrado ha concebido la idea de rendirle merecido tributo, y qué mejor argumento para dejar constancia que esta publicación, a cargo de algunos de sus más destacados discípulos.

Además de estudiantes y egresados nuestros, participan académicos e investigadores de distintas universidades del país; magistrados e integrantes de la judicatura; quienes ofrecen sus aportaciones al discurso jurídico en el área del Derecho Constitucional.

Originario de la ciudad de Querétaro, el doctor Palacios Alcocer es reconocido por su capacidad discursiva y gran calidad humana. Hombre de ideas, desde muy joven alcanzó prestigio por su talento en el quehacer político, y por su compromiso

social. Se le respeta en las aulas, por su calidad intelectual y por su vigorosa vocación docente.

Cursó sus estudios de primaria, secundaria, preparatoria y de nivel superior, en la capital de su Estado. Obtuvo la licenciatura de Derecho en 1976, en la Universidad Autónoma de Querétaro (UAQ); la maestría en Derecho Público, en la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM), titulándose con mención honorífica con la tesis *Las relaciones de la Iglesia con el Estado*, en 1993; y el doctorado, en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), con la tesis *Federalismo y Sistema Nacional de Coordinación Fiscal*, en 1994, y mención honorífica también.

Su trayectoria política es ampliamente conocida: Diputado local en el Estado de Querétaro, LIV Legislatura (1973-1976); Presidente Municipal de Querétaro (1976-1979); Senador de la República (1982-1985) y Gobernador Constitucional (1985-1991); Diputado Federal; Secretario General de la CNOP; y Presidente del Comité Ejecutivo Nacional del Partido Revolucionario Institucional, en dos ocasiones. Dentro de la Administración Pública, ha sido Presidente del Consejo Consultivo de SEDESOL, Procurador Federal de Protección Ambiental (PROFEPA), Secretario del Trabajo y Previsión Social (STPS). En la esfera internacional, Embajador de México en Portugal y, actualmente, Embajador en el Estado de la Ciudad del Vaticano.

Con una importante obra publicada, es de destacarse su tenaz actividad en las aulas, donde ha impartido las materias de Filosofía del Derecho y de Derecho Constitucional en la Preparatoria de la UAQ, así como las de Derecho Constitucional y Garantías Constitucionales en la Facultad de Derecho de esa misma institución universitaria.

Ha sido director de la Facultad de Derecho, y Rector, de la UAQ. Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM, y de

Nota de los coordinadores

su División de Estudios de Posgrado; y profesor en distintas universidades del país.

Enhorabuena para nuestro apreciado Dr. Mariano Palacios Alcocer. Reciba esta obra como un homenaje a su trayectoria académica.

Coordinadores:

Dra. María Leoba Castañeda Rivas

Mtra. Brenda A. Hernández Arana

Mtro. Rodolfo Romero Flores

Mtro. Luis F. Ríos Elizalde

DERECHOS HUMANOS Y EL CONTEXTO LABORAL

Karina Albores de la Riva

SUMARIO: I. Las reformas en Derechos Humanos y laborales durante los últimos tres años; II. Historia de la lucha social y legislativa en doscientos años de nación; III. Reforma en Derechos Humanos y Laboral y sus consecuencias para la sociedad moderna mexicana; IV. En busca nuevas reformas laborales y la lucha legislativa por perfeccionar las leyes. V. Conclusiones.

I. LAS REFORMAS EN DERECHOS HUMANOS Y LABORALES DURANTE LOS ÚLTIMOS TRES AÑOS

En Los últimos tres años se han aprobado reformas muy importantes para la legislación mexicana; tanto para las leyes secundarias y reglamentarias, como reformas constitucionales de gran trascendencia.

En el año 2011, basados fundamentalmente en tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano, con un espíritu para establecer el mismo lenguaje con nuestra legislación y la de otros países, se modificaron algunos artículos de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos. Básicamente, en lo que es de nuestro interés y tema, en ese año se sustituyó el término de garantías individuales por el de Derechos Humanos en el texto de nuestra Carta Magna.

A partir de ese momento se empieza a generar el principio de lo que posteriormente sería de gran consecuencia para el

contexto laboral, en el siguiente año 2012, cuando el entonces presidente Felipe Calderón presentaría su iniciativa preferente a la Ley Federal del Trabajo .

Nos referimos a un hecho en particular que vinculó el contexto laboral con el principio universal de los Derechos Humanos. En esas mismas reformas del 2011, se modifica el Artículo 102 en su apartado B, cuando se amplían las atribuciones de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) para conocer de actos u omisiones en asuntos administrativos en el medio laboral.

De manera general y temáticamente, para hablar a fondo del tema que nos ocupa, tendremos que profundizar en dos grandes conceptos que a lo largo de la historia no ha sido nada fácil tratarlos.

Por un lado, tenemos la expresión de los Derechos Humanos que, con muchísimas resistencias, ha logrado entrar en el medio legal y normativo de la mayor parte de los países, prácticamente en las últimas seis décadas; y por otra parte, tenemos el tema laboral, dictado en México por una Ley Federal del Trabajo que en los últimos 40 años había tenido relativamente pocas modificaciones, la mayor parte de ellas, de forma; una ley que tuvo más de 500 iniciativas de reforma y que nunca fueron dictaminadas por el Congreso.

Antes de profundizar en el tema de los Derechos Humanos y el Contexto Laboral, derivado de las recientes reformas, haremos algunas reflexiones que tienen que ver más con la evolución del concepto jurídico de Derechos Humanos.

Para las últimas generaciones quizá es un tema de sentido común con el que se han familiarizado desde la educación básica, pero para los conocedores de historia es evidente que llegar a establecer un concepto y una definición sobre los Derechos Humanos, no ha sido una tarea fácil para la humanidad entera.

Para el caso particular de nuestro país, hemos aprendido a través de la historia, cuál ha sido el resultado cuando se han impulsado las grandes reformas de defensa de los Derechos

Humanos (en el contexto moderno) y las de protección a los trabajadores y al empleo, siendo el derecho al trabajo parte de la Declaración Universal de los Derechos.

Estamos hablando de dos vetas que se unen a partir del año 2012 pero que aunque lo suponemos, y será parte de las conclusiones del tema que nos ocupa en este ensayo, no conocemos los resultados favorables, tanto para los trabajadores como para los empleador y que sí, por el contrario ha empezado a generar controversias.

El aumento de facultades de la CNDH para recomendar sobre los asuntos laborales, abre una esperanza para los trabajadores; pero a más de un año de aprobadas las reformas, ya se han empezado a vislumbrar algunas carencias y la falta de operatividad. Sobre todo, cuando a partir de la legítima queja de grupos de trabajadores, viene la falta de respuesta, justificándose ésta con recovecos legales que nos hablan de la falta de claridad de competencia del poder judicial o de vacíos de la ley.

De igual manera, a falta de un plan claro que determine el rumbo económico de nuestro país, incitando fortalezas que ayuden al crecimiento y generación de empleos; tenemos la preocupación del entonces ejecutivo (Felipe Calderón) de impulsar una ley laboral pensada en estimular la productividad por sobre los logros históricos de los derechos de los trabajadores mexicanos. Impulso que fue ratificado evidentemente por el presidente Peña Nieto, incluso al tratar la reforma a la Ley Federal del Trabajo con carácter de preferente.

Pero lo más grave de todo es que estas acciones legislativas, lejos de cumplir y acercarse al principio emanado de nuestra Constitución de que todos los mexicanos tenemos derecho al trabajo, en los términos que reza en su Artículo 123, por el contrario, ha profundizado más el problema del desempleo y a elevado la carencia de los trabajadores alejándolos cada vez más de que tenga un nivel de vida digna.

A pesar de que las reformas fueron orientadas principalmente para elevar la productividad por encima de los derechos

de los trabajadores, ni siquiera en ese sentido han cumplido con su cometido. Es decir, insisto, estamos ante una reforma laboral que busca más el rendimiento y beneficio para los empleadores, sin tener menor posibilidad de lograr ese objetivo, a pesar de que esta “productividad” está más orientada en generar ganancias para la empresa, pero no para los trabajadores; mejores números para la compañía, más no para los empleados; plusvalía para los inversionistas, aumentando también la tasa de desempleo.

II. HISTORIA DE LA LUCHA SOCIAL Y LEGISLATIVA EN DOSCIENTOS AÑOS DE NACIÓN

A doscientos años de que somos propiamente una nación, hemos aprendido también que la idiosincrasia del poder siempre ha buscado leyes placenteras para los ciudadanos, pero con todas las acciones y oportunidades legales para su falta de aplicabilidad.

El tema laboral en el concepto de Derechos Humanos, ha provocado controversias en diferentes contextos y tiempos en la historia moderna, desde la terminación de la Segunda Guerra mundial y de manera particular, a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como una manifestación puntual y conceptual que emitió la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año de 1948.

Pareciera que en la historia de nuestro país, los poderes están divididos pero no sólo en el sentido de la autonomía republicana; sino una división que va más allá de la congruencia en la toma de decisiones.

Así, hemos tenido un poder legislativo que ha creado toda clase de leyes, con justificaciones claras de los contenidos, fundamentando bien sus antecedentes; leyes publicadas por el ejecutivo y, en muchas de las ocasiones, interpretadas por el judicial, de acuerdo a un contexto político y no a un marco jurídico apegado a la legalidad y la razón.

El tema de los Derechos Humanos es prácticamente un concepto de mediados del Siglo XX. Sin embargo, el primer parteaguas para ambos temas, lo marca la independencia de los Estados Unidos y es seguido por la Revolución Francesa

Es ocioso, como pretenden algunos pensadores, tratar de analizar o buscar antecedentes del concepto de Derechos Humanos (y evidentemente menos en materia laboral), antes de estos dos grandes acontecimientos en 1776 y en 1789, respectivamente. Algunos ubican incluso los temas religiosos como situaciones ejemplares del respeto humano. No existe cosa más graciosa, sobre todo si pensamos que los textos de las religiones más importantes, asumen condiciones indignas para los seres humanos, como es reconocer la condición o el hecho de ser esclavo o siervo.

Para el caso de los sistemas de producción anteriores a la segunda mitad del siglo XX, de las diferentes culturas que se han desarrollado en el mundo, como el comunismo primitivo, el esclavismo, el feudalismo, el capitalismo o el comunismo, no cabe el tema de los Derechos Humanos.

No podemos afirmar que en las antiguas culturas occidentales, como en la Egipcia o la Griega, por ejemplo, existiera un respeto humanitario equiparable a nuestro principio de los Derechos como lo conocemos hoy, ni siquiera en lo más mínimo.

Es pues hasta finales del siglo XVIII cuando los grandes pensadores empiezan a desarrollar el concepto que más de un siglo después terminaría en una Declaración Universal de los Derechos Humanos, en donde el derecho al trabajo va implícito.

A través de los siglos y a medida que se han desarrollado los distintos modos de producción, las relaciones humanitarias se han venido perfeccionando, y han superado esas consideraciones morales y religiosas, que no hacían más que justificar condiciones infrahumanas en detrimento de las clases sociales más necesitadas y muchas veces racistas. Pero es hasta en las últimas seis décadas, que se logra conceptualizar.

Si bien es cierto que en el desarrollo de las diferentes culturas hubo expresiones encaminadas a definir, e incluso hablar de Derechos Humanos, esto se enfocaba como un término más bien relacionado con algunas ideas orientadas a definir las garantías individuales y, en algunos casos, a expresiones de diferentes principios del derecho penal que hoy conocemos.

Para nuestro país ha sido un *vía crucis* jurídico, cultivado por las diferentes manifestaciones en busca de una política de que proteja los Derechos Humanos de los ciudadanos mexicanos, en congruencia con los tratados internacionales que ha firmado el Estado mexicano y, en particular, en congruencia con los 30 puntos suscritos por la Organización de las Naciones Unidas en 1948.

Nuestro país, si bien ha estado a la vanguardia de los países latinoamericanos vinculados a las libertades y garantías sociales e individuales, y a temas sujetos y dependientes a la tutela del Estado, no ha podido ser ajeno, antes y después de enmarcar los principios de los Derechos Humanos en nuestra legislación. Ha sido un proceso que, desde nuestro punto de vista, inició en México hace más de doscientos años.

A partir de los primeros brotes que impulsaron el movimiento independentista de México, entendemos —porque así nos lo ha mostrado la historia— que ante el levantamiento armado de un pueblo en contra del imperio, del avasallamiento y de la esclavitud, fue muy complicado.

La idea de libertad e independencia de España del cura Miguel Hidalgo, evidentemente no tenía que ver con los principios y claridad de José María Morelos. Mientras para el primero el llamado al pueblo a tomar las armas y luchar en contra de los españoles, estaba definido para hacer frente a aquellos que apoyaban la corona de José Bonaparte. Para el segundo, quien se hizo llamar Siervo de la Nación, la lucha armada con la que siguió a su maestro Hidalgo, se vio acompañada ya de principios libertarios e independencia contra otros países, en particular de España y, en consecuencia en la busca de la creación de una nación, tal y como lo plateó en *Los Sentimientos de la Nación*.

Estos principios de libertad, más allá de reiterar la no sujeción a ninguna nación, país, imperio o monarquía de los americanos, quizá lo más relevante desde el punto de vista de los Derechos Humanos y no políticos, fue proscripción de la esclavitud y la distinción de castas, el principio de igualdad humana más allá de las razas o etnias.

Otro principio importante que es también impulsado por Morelos y Pavón, es el del derecho al trabajo protegiendo y reservando el empleo a los americanos. Propone también la reducción y, en consecuencia, establecimiento de jornadas de trabajo. Situaciones que tienen que ver, directamente, con la protección de los derechos laborales, de alguna manera, y que fueron considerados en los siguientes proyectos constitucionales, incluso en nuestra Carta Magna en el contexto moderno.

En 1811, plena revolución de Independencia, la Suprema Junta Nacional Americana declaró que todo empleo con cargo a los fondos públicos, debía ser de rigurosa justicia y no por gracia.

En la Constitución de Apatzingán de 1814 se consideró temporariamente la existencia de los empleos a cuyos ocupantes debía elegirse.

Teniendo como punto de partida el Acta Constitutiva de la Federación, de 31 de enero de 1824, los sucesivos documentos constitucionales (Constitución de 1824, Leyes Constitucionales de 1836, Constitución de 1857), establecieron que corresponde al presidente de la república nombrar y remover a los empleados públicos con arreglo a la propia norma constitucional.

Con la Constitución de 1857, se reitera en las libertades individuales al plasmar nuevamente en su texto el tema de la abolición de la esclavitud, situación que por cierto no fue considerada en la Constitución de 1824. Aunque el primer Presidente de México, Guadalupe Victoria, hubiera declarado la abolición de la esclavitud en septiembre de 1825 y el Presidente Vicente Guerrero hubiera expedido un Decreto de Abolición de la Esclavitud, también en septiembre de 1829,

nunca procuraron al poder legislativo para que ese principio de libertad y calidad humana fuera considerado en su texto.

Cabe señalar que por ley del 21 de mayo de 1852, expedida por el presidente Mariano Arista, se dispuso que todos los empleados en las oficinas de la federación fuesen amovibles a voluntad del gobierno, el cual únicamente podía removerlos previa instrucción de un expediente, con audiencia del interesado, en junta de ministros, y por mayoría de votos de éstos.

La Ley Lares del 25 de mayo de 1853 contempló un procedimiento contencioso para dirimir las controversias suscitadas por la destitución de los empleados públicos; para tal efecto se creaba un tribunal de justicia retenida, integrado por el Consejo de Ministros, ante el cual contenderían el empleado removido y, salvaguardando los intereses de la administración, el procurador de justicia.

En el tema laboral, en la misma Ley Suprema del 1857, se consideraba la obligatoriedad de la justa retribución por el trabajo y se hace énfasis a que nadie puede ser forzado a trabajar sin su pleno consentimiento.

Las normas supremas anteriores a la de 1857, destacaban la facultad del presidente para conceder pensiones y jubilaciones a los servidores públicos.

Sin embargo, sí es de considerarse que el constituyente de 1857 acuñó un término importante que hacía referencia a los Derechos del Hombre. Así agrega el texto del Título I, Sección I, denominado “De los derechos del hombre” en su Artículo 1., “El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara: que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución.”

En la parte laboral estableció en su Artículo 4 que “Todo hombre es libre para abrazar la profesión, industria o trabajo que le acomode, siendo útil y honesto, y para aprovecharse de sus productos. Ni uno ni otro se le podrá impedir sino por sentencia judicial cuando ataque los derechos de tercero, o por

resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando ofenda los de la sociedad.”

En el siguiente Artículo 5, establece también que “Nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales, sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento. La ley no puede autorizar ningún contrato que tenga por objeto la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad del hombre, ya sea por causa de trabajo, de educación o de voto religioso. Tampoco puede autorizar convenios en que el hombre pacte su proscripción o destierro.”

Por otra parte, en cuanto la preferencia laboral del trabajo preponderante para los mexicanos, establecía en su Artículo 32. que “los mexicanos serán preferidos a los extranjeros, en igualdad de circunstancias, para todos los empleos, cargos o comisiones de nombramiento de las autoridades, en que no sea indispensable la calidad de ciudadanos. Se expedirán leyes para mejorar la condición de los mexicanos laboriosos, premiando a los que se distinguen en cualquier ciencia o arte, estimulando al trabajo y fundando colegios y escuelas prácticas de artes y oficios.”

Las buenas intenciones, aunque consideradas como banderas para establecer luchas constantes entre militares ansiosos de poder, que invariablemente tuvieron consecuencias desgarradoras para la economía y política de nuestro país, nunca se tradujeron en hechos. Siempre se moldearon y se plasmaron en papel en reiteradas ocasiones, pero nunca se respetaron en la práctica, a pesar de que la Constitución del 57 fue un documento jurídicamente con elementos bien sustentados y ejemplares para la época.

Tenemos entonces un siglo XIX, totalmente convulsionado, sin un marco jurídico estable. Por un lado vendrían después las Leyes de Reforma dictadas por los liberales; por otro lado las Leyes de los conservadores y del pretendiente a emperador, Maximiliano (de quien por cierto, mucho se habla de su vanguardismo liberal europeo). Si bien es cierto que daban visiones distintas de las cosas y de los principios legales, coincidían unos y otros en la necesidad de buscar su cumplimiento, y de

la consecución impostergable de un estado de derecho que diera paz y estabilidad a la joven nación mexicana.

Aunque los liberales insistían en crear una Nación Republicana, basada en la división de poderes, y por otro lado, los conservadores manifestaban su apoyo en el principio de crear de México un imperio basado en la monarquía moderada hereditaria; en ambos casos, los temas de los entonces llamados derechos del hombre eran sistematizados y propuestos por escrito para aprobarse y ejecutarse, aunque los temas económicos los encausaban para lastimar mutuamente los intereses financieros de cada lado.

Maximiliano presentó en una serie de sendos documentos con párrafos y referencias al concepto de ciudadanía, relacionado específicamente con las Garantías Individuales. Fue reiterativo cuando promulga en el año de 1865 el Estatuto para preparar la organización definitiva del imperio, al puntualizar la obligación del gobierno del emperador para garantizar a todos los habitantes del llamado Imperio la igualdad ante la ley, la seguridad personal, la propiedad, el ejercicio de su culto y la libertad de publicar sus opiniones.

El Archiduque de Habsburgo, ineludible en crear las Leyes reglamentarias en este tema, decretó y publicó en el Diario del Imperio, en ese mismo año, las “Garantías Individuales de los habitantes del Imperio”, enarbolando los principios basados en la sociedad europea de libertad, seguridad, propiedad e igualdad.

En materia laboral, es importante mencionar que en noviembre de 1865, Fernando Maximiliano publicó el Decreto Sobre la *Libertad del Trabajo en la Clase de Jornaleros*, donde manifiesta con mucha puntualidad la libertad de los trabajadores del campo para elegir y cambiar de trabajo a su elección, estableciendo también, el pago de salarios. Menciona además, los días de descanso obligatorios, entre otras cosas, pero también se reserva el derecho de los hacendados o dueños de fincas de poder despedir a los trabajadores en el momento que ellos lo crean conveniente, es decir, de manera unilateral.

En el fondo, los decretos de Maximiliano estaban más orientados a ratificarlo como un liberal avanzado, ante la revolucionaria sociedad europea, lo que provocó un gran descontento en el grupo de conservadores que lo habían buscado en su castillo de Miramar. Esta visión liberal en temas como las garantías individuales, la libertad y el empleo, no era lo esperado por los conservadores; por lo tanto, estos que rodeaban al aspirante a emperador, buscaban la forma de la no aplicación. Incluso muchas veces se llegó a manifestar y reconocer el patriotismo del Presidente itinerante y opositor, Benito Juárez.

Si bien es cierto que después de la muerte del Presidente Juárez, viene un período de aparente estabilidad y de notable desarrollo de la infraestructura y de la economía del país; el tema laboral y el respeto a las garantías individuales y colectivas, no fue algo por lo que se haya caracterizado el gobierno de finales del siglo XIX y los albores del XX.

Aunque el presidente Porfirio Díaz Mori, era un juarista declarado, su actuar contradictorio evidentemente no se apega a los principios de las Leyes de Reforma. Desde 1876 hasta 1911, mientras gobernó directa e indirectamente, con dos interrupciones solamente, una de unos cuantos días antes de asumir el cargo constitucional, y otra de cuatro años, de 1880 a 1884 cuando gobernó a través del general Manuel González; el tema de las garantías individuales y colectivas así como el respeto al trabajo libre y no forzado, no fueron temas que le caracterizaran positivamente.

Por el contrario, mientras el país veía crecer sus vías férreas como no ha habido en la historia de nuestro país, pagar totalmente la deuda externa a Estados Unidos, el fomento de las inversiones de capitales extranjeros franceses e ingleses, el desarrollo de la minería, la construcción de grandes obras hidráulicas y edificios públicos; por otra parte, las condiciones laborales de los trabajadores del campo principalmente, de los empleados de las ciudades y de la naciente clase obrera, eran violentadas de manera permanente.

La conocida frase acuñada por Porfirio Díaz de “mátalos en caliente”, no sólo la llevó a la práctica hacia sus enemigos políticos impulsores de diferentes y fallidas insurrecciones; sino parecería que estaba también dedicada a las manifestaciones sociales y de trabajadores que fueron reiterativas en sus más de 30 años de gobierno. Desde luego que tampoco se podía hablar del respeto de un marco jurídico emanado del liberalismo y de la Constitución de 1857 o de las Leyes de Reforma que pudiera ser respetado en el tema que nos ocupa.

Esta situación derivó en una serie de levantamientos de trabajadores que prevalecieron durante todo el Porfiriato a pesar de las constantes represiones.

Así, hubo diferentes movilizaciones campesinas, donde predominaba el enojo por el despojo de tierras a grupos de campesinos, como sucedió con los indígenas Yaquis. Las represiones iban acompañadas incluso con la deportación de indígenas Yaquis a las plantaciones de henequén en Yucatán. Fueron represiones que causaron rubor e indignación tanto en el contexto nacional como internacional. A tal grado se desarrolló la inconformidad campesina, que Díaz fomentó la guardia rural como un medio para sofocar básicamente este tipo de levantamientos, aunque la justificaba como un mecanismo de seguridad para evitar los salteadores de caminos.

En el sureste del país, los Mayas, quienes desde 1847 se habían manifestado en contra de la servidumbre en la que se les mantenía desde el Virreinato, fueron finalmente combatidos, reprimidos, encarcelados y fusilados en lo que el mismo Díaz llamó el fin de la Guerra de Castas en el año de 1904.

Ya en Oaxaca los hermanos Flores Magón apoyaban la insurrección tipo Obrero-Anarco Sindicalista. Estos críticos del Porfiriato, dirigieron el *El Hijo del Ahuizote*, periódico-revista, que satirizaba al régimen de Díaz, lo que provocó su censura. Igual suerte corrieron otras publicaciones que promovían entre la muy maltratada clase obrera, ideales socialistas, la lucha de libertades y prestaciones sociales justas; lo que les costó el

exilio a sus editorialistas, en muchas ocasiones, para no perder la vida.

De las varias agresiones a campesinos, trabajadores e indígenas que se destacaron en el gobierno de Díaz, algunas de las que más llamaron la atención de la opinión pública fueron la represión de los mineros de Cananea y los obreros textiles de Río Blanco ambos movimientos impulsados por los Hermanos Flores Magón.

La incipiente clase obrera mexicana, veía el desarrollo de la clase trabajadora de Estados Unidos y sus logros laborales, junto con su capacidad de manifestación y organización, con inspiración para reproducir esas condiciones laborales en nuestro país.

Los trabajadores mineros de Cananea, Sonora, emplazan a huelga a efecto de exigir el mejoramiento de sus condiciones laborales. Situación por la que fueron reprimidos el primero de junio de 1906.

A esta flagrante violación de la, hasta entonces, legítima aspiración de los trabajadores a ejercer su derecho de manifestación y organización, viene, un año más tarde, otro acontecimiento de similar impacto para la opinión pública del país.

A finales del mismo año, en 1906, trabajadores textiles de regiones de Tlaxcala, Puebla y Veracruz, se organizan para emplazar a huelga con el fin de lograr mejores condiciones laborales. Los industriales patronales piden la intervención del Presidente Díaz y éste, dándoles la razón, exige que se reanuden las labores, desde luego que sin satisfacer sus demandas laborales.

Por su parte los trabajadores de la fábrica textil de Río Blanco, Veracruz, entrando el año de 1907 se amotinaron para no acatar la resolución de la disposición oficial de volver a sus labores, por lo que fueron reprimidos por el ejército.

Este hecho fue de tal indignación, que muchos historiadores coinciden que esta acción en contra de los derechos laborales de los trabajadores, fue la mecha que prendería lo que sería el inicio, unos años más tarde, de la Revolución Mexicana.

Viene el estallido social después de 1910 y volvemos a encontrar a ese México desencadenado y sin orden, pero lleno, otra vez, de las buenas intenciones de encontrar un marco jurídico aplicable y con la intención de sus caudillos revolucionarios, por lo menos de dientes para fuera, de respetarlo. Así se promulga la constitución de 1917, que es la que rige hasta nuestros días.

Paralelamente al movimiento revolucionario, se empieza a consolidar el movimiento obrero mexicano como un gremio organizado. Insistiendo en la protección de los derechos laborales de los trabajadores, se organizan a través de agrupaciones, uniones, confederaciones y sindicatos. En 1912 se funda la Casa del Obrero Mundial con la dirección de dirigentes exiliados españoles y líderes mexicanos.

El 1o de mayo de 1913, el primero de mayo, en la Ciudad de México, se celebra por primera vez el Día del Trabajo, con una multitudinaria manifestación de obreros en la que recordaron no solamente a los Héroes de Chicago caídos en 1886, sino también se manifestaron por exigir la implantación de la jornada de trabajo de 8 horas, establecer el día descanso dominical y la indemnización por accidentes de trabajo.

Entre 1913 y 1917 proliferó la creación de sindicatos y organizaciones de trabajadores en el centro, norte y oriente del país, en prácticamente todas las actividades fabriles e industriales.

Al asumir la presidencia de la República Venustiano Carranza, el primero de mayo de 1917, reconoce oficialmente los sindicatos constituidos hasta esa fecha. Asimismo, estableció la jornada de 8 horas y las garantías laborales para entonces ya señaladas en nuestra constitución.

Para el constituyente revolucionario fue imperioso y necesario establecer como base de la nueva Carta Magna, las Garantías Individuales. El proyecto de Constitución, presentado por el General Venustiano Carranza, así lo rubrica. Y el contenido del Art. 1o. del Título Primero, denominado simplemente “De las Garantías Individuales” establecía que “En

la República Mexicana, todo individuo gozará de las garantías que otorga la Constitución, las que no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.”

Como vemos, este texto original ha sido modificado, primero con la adhesión del entonces Art. 2do como párrafo al Art. 1ro. y varios párrafos más. Así iniciamos un México post revolucionario, donde las Garantías Individuales son consideradas en primer término y como un principio fundamental.

A partir de 1917, los obreros mexicanos a través de sus organizaciones, emprenden una lucha permanente por resguardar y defender todos los avances logrados y ahora plasmados en la Constitución de 1917, para así evitar el retroceso a las condiciones laborales en que los habían mantenido hasta esa fecha.

En el intervalo de 1917-1929 se promulgan una multiplicidad de normas laborales heterogéneas, expedidas por las legislaturas locales (Puebla, Hidalgo, Aguascalientes, etc.), algunas equiparando servicio público y relaciones laborales privadas. Estas leyes fueron creadas conforme al primer párrafo del artículo susodicho que originalmente estatuyó: “El Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados deberán expedir leyes sobre el trabajo, fundadas en las necesidades de cada región, sin contravenir las bases siguientes, las cuales regirán el trabajo de los obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos y, de manera general, a todo contrato de trabajo”. Obsérvese que el párrafo no margina a los trabajadores del Estado; por el contrario, podrían ser considerados en el vocablo “empleados”.

Sin embargo, ese incipiente marco jurídico fue motivo de algunas controversias derivadas, principalmente, de que no todas las autoridades y gobiernos de los estados, compartían las apasionadas y convincentes ideas de Carranza. Así, las contradicciones obrero patronales se resuelven de acuerdo a la capacidad de cada Estado o del propio Presidente para resolver los conflictos.

Los patrones y empleadores en franca rebeldía, durante este periodo carrancista, inclusive llegan a boicotear las resoluciones de las Juntas de Conciliación y Arbitraje en los conflictos entre el capital y el trabajo. Los primeros, se quejan de la falta de competencia de las juntas, argumentando que carecen de personalidad para obligarlos a someterse a su jurisdicción. Que sus resoluciones no pueden ser atendibles e incluso se niegan a asistir a las citas de las juntas. Derivado de estas quejas, se crea jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia que trae como consecuencia que la legislación obrera se detenga.

Es hasta el gobierno del General Álvaro Obregón, cuando se empiezan a cumplir y dar certeza a los postulados de la Constitución Política, en cuanto al programa obrero y campesino. En este cuatrienio es cuando el derecho obrero, la legislación obrera, el reparto de tierras, se desarrollan rápidamente. Incluso, merece el reconocimiento del sindicalista Vicente Lombardo Toledano, quien aplaude la intervención del gobierno obregonista al referirse a su ejercicio de Estado; empieza realmente a establecerse una “jurisprudencia administrativa del derecho obrero e industrial.”

Sin duda el siglo XX en su primeras décadas se destacó por esta lucha obrera en donde se solidificaron las principales centrales obreras, federaciones y confederaciones. Se establecieron las normas jurídicas encaminadas en garantizar condiciones adecuadas de trabajo, prestaciones, compensaciones y salarios que permitieran a los obreros y trabajadores mexicanos tener mejores condiciones de vida.

La presión política y las condiciones miserables de los empleados públicos obligaron al Estado a constituir, el 12 de agosto de 1925, la Dirección General de Pensiones Civiles y de Retiro, que tuvo alcances muy limitados, pues otorgaba los beneficios sólo a determinados trabajadores.

En 1929, Portes Gil, en un proyecto de Código Federal de Trabajo, en su correspondiente Artículo 3º disponía que “se sujetarán a las disposiciones del artículo 123 constitucional todos los trabajadores y patrones, incluyendo al Estado cuando

tenga el carácter de patrón”. Sin embargo, como no tuvo aceptación tal proyecto, hubo cambios de criterio en la sucesiva legislación. Conviene recordar que el imperativo de unificar la legislación laboral, para estar en mejores condiciones de cumplir con las garantías sociales de la clase trabajadora, provocó la necesidad de que previamente se estableciera la pertinente base constitucional. Así fue como el 29 de agosto de 1929 se aprobó la iniciativa de reformas enviada por el presidente Portes Gil al Congreso de la Unión, y en las cuales se concedían facultades exclusivas a dicho Congreso para legislar en materia de trabajo, con lo que se dio un avance trascendental para expedir más tarde la Ley federal reglamentaria del artículo 123 de la Constitución.

El día 14 de julio de 1931, y adelantándose a la postura que habría de adoptarse un mes más tarde en la Ley Federal del Trabajo, se publicó el reglamento que fijó el Estatuto del Personal de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, suscrito por el presidente Pascual Ortiz Rubio, que tenía las características de una ley, y en él se reconoce por el Ejecutivo, la limitación de su potestad para expedir nombramientos y ceses, estableciendo el principio de inamovilidad o estabilidad en el empleo, el ascenso por capacidad y la no remoción sino por causa justa, que juzgaría el propio titular del ramo.

Al promulgarse el 18 de agosto de 1931 la Ley Federal del Trabajo, destacó en su artículo 2º que “las relaciones entre el Estado y sus servidores se regirán por las leyes del servicio civil que se expidan”. Ya desde un año antes, el licenciado Lombardo Toledano había dicho que “no debía haber ley del servicio civil a la vez que código federal del trabajo y propugnó por que se consagrara definitivamente el derecho del trabajador técnico al servicio del Estado”.

En tal dirección, el 12 de abril de 1934 apareció publicado en el Diario Oficial un acuerdo sobre organización y funcionamiento del servicio civil que tendría vigencia únicamente hasta el 30 de noviembre de 1934.

Este acuerdo se expedía con el fin de cumplir el citado artículo 2º y ratificaba la disposición del presidente Abelardo L. Rodríguez, que ordenaba la no remoción de empleados del Estado; además de su capitulado resaltaba la organización e ingreso al servicio civil, vacaciones, licencias, permisos, sanciones, etc. Cuestiones que desde 1932 había estipulado.

Con excepción de los acuerdos mencionados, de naturaleza administrativa, los sucesivos ordenamientos se inclinaron hacia el derecho laboral, para luego dar paso con el tiempo a una nueva y frondosa rama jurídica.

Trascurridos varios años de lucha de los empleados por lograr mejores condiciones de vida, finalmente reivindicaron su derecho ante el candidato Lázaro Cárdenas, quien prometió la expedición de normas protectoras. Así fue como del 23 de noviembre al 21 de diciembre de 1937 se analizó en la Cámara de Senadores la iniciativa de estatuto jurídico de los trabajadores al servicio del Ejecutivo Federal y, posteriormente, se discutió a partir del 24 de diciembre de 1937 en la Cámara de Diputados. Se suscitaron encendidas polémicas tanto al interior del Congreso como en las diversas corrientes de opinión pública. Este proceso culmina con la publicación del ordenamiento legal el 5 de diciembre de 1938, con la siguiente denominación: Estatuto de los Trabajadores al Servicio de los Poderes de la Unión. Meses después, el 1 de abril de 1939, se crea el Tribunal de Arbitraje, con gran oposición de los trabajadores.

Tuvo efímera vida el Estatuto de 1938, ya que el 4 de abril de 1941 surgía un nuevo Estatuto de los Trabajadores al Servicio de los Poderes de la Unión, cuyos lineamientos más importantes eran:

- a) Desaparición de las juntas arbitrales en cada dependencia y creación del Tribunal de Conciliación y Arbitraje con jurisdicción y competencia para todas las unidades burocráticas.

- b) La especificación de las bases para los escalafones.
- c) Prohibición a los sindicatos de burócratas de adherirse a otras organizaciones, centrales obreras y campesinas.

Los estatutos precedentes fueron marco de referencia para adicionar el artículo 123 de nuestra Carta Magna con la publicación el 5 de diciembre de 1960 del discutido “apartado B”, que, a manera de piedra miliar, sirve de base para normar las relaciones entre los poderes de la Unión, el gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores.

El proceso de integración del régimen jurídico de los trabajadores al servicio del Estado tiene su *desiderátum* cuando el 5 de diciembre de 1963 se envía la iniciativa de la ley reglamentaria del apartado B del artículo 123 constitucional a la Cámara de Senadores, y en cuya exposición de motivos se manifestó:

Elevados a preceptos constitucionales los principios tutelares del trabajo de los servidores públicos por la adición del apartado B al artículo 123, procede complementar este importante avance mediante la expedición de la ley que la reglamente. La Revolución Mexicana, a través de las normas jurídicas y de los gobiernos que han venido realizando sus postulados, ha reconocido y protegido los derechos de los trabajadores al servicio de los poderes de la Unión; ha cumplido ampliamente con su función armonizadora y de justicia social; pero al adecuarlo a las nuevas disposiciones constitucionales es oportuno incorporar las mejoras que dicta la experiencia de los veinticinco años en que ha beneficiado a los íntimos colaboradores de la función pública que son los trabajadores al servicio de la Nación.

Desde entonces, el movimiento obrero, además de pugnar permanentemente por la defensa de los derechos laborales de los trabajadores, se transforma en una importante columna para sostener los movimientos político electorales a través de las grandes centrales obreras y sindicatos que subsisten hasta nuestros días.

Se privilegió al trabajador y se demostró que la consecuencia de mejorar las condiciones laborales se traducía en mejor productividad con beneficios tanto para empleados como para empleadores.

Evidentemente, si nos apegamos a lo que reza el Artículo 123 constitucional que textualmente dice que “Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la ley,” estamos ya ante una clara violación de los Derechos Humanos al no garantizar el derecho al trabajo para todos los mexicanos.

Somos un país con una tasa de desempleo que constantemente sigue en aumento, pues anualmente, más de un millón de jóvenes se incorporan a la edad de trabajar y se estima que de este número 800 mil se encuentran en busca de trabajo. Por otra parte la capacidad de generación de empleos no es superior a las 600 mil plazas.

III. REFORMA EN DERECHOS HUMANOS Y LABORAL Y SUS CONSECUENCIAS PARA LA SOCIEDAD MODERNA MEXICANA

La Reforma Laboral, constitucional, y la reglamentaria, planteada por el expresidente Calderón, en el fondo coexiste con una serie de inconsistencias ligadas, más a la parte Política que a las causas laborales.

No podríamos entender reformas laborales alejadas de los Derechos Humanos, cuando uno de los principios de éstos es precisamente la necesidad de garantizar empleo para todos. La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en su artículo 23 que “toda persona tiene derecho al trabajo” y refrenda también la libertad para elegir en qué quieres trabajar y en condiciones equitativas; pero, lo más importante, el derecho a la “protección contra el desempleo.”

Indiscutiblemente las resistencias para que jurídicamente se apliquen todas las adecuaciones constitucionales, y de sus leyes reglamentarias, en materia de Derechos Humanos, no ha sido fácil. Quizá lo más relevante, en este sentido es la reforma al Artículo 102 de nuestra Carta Magna.

Con estas reformas constitucionales en donde abren al facultades de la Comisión Nacional de Derechos Humanos para que conozca, opine, haga observaciones y tenga competencia de los temas laborales; el reto que tiene la Comisión es mayúsculo por dos razones.

En primer lugar, porque considero que nuestra legislación en materia laboral, tanto a nivel de nuestra carta Magna, como a sus normas reglamentarias y Ley secundaria, antes de la reforma del 2012, eran de lo más adelantado del mundo; ello derivado de un constituyente revolucionario donde se priorizaban los principios sociales y las necesidades de los trabajadores.

El problema no era normativo sino su aplicación. En los hechos, los derechos de los trabajadores eran permanentemente vulnerados y violados. Cuántos casos no conocemos de despidos injustificados o de no aceptación de empleos para mujeres embarazadas; cuántas veces no hemos conocido de fracciones salariales y pago por horas a trabajadores devengando salarios inferiores al mínimo

En los hechos, en ambos casos (antes y después de las reformas) la lesión de los Derechos Humanos y laborales, día a día son vulnerados por la incapacidad rectora del Estado Mexicano para establecer e impulsar permanentemente los mecanismos necesarios que generen empleo.

Según las cifras del propio Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática, desde el año 2008 hasta la fecha, México se ha visto en la incapacidad de poder revertir el desempleo.

Con más de dos millones 500 mil desempleados, a la fecha, todos los días vivimos el deslizante pero creciente aumento de esta cifra, cuando miles de jóvenes se agregan al ejército del desempleo en el mo-

mento en que están en edad productiva y abandonan sus estudios por diversas razones o por haberlos concluido.

Aparte de esto, vemos también a las mujeres y hombres en edad madura que pierden las posibilidades de una fuente de trabajo porque, desde el punto de vista patronal, representan ya una carga mantenerlos en el empleo pues amenazan una pensión o se argumenta baja productividad, por lo que es más viable para el patrón no contratarlos.

Es decir, a unos meses que se aprobaron las reformas laborales, es claro que el problema de la violación de los Derechos Humanos en materia laboral, no es un problema de entorno jurídico, sino de acción en los hechos.

En segundo lugar, la nueva legislación, desde su impulso y propuesta, y luego su aprobación, pese a la resistencia de los legisladores de izquierda, estuvo más orientada a incrementar la productividad que a buscar elevar mejores condiciones económicas y laborales para los trabajadores mexicanos.

Lo absurdo, por ejemplo, de empecinarse al querer establecer un salario basado a partir de horas de trabajo, al estilo de otros países como Estados Unidos, con otras condiciones económicas totalmente diferentes a la nuestra, habla, por una parte, de la forma de cómo se pretendía reducir los ya de por sí micro salarios mínimos y, por otra parte de cuál era el espíritu fundamental de la reforma, orientada más bien a favor de los empleadores.

IV. En busca de nuevas reformas laborales y la lucha legislativa por perfeccionar las leyes

En conjunto, como la violación cotidiana a los derechos laborales ha sido “el pan nuestro de cada día” y pasa, tanto en el ámbito de la iniciativa privada, como en el gubernamental, en el campo como en la zona metropolitana y las ciudades. Tanto el marco jurídico anterior y vigente como el aprobado con las nuevas reformas en materia laboral, deberán someterse a la realidad de nuestro país que es su aplicación y el respeto a la Ley.

Sin duda alguna, el contexto actual cuenta con una ventaja: Las reformas que en materia de Derechos Humanos se aprobaron en la Constitución. Con la inclusión del término Derechos Humanos en nuestra carta magna y la modificación al párrafo constitucional del Artículo 102, donde se quita la palabra “laborales” a los asuntos de no competencia del organismo de Derechos Humanos.

Recordemos que en 1992, en la reforma constitucional mediante la cual se crea la CNDH, se establece claramente en el texto, que el organismo no será competente en “asuntos electorales, **laborales** y jurisdiccionales.”

Si bien es cierto que la competencia de la CNDH no comprende la facultad para conocer de los conflictos entre empleadores, entre uno o varios trabajadores, así como también los conflictos derivados entre uno o más sindicatos, ni tampoco entre sindicatos con trabajadores, incluso cuando el patrón sea el representado por un ente federal, estatal o municipal; sí abre la capacidad de esta comisión para observar el respeto a los derechos laborales por los servidores públicos, fundamentalmente contra los actos u omisiones relacionados a procesos con las autoridades de competencia laboral.

El recibimiento político a la CNDH por parte de los sindicatos y de un nutrido grupo de abogados laboristas, no se hizo esperar en el momento que se aprobaron, publicaron y entraron en vigor las reformas constitucionales al Artículo 102.

Después de que la Comisión permanente del Congreso de la Unión pronunció la declaratoria de asentimiento con el proyecto de aprobación de los once artículos de la Constitución Política, en los que se cambiaba el término de “garantías individuales” por el de “Derechos Humanos”, con la facultad para la CNDH de intervenir en los casos de violación de los mismos; con la culminación de la reforma, al publicarse las reformas en junio del 2011, siguieron una serie de posicionamientos para hacer congruente nuestra carta magna, con acuerdos internacionales suscritos por el gobierno mexicano y con otros artículos de la constitución y sus leyes secundarias y

reglamentarias. Quizá lo más relevante o, por lo menos, lo que más confianza brindó a los sindicatos democráticos y a grupos y asociaciones de trabajadores organizados, fueron las modificaciones al Artículo 102, más que el cambio de conceptos.

V. CONCLUSIONES

Si como asumimos desde el principio de este ensayo, estas reformas trascendentales en Derechos Humanos, obedecen en gran medida a establecer un lenguaje común con otros ordenamientos internacionales que ha suscrito el Estado mexicano; independientemente que un año después se haya hecho una amplia reforma laboral, el concepto de Derechos Humanos, lleva implícito el derecho al trabajo.

Con o sin reforma laboral, y desde la reforma al Artículo 102 en su apartado B, tercer párrafo, en el año de 1992, nunca se debió haber limitado las facultades de la entonces naciente Comisión Nacional de los Derechos Humanos, de conocer o negarle competencia en temas laborales. El hecho es muy claro y es un silogismo que se establece a partir del derecho internacional.

En el caso del derecho burocrático, desde la expedición de los estatutos de 1938 y 1941, se contempló la creación de tribunales de arbitraje. Posteriormente, con la ley reglamentaria del apartado B, promulgada el 27 de diciembre de 1963 se crea el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje. El 12 de enero de 1984 fue publicado el decreto de 26 de diciembre de 1983, relativo a las reformas y adiciones del título séptimo de la Ley Federal de los Trabajadores del Estado, que trasforman al máximo órgano jurisdiccional de la burocracia, sin embargo, tampoco existió, particularmente en este gremio, un organismo que tutelara los Derechos Humanos de estos trabajadores.

A saber, México es miembro y uno de 51 países fundadores de la Organización de las Naciones Unidas, desde el año de 1945; suscribió la Declaración Universal de los Derechos

Humanos en el año de 1948, misma que establece en su Artículo 23 que toda persona tiene derecho al trabajo y libertad a elegirlo en condiciones equitativas y se le debe proteger contra el desempleo, sin discriminación al salario por igual trabajo, con remuneración adecuada y protección social y a la libertad de organización sindical para su defensa.

En tales circunstancias, indiscutiblemente que con el consenso de los poderes de la Unión, apegándose a estos principios del derecho internacional, se establecen las reformas constitucionales en materia de Derechos Humanos en el año 2011. Incluyendo el tema de los derechos laborales que va implícito en la carta universal.

Así, el derecho internacional dicta las obligaciones que deben cumplir los países en materia de Derechos Humanos. Al suscribir estos tratados, México se adjudica los deberes y obligaciones apegado al derecho internacional, y está comprometido a respetar y proteger en resultado y como parte los derechos laborales de los trabajadores mexicanos.

Esta obligación esto significa que los tres poderes, deben renunciar a confinar los Derechos Humanos y laborales u obstaculizar en su respeto. Reclama, además, la protección de los individuos o grupos de personas, de la violación de sus Derechos Humanos o laborales. Pero además, obliga al estado mexicano a crear todo el contexto jurídico adecuado para ser congruente con estos principios nacionales, de manera positiva, para la ejecución de los Derechos Humanos y de defensa al trabajador.

Se traduce en que los poderes tienen que establecer medidas para que las leyes federales y locales, sean compatibles con los deberes y obligaciones suscritos en cada tratado internacional.

Nuestro sistema jurídico debe garantizar la protección de los derechos de los trabajadores, individual o colectivamente, a través de los sindicatos por ejemplo, para buscar los mecanismos y procedimientos internacionales para atender cada denuncia o inconformidad. Para que en derivación, se apli-

quen o hagan cumplir en nuestro país las normas internacionales en materia de Derechos Humanos y laborales.

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos ha empezado a tener sus primeros reveses —y los que le faltan— a un año de la reforma laboral y a más de dos, de las reformas en materia de Derechos Humanos. Tendrá que asumir con toda seriedad las implicaciones técnicas que vengan en la materia. Esto tendrá que interactuar con la Suprema Corte de Justicia de la Nación a efecto de permitir y tomar en cuenta los preceptos internacionales.

Por su parte, el Congreso tendrá que asumir las reformas constitucionales necesarias en materia de Derechos Humanos y Laborales y hacer las adecuaciones necesarias en nuestra Carta Magna. También la Cámara de Diputados y la de Senadores se verán obligadas a asumir responsabilidades y trabajar en modificar inconsistencias legislativas, derivadas de quejas o de problemas prácticos y técnicos, y buscar perfeccionar las leyes en congruencia con las normas internacionales.

Veamos el caso presentado por el Sindicato Mexicano de Electricistas, como un ejemplo de la necesidad de perfeccionar nuestro marco jurídico y las leyes de manera particular.

El Sindicato Mexicano de Electricistas interpuso una queja ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluyendo un documento derivado de la Sexta Visitaduría de la CNDH, donde se dice que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos no se puede manifestar sobre un asunto que ya se ha manifestado la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de una sentencia (sin fundamento), sobre la función de la Comisión Federal de Electricidad como patrón sustituto, al revocar un amparo de los trabajadores electricistas donde solicitaban su reinstalación.

El argumento de la CNDH, a través de su sexto visitador, fue en el sentido de que la Comisión no puede pronunciarse si hubo o no violaciones a los trabajadores del Sindicato Mexicano de Electricistas, porque se trata de una asunto resuelto con

anterioridad por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siendo el máximo tribunal del país.

Es necesario el impulso de un orden económico nacional más justo y equilibrado, que satisfaga las necesidades de los patrones y de los trabajadores.

Un orden que establezca un crecimiento económico interno donde haya una real recuperación del poder adquisitivo de los trabajadores; donde se priorice la producción agrícola y ganadera que garantice un régimen con un esquema de autosuficiencia alimentaria para los mexicanos; un impulso financiero que permita el desarrollo de las empresas nacionales, que garantice un salario justo y bien remunerado para los trabajadores, que les haga además partícipes de las utilidades devengadas por las compañías, sin evadir resultados y sin vulnerar los derechos fiscales y laborales.

Es decir, una propuesta económica que garantice el crecimiento del Producto Interno Bruto, que disminuya la tasa de desempleo y que genere mayores expectativas para la generación de empleos, sin violentar los derechos de los trabajadores que con penas y desventuras se han ganado durante más de dos siglos.

Pareciera que la lucha legislativa que se dio en los años sesenta del siglo XIX, entre liberales y conservadores (la pasión del archiduque de Austria por legislar), se repite en pleno siglo XXI. No entre dos grupos de protagonistas, sino ahora representada esta lucha por el tripartidismo representado por el Partido Revolucionario Institucional, el Partido de la Revolución Democrática y el Partido Acción Nacional.

Persisten, en el marco jurídico actual, elementos para la defensa de los derechos laborales, pero que son violentados y atropellados día con día.

La Ley Federal del Trabajo, como todas las leyes, es perfectible. Los legisladores de derecha, de centro y de izquierda, tendrán que impulsar las reformas necesarias para que sin vulnerar los logros que nuestros trabajadores han ganado en materia de derechos laborales, durante más de doscientos

años, se vengan abajo o vayan en detrimento de sus condiciones de vida y de la obligatoriedad de proporcionarles un salario digno.

Tendrán que crear las reformas armónicas que permitan la convivencia entre los objetivos de crecimiento económico, la creación de empleos suficientes, el crecimiento del Producto Interno Bruto y el respeto y fortalecimiento de los derechos laborales de los trabajadores, con un marco jurídico adecuado para todos.

BIBLIOGRAFÍA

Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus constituciones. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. 1966-2012, Octava Edición.

México a través de los siglos. Tomo IV, de Juan de Dios Arias y Enrique Olavarria Ferrari, y Tomo V, de José María Vigil. Coordinador editorial Vicente Riva Palacio. 1884-1967.

Alejandro González Prieto, *Proceso formativo de la Ley Federal del Trabajo de 1931*, s.p.i.

Gabino Fraga, *Derecho administrativo*, Porrúa, México.

Andrés Serra Rojas, *Derecho administrativo*, t. I., Porrúa, México. Alberto Trueba Urbina, *Nuevo derecho procesal del trabajo*, p. 596.

“Panorama de los derechos procesal del trabajo y procesal burocrático del ordenamiento mexicano”, en *Revista mexicana del trabajo*, p. 28.

CONSTITUCIÓN, DERECHOS HUMANOS

César CAMACHO

SUMARIO: I. Estado Democrático de Derecho; II. El garantismo penal como límite al *ius puniendi*; III. La reforma constitucional en materia de justicia para adolescentes; IV. La reforma constitucional al sistema de justicia penal; V. La reforma constitucional sobre Derechos Humanos; VI. Los Derechos Humanos, convicción y vida cotidiana; VII. Fuentes de información.

I. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Cuando un grupo social se asienta en un territorio delimitado, adopta normas que regulan su convivencia y establecen una forma de organización jurídica y política, que determina un poder soberano, con la finalidad de alcanzar el bienestar general de sus integrantes, se está en presencia de un Estado, así sea en una de sus formas más elementales.

Si en él, quienes dictan las reglas no son los mismos que vigilan su cumplimiento ni sancionan su violación, y las autoridades se someten a disposiciones que obligan a todos por igual; si, además, una norma jurídica controla al poder público e impide la arbitrariedad, en esa entidad impera el Estado de Derecho.

Ésta es una de las aspiraciones del mundo occidental. Constituir autoridades legítimas, controladas jurídica y política-

mente por el poder soberano de la voluntad popular, es signo de modernidad. Al respecto, Habermas sostiene lo siguiente:

El concepto moderno de democracia se diferencia del clásico, en cuanto al tipo de Derecho que lo rige, por tres notas: el Derecho moderno es un Derecho positivo, vinculante y que está estructurado de forma individualista. Se compone de normas que han sido creadas por el poder legislativo y luego sancionadas por el Estado con el fin de garantizar los derechos subjetivos.¹

En abundancia, el autor señala que “el Estado de Derecho exige que la formación de la voluntad democrática no pueda atentar contra los Derechos Humanos que han sido estimados como derechos fundamentales”.²

De lo anterior se colige que si se respetan de veras los Derechos Humanos, sin importar diferencias ideológicas, raciales, de género o de cualquier tipo, al tiempo que se favorece la participación libre y en igualdad de circunstancias de las personas, a título individual o grupal, en la creación de las condiciones políticas, económicas y sociales que satisfagan sus necesidades básicas, se goza de un Estado Democrático de Derecho.

En esa forma de organización, la norma suprema marca las reglas de acción de la sociedad políticamente organizada, establece la forma de gobierno elegida por la mayoría, consagra los derechos individuales y sociales fundamentales de personas y ciudadanos, establece mecanismos de defensa contra eventuales abusos de autoridad, y pone al poder público al servicio de la gente.

En México, durante las últimas décadas hemos avanzado en la consolidación del Estado Democrático de Derecho. Los

¹ Habermas, Jürgen. “El Estado Democrático de Derecho. ¿Una unión paradójica de principios contradictorios?” Revista Anuario de Derechos Humanos. Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, Volumen 2. España, 2001. p. 435.

² *Ibid*, p. 436.

logros han sido múltiples en lo que respecta al robustecimiento institucional; es el caso, entre otros, de lo relativo a la preparación, organización y vigilancia de comicios, que ha acrecentado el protagonismo y la confianza ciudadana en la materia, además de merecer el reconocimiento de la comunidad internacional; o lo atinente a la transparencia y rendición de cuentas, a que están obligados quienes se encuentran a cargo de la “cosa pública”, o que manejan recursos fiscales; y lo mismo ha ocurrido en lo referente al entramado de instituciones y disposiciones legales hechas para la adecuada promoción y eficaz protección de los Derechos Humanos, avanzando importantemente en el positivo cambio cultural que, sobre el particular, ha operado en la sociedad mexicana.

Sin embargo, uno de los aspectos más sentidos de la población, es su reclamo por contar con un sistema de justicia penal confiable, propio de un régimen democrático, para tutelar efectivamente su vida y su dignidad, así como su libertad y seguridad, con garantías que den certeza jurídica y hagan respetar los Derechos Humanos de todos los involucrados.

En este sentido, cobran especial relevancia tres recientes reformas constitucionales de hondo calado, inevitablemente ligadas: la relativa al sistema de justicia para adolescentes, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 12 de diciembre de 2005; la del sistema de justicia penal, que data del 18 de junio de 2008; y la de Derechos Humanos, del 10 de junio de 2011. Antes de entrar a su análisis, abordaré una característica esencial que debe serles común, como principio fundamental de política criminal.

II. EL GARANTISMO PENAL COMO LÍMITE AL *IUS*

PUNIENDI

Parece obvio esperar que la acción justiciera del Estado se ciña escrupulosamente a la ley, es decir, que respete a cabalidad los de-

rechos de aquéllos a quienes se imputan conductas contrarias a la norma penal; esto es, sencillamente, que impere el garantismo. A pesar de parecer obvio, la posición garantista ha acarreado algunas críticas que sugieren que le resta efectividad a la facultad persecutoria y al poder punitivo del Estado, principalmente en los delitos de alto impacto y en aquellos relacionados con la delincuencia organizada. Incluso ha habido académicos y operadores del sistema penal, que acremente se refieren al “hipergarantismo” al tocar este tema; por ello, vale la pena remontarnos al surgimiento de esta corriente, para entenderla mejor.

Como una reacción ante las leyes contra el terrorismo que restringían los Derechos Humanos, el garantismo surgió en Italia en la década de los 80, postulado por Luigi Ferrajoli. El pensador italiano fundó su teoría³ en tres asertos, principalmente:

- 1^a. La existencia de un nexo indisoluble entre garantías y justificación externa o política del Derecho Penal. El autor afirma que la justificación racional del Derecho Penal surge cuando permite reducir o minimizar la cantidad y calidad de violencia en la sociedad; no sólo la violencia de los delitos, sino también la violencia de las reacciones frente a los delitos, para erigirse en un instrumento de defensa y garantía de todos.
- 2^a. El vínculo entre garantías y legitimación interna de la jurisdicción. Señala que esa jurisdicción, de carácter penal, encuentra su fundamento en las garantías constitucionales y en los Derechos Humanos que deben ser respetados por todas las autoridades, incluso por las de carácter judicial.
- 3^a. El garantismo representa la base de una teoría crítica y al mismo tiempo de una filosofía política del Derecho Penal; es decir, señala que el garantismo es una doctrina filosófico-política de justificación del Derecho Penal y,

³ Ferrajoli, Luigi. *Garantismo y Derecho Penal. Garantías y derecho penal. El paradigma del derecho penal mínimo*. Edit. Temis. Colombia, 2006. pp. 4-10.

a la vez, una teoría jurídico-normativa de las garantías penales y procesales, por lo que afirma que es una teoría utilitarista sobre los fines y fundamentos de esa rama del Derecho Penal, así como una expresión de la teoría del Derecho Penal mínimo, la que en gran parte reproduce los principios de justicia y garantía incorporados en los ordenamientos evolucionados, como las constituciones políticas de los estados democráticos de derecho.

De lo anterior, resulta evidente que el garantismo tiene que ver con la efectividad, y más aún, con la calidad de los sistemas de justicia para adolescentes y penal, respectivamente, convirtiéndose en una característica esencial que legitima la actuación del Estado frente al gobernado, y lo coloca en un escenario en el cual éste tiene una serie de derechos que la autoridad no sólo está obligada a respetar, sino a hacer que sean plenamente deducibles, para que los procedimientos penales estén apegados al debido proceso, y los Derechos Humanos de los intervinientes sean debidamente salvaguardados.

Así, el garantismo penal se materializa en una serie de límites al *ius puniendi*, requisito indispensable de todo Estado Democrático de Derecho, pues si bien el monopolio de la violencia legítima le corresponde al Estado, éste debe tener controles que le impidan emplearlo indiscriminada e injustificadamente. Todo lo anterior contribuye a minimizar el ejercicio arbitrario de la autoridad, y a maximizar las libertades de los ciudadanos.

III. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE JUSTICIA PARA ADOLESCENTES

El 23 de febrero de 1965 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la primera reforma al artículo 18 constitucional en la materia, estableciendo lacónicamente que “la Federación

y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores”.

De esta forma, se adoptó en nuestro país un sistema tutelarista, denominado así por la doctrina que partía de la idea de que los llamados “menores infractores” del marco jurídico penal, debían ser “reformados” por el Estado desde una concepción pretendidamente proteccionista y finalmente lesiva, al considerarlos personas “incapaces de entender lo que hacían”, inimputables, lo que, so pretexto de velar por ellos, acabó por conculcar sus derechos.

Paradójicamente, no obstante la intención y el lenguaje sedicentemente protector, el desarrollo y la aplicación discrecional y frecuentemente caprichosos del sistema empezaron siendo peligrosos y acabaron instituyendo la represión y la injusticia, pues la expresión “menores infractores”, además de ser ambigua, era prejuiciosa, partiendo de que esas personas no gozaban de madurez física y psicológica suficientes, por lo que no podía considerarse estrictamente que cometían delitos; adicionalmente, se daba por descontado que su comportamiento era consecuencia de las “influencias” a las cuales estaban expuestos por el entorno social en que vivían o por la deficiente o nula educación, lo que daba lugar a una especie de “determinismo sociológico” para incurrir en actividades delictivas; por lo que debían ser tratados por “instituciones especiales” para corregir su conducta.

Congruente con el sistema tutelar, la idea inquisitiva de la procuración e impartición de justicia prevaleció por mucho tiempo en los procedimientos especiales para “menores infractores”, violando sus derechos y dejando indefensos, paradójicamente, tanto a los infractores como a los ofendidos, condenando al menor a una inevitable medida de seguridad consistente casi siempre en reclusión, cuyas condiciones no sólo no eran las óptimas, sino francamente deplorables.

Los procedimientos ambiguos e inquisitivos terminaron por no satisfacer a nadie, generando mayores violaciones de derechos que las conductas que motivaban su imposición.

Los instrumentos jurídicos internacionales suscritos por el país y una creciente convicción democrática, llevaron al Estado mexicano a establecer principios y bases constitucionales que rompieron el paradigma y crearon un nuevo sistema de justicia para adolescentes, estableciendo desde nuestra norma fundamental un concepto tan básico como que la palabra “adolescente” no se refiere a quien adolece de algo, sino a quien está desarrollándose. Su origen etimológico proviene del latín *creocere*, que significa, literalmente, crecer.

Así, se abandonó la denominación “menores infractores” y se adoptó el término “adolescentes”, echando mano de un lenguaje que deja de lado la subjetividad y los clichés, además de ser respetuoso de las personas, como manda un sistema de justicia democrático. Los adolescentes son sujetos de derechos y no objetos de un sistema, y mucho menos representan “problemas sociales a resolver”.

La reforma estableció un sistema de justicia de carácter integral, aplicable a adolescentes de entre 12 y 18 años de edad. Esto es muy importante, pues en el antiguo sistema no había un rango específico de edad para “menores infractores”, lo que dio la pauta para que muchas legislaturas locales lo establecieran de acuerdo a sus supuestas necesidades políticas o sociales. Así, catorce estados disminuyeron la edad penal a 16 años y uno a 17.

Con el texto vigente, se dio certeza jurídica, dando puntual cumplimiento a nuestro compromiso derivado de la suscripción de las Reglas de Beijing,⁴ que en su artículo 4º obligan a los estados parte a identificar a los menores susceptibles de tratamiento penal entre los 12 y los 18 años, determinando inimputables a aquellos menores de la edad mínima referida.

⁴ La denominación formal de este instrumento es “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores”, denominadas coloquialmente como Reglas de Beijing por ser el lugar de su adopción, mismas que fueron aprobadas en el marco de la Asamblea General, mediante la resolución 40/33, de fecha 29 de noviembre de 1985.

En armonía con lo anterior, la Constitución señala ahora que las personas menores de 12 años que hayan desplegado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

Es importante destacar que la reforma que nos ocupa tiene un contenido expresamente garantista, al establecer que en los procedimientos debe velarse por el pleno respeto a los derechos fundamentales de los adolescentes. También constituye una franca adopción del sistema acusatorio, al ordenar que en todos los procedimientos seguidos a los adolescentes, se observe la garantía del debido proceso legal, lo que significa la acogida temprana de una serie de principios sustantivos que más tarde fueron consignados en la Constitución.

Otro aspecto que solidifica la migración al sistema acusatorio es la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas; es decir, se determina la separación de funciones entre el Ejecutivo y el Judicial, principio inherente al debido proceso.

Lo anterior cobra relevancia si tomamos en consideración que los consejos tutelares de menores fueron durante años el mecanismo de supuesta impartición de justicia para esos llamados “menores infractores”. Solían integrarse por abogados, psicólogos, trabajadores sociales, profesores y hasta ministros de culto religioso, y sus decisiones estaban permeadas por la subjetividad, pues se basaban en pretendidos estudios de personalidad, que consideraban criterios como el de peligrosidad; además, se practicaban investigaciones para determinar el nivel socioeconómico y la integración de las familias de los involucrados, lo que en buena medida definía el tratamiento en libertad o en internamiento; es decir, si el menor provenía de una familia conformada tradicionalmente, se consideraba que el tratamiento en libertad sería exitoso, pero si, por el contrario, alguno de los padres estaba ausente o supuestamente la familia estaba desintegrada y era disfuncional, eso dificultaría el puntual seguimiento de reintegración y normalmente se decretaba el internamiento.

Con la reforma, la decisión de fondo le corresponde a los jueces, quienes deben fundar sus determinaciones en consideraciones jurídicas, mientras que los consejos tutelares se convierten en auxiliares en el cumplimiento de las medidas impuestas por la autoridad judicial.

Uno más de los principios que consagra este sistema es el de especialización, que entraña que las autoridades encargadas de la procuración e impartición de justicia, así como instituciones de internamiento, cuenten con los conocimientos y experiencia necesarios. No sólo agentes del ministerio público y jueces, sino también policía investigadora, tribunales de apelación, tribunales colegiados de circuito y defensores públicos, entre otros. La especialización debe plasmarse mediante estructura orgánica, con competencia exclusiva y conocimientos acreditados en la materia.

Además, las nuevas reglas obligan a tener en cuenta el interés superior del adolescente, maximizando sus derechos y restringiendo los efectos que puedan resultar negativos, garantizando su protección integral.

Asimismo, el mandato constitucional constriñe a otorgar cuidados especiales y protección tutelar a los adolescentes en conflicto con la ley, garantizando de esta forma su reintegración, con base en la educación y el esparcimiento, proscribiendo las medidas correctivas y ampliando sus posibilidades de reincorporarse a la sociedad.

Otro de los principios es el de mínima intervención, que impone el deber de que las medidas de internamiento sólo se utilicen cuando otras no sean suficientes, en cuyo caso su duración debe ser lo más breve posible y únicamente son aplicables a adolescentes mayores de 14 años de edad cuyas conductas antisociales sean calificadas como graves. Esto va de la mano con el principio de proporcionalidad, pues la medida de seguridad que se imponga debe ser acorde con la afectación del bien jurídico tutelado.

WIV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL AL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL

Para superar el anacronismo de instituciones y normas que habían evidenciado su inoperancia y para responder a una muy sentida demanda social, echando mano de las exitosas figuras del Derecho Comparado y atendiendo la fecunda tradición jurídica nacional, se creó un nuevo sistema de justicia penal. En ese arduo trabajo intervinieron legisladores de todos los partidos políticos, representantes de los otros poderes, además de organizaciones de la sociedad civil y prestigiados especialistas, e inició un complejo proceso de transformación jurídica y cultural. Se buscó aprovechar la ductilidad del Derecho que sugiere Zagrebelsky, para que las ramas Penal y Procesal Penal sean instrumentos eficaces de la justicia.

Se trata de un sistema garantista que, al tiempo que respeta los Derechos Humanos de todos quienes tienen que ver con el procedimiento, debe ser eficaz en la lucha contra la delincuencia. Un entramado legal que atiende de forma integral este fenómeno multifactorial; que supera el falso dilema entre seguridad y justicia, pues parte de la convicción de que este binomio no sólo es necesario, sino indispensable para lograr una vida más civilizada, en un Estado genuinamente democrático.

Así, esta reforma constitucional transforma radicalmente el sistema procesal penal mixto, preponderantemente inquisitivo, y migra hacia uno de corte acusatorio, permeado por el garantismo en todas sus etapas, desde la investigación hasta la ejecución de las sentencias.

Es un modelo en el que se incorporan los principios del debido proceso, a fin de que se respeten los derechos de los imputados y que proteja efectivamente a las víctimas, logrando un equilibrio entre ambos, sin que el reconocimiento de un derecho para una parte, suponga la anulación del de la otra; castigue efectivamente a los culpables, sea transparente y eficaz, y esté a cargo de instituciones sólidas y de servidores públicos profesionales y eficientes.

Esta reforma consiguió grandes avances en materia de Derechos Humanos, tanto para el imputado como para la víctima; todos ellos reconocidos en los instrumentos internacionales suscritos por México.

Para el imputado, se consagran derechos como el relativo a declarar o a guardar silencio sin que ello pueda presuponer su culpabilidad; a que si una prueba es obtenida con violación de sus Derechos Humanos sea declarada nula; a una defensa técnica, a tener acceso a la carpeta de investigación desde el momento de su detención y a un juicio público, entre otros.

Mención especial merece la presunción de inocencia, garantía que antes de la reforma no existía de manera expresa en la Constitución, operando una especie de “presunción de culpabilidad”. Una consecuencia de ello ha sido que la prisión preventiva se emplee como regla y no como excepción; actualmente hay aproximadamente 103,617 personas en prisión preventiva esperando su sentencia, de un total estimado de 246,226 que conforman la población penitenciaria del país.⁵

Ahora se establece de manera expresa la presunción de inocencia, por lo que las autoridades deben investigar para detener, no al revés. Así, la prisión preventiva deja de ser la regla, para convertirse en una excepción, y sólo se decreta de oficio tratándose de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos, delitos graves en contra de la seguridad de la nación, contra el libre desarrollo de la personalidad y contra la salud. Para el resto de delitos, sólo se decreta cuando otras medidas no garanticen la comparecencia del imputado al juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de víctimas, testigos o la comunidad.

Para la víctima, se prevén garantías como contar con asesoría jurídica, atención médica y terapia psicológica; coadyuvar con el ministerio público, ofrecer datos de prueba, participar en el juicio, impugnar resoluciones ministeriales, tener derecho a la reparación judicial del daño, al resguardo de su identi-

⁵ Según datos del Primer Informe de Gobierno de la Presidencia de la República 2013, Anexo Estadístico, Rubro I. México en Paz.

dad, a la protección para salvaguardar su integridad y a ejercer la acción penal privada.

Además, la acusatoriedad significa que el ministerio público sea la parte acusadora y el imputado esté en posibilidad de defenderse, en igualdad de condiciones, siendo un juez quien resuelva lo conducente, lo cual se traduce en una verdadera igualdad procesal: el imputado se defiende ante un juez de las acusaciones del ministerio público. Es el bien llamado trino-mio procesal.

El imperativo de que los juicios sean orales propicia transparencia, contribuyendo a erradicar la opacidad y abatir la corrupción, además de abonar a que las audiencias se concentren y permitan al juez llevar una ilación adecuada de cada acto procesal.

Ahora bien, un cambio medular tiene que ver con la reducción del estándar probatorio, pues la Constitución establecía que para ejercer acción penal, el ministerio público debía reunir los elementos que acreditaran el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, circunstancia que propició la ineficacia del sistema penal mexicano, ya que son muchos los requisitos que deben reunirse para llevar un asunto a juicio y, cuando se tienen, la consecuencia natural es permitir un prejuizgamiento desde la investigación misma, ya que el ministerio público desahoga y valora pruebas en la averiguación previa.

En el sistema tradicional, todo lo anterior trajo como resultado, por un lado, la vulneración de Derechos Humanos de los imputados, y por el otro, el menoscabo de la función jurisdiccional, al darle un mayor peso a la investigación ministerial, desequilibrando el juicio. Por eso, en el sistema acusatorio se reduce ese altísimo estándar probatorio, al prescribir que será suficiente que obren datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Dicho estándar es adecuado, ya que el ministerio público no presenta pruebas formalizadas que puedan acreditar el he-

cho y menos la responsabilidad penal del imputado, sino que los elementos de convicción son desahogados y valorados por un juez, con el objeto de reducir la formalidad de la investigación y fortalecer la fase del juicio propiamente dicho.

Así mismo, el valor de las pruebas deja de estar determinado por la ley, lo que ahora permite que el juez realice una valoración de manera libre y lógica, fortaleciendo el arbitrio judicial.

Otro elemento esencial es que los mecanismos alternativos de solución de controversias dejan de ser optativos para ser obligatorios por mandato constitucional, lo que facilita la reparación del daño a las víctimas u ofendidos, siempre bajo la supervisión de un juez, evitando que todos los conflictos tengan que resolverse hasta el juicio, haciendo más eficaz el sistema de justicia, al permitir que el Estado centre sus esfuerzos en juzgar aquellas conductas que afectan de manera más sensible a la sociedad.

Como una parte toral en el cambio del sistema, debe destacarse que en la etapa de ejecución de la sentencia, se otorga la facultad al poder judicial de decidir sobre la modificación de las sentencias, a través del otorgamiento de beneficios preliberacionales, tarea que antes de la reforma estaba conferida a los Consejos Técnicos Interdisciplinarios, y la facultad del ejecutivo se limita a la organización de las prisiones.

Además, el juez de ejecución tiene entre sus funciones principales la de velar por la salvaguarda de los Derechos Humanos de los sentenciados, convirtiéndose en autoridad neutral e imparcial entre internos y autoridades penitenciarias.

V. LA REFORMA CONSTITUCIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS

Casualmente cíclico, pareciera que cada tres años, México se ha decidido a dar pasos firmes y sustanciales en materia de Derechos Humanos. En 2011 nuestro país avanzó aun más, con la promulgación de la reforma constitucional más impor-

tante en la materia, plasmando en el artículo 1º que “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”.

Es motivo de satisfacción colectiva recordar que nuestro país ha tenido una tradición muy rica en Derechos Humanos. La Constitución de 1857, en su artículo 1 ya señalaba que:

El pueblo mexicano reconoce, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución.

Esta Carta Magna establece novedosamente un sólido catálogo de derechos del hombre que, posteriormente, la Constitución de 1917 reafirma y robustece introduciendo el concepto de “garantías individuales”, por lo que la reforma de 2011 reivindica no sólo nuestra convicción democrática, sino la corriente de pensamiento iushumanista del Constituyente de 1857.

El nuevo texto constitucional señala, entre otros preceptos, que la interpretación de las normas en materia de los Derechos Humanos deberá ser *pro persona*, y también establece la obligación para todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos.

La reforma se traduce en un reconocimiento pleno a todos aquellos que están contenidos en nuestra legislación y en instrumentos de carácter internacional suscritos por el país, que no necesariamente están consignados de manera expresa en el orden jurídico nacional, y obliga a todas las autoridades no sólo a respetarlos y promoverlos, sino a protegerlos y garantizarlos.

Es trascendental esto último, toda vez que, como se sabe, existen dos modelos principales para la recepción en el derecho nacional de las normas contenidas en tratados, convenciones o resoluciones de similar naturaleza jurídica, suscritas por

nuestro país o porque somos Estado, parte de algún organismo internacional que expide la norma de referencia:

- a) Transformación o recepción indirecta (*ipso facto*): se requiere de reformas constitucionales o legales para su cabal incorporación y posterior aplicación.
- b) Incorporación o recepción directa (*ipso iure*): cumplidos los requisitos constitucionales, forma parte del orden jurídico automáticamente y, por tanto, adquiere plena vigencia, sin ulteriores reformas constitucionales ni legales.

En nuestro caso, la adopción de ese tipo de normas al orden jurídico nacional ocurre *ipso iure*, por el solo hecho de satisfacer las condiciones que el artículo 133 establece; es decir, que los tratados sean celebrados por el titular del Ejecutivo federal, y aprobados por el Senado. Sin embargo, en la mayoría de los casos resulta imperante llevar a cabo reformas legislativas para dar funcionalidad y operatividad a los mismos.

Esta reforma constitucional constituye un avance sin precedentes, pues abre automáticamente dos vías para dar plena vigencia a los Derechos Humanos. Por un lado, es suficiente la fuerza constitucional que se les imprime, sin poder aducir, a manera de pretexto, la ausencia de una ley secundaria; por el otro, rompe con el monopolio del control de constitucionalidad a cargo de los jueces federales y lo abre a los jueces locales, sin que ello implique que puedan declarar la invalidez de una norma, pero sí su inaplicación al caso concreto.

El Poder Judicial de la Federación así lo ha sostenido, mediante la tesis jurisprudencial con número de registro 2000 748, de la 10ª Época, emitida por el Quinto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Quinta Región, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 2, visible a fojas 1825, que a la letra dice:

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS. LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO, COMO ÓRGANOS AUTORIZADOS PARA EFECTUARLO, AL INAPLICAR LAS NORMAS CONTRARIAS A LOS DERECHOS HUMANOS NO PUEDEN HACER UNA DECLARACIÓN DE INVALIDEZ DE DICHAS DISPOSICIONES. Los Jueces del Estado Mexicano en los asuntos de su competencia, deben inaplicar las normas contrarias a los Derechos Humanos garantizados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y/o tratados internacionales de los que aquél sea parte, sin hacer una declaración de invalidez de dichas disposiciones, como órganos autorizados para efectuar el control difuso de la constitucionalidad de normas generales, conforme al decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, específicamente el artículo 1o., párrafos segundo y tercero, y en observancia al principio de supremacía constitucional previsto en los diversos 15, 29, párrafo último, 40, 41, párrafo primero y 133 constitucionales.

Sin embargo, esta nueva facultad de control constitucional para inaplicar una norma cuando sea contraria a lo preceptuado por un tratado internacional, ha originado un interesante debate, para aquellos casos en que un precepto de dicho tratado no sea armónico con lo que manda la Constitución, y más aún, esta última prevea alguna limitante al ejercicio de un derecho humano.

Particularmente, dos situaciones se han presentado en materia penal. La primera tiene que ver con la defensa técnica del imputado, cuyo derecho está plasmado en el artículo 8, incisos d) y e), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; asimismo, tal garantía se encuentra establecida en el artículo 20 constitucional, apartado B, fracción VIII. Sin embargo, el artículo segundo transitorio de la reforma constitucional de 2008 establece que ésta y otras garantías procesales, entrarán en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria corres-

pondiente, sin exceder el plazo de ocho años dado para la implementación de la propia reforma. Anteriormente, el mismo artículo 20, apartado A, establecía que el inculpado podría defenderse por sí, por abogado o por persona de su confianza.

En este orden de ideas, nos encontramos frente a una disyuntiva respecto al sistema mixto-inquisitivo, para el que este último supuesto es vigente, pero el Pacto de San José prevé el derecho a una defensa técnica. No obstante, es la propia Constitución la que establece una excepción para el ejercicio de este derecho, que implica que entre en vigor el sistema acusatorio.

En los hechos, ha habido criterios judiciales que han dado preeminencia al texto constitucional, y otros que han ordenado la reposición de procedimientos, por haberse violado el tratado internacional al permitir que el inculpado se defendiera por sí, o mediante persona de su confianza, que no era abogado.

La segunda dificultad tiene que ver con el arraigo, figura controvertida que contiene la reforma penal y que, como es sabido, se ha dicho que viola específicamente la garantía de libertad personal contenida en el artículo 7 de la citada Convención, pero que al formar parte de la Ley fundamental, su constitucionalidad no está a discusión.

Ante la disparidad de criterios, la contradicción de tesis 293/2011 llegó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, motivando un debate de varias sesiones en el Pleno, hasta que finalmente, en la sesión ordinaria del 3 de septiembre de 2013, el máximo tribunal resolvió, por mayoría de 10 votos, que del artículo 1º constitucional se desprende un conjunto de normas de Derechos Humanos, de fuente tanto constitucional como convencional, que se rigen por principios interpretativos, entre los cuales no se distingue la fuente de la que derivan dichos derechos.

Así, la mayoría determinó que los Derechos Humanos de fuente convencional, a partir de la reforma, tienen la misma eficacia normativa que los previstos en la Constitución, es

decir, se les reconoce el mismo rango, por lo que el multicitado cambio constitucional en materia de Derechos Humanos amplía el catálogo de los mismos, pues permite armonizar a través del principio *pro persona*, las normas nacionales y las internacionales, garantizando así la protección más amplia al individuo.

En la parte medular de la discusión, la Suprema Corte determinó que cuando haya una restricción expresa en la Carta Magna al ejercicio de los Derechos Humanos, se deberá estar a lo que indica dicha norma, reafirmando así la supremacía constitucional.

Sobre el particular, ha habido posturas a favor y en contra, principalmente en la academia. Personalmente, considero que la interpretación de la Suprema Corte ha sido acertada, pues atiende al espíritu de la Constitución, y ha hecho un análisis integral respecto del artículo 1º en armonía con lo preceptuado por el diverso 133, y lo ha hecho consistentemente.

Vale la pena revisar el criterio jurisprudencial P. IX/2007 de la Novena Época, con número de registro 172650, emitido por el Pleno, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXV, Materia Constitucional, de Abril de 2007, página 6, que a la letra dice:

TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican

jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario “*pacta sunt servanda*”, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.

No debe perderse de vista que la resolución de ese debate ha arrojado luz a todos los juzgadores del país para llevar a cabo el control de constitucionalidad, proporcionando certeza jurídica a los justiciables.

No debe soslayarse otra decisión trascendente de la Suprema Corte, a propósito del tema que nos ocupa, pues al resolver la contradicción de tesis 293/2011, también determinó que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluyendo aquélla que provenga de casos en los que México no sea parte, es obligatoria para los poderes judiciales mexicanos, siempre que sea más favorable a la persona.

Esta determinación, sin duda contribuye a la consolidación de la reforma en materia de Derechos Humanos, pues enriquece la visión de los juzgadores y dilata los márgenes del principio *pro persona*.

VI. LOS DERECHOS HUMANOS, CONVICCIÓN Y VIDA COTIDIANA

Las reformas reseñadas nos han dado motivos para la celebración y razones para el compromiso. Cada una y en conjunto, constituyen un indudable avance en materia política y jurídica.

Los representantes populares de todo signo partidario comprendieron cabalmente la trascendencia de este giro conceptual, y tuvieron la suficiente capacidad para construir un robusto entramado normativo e institucional que ubicó al país a la vanguardia, colocando a la persona, individual y colectivamente considerada, en el centro de la atención.

Estos cambios profundos nos permitieron adoptar plenamente el principio iushumanista y ratificar la convicción de que el Derecho – la norma constitucional – es el mejor instrumento para la transformación social. Los pasos agigantados que dimos todos, han contribuido a la consolidación del Estado Democrático de Derecho.

No obstante, uno de los desafíos más importantes es el cultural, tanto para las personas como para las autoridades. Las primeras, para deducirlos, deben conocer sus derechos, comprender sus alcances y hacerlos valer en su vida diaria; mientras que las segundas, deben hacerse cargo del deber de cumplir puntualmente lo que la ley ordena, apercibidas de que, de no hacerlo, pueden ser sancionadas. Es indispensable que lo hagan no sólo por obligación jurídica, sino por convicción ética, cobrando conciencia de la delicada función que ejercen. En síntesis, se trata de un cambio de mentalidad, y el cambio radica en hacer del respeto, promoción y defensa de los Derechos Humanos, una manera de ser colectiva.

En el marco del pleno goce de dichos derechos, una nota específica parece ser el logro de una verdadera igualdad sustantiva, la que debe entenderse, no como una condición sólo formal y dogmática ante las diferentes situaciones que surgen de la realidad, sino como la exigencia constitucional de asegurar “que varias personas, cuyo número es indeterminado, que participen en la misma situación, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares cualitativamente de los mismos derechos y obligaciones”;⁶ es decir, garantizar en los más amplios términos y de idéntica manera, el goce de los derechos

⁶ Tesis aislada PXC/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XI, junio de 2000, p. 26. GARANTÍA DE IGUALDAD. ESTÁ

fundamentales, no exento del correcto cumplimiento de obligaciones.

En este orden de ideas, Mariano Palacios Alcocer ha dicho que:

... por igualdad jurídica podríamos entender la igualdad que hace de todo miembro de un grupo social, un sujeto dotado de la misma capacidad jurídica. La igualdad consiste, en este sentido, solamente en una relación de posibilidades, y lo que da a esta relación un valor que excede lo meramente formal es la línea de hacer de ella algo humanamente deseable, esto es, el ser justa. Una relación de igualdad es un fin deseable en la medida que encarna el orden de la justicia como puerta de acceso al bienestar para todos.⁷

En suma, ejercer y hacer respetar los Derechos Humanos como principio superior, y transformar la igualdad jurídica hasta convertir todo ello en expresiones conductuales cotidianas, ejercidas con pleno sentido de responsabilidad, para solidificar la justicia y la paz.

VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

Libros

FERRAJOLI, Luigi. *Garantismo y Derecho Penal. Garantías y derecho penal. El paradigma del derecho penal mínimo*. Edit. Temis. Colombia, 2006.

CONTENIDA IMPLÍCITAMENTE EN EL ARTÍCULO 5° CONSTITUCIONAL.

⁷ Palacios, Mariano. *El régimen de garantías sociales en el constitucionalismo mexicano. Evolución y perspectivas contemporáneas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, 1995. p. 62.

HABERMAS, Jürgen. “El Estado Democrático de Derecho. ¿Una unión paradójica de principios contradictorios?”
Revista Anuario de Derechos Humanos. Instituto de
Derechos Humanos de la Universidad Complutense de
Madrid, Volumen 2. España, 2001.

PALACIOS, Mariano. *El régimen de garantías sociales en el
constitucionalismo mexicano. Evolución y perspectivas
contemporáneas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la UNAM. México, 1995.

Documentos oficiales

Diario Oficial de la Federación, Tomo DCXXVII, Número 8,
de fecha 12 de diciembre de 2005.

Diario Oficial de la Federación, Tomo DCLVII, Número 13, de
fecha 18 de junio de 2008.

Diario Oficial de la Federación, Tomo DCXCIII, Número 8, de
fecha 10 de junio de 2011.

*Primer Informe de Gobierno de la Presidencia de la República
2013*, Anexo Estadístico, Rubro I. México en Paz.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Épo-
ca, Tomo XI, junio de 2000.

LA CONCEPCIÓN INTERPRETATIVISTA DE RONALD DWORKIN

Jaime CÁRDENAS GRACIA

SUMARIO: I. Introducción; II. La justificación de las decisiones y las teorías semánticas; III. La práctica interpretativa del Derecho; IV. El problema de la indeterminación; V. Conclusiones; VI. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

Lo primero que es preciso destacar sobre Ronald Dworkin es su manera de abordar el Derecho. No lo hace como Kelsen o Hart, desde el análisis sólo de las reglas, sino que incorpora los principios y directrices,¹ y en obras posteriores como “El imperio de la Justicia”,² “Matter of Principle”,³ “La justicia con toga”⁴ y, “Justice for Hedgehogs”,⁵ entiende el Derecho como interpretación o práctica social. Igualmente, Dworkin aborda los problemas que se desprenden de su concepción del

¹ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, editorial Ariel, Barcelona, 1984, pp. 61y ss.

² DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, editorial Gedisa, Barcelona, España, 1988, pp. 44-71.

³ DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, USA, 1985, pp. 119-177

⁴ DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 11-45.

⁵ DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass, 2011.

Derecho, entre otros, el de su indeterminación. Por tanto, la perspectiva de Dworkin respecto al Derecho no es desde el punto de vista del legislador sino básicamente desde el juez y de sus capacidades para en los casos difíciles, encontrar la única respuesta correcta de acuerdo a la mejor práctica existente en una comunidad jurídica. En Dworkin, el Derecho no es indeterminado y una decisión es correcta si figura como la mejor justificación que puede ser ofrecida dentro del sistema jurídico. La justificación debe ofrecerse de acuerdo con las siguientes dos dimensiones: a) La dimensión de adecuación al orden jurídico y, b) la dimensión de moralidad política.

Dworkin, como lo señala Alfonso García Figueroa, despliega sus críticas en tres fuentes: en contra del positivismo jurídico, del realismo y del utilitarismo. Sobre y en oposición al positivismo establece la existencia de los principios como elementos normativos impensables en el marco tradicional constituido por reglas. En relación al realismo cuestiona la discreción judicial a través de dos argumentos: el democrático y el liberal. Según Dworkin el juez viola la división de poderes si se admite algún tipo de discrecionalidad; el argumento liberal, le sirve para establecer que no cabe legislar *ex post facto*, no es admisible la aplicación retroactiva de normas. En cuanto al utilitarismo, Dworkin admite la identificación entre Derecho y moral, un concepto fuerte de derechos como “cartas de triunfo”, y un rechazo en las decisiones judiciales a los argumentos consecuencialistas de cálculo propios del utilitarismo.⁶

Se discute hasta dónde es Dworkin un positivista o un iusnaturalista.⁷ Para algunos es un neiusnaturalista, otros ven

⁶ GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 219 y ss.

⁷ CALSAMIGLIA, A. “Ensayo sobre Dworkin”, en Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984, pp. 7-29; RUIZ MIGUEL, A., “Creación y aplicación en la decisión judicial”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1983, pp. 7-31; PRIETO SANCHÍS, Luis, “Cuatro Preguntas a propósito de Dworkin”, en Ronald Dworkin. *Estudios en Homenaje*, *Revista de Ciencias Sociales*, número

en su posición una vía intermedia entre positivismo y iusnaturalismo. Alguien opina que es un “iusnaturalista” *sui generis*. De las significaciones de positivismo y no positivismo expuestas por Guastini,⁸ Dworkin parece ser un no positivista porque defiende la existencia de unos contenidos morales objetivos que se introducen en el Derecho; en otras palabras acepta la unión entre Derecho y moral.

Si la teoría de Dworkin es “no positivista”, cabría preguntar qué tipo de iusnaturalista es. Existen a grandes rasgos dos tipos de iusnaturalismo. El ontológico que recurre al derecho natural como instrumento para fundar el Derecho, para probar su validez y el iusnaturalismo deontológico que invoca el derecho natural con el fin de justificar el derecho positivo y no para conferirle validez. En Dworkin, la moral no sirve para justificar el sistema jurídico sino como criterio material para determinar la validez de las normas del sistema jurídico en los casos concretos, como práctica social. Sin embargo, tampoco puede ser considerado un iusnaturalista sin más, pues los contenidos morales que fundan su Derecho, carecen de las notas de universalidad e inmutabilidad; los principios de Dworkin son muchos y cambian con rapidez, sus contenidos provienen de la moral positiva y de la moral crítica, bajo el presupuesto de que el intérprete puede desvelar, a la mejor luz posible, el fin de la comunidad. En otras palabras, como dice García Figueroa:

La moralización del Derecho (por la moral crítica) que propone Dworkin nos proporciona un cuerpo jurídico que,

38, Valparaíso, Chile, 1993, pp. 69-100; y PINTORE, Anna, *Norme e Principi. Una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milán, 1982, pp. 69 y ss.

⁸ Según Guastini existen tres significados de positivismo: En un primer sentido, positivismo alude a que el Derecho es un producto de los hombres; en una segunda acepción, positivismo se identificaría con la separación de poderes; y, positivismo puede significar también normativismo. Dworkin sería positivista en ésta última y en la segunda perspectiva. En cuanto a la primera, aunque Dworkin no suscribe un iusnaturalismo basado en la idea de un orden normativo absoluto, eterno y universal, su posición favorable a los derechos morales fundarían las sospechas de no positivismo. GUASTINI, Riccardo, “Due note di teoria del diritto” en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. X, núm. 2, 1980, pp. 540-541.

integrado por una serie de reglas, principios, etcétera, interpretados a la luz de la mejor teoría moral y política, es capaz de suministrarnos, en todo caso, una única respuesta correcta a las controversias jurídicas. Esta circunstancia convierte en innecesaria la discreción judicial, una práctica, por otra parte, inadecuada para el Estado de Derecho[...].⁹

La concepción del Derecho en Dworkin es principalista — apertura a la moral— y es obviamente interpretativista porque entiende el Derecho desde el lugar asignado al juez en la resolución de casos. También su posición implica una concepción ideológica del Estado, de ahí su crítica al utilitarismo y la consideración que los derechos individuales deben imponerse siempre a los dictados de los cálculos de coste/beneficio del Estado.

En cuanto a los principios habría que decir que en las obras finales de Dworkin se observa una devaluación de los mismos.¹⁰ En “Los Derechos en Serio”, tienen una consideración fuerte, sin embargo en “El Imperio de la Justicia”, los principios pierden su centralidad y dejan paso a la teoría del Derecho como integridad. La visión del Derecho, en esta última obra, es interpretativista. Los principios son una cuestión instrumental a favor de la interpretación basada en la búsqueda de la solución correcta. Dworkin pretende armonizar un objetivismo moral que proporciona la respuesta correcta con un subjetivismo metodológico en la interpretación de la práctica social.

II. LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES Y LAS TEORÍAS SEMÁNTICAS

Dworkin tiene por su centro de interés el contexto de justificación de las decisiones, y deja de lado lo relativo al contexto del descubrimiento. De este modo, el teórico del Derecho dwor-

⁹ GARCIA FIGUEROA, op. cit., p. 259.

¹⁰ PINTORE, Anna, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, editorial Giuffrè, Milán, 1982, p.5.

kiano no debe ocuparse de todos los factores que influyen en la toma de decisiones, por parte de los jueces, sino que debe adoptar, frente al material normativo, la misma actitud que el Derecho exige que el juez adopte. Esta actitud exige, por tanto, la adopción de un punto de vista interno al sistema jurídico, el de un participante en la práctica social del Derecho.

Nuestro autor va a criticar lo que denomina las “teorías semánticas” Estas son aquellas, según las cuales, el significado de la palabra Derecho viene dado por ciertas reglas de uso (semánticas) aceptadas por la comunidad lingüística, de modo que los juristas seguirán principios lingüísticos para juzgar las proposiciones acerca del Derecho.¹¹ Bajo el rótulo de teorías semánticas, se pueden encontrar teorías muy diversas, que se distinguirán entre sí atendiendo a la determinación de cuáles son los criterios que establecen la verdad o falsedad de las proposiciones sobre el Derecho. Las primeras son teorías que se encuadran dentro del positivismo jurídico: Los criterios de verificabilidad se fundamentan en ciertos hechos históricos. Existen, para Dworkin, dos visiones de positivismo: la de Austin y la de Hart. Según la teoría de Austin, una proposición sobre el Derecho será verdadera, si la misma registra de forma correcta una orden del soberano. En el positivismo de Hart, la verdad de las proposiciones, dependerá de las convenciones sociales que representan la aceptación de la comunidad, de un esquema de reglas que permiten, a ciertas personas, crear Derecho válido. Igualmente, Dworkin crítica al iusnaturalismo y al realismo como teorías semánticas. En el iusnaturalismo, los juristas siguen criterios morales universales e inmutables, para determinar qué proposiciones sobre el Derecho, son verdaderas. Y en el realismo, las reglas lingüísticas que los abogados utilizan, convertirían a las proposiciones sobre el Derecho, en instrumentales y predictivas respecto a lo que es o no es Derecho.

¹¹ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, op. cit., 1988, pp. 35-43.

Las teorías semánticas están afectadas, según Dworkin, por el “aguijón semántico”,¹² pues consideran que la calificación de algo, como Derechos presupone necesariamente que se hayan respetado las reglas aceptadas por la comunidad, que determinan el significado de Derecho. La exigencia de respetar los acuerdos semánticos, impide resolver los desacuerdos teóricos.¹³ Hay dos tipos de desacuerdos. Los empíricos se dan cuando, frente a un determinado caso, se conocen cuáles son los fundamentos de Derecho, es decir, cuáles son las condiciones de verdad de la proposición acerca del Derecho, pero, en cambio, existen dudas sobre si de hecho tales condiciones se ven o no satisfechas en la realidad. Los teóricos son aquellos que problematizan sobre qué es lo que configura los fundamentos de Derecho, es decir, cuáles son las condiciones de verdad de la proposición sobre el Derecho. Dworkin opina que es imposible dar criterios semánticos que determinen si algo debe ser considerado como Derecho. La única manera de extraer el “aguijón semántico” y ofrecer una explicación satisfactoria a los desacuerdos teóricos, es optar por una teoría que considere al Derecho como un concepto interpretativo, destinado a resolver los problemas que la práctica social impone.

En la posición de Dworkin, toda interpretación debe ser la manifestación de un propósito, debe proponer una manera de ver el objeto interpretado, como si se tratara del producto de la decisión de buscar un conjunto de temas, visiones o propósitos, es decir, un sentido, y esto es así incluso cuando no existe un autor histórico del que pueda predicarse dicho propósito.¹⁴ En palabras de Dworkin,

[...] la interpretación constructiva trata de imponer un propósito a un objeto o práctica para hacer del mismo el mejor ejemplo posible de la forma o género al cual se considera que pertenece. De aquí no debe deducirse, ni siquiera a partir de

¹² *Ibidem*, pp. 44 y ss.

¹³ *Ibidem*, p. 16-19.

¹⁴ *Ibidem*, p. 49.

esta burda descripción, que un intérprete pueda hacer de una práctica o de una obra de arte cualquier cosa que él hubiera querido que la misma fuera... La historia o la forma de una práctica u objeto restringe sus interpretaciones disponibles, a pesar de que el carácter de dicha restricción debe estar bien fundamentado... La interpretación creativa, desde una perspectiva constructiva, se ocupa de la interacción entre el propósito y el objeto[...].¹⁵

El intérprete de una práctica social deberá proponer un valor para dicha práctica, de manera que su interpretación describa un esquema de intereses, objetivos o principios de los que la práctica pueda ser expresión. ¿Qué ocurre en el caso de que los datos de la práctica admitan más de una interpretación, es decir, sean compatibles con varios valores? En estos casos, la elección de cada intérprete debe reflejar su opinión sobre qué interpretación propone el mejor valor para la práctica, lo que para Dworkin supone establecer la muestra mejor, tomando todo en cuenta.¹⁶

Existe, o debe existir, una actitud interpretativa que los participantes de una práctica social, pueden adoptar frente a la misma, y las distintas etapas interpretativas que deben darse en una comunidad, para que pueda hablarse de la existencia de dicha actitud.

III. LA PRÁCTICA INTERPRETATIVA DEL DERECHO

La actitud interpretativa se compone de dos factores. El primero consiste en la presuposición de que la práctica posee un “sentido”, o lo que es lo mismo, que sirve a ciertos propósitos o valores. El segundo factor supone el reconocimiento de la pri-

¹⁵ *Ibidem*, pp. 48 y 49.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 48 y 49; MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, editorial Gedisa, Barcelona, España, 1992, pp. 36 y ss. Es evidente para muchos la influencia de Gadamer en la obra de Dworkin.

macía de tales valores frente a las reglas, lo que implica cierta flexibilidad en la aplicación de las reglas que constituyen la práctica. El fenómeno jurídico se analiza a partir de tres etapas interpretativas.¹⁷

Dworkin señala que debe haber una etapa “preinterpretativa” donde se identifican las reglas y normas que proporcionan el contenido de la práctica interpretativa.¹⁸ La compara con la etapa de la interpretación literaria en donde, por ejemplo, se identifica y distingue el texto de Moby Dick, del texto de otras novelas. Según nuestro autor, coloca la palabra “preinterpretativa” entre comillas porque hasta en esta etapa es necesaria alguna forma de interpretación. Es necesario que exista un contenido sobre qué prácticas son jurídicas, de manera que los juristas puedan argumentar sobre la interpretación de elementos que deben ser, en primera instancia, los mismos.¹⁹

La segunda etapa es la interpretativa, en la que el intérprete establece una justificación general para los principales elementos de la práctica identificada en la etapa preinterpretativa. Aquí hay o debe haber un debate, de por qué vale la pena buscar una práctica con esa forma general. Es decir, se trata de averiguar el sentido de la práctica social. El sentido viene configurado por los principios que permiten entender la práctica como un todo, que sirve a bienes jurídicos o valores (la interpretación como integridad).²⁰ En ocasiones, pueden existir distintas teorías que pugnan entre sí, porque establecen sentidos diferentes, ya sea por la existencia de lagunas, antinomias, o simplemente porque se tienen concepciones diversas sobre los materiales jurídicos que están en análisis.

En la etapa postinterpretativa, también llamada reformadora, se ajustan los sentidos en pugna de la etapa anterior, sobre qué necesita en realidad la práctica para adecuarse mejor a

¹⁷ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, obra citada, pp. 57-59.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 57 y ss.

¹⁹ *Ibidem*, p. 58.

²⁰ *Ibidem*, pp. 132-163.

la justificación que se acepta en la etapa interpretativa. Se elige una de entre las distintas posibles teorías interpretativas desarrolladas en la etapa anterior. La solución o la teoría escogida, debe ser la mejor, es decir, aquella que se base en los valores que pueden mostrar a la práctica en cuestión, como el “mejor ejemplo posible” del género al que pertenece.

Es, sobre todo, en esta última etapa postinterpretativa en donde las cualidades del juez Hércules se manifiestan. Será capaz de reconstruir el Derecho de cara a la solución de los casos. El intérprete Hércules lleva a cabo el proceso interpretativo, después de haber concebido al Derecho como una práctica social en la que se ha desarrollado la actitud interpretativa.

Dworkin, sin embargo, no genera una teoría consistente y amplia de la argumentación jurídica, dado que reconoce las dificultades para analizar la solución correcta y no establece los criterios para fiscalizar la decisión del juez.²¹ Además, para sostener la idea de la única respuesta correcta habría que defender la existencia de una moral objetiva y la posibilidad de conocimiento de ésta moral objetiva. Aunque Dworkin acepta la moral objetiva como una realidad interna al Derecho, también es evidente que el propio Dworkin admite las dificultades para conocer esa moral objetiva, que sólo puede ser encontrada en el ejercicio de la práctica del Derecho.

Muchas críticas se pueden hacer a las teorías de Dworkin, además de la imposibilidad de la teoría de la única respuesta concreta. La visión dworkiana no produce una teoría de las fuentes, los principios de su concepción se han desvanecido y, queda exclusivamente, lo que es muy importante, la concepción del Derecho como concepto interpretativo. ¿Qué es el Derecho? Dworkin lo contesta:

[...] El Derecho no queda agotado por ningún catálogo de reglas o principios, cada uno con su propio dominio sobre algún discreto teatro de conducta. Ni tampoco por un grupo

²¹ RUIZ MANERO, Juan, *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 193-194.

de funcionarios y sus poderes sobre una parte de nuestras vidas. Es la actitud lo que define el imperio de la justicia (el Derecho) y no el territorio, el poder o el proceso. Estudiamos dicha actitud principalmente en las cortes de apelación, donde se viste para la inspección, pero debe penetrar en nuestras vidas ordinarias si debe servirnos también en la Corte. Es una actitud interpretativa, introspectiva, dirigida a la política en sentido amplio. Es una actitud protestante que hace a cada ciudadano responsable de imaginar cuáles son los compromisos públicos de su sociedad con respecto al principio, y qué requieren estos compromisos en nuestras circunstancias... La actitud del Derecho es constructiva: su objetivo, en el espíritu interpretativo, es colocar el principio por encima de la práctica para demostrar el mejor camino hacia un futuro mejor, cumpliendo con el pasado. Es, por último, una actitud fraternal, una expresión de cómo estamos unidos en una comunidad a pesar de estar divididos en lo que respecta a proyectos, intereses y convicciones[...].²²

El Derecho, en fin, es un sistema normativo orientado por valores, principios y objetivos, que tanto los ciudadanos, pero fundamentalmente, los jueces deben determinar para encontrar el sentido correcto, lo mejor posible, de las normas.

Podemos decir que la obra de Dworkin se centra en tres cuestiones fundamentales: 1) El Derecho no es sólo un conjunto de reglas, sino también de principios de moralidad política que no pueden identificarse mediante la regla de reconocimiento de Hart; 2) El Derecho es de naturaleza interpretativa, la única capaz de dar cuenta adecuadamente de los desacuerdos entre los juristas. Por ejemplo, cuando los juristas desacuerdan si determinado trato es o no degradante, no desacuerdan sobre las convenciones lingüísticas que articulan el significado de “trato degradante”, sino sobre las diversas concepciones que diversas teorías ofrecen del concepto de trato degradante; y, 3)

²² DWORKIN, *El imperio de la justicia*, op. cit. , pp. 289-290. Para una reflexión sobre los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin, ver: BONORINO, Pablo Raúl, *El imperio de la interpretación. Los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*, editorial Dykinson, 2003.

la mejor reconstrucción de esta noción interpretativa de derecho no se halla en el convencionalismo, según el cual los jueces descubren y aplican determinadas convenciones del pasado, ni en el pragmatismo, según el cual los jueces deben construir el derecho del futuro sin los lazos de las convenciones, sino en el derecho como integridad que ofrece la mejor interpretación de nuestra práctica jurídica.²³

IV. EL PROBLEMA DE LA INDETERMINACIÓN

Uno de los temas más interesantes que plantea en sus obras, sobre todo en las últimas, es el problema acerca de si en el Derecho hay lugar para la indeterminación en relación con la tesis de la única respuesta correcta. El problema según Dworkin es que se confunde la incertidumbre con la indeterminación. Según Dworkin, la causa de esa confusión deriva del hecho de que al no encontrar en un caso el argumento decisivo a favor de una de las dos posibles salidas para el mismo, se infiere que el Derecho está indeterminado a este respecto y que no hay una respuesta correcta, cuando lo que se tiene es una incertidumbre respecto a cuál es la respuesta correcta.²⁴

La tesis de la indeterminación ocurre, según Dworkin, porque sus partidarios restringen su concepción del Derecho. Dworkin dice que si se amplían las fronteras de lo que el Derecho comprende, y se incluyen los hechos morales como elementos de la práctica jurídica para comprender de la mejor manera el caso y el Derecho vinculado a él, llegaremos a la única respuesta correcta, aunque reconoce que es posible que pueda haber algunas cuestiones irresolubles pero siempre se tratará de situaciones realmente extraordinarias y excepciona-

²³ MORESO, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 198.

²⁴ DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, op. cit. , pp. 90-91.

les. En consecuencia, una proposición jurídica es verdadera, si figura como la mejor justificación que puede ser ofrecida dentro del sistema jurídico. La justificación debe ofrecerse, de acuerdo con las siguientes dos dimensiones: a) La dimensión de adecuación y, b) la dimensión de moralidad política.

La dimensión de adecuación supone que una teoría jurídica es una mejor justificación de los materiales jurídicos existentes, si da cuenta, mejor que otras, de la historia legislativa y judicial de un orden jurídico determinado. La dimensión de moralidad política implica que la justificación que se ofrece es la teoría política o moral más cercana a los derechos que la gente posee. Según Dworkin, estos dos filtros suponen que en todos los casos habrá una única respuesta correcta.

Dworkin se opone a los escépticos y a los pragmáticos para sostener su tesis de la única respuesta correcta, pues en cualquier práctica interpretativa, los participantes serán capaces de dar argumentos a favor de determinada posición y esos argumentos podrán ser evaluados en el interior de la práctica. Hay teóricos que piensan que la posición de Dworkin es compatible con el realismo interno. De acuerdo a éste, la verdad es una especie de coherencia ideal de nuestras creencias entre sí y nuestras experiencias consideradas como experiencias representadas en nuestro sistema de creencias, es decir, dentro de un determinado sistema conceptual.²⁵

Es importante matizar que Dworkin considera que casi siempre existe una respuesta correcta para cada caso difícil, lo que significa que no excluye que pueda haber empates, pero que estos ocurren en los sistemas jurídicos continentales y de manera muy excepcional. Para Dworkin, las contradicciones entre los principios constitucionales sólo lo son *prima facie*, pero no consideradas todas las circunstancias. Además, Dworkin puntualiza que quienes sostienen la imposibilidad de la única respuesta correcta porque hay principios o valores incommensurables, es porque rechazan una concepción mínima-

²⁵ ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 570-586.

mente objetivista de la moral.²⁶ Si se admite una concepción objetivista de la moral —que supone que hay bienes humanos básicos de carácter objetivo— habrá una respuesta correcta en los casos difíciles, porque existen, además de la teoría moral y política, los materiales jurídicos que permiten una mejor realización de los valores y objetivos de la práctica jurídica.

Rodolfo Arango señala que la tesis de la única respuesta correcta, no debe entenderse como una descripción de la práctica judicial angloamericana ni como una idea regulativa de la actividad judicial, sino como un ideal en proceso de realización. Para Arango, Dworkin otorga gran importancia al proceso de justificación en el razonamiento jurídico. La decisión judicial debe adecuarse al derecho establecido y ser coherente con la teoría que mejor lo justifique. Esta doble exigencia permite sostener una primera hipótesis: la tesis de la única respuesta correcta, presupone la teoría de la argumentación jurídica, pero la supera en sus pretensiones, puesto que demanda una legitimidad sustantiva y no meramente procedimental de las decisiones judiciales. La tesis de la única respuesta correcta va más allá de los límites que los teóricos de la argumentación jurídica aceptarían porque exige coherencia con la estructura de los principios políticos y morales que mejor justifique el derecho visto como un todo. Tal tarea, sólo puede confiarse a un juez con poderes sobrehumanos, idealización que para muchos resulta inaceptable. Arango considera, adicionalmente,

²⁶ FINNIS, John, "Natural Law and Legal Reasoning", en *The Philosophy of Legal Reasoning: A Collection of Essays by Philosophers and Legal Scholars*, Garland, Nueva York-Londres, 1998, pp. 13- 89. Finnis dice, que mucha de la teoría académica acerca del razonamiento jurídico exagera grandemente la medida en la que la razón puede establecer lo que es un mayor bien o un mal menor y minimiza la necesidad de contar con fuentes autoritativas que, en la medida que sean claras y respeten los pocos derechos y deberes morales de carácter absoluto, deben ser respetadas como la única base del razonamiento judicial. Una teoría del Derecho natural en la tradición clásica no tiene ninguna pretensión de que la razón natural pueda determinar la única respuesta correcta para las numerosas cuestiones que se plantean al juez y para las que éste no encuentra una fuente clara.

que la tesis de la única respuesta correcta, tiene como objeto, la restricción de las opciones interpretativas del juez, pues las actuaciones de los jueces dependen en última instancia de la defensa de los derechos de las personas y de la seguridad. Es más, la insistencia de Dworkin de que su tesis sólo es válida para los sistemas angloamericanos, le podría otorgar a juicio de algunos un carácter limitado frente a la pretensión de que se trate de una auténtica teoría de la argumentación jurídica.²⁷

Atienza pregunta, si está justificada la restricción del concepto teoría de la argumentación jurídica a las teorías procedimentales de la argumentación o, si estas teorías, como la de MacCormick o Alexy, deben ser acompañadas con una teoría sobre los principios de justificación político-moral del derecho. Y una vez que contestemos lo anterior, si los principios de justificación político-moral del derecho son criterios de moral positiva o de la moral crítica.²⁸

Consideramos que las respuestas a estas inquietudes están en la última posición de Carlos Santiago Nino. Este autor defendió, en varias de sus obras, una forma moderada de objetivismo ético, a la que llamó “constructivismo ético”. En su libro “Derecho, moral y política”, Nino distingue entre posiciones éticas individualistas y sociales. Las primeras estiman que la ética es cuestión de cada individuo mientras que las sociales hacen intervenir a la sociedad en la construcción de la moral. Las visiones individualistas como la de Kant son conservadoras y limitadas porque impiden conectar moral con política o con el sistema jurídico. Nino propone un discurso moral justificatorio amplio —semejante al de Rawls o Habermas— de carácter deliberativo, que cuestione y critique permanentemente a la moral social para poder recrearla y ajustarla justificadamente a la circunstancias concretas de cada sociedad y cultura. La validez de los principios morales dependerá de las condiciones o presupuestos mismos de la argumentación social —los niveles

²⁷ ARANGO, Rodolfo, *¿Hay respuestas correctas en el Derecho?*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1999, pp. 138 y ss.

²⁸ ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit. , p. 586.

de participación, libertad, simetría, generalidad, universalidad— que existan entre los argumentadores en relación con las premisas que intentan justificar. Para Nino, los presupuestos de la práctica del discurso moral se derivan de principios sustantivos como el de autonomía, el de inviolabilidad de la persona y el de dignidad de la misma.²⁹ En la obra de Nino, la moral social y la crítica están permanentemente conectadas y en polémica mutua. La moral social requiere de su justificación crítica y la moral ideal precisa de la moral social para conformarse y para dirigir sus dardos a una moral dada.

Aulis Aarnio también se ha referido a este problema pero con matices un tanto diversos. Aarnio sostiene que cuando sobre un mismo problema jurídico se proponen dos soluciones basadas en juicios de valor incompatibles entre sí, no cabe hablar de respuesta correcta, pues cada una es correcta, dados ciertos criterios, y no hay un meta criterio que cubra a ambos. De lo único que cabe hablar es de la mejor respuesta posible, que es la que resulta aceptable para una mayoría ideal pero particular al mismo tiempo, porque sus miembros comparten valores que no necesariamente coinciden con los de otras comunidades o sociedades. Es obvio, que en este caso, Aarnio busca anclar la moral ideal con la moral particular.³⁰ Sin embargo, pueden existir valores particulares en las comunidades que no puedan justificarse desde una visión de moral ideal porque no todas las prácticas morales o sociales son igualmente valiosas. Ello exigiría justificar moral y racionalmente, bajo los presupuestos del discurso racional de Nino, las prácticas concretas de cada comunidad para determinar cuáles valores y prácticas deben prevalecer. El problema que derivamos de lo anterior es que no resolvemos los conflictos morales que suscitan al interior de una sociedad pluralista con valores y

²⁹ NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, pp. 167-170.

³⁰ AARNIO, Aulis, “¿Una única respuesta correcta?”, en AARNIO, Aulis y otros, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010, pp. 34 y ss.

prácticas encontradas. ¿Entonces existe la indeterminación que rechaza Dworkin?

Juan José Moreso, crítico de Dworkin, afirma que si fuera verdadero el objetivismo moral de Dworkin tendríamos no sólo una teoría elegante sino también respuesta a todas nuestras preguntas normativas y, lo que deben hacer los jueces, todas las cosas consideradas, coincidiría con lo que jurídicamente hacen. Por tanto, el conocimiento de la realidad moral sería también parte de nuestro conocimiento jurídico. La postura contraria a Dworkin, basada en el escepticismo, tampoco le convence a Moreso, porque los jueces podrían decidir, de cualquier forma, sin ayuda de reglas previas y, cada día deben inventar el derecho que aplican a los casos. Por eso, aunque es partidario de la separación entre derecho y moral, asume que en ocasiones el razonamiento jurídico nos lleva a adoptar determinados estándares de moralidad, ya sea porque el propio Derecho remite a la moralidad o porque en ciertos asuntos la moralidad integra nuestra práctica como juristas. Donde el Derecho no llega, dice Moreso, los juristas están obligados a mostrar los fundamentos últimos de sus propuestas de aplicación para que la discusión sea abierta y no se disfracen decisiones jurídicas con mantos jurídicos.³¹ Concluye para afirmar que no se puede negar totalmente a la moral en el Derecho y que existe una modesta objetividad moral en él, siempre y cuando, ésta se pueda justificar de manera abierta y, que en los casos más difíciles, tenemos que asumir como Hart, que siempre habrá casos no previstos y no regulados legalmente, es decir, casos para los que ningún tipo de decisión está claramente establecida y, en consecuencia, el derecho es parcialmente indeterminado e incompleto.³²

Hart participó en la polémica entre las tesis del “noble sueño” y la “pesadilla”. Las primeras ignoran el carácter indeterminado del Derecho y sostienen que la decisión judicial

³¹ MORESO, op. cit., pp. 237-238.

³² HART, Herbert L. A., “El nuevo desafío al positivismo jurídico”, *Revista Sistema*, Madrid, número 36, 1980, pp. 3-19.

es derivada de un razonamiento mecánico o, sostienen como Dworkin, que aun en los casos difíciles sólo existe una decisión correcta. Las segundas, tales como el irracionalismo realista norteamericano, opinan que las decisiones judiciales son el producto del libre arbitrio judicial, la voluntad del juez, sus emociones, etcétera, y que, por tanto, el órgano jurisdiccional no está sometido a reglas, sino que ellos son los verdaderos creadores del Derecho. Para Hart, ambas tesis son equivocadas, pues ni el juez es un autómata o sabio capaz de tener la solución correcta para cada caso, ni puede abandonarse a una discrecionalidad sin límites, debe ceñirse a pautas o estándares que guíen su conducta como resolutor judicial.³³

Podemos decir que Dworkin es un autor, en términos continentales, post positivista, que entiende que el Derecho no es una realidad dada, que no es sólo el producto de una autoridad, sino que es una práctica social que incorpora una pretensión de corrección o de justificación, lo que implica un objetivismo valorativo. El modelo interpretativo del Derecho de Dworkin es consecuencia de su teoría del Derecho y, por ello, la práctica de la interpretación está guiada por la necesidad de satisfacer los fines que dan sentido a esa práctica. Lo anterior, no significa que Dworkin desconozca la importancia del elemento convencional y autoritativo del Derecho sino que lo conjunta, lo une, de manera integral y coherente con los valores que forman parte de esa práctica.

Como dice Atienza en referencia, entre otros, a Dworkin, el razonamiento jurídico no puede configurarse insularmente.³⁴ La argumentación jurídica tiene un componente moral y político, pero también pragmático, porque se pregunta qué teoría jurídica vale la pena elaborar y, ésta es la que le da primacía a la práctica social del Derecho, la que tiene por pretensión mejorar el Derecho y el mundo social. Con su obra, Dworkin

³³ HART, Herbert L. A., "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 123-144.

³⁴ ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, op. cit., p. 29.

y aunque cuestionó un cierto tipo de pragmatismo jurídico, contribuye a exponer una teoría jurídica que tiene una finalidad transformadora y, que le pide al juez que no sea indiferente ante la realidad, sino que la enfrente, desde una visión integral y coherente del Derecho.

V. CONCLUSIONES

Desde la argumentación, el modelo dworkiano del Derecho puede ser sintetizado por las siguientes características:

1. Distingue materiales distintos a las reglas (los principios y las directrices).

2. Rechaza las teorías semánticas de la interpretación de carácter puramente lingüístico y propone un concepto más que principalista, interpretativo del Derecho.

3. El modelo interpretativo admite que el juez está precondicionado por elementos contextuales y valorativos.

4. Hay en su obra una visión hermenéutica del Derecho, por lo que los elementos de sentido y de significado social son fundamentales.

5. Conecta derecho con moral.

6. Existe en los casos difíciles una única solución correcta.

7. El fenómeno jurídico se encuadra en tres etapas interpretativas: en la primera, se identifican las normas aplicables al caso; en la segunda, se averiguan los significados y los sentidos de las normas, y, en la tercera, se ajustan los sentidos para adecuar la decisión al significado óptimo.

8. La dimensión de adecuación supone que una teoría jurídica es una mejor justificación de los materiales jurídicos existentes si da cuenta, mejor que otras, de la historia legislativa y judicial de un orden jurídico determinado. La dimensión de moralidad política implica que la justificación que se ofrece es la teoría política o moral más cercana a los derechos que la gente posee. Según Dworkin, estos dos filtros suponen que en todos los casos habrá una única respuesta correcta.

VI. FUENTES DE CONSULTA

Bibliografía

- AARNIO, Aulis, “¿Una única respuesta correcta?”, en AARNIO, Aulis y otros, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.
- ARANGO, Rodolfo, *¿Hay respuestas correctas en el Derecho?*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1999, ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- BONORINO, Pablo Raúl, *El imperio de la interpretación. Los fundamentos hermenéuticos de la teoría de Dworkin*, editorial Dykinson, 2003.
- CALSAMIGLIA, A. “Ensayo sobre Dworkin”, en *Dworkin, R, Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, editorial Ariel, Barcelona, 1984.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, editorial Gedisa, Barcelona, España, 1988.
- DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Harvard University Press, USA, 1985.
- DWORKIN, Ronald, *La justicia con toga*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- DWORKIN, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Mass, 2011.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988.
- HART, Herbert L. A., “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream”, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983.
- MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, editorial Gedisa, Barcelona, España, 1992.

MORESO, José Juan, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994.

PINTORE, Anna, *Norme e Principi. Una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milán, 1982.

RUIZ MANERO, Juan, *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990,

Otras fuentes

RUIZ MIGUEL, A, "Creación y aplicación en la decisión judicial", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, 1983.

PRIETO SANCHÍS, Luis, "Cuatro Preguntas a propósito de Dworkin", en Ronald Dworkin. Estudios en Homenaje, *Revista de Ciencias Sociales*, número 38, Valparaíso, Chile, 1993.

FINNIS, John, "Natural Law and Legal Reasoning", en *The Philosophy of Legal Reasoning: A Collection of Essays by Philosophers and Legal Scholars*, Garland, Nueva York-Londres, 1998.

GUASTINI, Riccardo, "Due note di teoria del diritto" en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. X, núm. 2, 1980.

HART, Herbert L. A., "El nuevo desafío al positivismo jurídico", *Revista Sistema*, Madrid, número 36, 1980

ALCANCE DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO REFLEXIONES EN TORNO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

Sandra Lizbeth Carrizosa Guzmán

SUMARIO: I. Nota introductoria; II. Nuevo rol de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en México, III. La protección de la salud como Derecho Humano; IV. La jurisprudencia interamericana y la reproducción humana asistida; V. La jurisprudencia interamericana y la atención de personas con discapacidad mental; VI. Conclusiones. VII. Fuentes de consulta.

I. NOTA INTRODUCTORIA

La evolución del Derecho constitucional mexicano se encuentra más activa que nunca. El hilo conductor de esta revolución jurídica es sostenido por el nuevo paradigma de protección a los Derechos Humanos en México instaurado a partir de la reforma constitucional de junio de 2011.

El arribo de la nueva concepción de los Derechos Humanos, sepultó grandes dogmas de la doctrina constitucional, poniendo a prueba la longitud de miras de la comunidad nacional de juristas responsables de darle vida a la reforma.

Las líneas que a continuación se desglosan, intentan ser un ejercicio reflexivo sobre el rumbo que hemos trazado como nación para la construcción del nuevo arquetipo constitucional en materia de derechos fundamentales, especialmente en lo relativo al reconocimiento de la jurisprudencia de la Cor-

te Interamericana de Derechos Humanos. Este análisis toma como referencia dos casos relevantes en la protección de la salud, con la intención de mostrar el enorme alcance del reconocimiento de la jurisprudencia interamericana en el derecho mexicano.

En la realización de este breve estudio, tengo presente la invaluable guía del Doctor Mariano Palacios Alcocer, a lo largo de mi formación en el universo del derecho constitucional.

Su cátedra ha significado, para quienes hemos tenido la fortuna de presenciarla, un decidido impulso para buscar con entusiasmo nuevas estructuras jurídicas. Su gran calidad humana es un aliciente para construir un mejor rostro para México, con la confianza de encontrar en el camino, personas sensibles y abiertas a escuchar la voz de una nueva generación de juristas.

Sirva este merecido homenaje, para expresar mi enorme gratitud por las enseñanzas del Doctor Palacios Alcocer, quien transmite con su ejemplo, la pasión por transformar a México.

II. NUEVO ROL DE LAS RESOLUCIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

La difícil situación por la que atraviesa el país nos hizo ver de golpe la vulnerabilidad de los Derechos Humanos. Esto llevó al señalamiento de su urgente protección, no sólo en el discurso, sino en una verdadera y necesaria práctica que el Estado debe realizar con toda su fuerza y echando mano de todos sus recursos.

En el intento de pasar de la retórica a la acción, el 10 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforman diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹

¹ La reforma constitucional impactó el nombre que, desde 1917, se daba al Capítulo I de la Constitución y modificó el contenido de 11 artículos, a saber: 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89 fracción X, 97 párrafo segundo, 102 apartado B y 105.

Los cambios introdujeron la referencia a los Derechos Humanos, diferenciándolos de las garantías para su protección. Además, construyeron una visión más sólida de las obligaciones del Estado para su protección.

La reforma en materia de Derechos Humanos hizo visible la existencia de controles internacionales para su custodia. Esto se refleja en la notoriedad que comenzaron a adquirir las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

México forma parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde 1981 y en 1998 aceptó la competencia de la CIDH.² A la fecha, son siete los casos en los que la CIDH ha analizado violaciones a Derechos Humanos en México.³ De éstos, seis constituyeron sentencia condenatoria para nuestro país, y uno no fue resuelto de fondo, en virtud de que la CIDH no contaba con competencia plena para conocer el caso.⁴ Hasta 2012, la Corte Interamericana seguía supervisando el cumplimiento de todas las sentencias contra México.⁵

Establecer la fuerza vinculante de las sentencias de la CIDH no ha sido una tarea sencilla. El criterio actual comenzó a fijarse en las deliberaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para el cumplimiento de la sentencia del famoso caso Radilla Pacheco. Este asunto fue discutido apenas un mes después de la reforma en materia de Derechos Humanos de 2011.

² El decreto correspondiente fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 24 de febrero de 1999.

³ Los casos contenciosos de México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos son: Caso Castañeda Gutman (6 de agosto de 2008); caso González y otras, Campo algodónero (16 de noviembre de 2009); caso Radilla Pacheco (23 de noviembre de 2009); caso Fernández Ortega y otros (30 de agosto de 2010); caso Rosendo Cantú y otra (31 de agosto de 2010); caso Cabrera García y Montiel Flores (26 de noviembre de 2010).

⁴ *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, Excepciones preliminares del caso Alfonso Martín del Campo Dodd Vs Estados Unidos Mexicanos.

⁵ Corte interamericana de Derechos Humanos, Informe anual 2012, pp. 14-18, disponible en <www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2012.pdf>.

En aquel momento, quedó claro que México, en su calidad de Estado demandado, debía acatar íntegramente los criterios interpretativos de las sentencias emitidas por la CIDH.⁶ No obstante, surgió la interrogante de si debía seguirse la misma lógica cuando se estaba frente a resoluciones emitidas en litigios en los que México no era parte.

Luego de intensas discusiones, se acordó que los criterios de la CIDH, en aquellos asuntos en los que México no era el país demandado, se considerarían como orientadores, es decir, que los jueces quedaban en libertad de tomarlos en consideración cuando brindaran mayor protección a las personas.⁷ Dos años más tarde –en septiembre de 2013– durante el análisis de la contradicción de tesis 293/2011, el alcance de las sentencias de la CIDH en México fue puesto nuevamente en la mesa del debate de la Suprema Corte.

La redacción original del proyecto presentado por el Ministro Arturo Zaldívar, señaló la necesidad de dejar atrás el criterio restrictivo y lejano de la jurisprudencia interamericana, abriendo la puerta a la obligatoriedad de ésta, incluso en aquellos casos en los que México no figura como Estado demandado.

Luego de un debate histórico entre partidarios de una postura que defendía el razonamiento vigente hasta ese momento y otros que sostenían una abiertamente contraria, se llegó a una consideración intermedia. La jurisprudencia interamericana derivada de asuntos en los que México no se encuentra

⁶ Ver la tesis aislada: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Efectos de sus sentencias en el ordenamiento jurídico mexicano. Tesis 1a. XIII/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Primera Sala, libro V, t.1, febrero de 2012, p. 650.

⁷ Ver la tesis aislada: Criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando el Estado Mexicano no fue parte. Son orientadores para los jueces mexicanos siempre que sean más favorables a la persona en términos del artículo 1 de la constitución federal. Tesis LXVI/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Pleno, libro III, t.1, diciembre de 2011, p. 550.

involucrado, se considerará obligatoria siempre que sea más favorable a la persona.⁸

El cambio de criterio en torno a la recepción de la jurisprudencia interamericana, no tiene precedentes. Tomando en cuenta que de los 35 Estados que conforman la Organización de Estados Americanos, 21 han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana,⁹ podremos imaginar el inmenso abanico de posibilidades que representa la aceptación de la jurisprudencia de este tribunal internacional en su conjunto.¹⁰

A pesar de la relevancia del cambio, la comunidad de abogados en México y las propias autoridades, parecen no comprender del todo el rol de las decisiones de la CIDH en el sistema jurídico nacional.

Con el ánimo de contribuir a esta reflexión, se realizarán algunos apuntes en torno al derecho a la protección de la salud, intentando mostrar la tendencia que marca la jurisprudencia interamericana.

III. LA PROTECCIÓN DE LA SALUD COMO DERECHO HUMANO

Los seres humanos tenemos una única certeza. Esto es, la seguridad que en el algún momento vamos a morir. A pesar de

⁸ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, sesión pública ordinaria número 89, 3 de septiembre de 2013, disponible en <www.scjn.gob.mx/PLENO/Lista_Actas_de_las_Sesiones_Publicas/89>.

⁹ En septiembre de 2012 Venezuela denunció la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta denuncia entró en vigor en septiembre de 2013 periodo a partir del cual la CIDH deja de ser competente para conocer de violaciones a los derechos fundamentales en ese territorio. Cfr. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunicado de prensa, 12 de septiembre de 2012, disponible en <www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/117.asp>.

¹⁰ La jurisprudencia interamericana se conforma por precedentes. En este sistema, todos los criterios interpretativos contenidos en una resolución dictada por la CIDH adquieren fuerza vinculante, sin necesidad de que se realice un procedimiento formal.

ello, o quizá por eso mismo, la protección de la salud es un ámbito sensible para todas las personas.

Una buena salud hace posible potenciar nuestras capacidades y, por el contrario, su ausencia limita nuestro óptimo desempeño. Si estos fenómenos se multiplican a nivel comunitario o nacional, encontraremos que este aspecto es tan fundamental que incluso ayuda a explicar el alto o bajo desarrollo de los países; de ahí que la protección de la salud se recoja como una prerrogativa indispensable para el resguardo de la dignidad humana y el aseguramiento del desarrollo integral de los Estados.

El concepto de salud ha sido cambiante y discutido a lo largo del tiempo. En general, las definiciones que se han adoptado parten de un enfoque complejo de la salud. La Organización Mundial de la Salud (OMS) desde 1948 la define como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.¹¹

México reconoce la protección de la salud como un derecho humano en el artículo cuarto Constitucional. Además, ha suscrito más de una decena de instrumentos internacionales, en los cuales se obliga a proteger la salud de las personas que se encuentran en su territorio, así como a brindar un cuidado especial a grupos en situación de vulnerabilidad.¹²

¹¹ Constitución de la Organización Mundial de la Salud, disponible en <www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf>.

¹² Dentro de estos instrumentos encontramos: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Carta de la Organización de los Estados Americanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su protocolo adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

Por mucho tiempo, los temas de salud fueron guiados desde la perspectiva clínica, avocada sobre todo, al combate de padecimientos en personas vistas de forma individualizada, y de cuando en cuando, con un enfoque global que considera las repercusiones sociales, pero siempre privilegiando la perspectiva médica.

Si bien, el enfoque apenas mencionado resulta indispensable, en la actualidad apenas es suficiente para asegurar el derecho a la protección de la salud. En ese sentido, se reconoce que la salud es determinada no sólo por factores biológicos, sino por las condiciones de vida que rodean a las personas.

Esto se traduce en que la salud no sólo depende del cuidado que cada persona realiza de manera consciente, sino de las condiciones sociales, económicas y culturales que los Estados les proveen.

Lo anterior, muestra la necesidad de que los fenómenos que se relacionan con la salud se atiendan forma integral. De ahí que la OMS promueva el slogan “Salud” en todas las políticas, haciendo referencia a que los aspectos de salud, más que ser atendidos por acciones de gobierno específicas, deben incluirse en todas las políticas que los Estados implementan.¹³

Por su parte, los tomadores de decisiones públicas deben lidiar con problemas que surgen en sociedades heterogéneas, donde la escasez de recursos es un lugar común y la priorización de las áreas que requieren la intervención estatal es complicada.

Por difícil que parezca, se busca que la intervención estatal sea equitativa pero, al mismo tiempo, brinde una protección especial a las personas más desfavorecidas. Como podrá advertirse, perder el rumbo en este contexto es relativamente sencillo.

Debe contemplarse también que el ámbito de la salud ha sido uno de los más revolucionados por la tecnología y la ciencia. Nunca como ahora se plantean oportunidades que nos

¹³ Organización Mundial de la Salud, Declaración de Adelaida sobre la Salud en Todas las Políticas, 2010.

hacen cuestionar si todo lo posible, es deseable o éticamente válido. Algunos ejemplos los encontramos en la investigación en seres humanos, la genómica o la reproducción asistida, solo por mencionar algunos.

Los elementos apuntados son una muestra de las situaciones que deben contemplarse al trazar rutas de acción para la protección de la salud. Dichos caminos necesitan, por supuesto, un soporte jurídico adecuado; no obstante, la realidad demuestra que construir normas, no siempre es una labor sencilla.

IV. LA JURISPRUDENCIA INTRAMERICANA Y LA REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

La OMS ha señalado que la infertilidad es un problema de salud pública. La infertilidad es una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más, de relaciones sexuales no protegidas.¹⁴ Este problema es atendido primordialmente a través de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA).

En México –como en muchos países de América Latina– los profesionales que realizan estos procedimientos, operan sin que exista un parámetro legal atendible. Si bien es cierto que la legislación sanitaria regula de manera general, lo relativo a la salud reproductiva, también lo es, que carecemos de un marco regulatorio *ad hoc* cuando se hace necesaria la asistencia para la procreación.

¹⁴ Voz infertilidad, Organización Mundial de la Salud, Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida, Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud, p. 7.

Legislación sobre reproducción humana asistida, camino sin rumbo

Actualmente, tanto la Cámara de Diputados, como el Senado, analizan iniciativas sobre reproducción asistida, con la intención de asegurar que las personas que se someten a procedimientos para concebir, tengan garantizada una atención de calidad; no obstante, a la fecha no se ha logrado un consenso entre las fuerzas políticas, en atención a que la regulación de las técnicas de reproducción, implica debates en torno a temas que son intrínsecamente controvertidos.

En la reproducción humana asistida confluyen aspectos como la protección a la vida desde la concepción, el estatuto legal y ontológico del embrión, la maternidad subrogada, la investigación en seres humanos, las intervenciones sobre el genoma y la reproducción de personas homosexuales o con estilos de vida distintos a los esquemas tradicionales.

Las iniciativas de ley presentadas hasta el momento contienen posturas divergentes en la mayoría de los aspectos apenas señalados. Gran parte de las propuestas no analizan los requerimientos técnicos, ni científicos, sino que parten de premisas ideológicas y/o morales; ello obstaculiza el diálogo y el consenso.

De un lado, encontramos propuestas conservadoras que contemplan una protección estricta para los embriones y piden el acceso a las técnicas sólo a personas heterosexuales que viven en pareja.¹⁵ Por otra parte, existen iniciativas liberales que dan un tratamiento laxo a las actividades realizadas con embriones y permiten el acceso a todas las personas mayores

¹⁵ *Cfr.* Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se crea la Ley General de Reproducción Humana Asistida, encabezada por la Senadora Maki Esther Ortiz Domínguez y respaldada por Senadores de diversos Grupos Parlamentarios, de diciembre de 2012.

de edad; no obstante, queda la interrogante de si el marco regulatorio no resulta demasiado permisivo.¹⁶

El mayor avance en el intento de establecer una legislación *ad hoc* lo encontramos en Cámara de Diputados, cuya Comisión de Salud, aprobó en fechas recientes un dictamen en la materia.¹⁷ Este documento retoma siete iniciativas de ley presentadas por diversos legisladores y Grupos Parlamentarios desde 1999.¹⁸

Ante la posibilidad de que el dictamen pueda ser avalado por las siguientes instancias, en el proceso legislativo, agrupaciones de la sociedad civil han señalado que la aprobación de un marco restrictivo –como el que se pretende aprobar– es discriminatorio y trasgrede Derechos Humanos. Dentro de los expertos que se han manifestado en contra del dictamen, encontramos al Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), al Colegio de Bioética A.C. y la Federación Mexicana de Colegios de Obstetricia y Ginecología, A.C. Estas asociaciones han señalado que el dictamen presenta problemas desde la perspectiva médica y que es contrario al avance de la ciencia.¹⁹

En medio de esta avalancha de información y opiniones ¿cómo encontrar el balance que permita garantizar los dere-

¹⁶ Como ejemplo, se puede mencionar que alguna propuesta brinda igual tratamiento a células germinales y a embriones. *Cfr.* Iniciativa con proyecto de decreto por el que se derogan, adicionan y reforman diversos artículos de la Ley General de Salud, en materia de reproducción humana asistida presentada por los Senadores Alejandro de Jesús Encinas Rodríguez y Angélica de la Peña Gómez, del Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática, de abril de 2013.

¹⁷ Dictamen aprobado el 16 de julio de 2013 por la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, LXI Legislatura.

¹⁸ *Cfr.* Cámara de Diputados, “Aprueba Comisión prisión y multa a quien ilícitamente lleve a cabo técnicas de reproducción asistida”, Boletín 1815, 16 de julio de 2013, disponible en <<http://goo.gl/luqdUK>>.

¹⁹ *Cfr.* El Universal, comunicado del Colegio de Bioética A.C y la Federación Mexicana de Colegios de Obstetricia y Ginecología, A.C., 26 de septiembre de 2013.

chos de quienes ofertan y reciben servicios de reproducción asistida? Más aún, ¿Quién puede decir que tiene la verdad absoluta sobre el correcto actuar en la materia y bajo qué fundamentos?

La regulación de las TRHA es un tema frontera que muestra claramente la dificultad de establecer acuerdos mínimos sobre aspectos morales en los que las personas no están dispuestas a realizar concesiones. Además, este ejemplo nos permite visualizar el rol del derecho en una sociedad donde conviven ideologías claramente incompatibles.

Un primer paso para hallar la respuesta a estas interrogantes, es reconocer y aceptar como premisa, que las acciones gubernamentales –incluidas, por supuesto, las legislativas– deben atender a criterios de laicidad.

El Estado laico es concebido como una forma de organización política, que se caracteriza por la tolerancia, la neutralidad y la libertad de conciencia en una sociedad.²⁰ Es importante destacar que la laicidad no implica la negación de la religión, ni es anticlerical, sino que se identifica con una actitud de apertura hacia la diversidad de creencias.

El tema de la reproducción asistida, pone de manifiesto el valor público de la laicidad en las acciones de gobierno. Con base en ella, se deberá tener presente que las discusiones sobre la asistencia en la procreación, deben alejarse de credos religiosos y buscar la progresividad en la garantía de los Derechos Humanos.²¹

²⁰ Celis de la Cruz, Martha, El estado laico: la Ley de libertad de culto en la prensa mexicana del siglo XIX, Instituto de Investigaciones jurídicas, p.212, disponible en <biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3101/14.pdf>.

²¹ Al respecto, el Dr. Patiño Manfer señala que cuando se exige que el Estado sea laico, debe entenderse que tal exigencia es en el sentido de que las decisiones políticas o jurídicas no sean afectadas por las creencias religiosas de los servidores públicos, independientemente de si son creyentes de alguna religión, agnósticos o ateos. *Cfr.* Patiño Manfer, Ruperto, La reforma del artículo 40 constitucional, Instituto de Investigaciones jurídicas, pp. 420-423 disponible en <biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3101/28.pdf>.

No obstante, el hecho de que las políticas públicas sean establecidas por personas con determinadas creencias y valores morales, dificulta la objetividad en la toma de decisiones, especialmente cuando no se ha desarrollado la capacidad de autocritica y se parte de que la postura propia es la única correcta. Ante este panorama, la guía que brindan los análisis de los tribunales internacionales es clave para desentrañar analíticamente los aspectos que generan controversia, así como para tener claridad respecto del rumbo para garantizar efectivamente los Derechos Humanos.

La esperanza de la jurisprudencia interamericana

Ante la imposibilidad de que se presente un diálogo abierto y plural sobre reproducción asistida, a nivel nacional, la jurisprudencia de la Corte Interamericana nos ofrece parámetros de enorme relevancia para el establecimiento de un marco jurídico mexicano en la materia. La referencia obligada es el caso *Artavia Murillo y Otros (fertilización asistida) Vs Costa Rica*.

El caso tiene como antecedente la declaración de inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo 24029-S, realizada por la Corte Suprema de Costa Rica el 15 de marzo de 2000. El mencionado Decreto regulaba la fecundación *In Vitro*, por lo que la sentencia tuvo por efecto que se prohibiera de hecho la realización de esa técnica en Costa Rica. Lo anterior generó que algunas de las víctimas del caso interrumpieran el tratamiento que habían iniciado, y que otras se vieran obligadas a viajar a otros países para poder acceder a la reproducción asistida.²²

Esta interesante controversia fue resuelta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 28 de noviembre de 2012. La sentencia del caso *Artavia Murillo*, forma parte de un nuevo momento de protección a los Derechos Humanos en

²² *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, Resumen oficial de la sentencia del caso *Artavia Murillo y otros (fertilización asistida) Vs. Costa Rica*, 28 de noviembre de 2012, p. 1.

el ámbito internacional, en el cual los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales comienzan a hacerse visibles y adquieren mayor exigibilidad.

En su resolución, la CIDH señala que la reproducción se asocia a los derechos a la integridad y la libertad personal, así como la vida privada y familiar. Debido a ello, reconoció que los derechos reproductivos se basan en el reconocimiento de las prerrogativas de todas las personas y parejas a decidir de manera libre y responsable, el número y espaciamiento de su descendencia.

En ese sentido, la CIDH consideró que la decisión de ser o no madre o padre es parte del derecho a la vida privada, y que ésta a su vez, incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo decide proyectarse hacia los demás.²³

De lo anterior, la Corte Interamericana reconoce que los derechos a la vida privada y a integridad personal se hallan inmediatamente vinculados con la atención a la salud. Además, se hace hincapié en el acceso a los avances tecnológicos y al progreso de la ciencia, como una forma de que las personas reciban mejores servicios de salud.

En su sentencia, la CIDH recuerda el imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley. En ese sentido, enfatiza que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población, al momento de ejercer sus derechos.²⁴

En el caso de las iniciativas de ley presentadas en nuestro país, el tema de la reproducción de personas homosexuales o que no viven en pareja, se aborda de manera indirecta y velada. Si bien las propuestas no señalan expresamente alguna prohibición de acceso en razón de las preferencias sexuales o estilos de vida, también lo es, que la mayoría de ellas permiten la realización de las TRHA, únicamente a parejas unidas

²³ *Ibidem*, p. 4.

²⁴ *Ibidem*, p. 11.

en matrimonio, o a personas con infertilidad comprobada.²⁵ Estos requisitos, en la práctica, se traducen en una forma de discriminación para personas que no tienen una concepción de familia tradicional o cuyas preferencias sexuales les impiden reproducirse por métodos naturales.

El parámetro que brinda este precedente, constituye, sin duda, un asidero para sustentar los argumentos en contra de la discriminación por razón de preferencias sexuales, aspecto que sigue siendo un tema tabú en México, aunque pocas veces se le reconozca como tal.

Ahora bien, respecto a la interminable discusión sobre el inicio de la vida y la protección jurídica que debe darse a los embriones, la CIDH afrontó el debate de manera abierta, fijando una postura al respecto.

Como se sabe, el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece una protección general a la vida desde la concepción; no obstante, al interpretar este precepto, la Corte Interamericana se aleja del criterio literal y opta por reconocer una evolución histórica en el entendimiento de la protección de la vida.

La CIDH consideró que la discusión sobre el inicio de la vida puede ser abordada desde distintas perspectiva. Dentro de éstas se mencionan la biológica, la médica, la ética, la moral, la filosófica y la religiosa. Ante ese abanico de posibilidades, la

²⁵ Como ejemplo de estas propuestas pueden mencionarse el Dictamen de reforma de la Ley General de Salud en materia de reproducción humana asistida, aprobado el 16 de julio de 2013 por la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, LXI Legislatura; la Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se Crea la Ley General de Reproducción Humana Asistida, encabezada por la Senadora Maki Esther Ortiz Domínguez y respaldada por Senadores de diversos Grupos Parlamentarios, de diciembre de 2012 ; Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman diversos artículos de la Ley General de Salud y la denominación del Título Décimo Cuarto de la misma, presentada por integrantes de diversos Grupos Parlamentarios en el Senado en febrero de 2013 y la Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General de Salud y del Código Civil Federal, presentada por los Diputados Ricardo Mejía Berdeja y Ricardo Monreal Ávila del Grupo Parlamentario Movimiento Ciudadano en abril de 2013.

Corte Interamericana, sin demeritar a los planteamientos que confieren a los embriones, atributos metafísicos, manifestó que tomar estos postulados como guía de las acciones públicas implicaría imponer un tipo de creencias específicas a personas que no las comparten.²⁶

Por lo anterior, se decanta por entender a la concepción, como el momento en el que se produce la implantación de un embrión en el útero de una mujer, en atención a que dicha condición es indispensable para éste pueda desarrollarse. Este argumento, lleva a la CIDH a concluir, que antes de que se realice la implantación, no procede aplicar el artículo cuarto de la Convención Americana. Pese a ello, reconoce que debe existir una protección gradual e incremental de la vida prenatal.

Para llegar a estas conclusiones, la Corte Interamericana realizó una revisión de argumentos, de índole diversa, que le fueron proporcionados mediante la figura del *amicus curiae*.²⁷

Es claro que el debate sobre el inicio de la vida y el momento en que ésta debe protegerse jurídicamente, no terminará en razón de existir un criterio de la Corte Interamericana. Sin embargo, el hecho de que este aspecto haya sido abordado de manera franca, sí contribuye al debate democrático que es necesario realizar en Latinoamérica.

El caso Artavia Murrillo y Otros representó para Costa Rica una sentencia condenatoria que lo obliga a dejar sin efectos la prohibición de practicar la fecundación *In Vitro*. Además, la sentencia indica la necesidad establecer una regulación para su implementación, así como sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones y profesionales calificados que desarrollen esta técnica.

²⁶ *Cfr. op. cit.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, nota 22, p.6.

²⁷ El término *amicus curiae* significa la persona ajena al litigio y al proceso, que presenta a la CIDH razonamientos en torno a los hechos contenidos en la demanda o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Artículo 2.3 definiciones.

Por otra parte, hay que advertir que los argumentos de la CIDH en este litigio internacional, pueden tener alcances que rebasan los debates de la asistencia en la reproducción. Sólo por mencionar algunas temáticas, habrá que reflexionar en torno a la aplicación de algunos postulados en materia de aborto, métodos anticonceptivos, matrimonio y adopción de personas homosexuales o solteras, salud reproductiva, cobertura universal de los servicios de salud, y el acceso igualitario a los progresos de la ciencia.

La sentencia que se analiza, constituye un precedente obligatorio para el Estado Mexicano, debido a que proporciona una mayor protección para las personas, en comparación con el marco jurídico local. Ello se traduce en que la regulación sobre las técnicas de reproducción asistida, deberá atender los criterios establecidos por la CIDH en su resolución.

Es necesario subrayar que esos lineamientos no han sido retomados en las propuestas legislativas que se analizan por el Congreso mexicano. Por el contrario, en la mayoría de los casos, los proyectos contradicen, abiertamente, los parámetros de la jurisprudencia interamericana, especialmente por lo que hace a la no discriminación y a la protección de la vida.

Cierto es, que el tema resulta intrínsecamente polémico. Esto ha llevado a los actores políticos mexicanos a evadir su responsabilidad en la toma de decisiones, partiendo de la idea de que el silencio no genera controversia. No obstante, quienes así piensan, olvidan que una sociedad democrática se construye a través de un diálogo plural y respetuoso.

Resulta perturbador que los legisladores no consideren la existencia de los controles internacionales para la defensa de los Derechos Humanos y actúen ignorando o negando sus alcances.

Respecto de la reproducción asistida, propongo comenzar por asumir que la tendencia del derecho internacional contradice la moral de una sociedad tradicional como la mexicana. En última instancia, el derecho es un elemento transformador de las estructuras sociales. Asumamos que la democracia no

es pasiva. Asumamos que las normas jurídicas, como fruto del actuar humano, tienen una carga ideológica y no son neutrales.

Asumamos que el cuidado de las personas que se encuentran involucradas en la asistencia de la procreación, es un reto que nos obliga a repensarnos como sociedad. Repensémonos dejando atrás el oscurantismo ideológico y el hermetismo jurídico que nos mantiene en la parálisis.

V. LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA Y LA ATENCIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL

Los enfermos mentales, en México, son un grupo vulnerado. La ausencia de la capacidad para conducir su vida y tomar decisiones de manera autónoma, los expone a abusos físicos, sexuales, económicos y emocionales.

Estas personas pueden hacerse presentes de manera física, pero su voz es ignorada. Muchos de ellos, además, se encuentran en condiciones de abandono. Cargan el estigma de la vergüenza, el rechazo y el olvido, por haber tenido la desdicha de formar parte de una cultura que rinde tributo al raciocinio y define al ser humano como un ente esencialmente pensante.

En el aspecto legal –a diferencia de lo que ocurre con la reproducción asistida– la salud mental tiene un marco jurídico que delimita los parámetros del ideal de la atención de la salud. Pero, como ocurre en muchas otras materias, la presencia de normas positivas, no genera, por sí misma, que en la realidad el contenido de dichas normas se cumpla.

El Informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) sobre los hospitales psiquiátricos que dependen del Gobierno Federal y Estados de la República Mexicana, emitido en 2013,²⁸ muestra claramente la triste

²⁸ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre los hospitales psiquiátricos

realidad de las personas que se encuentran en instituciones especializadas en el cuidado de quienes sufren de alguna discapacidad mental.²⁹

A lo largo de cada página, el informe transmite las precarias condiciones de atención que reciben las personas que viven en estos centros. Además, se reseñan las violaciones a sus Derechos Humanos y se exhibe la falta de cumplimiento de la normatividad para su adecuada atención.

Abusos sexuales, tortura, pobreza, mala alimentación y falta de higiene, son sólo algunos de los elementos que llevaron a la CNDH a realizar 15 recomendaciones a la Secretaría de Salud y a los Gobernadores de Estados en los que se encuentran los establecimientos de atención psiquiátrica.

Solo por mencionar algunas cuestiones prioritarias, la CNDH urge para que se evite cualquier clase de abuso, así como a sensibilizar al personal de salud sobre los límites en el ejercicio de sus funciones. Asimismo, promueve el tránsito del modelo de reclusión hacia otro de inserción social más amigable.

También, hace un llamado para que se respeten las reglas legales para la toma de decisiones respecto de quienes padecen enfermedades mentales. Además, hace un énfasis en la adecuada integración de los expedientes clínicos de estas personas. Como un elemento primordial para una atención

que dependen del Gobierno Federal y estados de la República Mexicana, 30 de octubre de 2013, disponible en <www.cndh.org.mx/sites/all/fuentes/documentos/informes/especiales/informeEspecial_HospitalesPsiqui.pdf>.

²⁹ El reporte se elaboró con base en las observaciones realizadas a 41 instituciones de atención psiquiátrica. De acuerdo con la información plasmada en el documento, el número de pacientes internados en los establecimientos dependientes del gobierno federal ascendía a 669, de los cuales 371 son hombres y 252 mujeres, así como 46 menores, 22 de ellos mujeres y 24 hombres. Por su parte, en los establecimientos bajo la competencia de los gobiernos estatales existe una población de 2,474 pacientes, entre los cuales se encuentran 1,278 hombres y 1,187 mujeres, así como nueve menores, cuatro de ellos hombres y cinco mujeres. *Ibidem*, p. 5.

de calidad, pide que el personal de salud esté capacitado en Derechos Humanos y prevención de la tortura.

Dentro de las situaciones más preocupantes en nuestro país, destaca la carencia de la realización de los procedimientos puntuales para conocer si los pacientes se encuentran en los centros, por voluntad propia o a solicitud de una persona legalmente autorizada para suplir su consentimiento.

Por su parte, el propio informe de CNDH deja constancia de las limitantes de quienes operan esos centros de atención. La mayoría de estos lugares no cuentan con recursos humanos, ni materiales, para hacer frente a las múltiples atenciones que requieren las personas con discapacidades mentales.

Sobre este asunto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nuevamente presenta elementos que son necesarios retomar en el contexto nacional.

La protección de los enfermos mentales en la jurisprudencia interamericana

En 2006, la Corte Interamericana resolvió un caso de vulneración de derechos, en un establecimiento para el cuidado de personas con discapacidad mental, en Brasil. El hecho que detonó la intervención del Sistema Interamericano, fue la muerte del señor Damião Ximenes Lopes, mientras se encontraba sometido a un tratamiento psiquiátrico, en la Casa de Reposo Guararapes.

Según los testimonios presentados ante la Corte, el cadáver presentaba marcas de tortura; sus puños estaban desgarrados y totalmente morados. Sus manos también estaban perforadas con marcas de uñas y una parte de la nariz la tenía golpeada. No obstante, la causa de muerte fue descrita por los médicos como muerte natural por paro cardio-respiratorio.³⁰

³⁰ Testimonio de Irene Ximenes Lopes Miranda, hermana de Damião Ximenes Lopes. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del caso Ximenes López Vs Brasil, 4 de julio de 2006, p. 14.

En su sentencia, la CIDH hace énfasis en la protección especial que deben recibir las personas que se ven impedidas para actuar de manera autónoma, así como en las responsabilidades de los Estados de vigilar que se les brinde una atención de calidad.

Para la Corte Interamericana, las personas con discapacidad mental a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad.³¹

Debido a ello, los Estados tienen el deber de supervisar y garantizar que en toda institución psiquiátrica –pública o privada– sea preservado el derecho de los pacientes de recibir un tratamiento digno, humano y profesional, y de ser protegidos contra la explotación, el abuso y la degradación.³²

La CIDH señala que la protección de la salud, por parte de los Estados, conlleva muchas más responsabilidades que las de brindar servicios de atención médica de calidad.

En el análisis del caso, la CIDH sostiene que no basta que los Estados se abstengan de violar derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección de las personas, especialmente cuando sufren alguna condición de desventaja, como la discapacidad.³³

Este aspecto resulta de enorme relevancia debido a que cierra las posibilidades de que los Estados se eximan de propiciar las condiciones para que cada persona pueda realizar su proyecto de vida.

Específicamente para México, esta sentencia refuerza los argumentos sobre el apremio de brindar protección a las per-

³¹ *Ibidem*, p. 31.

³² *Idem*.

³³ *Cfr. op. cit.* Corte Interamericana de Derechos Humanos, nota 30, p. 30.

sonas que no gozan de plenitud en su salud mental. Aunado a ello, se detecta la necesidad de establecer una política pública integral para la atención de este grupo vulnerable.

Es dable reconocer que existen casos en los cuales es necesario limitar algunas prerrogativas a quienes padecen enfermedades mentales, pero estas restricciones no pueden rebasar los límites de su dignidad.

A la fecha, la salud mental en México ha quedado al margen de la atención gubernamental. En mucho, esto se debe a que los grupos afectados no pueden alzar la voz por sí mismos.

La autodefensa de la dignidad en quienes padecen algún grado de discapacidad mental, es una posibilidad inexistente que debe ser suplida por la solidaridad de una sociedad que tiene la obligación de acompañar a estas personas. En muchos sentidos, este acompañamiento surge de la empatía y la capacidad de sensibilizarse con el dolor ajeno.

El desdén documentado en el Informe de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en México, nos hace pensar si los abusos presentados en establecimientos médicos especializados son sólo elementos sintomáticos de una vejación masiva y mucho más grave.

Los enfermos mentales tienen derechos, a pesar de que haya quienes consideren que tienen una calidad humana disminuida. Son merecedores –como el resto de la población– de la posibilidad de desarrollar al máximo sus potencialidades.

La sentencia contra Brasil, debe ser para México un claro señalamiento de nuestras propias inconsistencias y descuidos en la protección de quienes padecen enfermedades mentales. Debe representar una llamada de atención que nos haga tomar acciones inmediatas para evitar el sufrimiento de estas personas.

VI. CONCLUSIONES

La jurisprudencia internacional en materia de Derechos Humanos es un elemento que transforma cada vez con mayor

celeridad la cultura jurídica en México. Aún con nuestra resistencia, las veredas que abre el conjunto de resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nos empujan hacia la construcción de un sistema más garantista de la dignidad de las personas.

Del otro lado, en la comunidad nacional de juristas, se percibe el miedo a lo desconocido. Queremos permanecer en un andamiaje jurídico anquilosado debido a la seguridad que nos brinda la aplicación lisa y llana de las normas en la tradición nacional.

Nos asusta el compromiso que lleva implícito el reforzamiento de la obligatoriedad de los Tratados y el acatamiento de las reglas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos como un todo.

Para algunos, no queda más que aguardar pacientes la llegada de abogados formados en la nueva dinámica de la protección a los derechos fundamentales. Desde mi concepción, México no puede esperar.

¿Cuántas historias más de dolor habrán de pasar ante nuestra mirada antes de que esté lista la nueva generación de juristas formados bajo un sistema más humano? ¿Cuántas historias más de terror antes de que los nuevos expertos en Derechos Humanos se hayan colocado en ámbitos de verdadera influencia?

La disciplina jurídica ha logrado su avance gracias a que hubo personas dispuestas a poner en tela de juicio las verdades dadas como universales; a destruir los dogmas cuando era necesario para avanzar. En eso no somos diferentes de otros campos de conocimiento; el progreso no se daría sin cambios en nuestros paradigmas. ¿Qué seríamos los seres humanos sin la posibilidad de reinventarnos?

Es cierto que la simple adopción de criterios extranjeros no será la panacea del respeto y protección de los Derechos Humanos. También lo es, que ha quedado expuesta la enorme resistencia de los actores del sistema jurídico mexicano para

asumir responsabilidades en la materia si no existe una presión adicional.

La reciente apertura que muestra el derecho mexicano de cara a la justicia interamericana requiere una nueva actitud frente al derecho mismo y, por lo tanto, abogados con una vocación humanista, dispuestos a enfrentar los retos de un sistema de justicia que ha cambiado su rumbo.

Este nuevo escenario es, además, una excelente oportunidad para conectarnos con otros países de América, así como para aprender de los errores y aciertos, que en materia de Derechos Humanos, se han presentado en otras latitudes.

Ello implica trascender la visión regionalista del derecho y los sistemas jurídicos, e involucrarnos no sólo con los procesos judiciales seguidos contra de otros Estados Americanos, sino comprender como un todo sus desarrollos históricos y sociales.

Urge tomar acciones que desdibujen las barreras que nos alejan del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos. Esto, como una forma de despertar a la realidad continental en la que nos encontramos inmersos y que hemos aceptado como obligatoria, bajo la premisa de transitar hacia un estadio de respeto efectivo a los derechos fundamentales. Los ejemplos que se han plasmado sobre la salud, son una clara muestra.

La protección de la salud en México necesita ser acompañada de un marco jurídico adecuado y coincidente con las vivencias de la sociedad del siglo XXI. Son innumerables los debates que se han postergado para conformar estructuras de derecho, que sirvan a la garantía efectiva de la salud. Esta situación no puede continuar.

En esta y otras materias, el derecho constitucional tiene un papel clave en el entendimiento adecuado de las nuevas estructuras jurídicas. Somos los interesados en esta rama del derecho, los responsables del liderazgo para propiciar el tránsito hacia un nuevo sistema de pensamiento de lo jurídico.

Por sus características, el derecho constitucional tiene las herramientas para guiar la apertura de nuestra disciplina y

brindar claridad en las grandes estructuras de derecho que nos encontramos construyendo. Debido a ello, agradezco la posibilidad de contribuir a la reflexión de las batallas de la revolución jurídica, que señalaba en líneas introductorias.

Considero que no hay mejor forma de rendir homenaje a un hombre como el Dr. Mariano Palacios Alcocer, sino con la generación de ideas que den pie al desarrollo del constitucionalismo en México. Siguiendo el ejemplo de nuestro querido maestro, no busco con estas reflexiones imponer una visión personal de los temas aquí tratados, sino contribuir al debate que consolide cada vez de mejor forma la democracia nacional.

VII. FUENTES DE CONSULTA

ÁLVAREZ LEDESMA, Mario I., *Acerca del concepto Derechos Humanos*, México, McGraw-Hill, 1998.

BRENA, Ingrid, “La fecundación asistida. ¿Historia de un debate interminable? El Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XII, 2012.

CASTILLA CALDERAS, Mariana, *Las razones de la sinrazón: discriminación y salud mental*, México, Flacso, 2010.

CELIS DE LA CRUZ, Martha, *El estado laico: la Ley de libertad de culto en la prensa mexicana del siglo XIX*, biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3101/14.pdf.

CONTRERAS, Pablo, “National Discretion and international deference in the restriction of Human Rights: A comparison between the jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, Northwestern University, vol. 11, artículo 2, 2012.

- COVIÁN ANDRADE, Miguel, *Diez estudios antidogmáticos sobre el sistema constitucional mexicano*, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional, A.C., 2009.
- COMISIÓN NACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Informe especial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos sobre los hospitales psiquiátricos que dependen del Gobierno Federal y estados de la República Mexicana*, 30 de octubre de 2013.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual 2012*.
- FERRAJOLI, LUIGI, “Sobre los derechos fundamentales” en *Revista Cuestiones Constitucionales*, trad. de Miguel Carbonell, México, número 15, Julio a Diciembre de 2005, <www.jurídicas.unam.mx/publica/rev/const/15>.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 6a. ed., México, Porrúa, 2009.
- FRIEDMAN, Eric y LAWRENCE Gostin, “Pillars for progress on the right to health: harnessing the potential of Human Rights through a framework convention on global health”, *Health and Human Rights*, Estados Unidos de América, Universidad de Harvard, vol. 14, número 1, junio 2012.
- GAMAS TORRUCO, José, “Derechos Humanos”, en García Ramírez Sergio (coord.), *El derecho en México dos siglos (1810-2010)*, México, UNAM- Porrúa, 2010.
- HOOFT, Pedro Federico, “Bioética y jurisprudencia”, *Revista acta bioethica*, año VIII, número 2, 2002.
- MONTIEL ROMERO, Lucía, “La salud en México: una perspectiva de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derechos Humanos*, México, Universidad Iberoamericana, 2011.

- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO PARA LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Diagnóstico sobre la situación de los Derechos Humanos en México*, México, Aedos, 2003.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida*, Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud, p. 7.
- PATIÑO MANFER, Ruperto, *La reforma del artículo 40 constitucional*, biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3101/28.pdf.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Reformas constitucionales en Derechos Humanos*, México, junio 2011.

¿KELSEN O LOS DERECHOS EN SERIO? (ESCRITOS SOBRE LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO)

*J. Francisco Castellanos Madrazo**

SUMARIO: I. Introducción. II. El control de constitucionalidad de los tratados internacionales en la teoría de H. KELSEN. III. Los derechos en serio. IV. La función del artículo 1º, párrafo primero, de la Constitución General de la República y su relación con el artículo 133. V. El ámbito material de aplicación del artículo 1º, párrafo primero, de la Constitución General de la República. VI. El sentido y alcance del artículo 1º, párrafo primero, de la Constitución General de la República.

A don Mariano Palacios Alcocer, con invariable afecto.

Quienes pensamos que la idea actual de democracia exige un mayor y más igualitario disfrute de los derechos fundamentales y las libertades públicas, creemos que es tarea irrenunciable de este Tribunal (Constitucional) llevar a cabo con rigor y firmeza una interpretación amplia de los preceptos constitucionales que los enuncian o defienden.

FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE

* Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca, España. Profesor de la División de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

I. INTRODUCCIÓN

Un importante sector de la doctrina mexicana ha dado cuenta de la trascendencia que tiene para nuestro ordenamiento jurídico la reforma constitucional de junio de 2011.¹ A partir de ésta, se introdujo en la Constitución Federal, hasta donde entiendo, la modificación más trascendente que ha sufrido en los últimos 96 años el artículo 1º, primer párrafo; precepto que en su novedosa y vanguardista fisonomía prevé:

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.

Como puede apreciarse nítidamente, el precepto consultado evidencia que por primera vez en el constitucionalismo mexicano, el Poder de Reforma de la Constitución ha establecido la noción de quebrantamiento constitucional acuñada por C. SCHMITT, en la primera mitad del siglo XX; la que desde entonces se dibujaba como la autorización y previsión expresa que la Constitución establece para que sus postulados, en hipótesis perfectamente establecidas por aquélla, puedan resultar inaplicados, sin que ello resulte una alteración en la vigencia formal y material de la Norma Fundamental.²

Por virtud del quebrantamiento constitucional y, precisamente, con base en el principio de supremacía, la Constitución establece un régimen que excepciona, por causas perfecta-

¹ Destacable entre nuestra literatura sobre este tópico, es la obra coordinada por P. SALAZAR y M. CARBONELL, *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo paradigma*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011.

² C. SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Ed. Alianza, Madrid, 2003, pp. 115 y 116.

mente definidas en aquélla, el cumplimiento de los mandatos iusfundamentales, determinando así 2 sistemas: el general y el excepcional, siendo ambos igualmente válidos.³

En este ensayo, me ocuparé de presentar un acercamiento sobre cuál debe ser el entendimiento constitucionalmente adecuado que debe asignarse a dicho quebrantamiento y cuáles son los efectos que produce en nuestro ordenamiento jurídico.

II. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LA TEORÍA DE H. KELSEN

En su célebre obra: *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, H. KELSEN sostendrá que: “los tratados internacionales deben ser también considerados —desde el punto de vista de la primacía estatal— como actos inmediatamente subordinados a

³ Precisamente, porque ha sido el Poder de Reforma el que ha introducido ese quebrantamiento constitucional, debe entenderse que esa modalización constitucional fue asentada por la voluntad del pueblo soberano; por ende, esa decisión no puede cuestionarse ni desconocerse, al provenir de la voluntad máxima del Estado. En este punto, vale la pena retomar las ideas de SIEYÉS, para quien el poder constituyente —en México el Poder de Reforma o también denominado Constituyente Permanente— es un poder soberano, que no está vinculado por ninguna norma jurídica previa, pudiendo libremente fijar la idea de derecho que considere adecuada en la Constitución. Este poder determina las normas jurídicas básicas de una sociedad política a través de un acto racional, deliberativo y sincrónico. Dicha potestad suprema proviene del cuerpo político de la sociedad. Esta concepción tiene como efectos fundamentales la distinción entre “poder constituyente” y “poderes instituidos” o “constituidos”. Esta perspectiva es, precisamente, la que fundamenta la supremacía constitucional y la defensa de la Constitución a través del control de constitucionalidad de los actos de los poderes constituidos o instituidos por la Carta Fundamental; y a la vez, es también la que legitima de forma excepcional y en casos perfectamente detallados, que los postulados de la Constitución, puedan resultar inaplicados, sin que ello resulte una alteración en su vigencia formal y material. E. J. SIEYÉS, *¿Qué es el Estado Llano?*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 146 y 147.

la Constitución.”⁴ La idea que en la época sostuvo el profesor vienés, parte de un contexto programado por la imagen doctrinal más tópica de las relaciones existentes entre las normas internacionales recibidas en el ordenamiento de un Estado y las normas de origen interno.⁵

Esa relación tuvo como eje central de operación, en la visión analítica primaria, a los principios de supremacía y jerarquía -también perfectamente definidos por el propio KELSEN-,⁶ de

⁴ Al respecto, el profesor vienés dirá: “Ellos —refiriéndose a los tratados internacionales— tienen normalmente el carácter de normas generales. Si se condena que debe instituirse un control de su regularidad, puede pensarse seriamente en confiarlo a la jurisdicción constitucional. Jurídicamente no se opone a que la Constitución de un Estado le atribuya esta competencia con el poder de anular los tratados que juzgue inconstitucionales”. H. KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, pp. 65 y ss.

⁵ Como ha explicado A. REMIRO: “Los Derechos estatales conciben la recepción de los tratados básicamente de dos formas: previa transformación mediante un acto formal de producción normativa interna (ley, decreto ...) —régimen de recepción especial— o mediante su incorporación inmediata desde que el tratado es internacionalmente obligatorio, exigiendo eventualmente el acto material de su publicación oficial —régimen de recepción automática.” En la adopción del régimen influyen factores de distinta naturaleza: Los factores ideológicos, vinculados a la valoración que se hace de la soberanía del Estado y a postulados monistas o dualistas acerca de las relaciones entre el Derecho Internacional y los Derechos Internos. Los factores históricos, ligados a la tradición constitucional de cada Estado. El factor técnicamente más importante estriba en la participación o no de las Cámaras legislativas en la conclusión de los Tratados. El respeto de las competencias legislativas de las Cámaras exige la sujeción de la eficacia interna de las disposiciones convencionales a su previa transformación en ley. En nuestro país, impera el régimen de recepción automática. A. REMIRO BROTONS, *Derecho Internacional*, Ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1997, p. 357.

⁶ La concepción de KELSEN sobre la jerarquía normativa, está fundada en su teoría pura del Derecho que prescinde de conceptos o categorías propias de las ciencias sociales. Como es bastante reconocido, KELSEN diseñó una pirámide jurídica que constituye una metodología de asignación de jerarquía de las normas de un ordenamiento jurídico y la interconexión de éstas. Conocida en alemán como la “*Stufenbau theorie*”, que alude al establecimiento de un modelo de adecuación de todas las normas del ordenamiento jurídico a la Constitución y su revisión por un Tribunal al que denominó Tribunal Constitucional.

conformidad con lo cuales, en el campo jurídico de los tratados internacionales y su incorporación a un ordenamiento nacional, existía una regla general inquebrantable que puede definirse de la siguiente manera: los tratados internacionales incorporados en el ordenamiento jurídico —al igual que cualquier otra norma de derecho interno— quedan sometidos a los postulados iusfundamentales, con independencia de su fuente de producción —*ad intra* o *ad extra*—, en virtud de que al adherirse a un determinado ordenamiento jurídico, dichas disposiciones *ad extra* se acomodan en esa estructura normativa que determina, entre otros aspectos, su orden jerárquico.⁷

La escena teórica que heredó KELSEN al constitucionalismo de la posguerra, constituyó la piedra de toque para que los Estados pudieran dirimir las antinomias entre Constitución y tratados internacionales, ya fuera mediante la implementación del principio que reza: ley superior prevalece sobre ley inferior —*lex superior derogat legi inferiori*—,⁸ o bien, a través

La validez de todas las normas jurídicas depende de su correspondencia con la *Grundnorm* o *norma fundante básica*, que es una connotación acuñada por H. KELSEN, quien señaló que todas las normas cuya validez pueda remitirse a una norma fundante básica, constituyen un sistema de normas, un orden normativo. H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, 7ª ed., Ed. Porrúa, México, 1993, p. 202 y ss.

⁷ Hans Kelsen fue muy claro al desarrollar la estructura del sistema normativo que produce un orden jurídico. Para el profesor de la escuela vienesa, la razón o fundamento de una norma secundaria siempre está en otra norma superior, hasta llegara a la fundamental, mas no en hechos o motivaciones ajenas al sistema normativo. La validez de las normas secundarias (regularidad constitucional) depende de su concordancia con aquella que le precede; por tanto, ese elemento esencial de su existencia no puede tener como base la idea de que su inmunidad o justificación de permanencia deriva de que su contenido regula cuestiones de la máxima importancia económica, política o social, haciéndolo, desde luego, de manera contraria a la Constitución. H. KELSEN, *Teoría general de las normas*, Ed. Trillas, México, 1994, p. 20 y ss.

⁸ Muy ilustrativa es la explicación que da PEDRO DE VEGA sobre este principio y su relación con la justicia constitucional. Para el profesor español, justamente porque la Constitución es *lex superior*, en la hipótesis de una antinomia o conflicto normativo entre sus disposiciones y preceptos jurídicos de rango

de la jurisdicción constitucional –en los países que adoptaron ese modelo-, vía declaración de inconstitucionalidad, cuando el tratado internacional no se acomoda a las disposiciones constitucionales, actualizando por ello una violación a los principios de supremacía constitucional y jerarquía del ordenamiento normativo, lo que produce su invalidez⁹ —en el caso del ordenamiento jurídico mexicano, por violación al artículo 133 constitucional —.¹⁰

A la sombra del postulado kelseniano, durante más de 80 años, distintos Estados del orbe han solucionado las antinomias entre Constitución y tratados internacionales, con la receta que KELSEN elaboró, la cual puede sintetizarse de esta forma: el principio de jerarquía estatuido en las constituciones, es el pilar del ordenamiento jurídico que escalafona a las distintas normas, otorgándoles prelación aplicativa, lo cual contribuye a desarrollar el principio de seguridad jurídica

inferior, debe prevalecer en cualquier caso, el criterio constitucional. Como nos recordará el propio DE VEGA, en América, esta visión de la supremacía constitucional y, por ende, de la posición superior de la Norma Fundamental frente al conjunto de disposiciones secundarias, fue reconocido jurisprudencialmente desde la célebre sentencia del juez Marshall, *Marbury vs Madison*, de 1803, en la cual se estableció con claridad el axioma en virtud del cual *lex superior derogat legi inferiori*. P. DE VEGA, Jurisdicción constitucional y crisis de la Constitución, en ID. *Revista de Estudios Políticos*, Número 7, Madrid, 1979, p. 93.

⁹ Como ha dado cuenta magistralmente el ilustre profesor F. RUBIO LLORENTE, en el diseño de la jurisdicción constitucional ideada por KELSEN, la contradicción de una norma inferior con las disposiciones constitucionales, implica la invalidación directa de aquélla. Una norma que nace contraria a la Carta Fundamental, desde ese momento tiene el riesgo inminente de desaparecer del sistema, si es que esa disconformidad jerárquica con la *lex superior*, es evidenciada ante el Tribunal Constitucional. F. RUBIO LLORENTE, Seis tesis sobre la jurisdicción constitucional en Europa, en ID. *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 35, 1992, pp. 19-31.

¹⁰ **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 Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.*

respecto a la aplicabilidad, en cada caso concreto, al fijar un cartabón que obliga a los operadores del sistema a aplicar la Norma Fundamental por encima de los tratados internacionales. Desde luego, dicha solución está íntimamente enlazada con la validez de cada norma, en aquellos ordenamientos en los que el modelo de jurisdicción constitucional opera. En suma, para Kelsen, los tratados internacionales no eran nada más que leyes, que debían encajar en el enclave constitucional o de lo contrario, ser declarados inválidos y expulsarlos del ordenamiento jurídico.¹¹

Bajo este entendimiento, si la Constitución es el nivel supremo del orden jurídico, cualquier norma que la contraríe es inconstitucional, por lo que así debe ser declarada en los estados en los que existe un modelo de control de constitucionalidad de las leyes; lo que incluye, por supuesto, a los tratados internacionales, que son susceptibles de ser revisados y anulados —en cuanto normas internas— a través de la jurisdicción constitucional.

En mi concepto, la idea kelseniana sigue vigente en nuestro sistema, prueba de ello, es el artículo 133 constitucional; empero, esa vertiente teórica actúa únicamente respecto de tratados internacionales que no contienen disposiciones de derechos humanos. Frente a éstos, en términos del artículo 133 constitucional, es admisible la postura de que una vez incorporados al sistema, se tornan normas internas que, por ende, pueden ser sometidas a escrutinio constitucional e invalidadas en caso de que sean contrarias a la Constitución, esto es, el numeral en cita es aplicable únicamente para el régimen general de supremacía y jerarquía, pero no para el excepcional de primacía que propicia el quebrantamiento constitucional contenido en el artículo 1º.

Efectivamente, la visión de Kelsen se torna inoperante cuando estamos frente a un quebrantamiento constitucional estatuido por la propia Constitución en el artículo 1º, primer

¹¹ H. KELSEN, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*. (*La justicia constitucional*), op., cit., p. 68.

párrafo, por medio del cual el Poder de Reforma estableció una excepción al régimen general de supremacía y jerarquía, generando un régimen alterno de primacía aplicativa preferente y concurrente, únicamente para los tratados o convenios internacionales de derechos humanos. Esto quiere decir, por una parte, que Constitución y tratados o convenios internacionales de derechos humanos son igualmente supremos al interior del ordenamiento, por lo que en tal sentido, constituyen el parámetro máximo de control de constitucionalidad; y de otra, que el principio de jerarquía normativa no actúa frente a dichas normas, por lo que para dirimir una posible antinomia, debe estarse a lo que el propio precepto dispone; esto es, que en todo caso, deberá preferirse la aplicación —primacía y no jerarquía— de la disposición que garantice a las personas la protección más amplia.

Desde mi punto de vista, esta postura es la que garantiza un entendimiento, constitucionalmente adecuado de la teoría que subyace a la reforma al artículo 1º constitucional, idea que encuentra sustento en los siguientes fundamentos analíticos.

III. LOS DERECHOS EN SERIO

En los albores del siglo XXI, estamos asistiendo a la consolidación de una nueva *Teoría de la Constitución*, que se desmarca en esencia de la funcionalidad del decimonónico: *Estado de Derecho* que imperó a lo largo del siglo XIX¹² y gran parte del

¹² En medio de ese estadio, comienza a observarse una tendencia constitucionalista cargada de tal formalismo, que da vida a una estructura que tiene como finalidad el combate del origen popular de la Constitución, la cual proviene de Alemania, Nación que en esos momentos estaba dejando de lado su normativa constitucional medieval, para adoptar una visión institucional del Estado y transformar a la Constitución en la base del Derecho Público que debía reinar sobre todas las actividades estatales. Con esta corriente se inaugura una concepción estatalista de la Norma Fundamental, cuyos postulados primigenios consistían en que el Estado no podía reducirse a ser un eje garantizador de los derechos fundamentales, porque tal actuar reducido tendía a eliminar su valor y

XX,¹³ en los cuales los principios, reglas y modelos como filtros de racionalización de las precomprensiones constitucionales, tropezaron con dificultades prácticamente insalvables para asegurar la fuerza normativa de la Constitución frente a los poderes constituidos, singularmente frente el legislador y al Gobierno. Ese constitucionalismo, en realidad, se disuelve en el legalismo más expresivo, que hoy aparece como un instrumento añejo y obsoleto ante las nuevas realidades que vienen apareciendo en las sociedades contemporáneas.¹⁴

esencia política; con lo cual, la Constitución debía ser el instrumento para sentar la bases de la unidad política del Estado y con ello, la efectiva soberanía que, desde luego, solamente podía recaer en éste. Esa concepción idealista-formal de la Constitución produjo un desplazamiento del ejercicio monopólico de la soberanía, el cual dejó de residir en el Parlamento, para trasladarse al marco institucional del Estado, el cual era el único sitio en el que el resto de los componentes políticos encontraban su capacidad de existencia, forma y orden. A partir de la segunda mitad del siglo XIX, se gestan en Europa, movimientos que pretenden democratizar a los Estados, reivindicando el voto universal y reconociendo derechos políticos y sindicales, aunque con la influencia de la soberanía estatal que Alemania difunde en todo el continente, transitándose de esta manera del liberalismo primario en sentido puro. El positivismo constitucionalista parte de una realidad política e histórica que muestran a la Constitución como la base sobre la que se asienta el poder del Estado soberano, capaz de establecer por la fuerza el interés general por encima del particular. Esta soberanía estatal elimina, totalmente, la que en otro tiempo detentaron los monarcas, el pueblo y el Parlamento que pertenecían al campo de lo político, mas no al de lo jurídico, los que al tenor de estas reglas novedosas se convirtieron en poderes insertos y regulados en el orden constitucional, dando vida así al Estado de Derecho, el cual supuso la negación de todo principio político dirigido a controlar el poder público. Sobre estas ideas Vid. G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 269; J. BENTHAM, *Falacias políticas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 216 y G. PALOMBELLA, *Constitución y Soberanía. El sentido de la democracia constitucional*, Ed. Comares, Granada, 1999, p. 20.

¹³ M. GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, Ed. Alianza, Madrid, 1984, p. 17.

¹⁴ Como se ha preguntado el profesor Gomes Canotilho: ¿Por qué actualmente parece necesario un enfoque más amplio del Derecho Constitucional?. Probablemente, se ha dicho, porque nos encontramos ante un cierto *malestar constitucional*, que se plasma en la necesidad de buscar una teoría general de la

La citada reconstrucción no transita en absoluto por un proceso terso, sino todo lo contrario, existe una reticencia sólidamente para admitir que la realidad constitucional actual, supone que la Constitución no sólo determina quién gobierna, cómo lo hace y hasta qué límites puede hacerlo,¹⁵ sino también y

Constitución y de sus cambios que ofrezca instrumentos conceptuales y teóricos para afrontar el futuro. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Ed. Almedina, Coimbra, 2003, p. 1316 y *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, Ed. Almedina, Coimbra 2001, p. 79.

¹⁵ Durante un importante periodo del constitucionalismo europeo, la Constitución fue el instrumento que existía, simplemente, para arquetipar la estructura del Estado soberano, organizarlo, disciplinarlo y limitarlo, dando con ello respuesta a la necesidad de estabilización que surgió en Europa tras el periodo revolucionario, pero con la firme convicción de no conceder valor jurídico alguno a ese origen revolucionario del Derecho Público, lo cual produjo la exterminación del principio democrático con el que inició el periodo constitucionalista. Este periodo ha sido denominado por la doctrina generalmente aceptada como el *Rechtsstaat* que reinó prácticamente, hasta los inicios del siglo XX, y propició el desarrollo de sólo un aspecto del Estado, que fue el ámbito normativo, a través del cual se pretendió eliminar la arbitrariedad de la actividad estatal por virtud del principio de legalidad. La ideología positivista y los postulados del Estado de Derecho que se proyectaban desde la construcción de una Teoría del Estado, meramente jurídico formal, redujeron a la Constitución a una fórmula carente de significado sustantivo constitucional que propició un vaciamiento axiológico. La Constitución fue llevada a cumplir la función de ser el documento que explicará el asentamiento del Estado de Derecho y la soberanía del Estado, perdiendo con ello su capacidad para desplegar el contenido material de sus disposiciones, que eran consideradas como mero concepto que carecía de valor como, para trascender la entidad normativa del sistema jurídico. De esta suerte, la Constitución quedó reducida a un instrumento técnico que lograba la unidad y producción del sistema jurídico y asignaba las competencias de los órganos del Estado. Bajo estas condiciones, la ley se entroniza en la posición más alta del sistema jurídico, erigiéndose en la voz absoluta del Estado; y como bien sugiere Böckenförde, los derechos fundamentales son vistos sólo como un reflejo de la autolimitación estatal; el control de constitucionalidad de la ley es improsperable y únicamente se limita a verificar el procedimiento de creación normativa, y sus disposiciones legales positivas formulan los mandatos desde la razón general, sin contemplar los aspectos históricos, sociales, políticos y económicos que encierra la realidad estatal; consecuentemente, la Constitución se convirtió en la norma de habilitación competencial del Estado.

primordialmente, qué es lo que debe mandarse a partir de una orientación política-constitucional determinada, la cual supone un lastre grueso que cuestiona esta novedosa *Teoría de la Constitución*,¹⁶ básicamente, lanzando acusaciones agresivas que van desde que el Derecho Constitucional carece de metodología propia, pasando porque resulta altamente complejo precisar su objeto, y llegando hasta señalar que, en todo caso, la sustancia normativa constitucional no ha podido, ni podrá deshacerse de las considerables dependencias con lo político, objeciones todas que reducen el tópico a una simplicidad equivalente a decir que la racionalización constitucional debe ser entendida más como límite que como contenido, más como medida que como norma y más como función que como estructura.¹⁷

Al respecto, es importante destacar que como ha dicho Zagrebelsky, existe una conciencia general sobre la oportunidad de repensar los presupuestos y fundamentos del Derecho Constitucional,¹⁸

E. W. BÖCKENFÖRDE, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Ed. Trotta, Madrid, 2000, p. 161 y ss.

¹⁶ Para nadie es una novedad, decir que en las democracias constitucionales actuales, resulta sumamente difícil admitir la existencia de un Estado Constitucional o de un sólido constitucionalismo, sin la presencia de un institucionalizado sistema de justicia constitucional que haga de la Constitución algo más que mera manipulación, un sistema que cristalice en la realidad del Estado, la mutación de la racionalidad formal en racionalidad sustancial de la validez del Derecho. La Constitución se asume como la base para que los ciudadanos sean tratados de un modo democrático, como merecedores de igual respeto. La defensa de que ello sea una realidad normativa en la facticidad política, corresponde, como ha dicho Dworkin, a los propios ciudadanos y, en especial, a los jueces. R. DWORKIN, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Ed. Oxford University Press, Oxford, 1996, pp. 24-32.

¹⁷ Sobre este conjunto de cuestionamientos, Vid. J. L. CASCAJO CASTRO, Notas para un breve ensayo sobre constitución e interpretación constitucional, en ID. *Estudios de Deusto*, volumen 51/1, 2003.

¹⁸ El profesor italiano aduce que es indispensable desarrollar un conjunto de bases preconstitucionales que configuren un sistema que cristalice en la realidad del Estado, la mutación de la racionalidad formal en racionalidad sustancial de la validez del Derecho. Sobre esta realidad constitucional, Zagrebelsky abre la

al menos, a partir de la convicción de que una actual *Teoría de la Constitución* puede dar respuesta razonablemente satisfactoria al fenómeno jurídico vivido frecuentemente en Europa y América, de tener Constituciones garantizadas sin contenido normativo, o bien, Constituciones con contenido normativo, pero no garantizadas,¹⁹ esto, mediante el establecimiento de una Constitución normativa

puerta para que se haga una revisión seria y a profundidad de los presupuestos constitucionales que informan al Derecho Constitucional contemporáneo. G. ZAGREBELSKY, *Storia e costituzione*, en ID. *Il futuro della costituzione*, Ed. Einaudi, Turín, 1999, p. 37.

¹⁹ Después del imperio absoluto del positivismo, que reinó desde mediados del siglo XIX y hasta los inicios del XX, comenzó en Europa una nueva búsqueda por recuperar la realidad histórica revolucionaria con el objetivo de examinar el replanteamiento que supondría la restauración del Estado liberal por conducto de la Norma Fundamental, que dio nacimiento durante el denominado *periodo constitucional de entre guerras*, a un renovado constitucionalismo, que en la Constitución de Weimar de 1919 y, posteriormente, en la de Austria de 1920, encontrará sus dos vertientes catalizadoras e ideológicas de desarrollo. El constitucionalismo de entre guerras se desarrolló bajo conceptos políticos claros, que estaban preñados de la idea de que la Constitución no podía continuar siendo un instrumento estatalista -que era obra de la corriente alemana del Derecho Público-, y tampoco una hoja de ruta de la soberanía y la acción del Parlamento -que era la exposición vehemente de la tradición inglesa y también de la francesa, aunque ambas con sus características propias-, sino situarse como la cúspide de un renovado régimen político y social, en la que se plasmaran la pléyade de decisiones trascendentales del Poder Constituyente del pueblo, enunciándolas conjuntamente con otras normas de principio; esto es, era la hora en que la Carta Magna recuperara su contenido político, que estaba adminiculado indefectiblemente a la voluntad popular y que dotaba nuevamente de sentido democrático al Estado mismo. La Teoría de la Constitución alemana del primer tercio del siglo buscaba, con la notoria excepción de Schmitt, la coexistencia de una sociedad profundamente dividida a través del papel integrador del pacto constitucional. Los frutos de ese intento corresponden, en mayor medida, al constitucionalismo de posguerra. Los textos de esta época, configuran un gran acuerdo político-social que se plasma en la articulación del Estado del Bienestar europeo y que incorpora la idea de una sociedad abierta y plural, pero sin enfrentamientos antagónicos. Es esta misma posibilidad la que va a permitir un desarrollo de la *dogmática constitucional*, que alcanza en su vertiente analítica y garantista, un elevado grado de elaboración, y que se consagra con la actividad efectiva de los Tribunales Constitucionales. P. DE VEGA, *Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en*

y además garantizada, que amén de regular la organización del poder y el sistema de fuentes del Derecho, también establezca de modo directo, derechos, principios y fines que no pueden ser desconocidos o abolidos por las mayorías coyunturales que sean tentadas a ocultar la voluntad general y sustituirla por otra voluntad —la de los poderes constituidos— que posee la apariencia de ser legítima.²⁰

La reformulación de esta nueva *Teoría de la Constitución* no ha de ser ajena a los cambios que suceden en el contexto filosófico, teórico y socio-político actuales, pues hacerlo bajo ese margen implicaría conformar una línea de pensamiento que colocaría a la Constitución en la posición de una norma desvalorizada, sin fuerza normativa ni ordenación efectiva. En ese sentido, la prospección constructiva tiene como punto de partida la renovación del Derecho Constitucional, para apuntarlo como una disciplina que regula y proteja, al mismo tiempo, exigencias provenientes de cargas axiológicas que vienen desdobladas bajo parámetros deontológicos.²¹

Se trata pues, de poner a discusión la viabilidad de los elementos derivados de la *Supraconstitucionalidad red o global* que anunciara en su momento Troper, quien entendía que a nivel global —refiriéndose a Europa específicamente—, la actualidad cultural impone a los jueces constitucionales la obligación de adoptar un constitucionalismo fuerte, esto es, aceptar

el constitucionalismo actual, en ID. *Revista de Estudios Políticos*, número 100, 1998, p. 13

²⁰ En efecto, es generalmente aceptado que la soberanía y legitimidad política del pueblo está vigente, desde el momento en que conforma al Poder Constituyente hasta que la Constitución es finalmente expedida, por lo que sus representantes no pueden ostentar más que una representación limitada que no tiene el peso ni el valor político que comúnmente es representado con el lema norteamericano “*We the people*”, M. J. PERRY, *What is The Constitution? -and Other Fundamental Questions-*, en ID. *Constitutionalism. Philosophical Foundations*, Ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1998, p. 100.

²¹ P. COMANDUCCI, *Ordine o norma? Su alcuni concetti di costituzione nel Settecento*, en ID. *Studi in memoria di Giovanni Tarello I*, Ed. Giuffrè, Milán, 1990, p. 97.

la posibilidad de revisar la constitucionalidad de leyes, no sólo frente a las normas constitucionales, sino también frente a principios de *supraconstitucionalidad*, que tienen fundamento epistemológico en el conjunto de reglas que provienen de la producción normativa externa y que, en el fondo, motivan la emisión de cualquier Constitución –en occidente–, las cuales se obtienen de la generalización del conjunto de normas constitucionales vigentes en cada Estado nacional.²²

Se piensa que este constitucionalismo *multinivel*, podría paliar la profunda crisis del Derecho en las democracias consolidadas de la actualidad, regulando o mejor dicho, armonizando con mayor normalidad el cambio económico, político, social y cultural que los excesos del liberalismo ha impuesto en occidente, los cuales han ejercido una influencia tal, que la regulación del paradigma clásico de *Estado de Derecho*,²³ con sus insuficiencias regulativas y sesgadas, ya no puede disolver

²² Para M. Troper, el núcleo o esencia de cada Constitución, de la mayoría de los países europeos resulta tan homogénea, que es factible descubrir la existencia de principios comunes a una buena generalidad. En este sentido, el profesor francés dirá: *los principios sólo cumplen su función de justificación cuando son considerados no como el producto de construcciones, sino como datos de una existencia objetiva y simplemente “descubiertos” o “desenterrados” por el juez. Es por esta razón que los derechos humanos deben ser considerados no como el producto de decisiones, que son impuestas a la administración o al legislador, sino como principios trascendentes.* M. TROPER, *La Noción de Principio de Supraconstitucionalidad*, en ID. *Ensayos de Teoría Constitucional*, Ed. Fontamara, México, 2004, pp. 77-104.

²³ Una primera etapa del constitucionalismo europeo, encuentra sus inicios aproximados en el siglo XVII y transcurre durante buena parte del XVIII, vislumbró al constitucionalismo, según Fioravanti, como un conjunto de doctrinas que se ocuparon de recuperar la perspectiva de la Constitución de los modernos en cuanto al límite del poder y la garantía de unos derechos mínimos, fundamentalmente, los derechos a la vida, a la libertad ya la propiedad. El profesor italiano aglutina doctrinas de muy diversa índole. Desde su óptica, el constitucionalismo no es obra de una persona, ni tampoco de una sola tradición, sino producto de la fusión del pensamiento de Hobbes y Rousseau, junto con aportaciones esporádicas de autores anteriores o posteriores como Harrington, Maquiavelo, Locke y Blackstone, entre muchos otros, quienes en sinergia conformaron sedimentos que con el devenir del tiempo se convirtieron en las capas que modelaron al

solamente con base en un conjunto de límites y prohibiciones jurídicas impuestas al poder público, las vertiginosas transformaciones que producen la realidad.²⁴

El conjunto de ideas anteriores refleja la necesidad de adoptar, no sólo a nivel teórico, sino aún más a nivel de operatividad del derecho —que implica su interpretación y aplicación—, un entendimiento que concretice en la realidad material la reformulación del Derecho Constitucional, en tanto se logre mediante esta disciplina, colocar en el centro del Estado de Derecho al ser humano, logrando a la par su máxima protección, de forma que éste sea, en los términos kantianos más puros, un fin en sí mismo y no medio para otros fines.²⁵

De esta visión y reformulación del Derecho Constitucional, nos ha dado cuenta, con lucidez inusitada, el profesor R. DWORKIN, en su célebre obra: *Los derechos en serio*. Para DWORKIN, el Derecho Constitucional no puede seguir siendo, solamente, un sistema basado en fundamentos técnicos que se agotan, en sí mismos como resultado de la metodología positivista, sino que debe reconocer y proteger un sistema moral subyacente a dicho sistema; esto es, se trata de un contenido material expresado en principios —no en reglas— que representan un peso específico en el ordenamiento jurídico, los cuales equilibran y justifican el sistema en su conjunto.²⁶

constitucionalismo moderno. M. FIORAVANTI, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Ed. Trotta, Madrid, 2001, p. 85.

²⁴ El mandato normativo se sustituye por una negociación, donde los grupos sociales y los partidos políticos diluyen las fronteras materiales y subjetivas entre estado y sociedad. La legalidad pierde por tanto su carácter de generalidad y abstracción, y adquiere una nota de fragmentación y corporativismo. En el nivel constitucional, D. Grimm se plantea si nos encontramos ante un déficit de adecuación o ante una inadecuación del propio instrumento constitucional. D. GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Ed. Trotta, Madrid, 2006, p. 158.

²⁵ I. BURGOA, *Las garantías individuales*, 6ª ed., Ed. Porrúa, México, 1970, pp. 13-16.

²⁶ R. DWORKIN, *Los Derechos en serio*, Ed. Ariel, Barcelona, 2002, p. 45.

El extinto profesor ahonda en el tema señalando: “Crean que cuando hablamos de “el derecho” nos referimos a una serie de normas intemporales almacenadas en algún depósito en espera de que los jueces las descubran, y que cuando hablamos de obligación jurídica pensamos en las cadenas invisibles con que de alguna manera nos envuelven esas normas misteriosas. Llamamos “jurisprudencia mecánica” a la teoría de que existen tales normas y cadenas, y tienen razón en ridiculizar a quienes la practican”. “...ignoraron el hecho crucial de que los problemas de jurisprudencia son, en lo más profundo, problemas de principios morales, no de hechos legales ni de estrategia.”²⁷

Retomando las ideas de Dworkin, podemos sostener que considerar los *derechos humanos en serio*, exige entender que detrás de la noción de quebrantamiento constitucional que introdujo el Poder de Reforma en el artículo 1º, primer párrafo, de la Norma Fundamental, *subyace una teoría constitucional concreta* que busca generar un régimen de excepción a los principios de supremacía y jerarquía, mediante el cual se coloque a los tratados o convenios internacionales de derechos humanos, en una condición de primacía aplicativa que más allá de ámbitos jerárquicos, procure la protección más amplia del hombre —principio *pro homine* o *pro persona*— frente a los abusos, desviaciones y excesos del poder público;²⁸ es

²⁷ *Ibidem*, pp. 63 y 51 en ese orden citados.

²⁸ El amparo tal y como se le denomina en la constitución de 1917, en realidad, nació en el artículo 101 de la constitución Federal de 1857, el cual fue reproducido por el diverso numeral 103 de aquella. A partir de 1857, este medio de control de constitucionalidad fue regulado, sucesivamente, por las leyes 30 de noviembre de 1861; 20 de enero de 1869; 14 de diciembre de 1882; por el Código de Procedimientos Federales de 1897; el Código de Procedimientos Civiles de 1909; y, finalmente, por las leyes de 18 de octubre de 1919 y 30 de diciembre de 1935. La protección a los derechos fundamentales opera de modo que el amparo procede, en principio, contra cualquier acto o ley que viole las garantías individuales que consagra la Constitución General de la República, que están expresamente consagradas en el Título I de ésta. En este sentido, partiremos del hecho de que la Constitución de 1917, como toda Constitución, es la expresión

decir, una *comprensión constitucionalmente adecuada de la teoría constitucional mencionada*, conduce a sustentar que la reforma previó un sistema que privilegia la importancia destacada que tienen las libertades y derechos que corresponden a los ciudadanos, no sólo de los que provienen del interior del Estado mexicano, sino construyendo un *orden multinivel o supraconstitucional que introduce en el ordenamiento jurídico una cualidad relevante, activa y garantista de los derechos humanos*,²⁹ pues como afirma Dworkin, desde la perspectiva del constitucionalismo posmoderno, en el fondo, los verdaderos problemas a los que se enfrenta la justicia constitucional son de índole material —pro-blemas de principios morales— y no meramente formales.

IV. LA FUNCIÓN DEL ARTÍCULO 1º, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA Y SU RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 133

La nueva fisonomía del artículo 1º, párrafo primero, de la Constitución Federal, debe ser entendida de un modo constitucionalmente adecuado, lo que implica no caer en la ten-

de una pluralidad de factores políticos. Si el régimen mexicano se caracterizó, en principio, por la hegemonía de un partido político y por un exacerbado presidencialismo, resulta posible estimar el sentido de, o los supuestos y de las normas constitucionales a partir de las expresiones de esas formas de dominio político. F. ARILLA BAS. *El juicio de Amparo. Antecedentes, doctrina, legislación, jurisprudencia y formularios*, 3ª ed, Ed. Kratos, México, 1989, pp., 16, 17 y 29; y G. RADBRUCH, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1951, p. 157 y ss.

²⁹ Estas ideas fueron desarrolladas por las constituciones mexicanas, desde la de 1824 hasta la vigente de 1917, años en los que la influencia de las revoluciones americana y francesa se difunden por todo el mundo, teniendo en México un hondo calado, principalmente, las atinentes a la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes. I. BURGOA. *El juicio de Amparo*, 14ª ed, Ed. Porrúa, México, 1998, p. 118.

tación de creer que estamos ante una disposición ineficiente, cuyo contenido esencial es desarticulado por lo que dispone para la generalidad, de los tratados internacionales, el diverso numeral 133 de aquélla; esto es, si no se emprende una interpretación sistemática y de efecto útil³⁰ de ambos preceptos, la eficiente irradiación y el valor normativo que el Poder de Reforma confirió a los tratados de derechos humanos, será maniculatura.³¹

Desde mi punto de vista, ambos preceptos tienen contenidos y funciones diferenciadas que actúan en campos distintos del ordenamiento jurídico. Así, mientras que el artículo 133 establece la cláusula jurídica para la recepción e incorporación de los tratados internacionales *-in genere-* en nuestro sistema jurídico, el precepto 1º, primer párrafo, constitucional, consagra una vinculación del Derecho interno al Derecho interna-

³⁰ Las nuevas tendencias del Derecho Constitucional, ven en la interpretación, un proceso racional de reconstrucción y flexibilización del Derecho, que provee elementos eficientes para la solución de un problema, allá donde la Constitución no ofrece una salida concluyente. De esta forma, todos los casos de aplicación de un precepto constitucional, exigen una actualización o realización del texto normativo, operación que va más lejos de la interpretación de la ley, en virtud del complejo carácter abierto y amplio que tiene la Carta Magna. Los métodos tradicionales de la interpretación jurídica resultan insuficientes para interpretar la Constitución. De acuerdo con el principio de interpretación por efecto útil, cuando una disposición constitucional sea susceptible de interpretarse en 2 sentidos, deberá preferirse aquel mediante el cual se concrete lo que la Constitución pretende normar, por encima del que no produce efecto alguno. Para ahondar sobre estos criterios interpretativos propios del Derecho Constitucional, Vid. E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 277 y ss; K. HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 37 y F. LUCHAIRE, El Consejo Constitucional Francés, en ID. *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 87.

³¹ E. ÁLVAREZ CONDE, *Curso de Derecho Constitucional*, Volumen I, Ed. Tecnos, Madrid, 1999, pp. 304-305 y L. M. DÍEZ PICAZO, *Sistema de derechos fundamentales*, 3ª ed, Ed. Civitas, Madrid, 2008, p. 171.

cional en materia de derechos humanos, que tiende a ampliar la irradiación de los derechos en todo el sistema.³²

Ciertamente, el artículo 133 constitucional consagra un régimen regulatorio de todos los tratados internacionales que no contengan derechos humanos, definiendo al efecto, las condiciones para su incorporación al ordenamiento jurídico mexicano, otorgándoles determinada fuerza normativa y posición jerárquica al interior del sistema. En este orden de ideas, el precepto invocado cumple dos funciones en el ordenamiento jurídico, de un lado, establecer que para la recepción de los tratados internacionales, es condición *sine qua non*, que dichos instrumentos de producción ad extra: 1. No contravenzan a la Constitución Federal –requisito material de validez–; y, 2. Que sean celebrados por el Presidente de la República, con aprobación del Senado –requisito formal de validez–; y en segundo lugar, los provee de una posición jerárquica inmediatamente inferior a la Constitución Federal.

En cambio, el artículo 1º, primer párrafo, de la Carta Magna, constituye una cláusula constitucional *específica* que actúa, únicamente, por razón de materia, sobre un grupo de tratados,³³ esto es, respecto de aquellos que reconocen derechos humanos y que amplía los efectos comunes que, de acuerdo con el artículo 133 constitucional, despliega en nuestro orden jurídico cualquier tratado con otros criterios materiales de regulación.³⁴ En consecuencia, estimo que el artículo 1º

³² Así lo afirma en relación con los criterios de interpretación en general y en particular con los aplicables a los derechos fundamentales R. DE ASÍS ROIG, *Jueces y normas. La Decisión Judicial desde el Ordenamiento*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 177.

³³ J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, La interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho interno en materia de Derechos Humanos, en ID. *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, F. MARIÑO MENÉNDEZ, editor, Ed. Trotta, Madrid, 2002, pp. 333-351.

³⁴ A. MANGAS MARTÍN, Cuestiones de Derecho Internacional Público, en ID. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número 61, 1980, p. 143 y J. M. CASTELLÁ ANDREU, Derechos constitucionales y plu-

de la Constitución Federal otorga una *distinta eficacia* a los instrumentos internacionales que versan sobre los derechos humanos, respecto de los demás tratados que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano;³⁵ eficacia que consiste en la operatividad de los tratados internacionales de derechos humanos como parámetro de control de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico.³⁶

Sobre estas premisas, hasta donde entiendo, los tratados internacionales ratificados por México, en materia de derechos humanos, adquieren en el ordenamiento jurídico mexicano un doble papel; por una parte son, al igual que el resto de los tratados, normas de Derecho interno con plenos efectos y, por otra, se significan como normas de interpretación constitucional que deben ser tenidas en cuenta en la atribución de significado a los derechos y libertades reconocidos en la Constitución Federal, de manera que sean criterio de control, o dicho en otra forma, normas parámetro de constitucionalidad. Sin duda, esta cualidad dota a los tratados internacionales de derechos humanos de un *status* diferente al que poseen el resto

alidad de ordenamientos, en ID. *Derechos constitucionales y formas políticas, Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico*, M. A. APARICIO coordinador, CEDES, Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2001, p. 148.

³⁵ A. MANGAS MARTÍN, Cuestiones de Derecho Internacional Público, en ID. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, op. cit., p. 151.

³⁶ Entendido en tal sentido y siguiendo las ideas de SAIZ ARNAIZ, el artículo 1º, primer párrafo, de la Constitución Federal, no regula solamente la incorporación al Derecho interno de los tratados o convenios internacionales en materia de derechos humanos, sino que: “*se trata, además, y, sobre todo, de adecuar la actuación de los intérpretes de la Constitución a los contenidos de aquellos tratados, que devienen así, por imperativo constitucional, canon hermenéutico de la regulación de los derechos y libertades en la Norma Fundamental*”, A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 53.

de tratados, debiendo concebirlos como *fuerza interpretativa-integrativa* del propio texto constitucional.³⁷

Siguiendo esta línea argumentativa, el primer párrafo del artículo 1º de la Carta Magna, es sin duda, un instrumento que concretiza y reintegra³⁸ los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, a todo el ordenamiento jurídico, determinando y ampliando el contenido de tales derechos con nuevas dimensiones. Desde esta perspectiva, las disposiciones constitucionales de derechos fundamentales se configuran como normas incompletas y abiertas, susceptibles de ser concretizadas y detalladas con los contenidos de los tratados de derechos humanos suscritos por México.³⁹

Por ello, podemos afirmar que el artículo 1º, primer párrafo, de la Constitución General de la República es, en realidad, un potente cauce de apertura del Derecho interno al Derecho Internacional de los derechos humanos, como ha señalado, se trata de un puente que conecta e interrelaciona ambos ordenamientos,⁴⁰ que a la vez cumple con una función de garantía de los derechos humanos,⁴¹ a través de la introducción

³⁷ Un caso similar al mexicano, es el que presenta el artículo 10.2 de la Constitución española. Sobre el entendimiento doctrinario de su operatividad, conviene consultar a M. APARICIO PÉREZ, La cláusula interpretativa del art. 10. 2 de la Constitución española, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales, en ID. *Jueces para la democracia*, número 6, 1989, p. 10.

³⁸ T. DE LA QUADRA-SALCEDO, Tratados internacionales y apertura de los derechos fundamentales, en ID. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número 61, 1980, pp. 139 y 140.

³⁹ A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos*, op. cit., pp. 54 y 277.

⁴⁰ A. QUERALT JIMÉNEZ, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 197

⁴¹ F. REY MARTÍNEZ El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales, en ID. *Revista General de Derecho*, número 537, 1989, p. 3624 y ss y J. GONZÁLEZ CAMPOS, La interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, en ID. *El Derecho Internacional*

de un *estandar universal, global o multinivel* para extraer el contenido, sentido y alcance de aquellos, logrando así su mayor protección. Esta última función tiene una finalidad invaluable en el ordenamiento jurídico, *pues garantiza un cartabón interpretativo mínimo de los derechos humanos*, lo que imposibilita, al menos a nivel teórico, la adopción de interpretaciones regresivas en relación con la concepción de los derechos en la comunidad internacional.⁴²

Bajo estas premisas, retomando las ideas de Ruiz Giménez y Ruiz Giménez Arrieta, el artículo 1º, primer párrafo, de la Constitución Federal, debe concebirse como un catalizador eficiente para *expandir, reintegrar y adscribir* derechos humanos en el ordenamiento jurídico mexicano, a partir de la asignación de nuevos contenidos y dimensiones de tales derechos, como señala: *“al ritmo del cambio histórico y del avance de la conciencia colectiva hacia más altas cotas de libertad, igualdad y solidaridad”*.⁴³

en los albores del siglo XXI. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa, op. cit., p. 348 y ss.

⁴² De lo dicho hasta el momento se desprende que una adecuada interpretación del artículo 1º, primer párrafo, de la Norma Fundamental mexicana, puede contribuir a reforzar la eficacia de los derechos, a determinar y a enriquecer sus contenidos y a asegurar su vigencia y protección al complementar la regulación interna de los derechos con la regulación internacional. En esa línea de reforzamiento de los derechos fundamentales, encontramos las ideas de G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos fundamentales*, Boletín Oficial del Estado-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1995, p. 511.

⁴³ J. RUIZ GIMÉNEZ CORTÉS e I. RUIZ GIMÉNEZ ARRIETA, Comentario al Artículo 10 de la Constitución Española, en ID. *Comentarios a la Constitución española de 1978*, O. ALZAGA VILLAMIL coordinador, Tomo II, Ed. Edersa, Madrid, 2006, p. 87.

V. EL ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1º, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA

Con relación al ámbito de aplicación del artículo 1º, primer párrafo, de la Constitución Federal, importa determinar cuáles son los derechos que pueden ser objeto de *expansión, reintegración y adscripción* por medio de los tratados internacionales de derechos humanos. Al respecto, debemos hacer énfasis en que la literalidad del precepto que nos ocupa dispone que todas las personas gozarán de los derechos humanos: “*reconocidos en esta Constitución*”, expresión que con alto grado de indeterminación normativa, permite diversas interpretaciones.

Una interpretación, desde mi punto de vista restrictiva, sería estimar que solamente los derechos humanos contenidos en el Título Primero, Capítulo Primero, de la Constitución Federal, que abarca del artículo 1º al 29, son objeto de irradiación extensiva por los tratados internacionales de derechos humanos. Esta interpretación estaría basada en el argumento de que por su ubicación sistemática, la cláusula de apertura al Derecho Internacional en el rubro de derechos fundamentales, es aplicable exclusivamente a los derechos y garantías reconocidos en el Título, Capítulo y artículos mencionados, que metodológica y estructuralmente, constituyen el núcleo duro en nuestro ordenamiento jurídico.⁴⁴

Siguiendo a A. SAIZ ARNAIZ,⁴⁵ la interpretación que debiera hacerse respecto del ámbito de aplicación de la cláusula salvaguardada en el artículo 1º, primer párrafo, de la Constitución Federal, debe ser extensiva, de modo que para mantener su operatividad, ésta se debe proyectar sobre todos los derechos previstos en la Constitución, independientemente de su

⁴⁴ L. PRIETO SANCHÍS, El sistema de protección de los derechos fundamentales: el art. 53 de la Constitución española, en ID. *Anuario de Filosofía del Derecho*, número 2, 1983, pp. 367-425.

⁴⁵ A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos*, op. cit., pp. 73-76

ubicación sistemática y de los instrumentos previstos para su tutela y protección.

Nuestra posición de optar por una interpretación extensiva parte, en esencia, de la teoría constitucional que al respecto ha sostenido durante décadas la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en diversos criterios ha dicho que aún cuando no de modo exclusivo, el parámetro primordial de constitucionalidad de revisión de las leyes, son las disposiciones previstas, como anteriormente mencioné, en los artículos 1º a 29 del Título Primero, Capítulo Primero, de la propia Constitución.

En este sentido, la Corte ha admitido la procedencia del amparo contra leyes por violación a derechos, e inclusive, a normas constitucionales de diversa tipología, que, estando dentro del Título I, como los artículos 25, 26 y 28 de la Constitución Federal, no constituyen propiamente derechos fundamentales, sino normas programáticas de eficacia diferida; pero también, ha aceptado esa procedencia frente a normas que lesionan derechos o principios iusfundamentales que se encuentran fuera del Título I, destacando de modo importante los amparos contra leyes que vulneran las garantías tributarias y derechos del trabajo, consagrados en los artículos 31, fracción IV⁴⁶ y

⁴⁶ Vid. SCJN, TP, SJF, 7ª Época, Tomos 187-192, Primera Parte, página 113, que contiene la siguiente línea de criterio: **PROPORCIONALIDAD Y EQUITUD TRIBUTARIAS ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 31, FRACCIÓN IV, CONSTITUCIONAL**. El artículo 31, fracción IV, de la Constitución establece los principios de proporcionalidad y equidad en los tributos. La proporcionalidad radica, medularmente, en que los sujetos pasivos deben contribuir a los gastos públicos en función de su respectiva capacidad económica, debiendo aportar una parte justa y adecuada de sus ingresos, utilidades o rendimientos. Conforme a este principio, los gravámenes deben fijarse de acuerdo con la capacidad económica de cada sujeto pasivo, de manera que las personas que obtengan ingresos elevados tributen en forma cualitativa superior a los de medianos y reducidos recursos. El cumplimiento de este principio se realiza a través de tarifas progresivas, pues mediante ellas se consigue que cubran un impuesto en monto superior los contribuyentes de mas elevados recursos. Expresado en otros términos, la proporcionalidad se encuentra vinculada con la capacidad económica de los contribuyentes que deba ser gravada diferencialmente, conforme a tarifas progresivas, para que en cada caso el impacto

123 constitucionales;⁴⁷ así como por la violación a los principios de forma de Estado -artículo 40- y división de poderes – artículos 41 y 49–;⁴⁸ vulneración al procedimiento de creación

sea distinto, no solo en calidad, sino en lo tocante al mayor o menor sacrificio reflejado cualitativamente en la disminución patrimonial que proceda, y que debe encontrarse en proporción a los ingresos obtenidos. El principio de equidad radica medularmente en la igualdad ante la misma ley tributaria de todos los sujetos pasivos de un mismo tributo, los que en tales condiciones deben recibir un tratamiento idéntico en lo concerniente a hipótesis de causación, acumulación de ingresos gravables, deducciones permitidas, plazos de pagos, etc., debiendo únicamente variar las tarifas tributarias aplicables, de acuerdo con la economía de cada contribuyente, para respetar el principio de proporcionalidad antes mencionado. La equidad tributaria significa, en consecuencia, que los contribuyentes de un mismo impuesto deben guardar una situación de igualdad frente a la norma jurídica que lo establece y regula.

⁴⁷ Ver la tesis LXXXII/2010, SCJN, 1ª S, 9ª Época, cuyos rubro y texto expresan: **INFONAVIT. EL ARTÍCULO 51, QUINTO PÁRRAFO, DE LA LEY RELATIVA, QUE PREVÉ EL PLAZO PARA ACREDITAR EL ESTADO DE INVALIDEZ PARA EL PAGO DEL CRÉDITO DE VIVIENDA, VIOLA LA GARANTÍA SOCIAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 123, APARTADO A, FRACCIÓN XII, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA.** El referido precepto legal prevé el derecho del trabajador a una prórroga o a la liberación del pago de su crédito, en caso de invalidez parcial permanente o invalidez definitiva, siempre que el afectado no sea sujeto de una nueva relación de trabajo en un período mínimo de dos años. Dicha invalidez deberá ser acreditada ante el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores dentro del mes siguiente al que fue declarada. Ahora bien, acorde con los principios constitucionales reconocidos en los artículos 1o. y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que la intención del legislador al otorgar tales beneficios en la referida Ley consistió en proteger el patrimonio de los trabajadores, que como consecuencia de un accidente o enfermedad, han visto reducida su capacidad de allegarse ingresos. Por lo que la referida porción normativa viola la garantía social arriba referida al limitar a un mes el plazo para acreditar el estado de invalidez, de ahí que se considere que dicha garantía social no puede quedar supeditada a este requisito formal, considerando que el estado de invalidez puede demostrarse aun con posterioridad al lapso indicado.

⁴⁸ Es orientadora la tesis 1a. LXXVII/2008, SCJN, 1ª S, SJF, 9ª Época, Tomo XXVIII, agosto de 2008, página 49, que expresa: **DERECHOS DE AUTOR. LOS ARTÍCULOS 2o., 231 Y 232 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA NO VIOLAN EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES.** Los artículos 2o.,

normativa –artículo 72–;⁴⁹ violación por exceso en el ejercicio

231 y 232 de la Ley Federal del Derecho de Autor, al facultar al Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial para conocer y resolver el procedimiento de infracción por el uso de la imagen de una persona sin su autorización o la de sus causahabientes, no violan el principio de división de poderes contenido en el artículo 49, en relación con los numerales 90, 94 y 104, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en razón de que no propician que el Poder Ejecutivo se reúna con el Legislativo, no altera la forma de desarrollo de la administración pública, tampoco desajusta la estructura del Poder Judicial, ni elimina la competencia de los tribunales de la Federación para resolver las controversias del orden criminal y civil; sino que, por el contrario, de la interpretación sistemática de los artículos 28 (que dota de base constitucional a la citada Ley) y 90 constitucionales, se advierte que la propiedad industrial y los derechos de autor, entre otras, son ramas jurídicas cuya aplicación y solución de los conflictos que en ellas se originen corresponden a la esfera del Poder Ejecutivo, esto es, se ubican en el derecho administrativo. Por tanto, si el mencionado Instituto es un órgano que pertenece a la administración pública federal descentralizada, es inconcuso que la facultad que le otorga la Ley Federal del Derecho de Autor para resolver el indicado procedimiento se ajusta plenamente al marco constitucional en la materia.

⁴⁹ Vid. La tesis 1a. XLIX/2008, SCJN, 1ª S, SJF, 9ª Época, Tomo XXVII, junio de 2008, página 389, que expresa: **AUTOMÓVILES NUEVOS. EL EXCESO LEGISLATIVO QUE ORIGINÓ EL DECRETO DE REFORMAS AL ARTÍCULO 8o., FRACCIÓN II, DE LA LEY FEDERAL DEL IMPUESTO RELATIVO, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 26 DE DICIEMBRE DE 2005, NO VIOLA EL ARTÍCULO 72, INCISO E), DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.** Del citado proceso legislativo se advierte que la adición que dio lugar al texto del precepto mencionado fue realizada por la Cámara de Senadores (Cámara Revisora) y no por la de Diputados (Cámara de Origen); sin embargo, ello no lo torna violatorio del artículo 72, inciso e), de la Constitución Federal. Lo anterior es así, porque la racionalidad de dicho mandato constitucional radica en que ningún tipo de modificación (desechamiento, reforma o adición) quede sin deliberación por parte de las dos Cámaras integrantes del Congreso de la Unión, lo cual significa que cada una pueda objetar o cuestionar cualquier cambio realizado por la otra. De manera que si en un determinado caso no se lleva a cabo un debate activo o no se esgrime alguna objeción pero finalmente se genera la aprobación respectiva, es evidente que se ha cumplido con la intención del Constituyente, en tanto que éste ordena que: i) la Cámara Revisora envíe de regreso a la de Origen el proyecto de reforma con las modificaciones que haya realizado; y, ii) la Cámara de Origen discuta y, en su caso, apruebe las

de la facultad reglamentaria –artículo 89, fracción I–,⁵⁰ violación a las esferas de competencia municipal –artículo 115–,⁵¹

referidas modificaciones. Esto es, el texto constitucional no exige que la discusión de las modificaciones por parte de la Cámara de Origen se traduzca en una acción positiva de debate activo a través de oradores, dictámenes, etcétera, sino que ésta se pronuncie (aprobando o desaprobando, por mayoría de votos) respecto a las modificaciones realizadas por la Cámara Revisora. Por tanto, la discusión activa es un elemento contingente de la aprobación, ya que ésta puede darse sin que necesariamente ocurra la primera, sin que ello se traduzca en que la Cámara de Origen no haya estudiado las modificaciones propuestas por la Revisora, pues su aprobación supone un análisis que, con discusión activa o sin ella, da por agotada la oportunidad constitucional de objetar dichos cambios.

⁵⁰ Vid. La tesis 1a. XCV/2007, SCJN, 1ª S, SJF, 9ª Época, Tomo XXV, mayo de 2007, página 794, con la voz siguiente: **GAS NATURAL. LOS ARTÍCULOS 70, FRACCIÓN I Y 105, FRACCIÓN I, DEL REGLAMENTO RESPECTIVO, SON VIOLATORIOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROPIO DE LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS (ARTÍCULOS 14 Y 89, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL)**. El principio constitucional de legalidad que rige al derecho administrativo sancionador, exige que las leyes o normas de carácter general por las que se previene un sistema sancionatorio, contengan los componentes esenciales de las obligaciones y derechos en la materia, así como las conductas que constituyen las posibles infracciones a la ley y las sanciones que en cada caso deben imponerse. Bajo esas condiciones, si los artículos 70, fracción I y 105, fracción I, del Reglamento de Gas Natural, disponen que serán sancionados con una multa de mil a veinticinco mil veces el importe del salario mínimo, los permisionarios que no entreguen el aviso a que el primero de los numerales se refiere, sin que el artículo 15 de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en el Ramo del Petróleo, prevea esa conducta como supuesto de infracción, ni los parámetros objetivos para imponer la sanción correspondiente, es inconcuso que el precepto reglamentario excede el ejercicio de la facultad reglamentaria consagrada en el artículo 89, fracción I, de la Constitución Federal y, por vía de consecuencia, violenta el principio de legalidad consagrado en el diverso precepto 14 constitucional, atento a que debió ser la propia Ley y no el Reglamento, la que desarrollara el ámbito sancionatorio correspondiente.

⁵¹ Vid. Jurisprudencia 2a./J. 105/2008, SCJN, 2ª S, SJF, 9ª Época, Tomo XXVIII, julio de 2008, página 471, cuyo criterio sostiene: **AMPARO. PROCEDE POR VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 115, FRACCIÓN IV, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, CUANDO EL PARTICULAR SE VEA AFECTADO EN SU ESFERA JURÍDICA POR ACTOS EMITIDOS POR UN NIVEL DE GOBIERNO FEDERAL O ESTA-**

estatal –artículo 116-, del Distrito Federal –artículo 122- y Federal –artículos 73, 74, 76 y 124–;⁵² violación por exceso

TAL, QUE CORRESPONDEN EN EXCLUSIVA AL MUNICIPIO. Cuando una autoridad ordena un acto fuera de su competencia constitucional o legal que origine en el gobernado un agravio personal, surge la posibilidad de que éste deduzca la acción de amparo, la cual tiende a proteger no sólo lo dispuesto en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino también la garantía de exacta aplicación de la ley establecida en el numeral 14 del Ordenamiento Supremo, si se trata de un ordenamiento secundario. Ahora bien, tratándose del pago del impuesto sobre propiedad inmobiliaria, cuyo establecimiento es competencia de la autoridad legislativa local, conforme al artículo 115, fracción IV, constitucional, con respeto absoluto de los principios de autonomía y libre administración municipal, pues este precepto se refiere a la organización política y administrativa del Municipio Libre, garantiza su autonomía y determina su competencia exclusiva, entre otros principios, en la libre administración hacendaria municipal y le confiere competencia para expedir bandos de policía y gobierno, circulares y disposiciones administrativas de observancia general, si otro nivel de gobierno emitiera uno de estos actos que conforme a la Constitución corresponden de manera exclusiva al ámbito municipal, invadiría su esfera de competencia e incurriría en violación al artículo 115, fracción IV, de la Carta Magna, y el agraviado con dichos actos sería el Municipio, el cual podría promover controversia constitucional; pero si con motivo de esa invasión de competencias el afectado es un particular procede el juicio de amparo, el cual no se constriñe a proteger los primeros 29 artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a través de la fracción I del artículo 103 constitucional, sino que resulta procedente aun por violaciones cometidas a disposiciones no incluidas dentro de los preceptos mencionados, siempre y cuando consignen una explicación, reglamentación, limitación o ampliación de las garantías individuales propiamente dichas;

⁵² Vid. SCJN, TP, SJF, 7º Época, Núm. 157-162, Primera Parte, página 153, que dice: **INVASIÓN, VULNERACIÓN O RESTRICCIÓN DE LA ESFERA DE FACULTADES CONSTITUCIONALES DE LA FEDERACION O DE LOS ESTADOS. COMPETENCIA DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.** De las disposiciones contenidas en las fracciones II y III del artículo 103 constitucional, se advierte que el propósito del constituyente fue encomendar a los tribunales de la Federación el proteger, en beneficio de los gobernados, la esfera de competencia de la Federación y de los Estados para mantener vigente el Pacto Federal, teniendo como base fundamental la no usurpación de funciones constitucionales entre las autoridades de éstos; lo que implica que se observe y cumpla con lo dispuesto, entre otros, por los artículos 73, 74, 76, 79, 80, 89, 94, 103 al 106, 115 al 124, 129 y 130 al 135 de la Consti-

en el ejercicio de la facultad de emisión de los decreto-ley en materia de comercio exterior –artículo 131–,⁵³ vulneración

tución General de la República que delimitan las facultades de las autoridades federales y estatales. Consecuentemente, si ese fue el espíritu del constituyente al consignar las disposiciones contenidas en las aludidas fracciones II y III del artículo 103 de la Carta Magna, este Tribunal en Pleno estima que por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados, o por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal, deben entenderse, por una parte, los emitidos por la autoridad de un órgano del poder público federal que comprendan facultades constitucionalmente reservadas a los Estados, con los cuales penetre al ámbito de atribuciones que la Constitución establece o reserva en favor de éstos y, por otra parte, los que emite la autoridad de un órgano del Poder Público Local que comprendan facultades constitucionalmente reservadas a la Federación, penetrando con ello, al ámbito de atribuciones del Poder Público Federal. La anterior consideración se funda en que la vulneración, restricción o invasión de esferas presupone una usurpación de facultades o funciones que nuestra Carta Magna expresamente confiere a la Federación o a los Estados; de manera que, si al emitir un acto una autoridad (órgano del poder federal o local) se arroga facultades o funciones que corresponden al ámbito jurídico que la Carta Fundamental establece exclusivamente en favor de otro de ellos, invade, con tal acto, la esfera de atribuciones que constitucionalmente este otro tiene reservados. Consecuentemente, para que se surta la competencia del Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, para conocer del recurso de revisión en los casos señalados en los artículos 84, fracción I, inciso b), de la Ley de Amparo y 11, fracción IV bis, inciso b), de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, es necesario que la controversia planteada en el juicio de amparo respectivo realmente trate de una vulneración, restricción o invasión por parte de las autoridades locales, de la esfera de facultades constitucionalmente reservadas a la Federación, o, por lo que ve a las autoridades federales, que éstas actúen en el campo que la Constitución de la República asigna en exclusiva a los Estados.

⁵³ Vid. Al respecto, la tesis 1a. CLXXXVII/2007, SCJN, 1ª S, SJE, 9ª Época, Tomo XXVI, septiembre de 2007, página 377, en la que se sostiene lo siguiente: **COMERCIO EXTERIOR. LA APROBACIÓN QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 131, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, RESPECTO DEL EJERCICIO DE LAS FACULTADES CONCEDIDAS AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN LA MATERIA, NO ES UN REQUISITO QUE CONDICIONE SU VALIDEZ.** La parte final del segundo párrafo del artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé que al enviar el presupuesto fiscal de cada año el Presidente de la Repúbli-

al principio de supremacía constitucional –artículo 133–⁵⁴ y,

ca someterá a la aprobación del Congreso de la Unión el uso que hubiera hecho de las atribuciones que en materia de comercio exterior le confiere el citado numeral; sin embargo, dicha aprobación no debe entenderse como un requisito que condicione la validez del ejercicio de tales facultades, como si se tratara de una norma jurídica creada mediante el procedimiento de producción normativa contenido en el artículo 72 de la Norma Fundamental, sino que conforme a la interpretación de efecto útil de la disposición constitucional mencionada primigeniamente, la referida aprobación debe estimarse como una comunicación a nivel de cooperación entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Unión sobre este rubro de la actividad estatal. En ese tenor y con el objeto de dotar de eficacia y utilidad a las atribuciones establecidas por el Poder Reformador en materia de comercio exterior, es necesario concebir que éstas constituyen un sistema de creación normativa excepcional y sumario, cuyo propósito es que el titular del Poder Ejecutivo Federal pueda apreciar y hacer frente oportunamente a las circunstancias que ameriten la adopción de medidas urgentes ante emergencias monetarias o financieras que pudieran perjudicar la economía nacional; de ahí que exigir como requisito de validez de su ejercicio la aprobación del Congreso de la Unión, distorsionaría el sentido de dichas atribuciones y las tornaría inútiles.

⁵⁴ Vid. Tesis 1a. CXII/2006, SCJN, 1ª S, SJE, 9ª Época, Tomo XXIV, julio de 2006, página 332, en la cual se dijo: **EXTRADICIÓN. EL ARTÍCULO 2, NUMERAL 4, INCISO A), DEL TRATADO RELATIVO ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, NO VIOLA LOS ARTÍCULOS 49, 73, FRACCIÓN XXI, 89, FRACCIÓN X, Y 133 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.** El artículo 2, numeral 4, inciso a), del Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América, al disponer que bajo las condiciones establecidas en los párrafos 1, 2 y 3 del propio precepto, la extradición también se concederá por la tentativa de cometer un delito, la asociación para prepararlo y ejecutarlo, o la participación en su ejecución, no viola los artículos 49, 73, fracción XXI, 89, fracción X, y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos -que instituyen, respectivamente, el principio de división de poderes; la facultad del Congreso de la Unión para establecer los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse; la facultad del Presidente de la República para dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, y los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa-. Lo anterior es así, porque cuando el Ejecutivo Federal pactó en dicho tratado los delitos que dan lugar a la extradición entre ambos países no legisló en materia penal federal, pues no estableció delito o falta alguna contra la Federación mexicana, ni fijó los castigos que por ellos deban imponerse, sino

finalmente, violación al procedimiento de reforma a la Constitución –artículo 135–.⁵⁵

A mi entender, esta interpretación extensiva del artículo 1º, párrafo primero, de la Carta Fundamental, es la metodológicamente adecuada para reforzar el impacto del Derecho internacional en materia de derechos humanos en nuestro sistema jurídico.⁵⁶

que se comprometió a entregar a las personas que se encuentren en nuestro territorio respecto de las cuales las autoridades competentes del gobierno estadounidense hayan iniciado un procedimiento penal, que hayan sido declaradas responsables de un delito, o que sean reclamadas por dichas autoridades para el cumplimiento de una pena de privación de libertad impuesta judicialmente, siempre y cuando las leyes de ambos países dispongan el castigo de dicho delito cometido en circunstancias similares, lo cual es congruente con nuestro orden jurídico nacional en tanto que el Constituyente confirió al Ejecutivo Federal la facultad de emitir actos materialmente legislativos en el ámbito internacional -como es el caso del tratado de extradición mencionado-, condicionando su validez a que sean acordes con la Constitución Federal.

⁵⁵ Vid. La tesis P. LXIII/99, SCJN, TP, SJF, 9ª Época, Tomo X, septiembre de 1999, página 13, que informa: **REFORMA CONSTITUCIONAL, AMPARO CONTRA SU PROCESO DE CREACIÓN. PROCEDE POR VIOLACIÓN A DERECHOS POLÍTICOS ASOCIADOS CON GARANTÍAS INDIVIDUALES.** La interpretación del contenido del artículo 73, fracción VII, en relación con jurisprudencias sustentadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lleva a determinar que, por regla general, el juicio de amparo en que se pretendan deducir derechos de naturaleza política es improcedente, siendo excepción a lo anterior la circunstancia de que el acto reclamado, además de tener una connotación de índole política, también entrañe la violación de derechos subjetivos públicos consagrados en la propia Carta Magna. Por tanto, tratándose de ordenamientos de carácter general con contenido político-electoral, incluidos los procesos de reforma a la Constitución, para la procedencia del amparo se requiere necesariamente que la litis verse sobre violación a garantías individuales, y no solamente respecto de transgresión a derechos políticos, los cuales no son reparables mediante el juicio de garantías.

⁵⁶ En los mismos términos, aunque respecto de la Constitución española, se ha decantado F. CARRERAS, Función y alcance del art. 10.2 de la CE, en ID. *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 60, 2000, p. 327.

VI. EL SENTIDO Y ALCANCE DEL ARTÍCULO 1º, PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA

En este último apartado, quisiera ocuparme del sentido y alcance que debe darse a la cláusula de apertura para la internacionalización de los derechos humanos que venimos estudiando, a la luz de lo que consagra la parte final del propio primer párrafo del artículo 1º constitucional, en tanto dispone: “... *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.*”

La parte *in fine* del precepto que estudiamos, da lugar a dos interpretaciones eminentemente disímiles entre sí. La primera, es aquella por la que se puede entender que los derechos humanos contenidos en tratados internacionales deben inaplicarse, aun cuando su concretización sea la más favorable para la protección de determinada persona –principio pro homine–, siempre que exista alguna restricción o suspensión expresamente estatuida en la Constitución; es decir, cuando algún derecho humano ad extra aparezca enfrentado a una restricción o suspensión establecida en la Constitución, en todo tiempo, el operador jurídico debe desplazar a la norma internacional y privilegiar la aplicación de la disposición constitucional.

Una segunda interpretación, es eminentemente contraria a la primera y resulta, a mi entender, *la constitucionalmente adecuada con la reforma de 2011*. En virtud de esta interpretación, la parte final del primer párrafo del artículo 1º de la Norma Fundamental, debe entenderse de la siguiente manera: cuando la Constitución señala que los derechos humanos no podrán restringirse ni suspenderse salvo en los casos expresos que la misma prevea, hace referencia únicamente, a los derechos reconocidos en aquella, pero no a los salvaguardados en los tratados y convenios en la materia, en virtud de que ninguna autoridad del Estado mexicano tiene competencia para des-

conocer, sin que medie declaratoria de inconstitucionalidad, disposiciones ad extra.

Es decir, una autoridad nacional no tiene competencia ni legitimación jurídica para suspender o desconocer un tratado internacional de facto, so pretexto de la aplicación de una disposición ad intra, ni siquiera de nivel iusfundamental, pues ello supondría, de una parte, perpetrar una violación al principio *pacta sunt servanda* estatuido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y, de otra, soslayar el principio de observancia obligatoria de los tratados establecido en el diverso numeral 27 de la propia Convención, según el cual, una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.⁵⁷

Así, de conformidad con el artículo 19 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados;⁵⁸ la única vía para que un Estado nacional esté autorizado a no cumplir con alguna disposición de un tratado internacional, es que en el momento de su ratificación, haga valer una reserva expresa; por ende, frente a un tratado o convenio internacional de derechos humanos, el Estado mexicano –entiéndase sus autoridades– solamente está autorizado a inaplicar una disposición ad extra, cuando así expresamente lo haya hecho valer por conducto de una reserva, lo que habrá de constatarse en cada caso con-

⁵⁷ 19. Formulación de reservas. Un Estado podrá formular una reserva en el momento de firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o de adherirse al mismo, a menos: a) que la reserva esté prohibida por el tratado; b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o c) que, en los casos no previstos en los apartados a) y b), la reserva sea incompatible con el objeto y el fin del tratado.

⁵⁸ 26. “*Pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

creto; pero no por encontrar una antinomia con un derecho fundamental reconocido en la Carta Magna, pues de lo contrario puede incurrir en responsabilidad internacional, ser demandado y condenado por incumplimiento de los tratados y convenios en la materia, por las instancias correspondientes.⁵⁹

Este entendimiento del primer párrafo del artículo 1° constitucional, lo aleja de la tentación tan peligrosa de considerarlo, no como una cláusula de apertura para la internacionalización de los derechos humanos, sino como un mero instrumento que convierte a los tratados internacionales en herramientas interpretativas de los derechos ya reconocidos en la Constitución mexicana, pero que no eleva las disposiciones internacionales, al estatus de *fuentes* de derechos fundamentales que deben ser aplicadas bajo el principio de primacía y no de jerarquía.

La comprensión aquí propuesta, permite la iusadscriptión de derechos humanos *ad extra*, al catálogo constitucional de derechos, lo que conforma un parámetro de control de constitucionalidad multinivel y global, desarrollando así una teoría acorde con la máxima protección a las personas que se pretendió con la reforma de 2011.

Aceptar una postura contraria a la aquí propuesta, implicaría considerar que el artículo 1° de la Constitución Federal, tiene un carácter meramente interpretativo respecto a los derechos fundamentales recogidos en nuestro texto constitucional y no un carácter inclusivo de nuevos derechos que no estén previamente reconocidos en su articulado.

Sostener la idea que hemos planteado, *resulta constitucionalmente adecuado con la reforma de 2011*, en virtud de que permite incorporar al parámetro de control *ad intra*, dimen-

⁵⁹ Esta posición se sostiene en dichos términos, cuenta habida que los tratados internacionales constituyen el Derecho Internacional Positivo obligatorio para los Estados contratantes. En este sentido, es claro que un Estado no puede unilateralmente alterar las reglas del Derecho Internacional que lo obligan; por ende, cuando aparece una antinomia entre Derecho nacional y Derecho Internacional, debe dirimirse la controversia mediante la implementación del principio *pro persona*. M. SORENSSEN, *Manual de Derecho Internacional Público*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 193.

siones novedosas no expresamente contempladas en el texto constitucional, que pueden articularse como nuevos o más amplios derechos. Ciertamente, las disposiciones internacionales deben utilizarse para concretar el contenido de los derechos reconocidos expresamente en la Constitución y *en conexión* con estos *viejos derechos* pueden manifestarse, en su caso, *nuevos derechos* entendidos como expresión de facultades, garantías o posiciones jurídicas no explicitadas constitucionalmente, pero que pueden hacerse derivar de su relación con un derecho fundamental, como contenidos implícitos.⁶⁰

Salvaguardar este mandato y optar por una interpretación del artículo 1º, primer párrafo, de la Constitución Federal, que potencie su proyección y sus efectos, implica tomarse en serio los derechos y el compromiso internacional con su promoción y protección. La proyección de los derechos fundamentales condiciona el espectro sustancial de la democracia, pero no a partir del examen sobre el quién y el cómo se toman las decisiones –espectro meramente formal de la democracia–,⁶¹ sino sobre aquello que a partir del constitucionalismo y la fuerza normativa e irradiadora de esos derechos ya no es decidible, es decir, sobre lo que no puede ser violado, ni siquiera por la mayoría –entiéndase legislador–, ubicándonos en el campo de lo que Ferrajoli denomina como lo indecidible en la democracia.⁶²

Con razón Dworkin ha mencionado que los derechos fundamentales son el mejor entendimiento –un triunfo– de la razonabilidad y legitimidad que justifican las decisiones polí-

⁶⁰ A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El art. 10.2 de la Constitución Española*, op. cit., p. 63.

⁶¹ G. SARTORI, *Teoría de la democracia*, Tomo II, Ed. Alianza Universidad, Madrid, 1987, p. 334 y ss.

⁶² L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid 1999, p. 23.

ticas que se toman en el Estado.⁶³ Vistos desde esta dimensión democrática, no cabe duda de que los derechos fundamentales son también el resultado de una autodefinición política, de un programa político concreto que establece a todos los poderes imperativos negativos y positivos como fuente para su legitimación y, más aún, para su deslegitimación.⁶⁴

Como lúcidamente lo manifestó décadas atrás Bobbio, la preocupación mayor respecto de la protección e irradiación efectiva de los derechos humanos, acepciones a las que podemos sumar su internacionalización, tiene que ver con que la discusión sobre éstos continúa por aristas históricas, filosóficas y yo agregaría, jurídico-formales, pues a su entender, opinión que compartimos plenamente, el problema grave, actual y futuro de aquéllos no pasa por fundamentarlos, sino reside en encontrar las garantías más eficaces para protegerlos, no se trata, dice Bobbio, de saber cuáles y cuántos son, cuál es su naturaleza o fundamento, si son naturales, históricos o positivos; y podríamos agregar, si son nacionales o internacionales; sino que el eje central, es diseñar garantías que constituyan un medio auténticamente seguro para salvaguardarlos, para impedir que, a pesar de las declaraciones solemnes, sean continuamente violados.⁶⁵ Echando mano de las ideas del profesor italiano, podemos decir que, en el fondo, se trata de la adopción de 2 modelos jurídicos completamente distintos, de dos visiones del Derecho que se contraponen. Estamos en una transición

⁶³ R. DWORKIN, Rights as trumps, en ID. *Theories of Rights*, Jeremy Waldron editor, Ed. Oxford University Press, New York, 1992, p.153.

⁶⁴ Para Rawls, la supervivencia de la democracia sustancial a través del respeto a los derechos fundamentales, es de modo tal determinante, que contribuye definitivamente a la estabilidad social. El respeto de los derechos asegura una buena dosis de estabilidad democrática, una sociedad justa, en la que las reglas del juego que ella misma se ha dado, son respetadas por sus representantes; ello dota de sentido a la representación y legitima la toma de decisiones políticas fundamentales. J. RAWLS, *The Law of peoples*, Ed. Harvard University Press, Massachusetts, 1999, p. 45 y ss.

⁶⁵ N. BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, Ed. Sistema, Madrid, 1991, p. 63 y ss.

en la que el constitucionalismo surgido de la reforma de junio de 2011, se encuentra en un *impasse*, dado que ha sido medio rechazado por algunos y medio adoptado por otros.

A futuro, en mi modesta opinión, lo verdaderamente deseable será advertir que los operadores jurídicos del ordenamiento mexicano, adopten la teoría constitucional que subyace a la reforma de 2011, sin ningún tipo de conservadurismos o resistencias jurídicas, para que hagan de la Constitución un auténtico *diritto vivente*.

FEDERALISMO JUDICIAL

Ameyali ESPINOSA

SUMARIO: I. Introducción; II. Características del Estado mexicano; III. República; IV. Democracia; V. Definición de federalismo; VI. Historia del Federalismo; VII. Constitución de 1917; VIII. Distribución de competencias; IX. Federalismo a la Mexicana; X. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El federalismo como forma de Estado adoptada por los Estados Unidos Mexicanos, se define como una estructura dual de organización del poder de un Estado, en donde lo fundamental es la naturaleza política de las relaciones que se establecen entre cada una de las partes (niveles u órdenes de gobierno), caracterizadas por su Autonomía e independencia, no subordinación o, dicho en los términos jurídicos más usados, por la permanencia de su soberanía. Su esencia es la estructura institucional dual y la autonomía política que conservan las partes, esto es, la capacidad para gobernarse por sí mismas: “autogobierno más gobierno compartido”.¹

Esta forma de Estado, copiada a nuestros vecinos del norte, en donde los Estados cedieron parte de sus facultades a la federación, no tuvo los mismos efectos en nuestro país, y para ello basta señalar lo que sucede en materia judicial.

¹ Eleazar, Daniel J. *Exploración del Federalismo*. Editorial Hacer. Barcelona. 1990. pág. 32.

Poco se habla de la función del amparo judicial en nuestro país, en relación con el federalismo. Efectivamente, este recurso violenta el pacto federal, al ser la federación quien a través del Poder Judicial Federal, tiene la última palabra en materia de impartición de justicia.

El presente artículo tiene como finalidad dar un punto de vista sobre este tema.

II. CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO MEXICANO

Partiendo del principio de supremacía de la Constitución federal, las características del Estado mexicano contenidas en ese documento, deben ser respetadas, sin admisión de ninguna excepción.

El estudio de estos principios resulta de suma importancia, pues de ello depende entender su relación y aplicación en el ámbito de la impartición de justicia.

Efectivamente, el artículo 40 de la Carta Magna determina las particularidades del Estado mexicano, de la siguiente manera:

*Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una **República representativa, democrática, laica, federal** compuesta de Estados Libres y Soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero **unidos en una Federación** establecida según los principios de esta Ley Fundamental.*

De lo anterior, se desprende que el Estado mexicano es una república representativa, democrática y federal, características que a continuación se definen.

III. REPÚBLICA

República, viene de *res publica* que significa cosa pública: a) lo relativo al *populus romanus* o a los derechos e intereses del pueblo romano; b) lo relativo al Estado o a la función pública.²

Lo opuesto a la república es la monarquía, en donde el jefe de Estado accede al supremo poder por derechos hereditarios.

Bajo este sistema el jefe de Estado es elegido por el pueblo directa o indirectamente.

El principio electivo de los gobernantes implica las siguientes consecuencias:³

1. El jefe de Estado se legitima en el ejercicio del poder público a través de una elección y no de un *ius ad officium* o derecho personal, otorgado por una divinidad.
2. La sucesión y sustitución del jefe de Estado se realiza a través de elecciones y no por sucesiones hereditarias que perpetúan a una dinastía en el poder público.
3. El sufragio exige que, periódicamente se haga efectivo, para la renovación de los titulares de los poderes, por lo que los cargos electivos no son vitalicios.
4. Las elecciones implican la libre opción de los votantes para ejercer el sufragio y no la decisión de un cónclave cuya pertenencia esté sujeta a requisitos de ingreso. En consecuencia, las elecciones indirectas o de segundo grado, donde el sufragio es ejercido por electores y éstos deben ser a su vez electos popularmente para que el procedimiento sea compatible con la forma republicana de gobierno.
5. La elección del jefe de Estado, permite que éste sea responsable políticamente ante sus electores y no sólo el jefe de gobierno. En los sistemas presidenciales donde

² GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. *Diccionario de derecho constitucional*. Coord. Miguel Carbonell. Porrúa/UNAM. México. 2002. pág. 530.

³ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. *Diccionario jurídico mexicano*. Tomo VIII. Editorial Porrúa. México. 1985. págs. 26-27

ambos jefes están integrados en el cargo del presidente, la responsabilidad es exigible ante órganos políticos.

Existen dos formas de organización política de una república: la federal y la unitaria, a la que generalmente se le llama central.

La república es federal, cuando concurren un organismo general denominado *federación y entidades federativas o Estados*, que asumen esferas parciales de competencia con su propia organización política.⁴

En México, la forma republicana se estableció desde el Acta Constitutiva y la Constitución de 1824; efectivamente en los artículos 5º y 4º respectivamente, se estableció:

Art. 5. La nación adopta para su gobierno la forma de república representativa popular y federal.⁵

Art. 4. La nación mexicana adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal.⁶

El que nuestro país sea una república, significa que el pueblo renueva periódicamente al titular del Poder Ejecutivo y que esta renovación es hecha por elección popular.

Por otra parte, el principio de representación ligado al de república se caracteriza:⁷

1. Por la idea de la representación nacional, proveniente de la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa, mediante la cual el titular de la soberanía es la nación y no los ciudadanos individualmente considerados (representación fraccionada).
2. Porque los representantes no ejercen un mandato de derecho privado, sino una función pública que implica

⁴ SERRA ROJAS, Andrés. *Ciencia Política*. Porrúa. México. pág. 586.

⁵ TENA RAMÍREZ, Felipe. *Leyes fundamentales de México 1808-2002*. Porrúa. México. 2002. pág. 154.

⁶ *Ibidem*. pág. 168.

⁷ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. *Op. cit*, pág. 26.

la votación y participación en los asuntos públicos, de conformidad a sus decisiones y no a la de los electores.

De lo anterior, se desprende que cuando la Constitución dispone que México sea una república representativa, significa que el pueblo va a nombrar, a través de los instrumentos político-electorales establecidos, a un grupo de personas que serán sus representantes, que tomarán por él las decisiones estatales y que en su nombre crearán normas jurídicas que lo “representarán” en la gestión pública, es decir, que mediante el fenómeno de la representación lo harán “presente” al momento de formar la voluntad estatal.⁸

IV. DEMOCRACIA

*La democracia es el régimen político donde el pueblo es gobernante y gobernado; donde la persona cuenta con garantías individuales y con un mínimo de seguridad económica; donde se consagra el principio de división de poderes; el de la elección popular de todos los gobernantes, y donde el régimen de partidos políticos permite el pluralismo ideológico y la alternancia de las diferentes corrientes ideológicas que conforman la sociedad.*⁹

Nuestra Carta Magna, en el artículo 3º reconoce como democracia, no solamente a una estructura jurídica y a un régimen político, sino a un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo; lo que implica la aceptación tanto de una democracia política, como de una social.

Una nota distintiva de la democracia es el ejercicio limitado del poder. El límite reside en la adjudicación de competencias a los órganos del poder que deben estar sujetos a la

⁸ RODRÍGUEZ LOZANO, Amador. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 1985. pág. 173.

⁹ *Idem*.

verificación de su cumplimiento, a través de los instrumentos de control.¹⁰

Los instrumentos de control pueden ser constitucionales o legales, pero no basta con que la ley fundamental o la legislación los regulen, se hace necesario un poder judicial independiente con capacidad de aplicarlos, ya que éste último es una de las piezas claves de la democracia.

Donde no existe un sistema judicial independiente, es muy difícil imaginar que se trata de un Estado en el que los derechos de los ciudadanos estén a salvo y donde la división de poderes tenga algún significado más allá de la retórica que suele acompañarlo.¹¹

Las libertades garantizadas son el elemento *sine qua non* de la democracia, y sólo la norma constitucional eficaz puede ofrecer garantías para esas libertades. Los controles constitucionales son los mecanismos para la tutela colectiva de las libertades públicas.

Sin controles constitucionales es imposible tener una Constitución consolidada y por ende, consolidar la democracia.

V. DEFINICIÓN DE FEDERALISMO

El vocablo *federalismo* proviene del latín *feoderatio*, de *feodere*, que significa unir por medio de una alianza, derivado de *feodus-eris*, tratado o pacto.¹²

El federalismo se describe como una estructura de gobierno, caracterizada por una división entre los niveles de gobier-

¹⁰ VALADÉS, Diego. *Teoría de la Constitución*. Porrúa. México. 2005. pág. 345.

¹¹ CARBONELL, Miguel. *El nuevo papel del poder judicial y la transición a la democracia en México*. "Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y Derechos Humanos". Antonio María Hernández, Diego Valadés Coord. UNAM. 2003. pág. 11.

¹² BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*. Porrúa. México. 1994. pág. 407.

no en el ámbito central y local, donde ambos son autónomos en sus propias jurisdicciones. En general, el gobierno federal trata asuntos relacionados con el país completo, mientras que el gobierno provincial se ocupa de asuntos locales que han sido definidos dentro de su jurisdicción.¹³

La atribución al gobierno federal del monopolio de la competencia relativa a la política exterior y militar, permite eliminar las fronteras militares entre los Estados, de manera que las relaciones entre éstos, pierden el carácter violento y adquieren un carácter jurídico lo que permite que todos los conflictos pueden resolverse ante un tribunal.

La transferencia a los órganos federales de algunas competencias en el campo económico tiene por objeto eliminar los obstáculos de carácter aduanal y monetario, que impiden la unificación del mercado, y atribuirle al gobierno federal una capacidad autónoma de decisión en el sector de la política económica. La consecuencia de esta distribución de las competencias entre una pluralidad de centros de poder independientes y coordinados consiste en que cada parte del territorio y cada individuo están sometidos a dos poderes soberanos, al del gobierno federal y al de un estado federado, sin que por esto desaparezca el principio de unidad de decisión sobre cada problema.¹⁴

El modelo federal lleva a cabo una verdadera división del poder soberano; de acuerdo con la división territorial, el equilibrio constitucional no puede mantenerse sin la primacía de la constitución sobre todos los poderes. La autonomía de este modelo se traduce efectivamente, en el hecho de poder decidir en concreto, en caso de conflicto, cuáles son los límites que no pueden rebasar los dos órdenes de poderes soberanos y que no le corresponden ni al poder central ni a los estados federados.

¹³ M. Q. Lee, Frank. *La constitución y el federalismo*. "Canadá: política y gobierno en el siglo XXI". Porrúa/ Cámara de Diputados LIX Legislatura. México. 2005. pág. 27.

¹⁴ BOBBIO Norberto y otros. *Diccionario de política*. Siglo XXI. 13ª Ed. España. 2002. pág. 634.

Este poder le corresponde a una autoridad neutra, los tribunales, a los que se les ha conferido el poder de revisión constitucional de las leyes. Éstos basan su autonomía en el equilibrio entre el poder central y los poderes periféricos y pueden desempeñar, eficazmente, su función, con la condición de que ninguno de los dos órdenes de poderes rivales prevalezca de manera decisiva.¹⁵

La distribución del poder sobre la base territorial es, en realidad mucho más eficaz que la de base función, en lo relativo a garantizar el control dividido del poder, principal garantía de la libertad política, en cuanto que el gobierno federal y los estados miembros pueden fundar su propia independencia en una base social distinta.¹⁶

El Estado federal ocupa un sitio intermedio entre el Estado unitario y la Confederación de Estados. El Estado unitario posee unidad política y constitucional, es homogéneo e indivisible, sus comarcas o regiones carecen de autonomía o gobierno propio.¹⁷ En aquellos Estados en los que la división de poderes se basa exclusivamente en las funciones, el legislativo y el ejecutivo tienden inevitablemente a ser controlados por las mismas fuerzas políticas, con la consecuencia de que el poder judicial, el más débil de los tres poderes, se reduce de hecho a un ramo de la administración pública.¹⁸

En la Confederación, los Estados que la integran conservan su soberanía interior y exterior, de suerte que las decisiones adoptadas por los órganos de la confederación no obligan directamente a los súbditos de los Estados, sino que previamente deben ser aceptadas y hechas suyas por el gobierno de cada

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ TENA RAMÍREZ, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. Porrúa. México. 1984. pp. 112-113.

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Op. cit.* p. 635.

Estado confederado, imprimiéndoles así la autoridad de su soberanía.¹⁹

VI. HISTORIA DEL FEDERALISMO

La primera exposición doctrinal acerca de la naturaleza jurídica del estado federal, se encuentra en *El Federalista*, que es una recopilación de artículos escritos en tres periódicos de la ciudad de Nueva York, por Alexander Hamilton, Santiago Madison y John Jay.²⁰

Estos artículos fueron escritos para convencer al pueblo de las trece colonias, que habían logrado su independencia, que ratificaran la Constitución y adoptaran el sistema federal, basado en la unión de los Estados.²¹

Jay en sus artículos sostenía que la unión daba algunos de los siguientes beneficios: 1. Eliminaba las causas más comunes de las guerras justas y evitaba las causas injustas de éstas;²² 2. Elevaba la posibilidad de exigir respeto de las otras naciones e impedía que éstas atacaran a la Unión;²³ 3. Protegía contra la influencia extranjera que se dejaría sentir en los diversos Estados que se conservaran aislados y estorbaría su posible alianza con países rivales.²⁴ También afirmaba que de no existir la federación, existía el peligro de que los Estados conformados pelearan entre ellos.²⁵

¹⁹ TENA RAMÍREZ, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano. Op. cit.* pp. 112-113.

²⁰ HAMILTON Alexander, Santiago Madison, John Jay. *El federalista*. Fondo de Cultura Económica. 2ª Ed. México. 2001. p. VII.

²¹ *Ibidem*. p. IX.

²² *Ibidem*. pp. 9-12.

²³ *Ibidem*. pp. 12-15.

²⁴ *Ibidem*. pp. 16-18.

²⁵ *Ibidem*. pp. 18-27.

Hamilton por su parte, advertía sobre la importancia de la unión desde el punto de vista comercial y fiscal, considerando que el comercio americano era la fuente óptima de la riqueza y facilitaba el aumento de la capacidad tributaria. Consideraba que los impuestos indirectos eran los más convenientes en América, y que debían recaer sobre el comercio, pero que sólo eran posibles existiendo la unión.²⁶ También afirmaba que el objeto inmediato de la Constitución Federal era asegurar la unión de los trece Estados, y sumar a éstos los Estados que surgieran con posterioridad.

Hamilton resumía los principales propósitos de la unión en los siguientes: la defensa común de sus miembros; la conservación de la paz pública;²⁷ el comercio con otras naciones y la prosperidad de éste,²⁸ así como la dirección de las relaciones políticas y comerciales con las naciones extranjeras.

Para lograr lo anterior, consideraba necesario entre otros aspectos, la organización de un ejército federal permanente que fortificara la autonomía federal y asegurara la defensa común de todos los Estados-miembros,²⁹ el establecimiento de una marina federal³⁰ y que se dictaran reglas para gobernar tanto a la federación como a los Estados.

La forma de organización que proponía era que los Estados conservaran todos los derechos de la soberanía que disfrutaban antes, y que no fueran delegados de manera exclusiva a los Estados Unidos. Esta delegación de soberanía estatal, solamente sería otorgada cuando la Constitución, en términos expresos, concediera autoridad exclusiva a la Unión y cuando otorgara en una parte, cierta facultad a la Unión y en otra prohibiera a los Estados que ejercitaran la misma facultad potestad.³¹

²⁶ *Ibidem.* pp. 46-50.

²⁷ *Ibidem.* p. 31.

²⁸ *Ibidem.* pp. 46-50.

²⁹ *Ibidem.* pp. 27-31.

³⁰ *Ibidem.* pp. 41-46.

³¹ *Ibidem.* pp. 32-35.

Por su parte, Madison afirmaba que la Constitución imponía determinadas prohibiciones a los Estados-miembros, como celebrar tratados y alianzas entre sí, expedir patentes de curso, acuñar moneda, emitir billetes, decretar penas sin previo juicio, dictar leyes con posterioridad al hecho o que menoscabaran las obligaciones derivadas de los contratos, establecer títulos de nobleza e imponer derechos sobre importaciones y exportaciones.

Parece ser que la influencia de estos tres autores fue tal, que finalmente, los Estados Unidos de América aceptaron el federalismo, quedando asentado así en la Constitución.

En efecto, el 21 de febrero de 1787 el Congreso Continental, único órgano de la entonces existente Confederación de los Estados Unidos de América, aprobó una resolución en la que se planteaba la oportunidad de reunir una convención en Filadelfia para revisar los artículos de la Confederación. Los delegados de los diversos Estados se reunieron en Filadelfia a partir del 14 de mayo. Sólo el Estado de Rhode Island, rechazó la invitación.³²

La *Convention* obró formalmente como órgano revisor de los Artículos de la Confederación. Cuatro fueron los proyectos presentados en la *Convention*: el *Virginia (Radolph) Plan* y el *Pinckney Plan*, presentados el 29 de mayo; el *New Jersey (Paterson) Plan*, presentado el 15 de junio, y el *Hamilton Plan*, del 18 de junio. El primero proponía un cambio decisivo que implicaba la superación de la *amendign clause* de los Artículos de la Confederación, sugiriendo por tanto un procedimiento ilegítimo al tenor del ordenamiento confederal entonces vigente. El segundo proyecto se perdió; fue reconstruido, en parte, basándose en documentos sucesivos, pero no parece que haya tenido importancia para el proyecto formativo de la Constitución federal. El tercer proyecto –es decir *el New Jersey Plan*– se contraponía al de Virginia, sobre todo, porque el proceso formativo debía seguirse según las modalidades previstas

³² VERGOTTINI, Giuseppe De. *Derecho constitucional comparado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 2004. p. 142.

por el Artículo XIII de la Confederación y sin embargo, las modificaciones fueron sustancialmente menos importantes comparadas con las del proyecto anterior, pero el *Plan*, siendo el cuarto proyecto, introdujo el importante principio de la *Supremacy claus*, que se incorporó luego al artículo VI de la Constitución. El proyecto de Hamilton nunca se discutió en la asamblea. Una vez aprobado el proyecto, se envió a los Estados para su ratificación.³³

El federalismo y el Poder Judicial en las Constituciones de México

Diputaciones provinciales

Las diputaciones provinciales son consideradas como el origen del federalismo en México, cuyo antecedente son las juntas provinciales surgidas en España en 1808, a raíz de la emboscada napoleónica en que cayeron Carlos IV y Fernando VII, para quedar cautivos en Francia.³⁴

Las diputaciones provinciales fueron reconocidas por la Constitución de Cádiz, expedida por las Cortes el 19 de marzo de 1812, siendo un *organismo público, de carácter colegiado, para el gobierno político y económico, como entonces se decía, de las provincias, o divisiones políticas del territorio del imperio español hasta aquel momento existentes. Por ello más adelante, la diputación provincial pasa a significar la división territorial misma*. El objeto de su creación fue la prosperidad y el fomento de las provincias.³⁵

La diputación provincial se integraba por dos representantes natos del gobierno de Madrid: el jefe superior político y

³³ *Idem*.

³⁴ LEE BENSON, Natalie. *La diputación provisional y el federalismo mexicano*. Porrúa. México. 2ª Ed. 1994. p. 20.

³⁵ BARRAGÁN BARRAGÁN, José. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo III. Porrúa/Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México. 1985. p. 295.

el jefe de la hacienda pública y siete representantes de libre elección.³⁶

Las diputaciones provinciales tenían como facultades: intervenir y aprobar el repartimiento hecho a los pueblos de las contribuciones; velar por la buena inversión de los fondos; cuidar que se instalaran oportunamente los ayuntamientos en donde correspondiera; proponer al gobierno los árbitros necesarios para los servicios y obras nuevas; promover la educación, fomentar la agricultura, la industria y el comercio; cuidar de los establecimientos públicos de asistencia y beneficencia, y dar parte al gobierno de los abusos, y a las Cortes sobre las infracciones cometidas contra la Constitución.³⁷

La primera diputación provincial establecida en 1812, dentro de los límites actuales de México fue la de Yucatán, que pertenecía a la jurisdicción de Mérida que, cuya jurisdicción incluía el territorio que hoy forman Yucatán, Campeche y Tabasco.³⁸

En 1813, se estableció la diputación provincial de Nueva Galicia. La tercera diputación provincial instaurada dentro de los límites de México fue la de las Provincias Internas de Oriente, con su capital en Monterrey y la última, en el periodo comprendido entre 1813 y 1814, fue la de la Ciudad de México.³⁹

Para octubre de 1821 existían en México ocho diputaciones provinciales en funciones, a saber: Guadalajara, Provincias Internas de Oriente, Provincias Internas de Occidente, México, San Luis Potosí, Yucatán, Puebla y Chiapas.⁴⁰

³⁶ *Idem.*

³⁷ *Idem.*

³⁸ LEE BENSON, Natalie. *Op. cit.* p. 35.

³⁹ *Ibidem.* pp. 28 y sigs.

⁴⁰ *Ibidem.* p. 93.

En 1823 las diputaciones provinciales de Jalisco, Michoacán, San Luis Potosí, Querétaro, Zacatecas, Guanajuato, Puebla, Oaxaca y Yucatán, exigieron el sistema federal para nuestro país.⁴¹

El Manifiesto de la Diputación Provincial determinaba:⁴²

1. Cada provincia se convierte en un Estado independiente.
2. Esta independencia se manifiesta en órganos de gobierno propios, la diputación provincial se convierte en poder legislativo y el jefe político superior, en gobernador.
3. Al Estado, por ser independiente, le compete promover su prosperidad y fortunas internas.
4. En el Acta Constitutiva de la Federación quedaría pactada la forma federal.
5. El objeto de la federación es ejercer, de común acuerdo, ciertos atributos de la soberanía, principalmente la defensa mutua y el aseguramiento de la paz pública.

Las ventajas del sistema federal fueron desde un principio apreciadas y se resumían en aquella época, de la siguiente manera:⁴³

1. El sistema federal es más fácil de gobernar ya que cada Estado dicta sus propios actos de gobierno, y los habitantes no tienen que trasladarse al centro de la República para arreglar sus asuntos.
2. La multiplicidad de autoridades a nivel federal y de los Estados, aleja la posibilidad de que los trastornos y revoluciones hagan presa fácil al país, pues al fragmentarse la autoridad, resulta difícil que un facineroso controle o engañe a todos los poderes de todos los Estados.

⁴¹ BARRAGÁN BARRAGÁN, José. *Introducción al federalismo*. UNAM. México. 1978. pp. 129 y sigs.

⁴² *Idem*.

⁴³ BARRAGÁN BARRAGÁN, José. *Teoría de la Constitución*. Porrúa. México. 2005. pp. 312 y 313.

3. El federalismo dificulta el abuso del poder, pues toda su ciencia y naturaleza consiste en la división y subdivisión de los poderes.
4. El sistema federal propicia el desarrollo intelectual, industrial y comercial del Estado, pues debe depender tan sólo de sus propios recursos y no del centro del país. Al requerir autoridades propias, éstas deben provenir de su propio medio, pues no puede tolerarse que sean allegadas de una figura del centro del país, por lo que la institución se mejora para los futuros gobernantes de los Estados.
5. La federación no es débil para afrontar las agresiones exteriores, ya que la defensa común está centralizada y no deja a los estados federados indefensos ante las invasiones.
6. Aunque hay aspectos comunes, el federalismo es el único sistema de gobierno que contempla un respeto por las diferencias específicas de cada Estado, al ser atributo de su soberanía el legislar sobre las materias de su competencia, de manera que mejor les parezca.

Acta Constitutiva de la Federación (1824)

Del 1º de julio al 12 de septiembre de 1823 se instalaron casi todas las legislaturas constituyentes locales, con lo que desaparecieron las diputaciones provinciales; Chiapas se erigió en Estado hasta septiembre de 1824, instalando su congreso constituyente estatal, hasta el 5 de enero de 1825.⁴⁴

El Congreso quedó instalado el 7 de noviembre de 1823, siendo Miguel Ramos Arizpe el presidente de la Comisión de Constitución.⁴⁵

El Acta Constitutiva de la Federación Mexicana del 31 de enero de 1824, instauró en su Artículo 5º que se adoptaba para su “gobierno la forma de república representativa popular

⁴⁴ LEE BENSON. *Op. cit.* p. 227

⁴⁵ *Ibidem.* p. 217

federal”,⁴⁶ y en el artículo 6° se declaró que la federación se integraba por “Estados independientes, libres y soberanos, exclusivamente en cuanto administración y gobierno interior”.⁴⁷

Constitución de 1824

La Constitución de 4 de octubre de 1824 fue la primera que adoptó en México el sistema federal, quedando plasmado en el artículo 4° lo siguiente:

La nación mexicana adopta para su gobierno la forma de república representativa popular federal.⁴⁸

Este modelo como bien se sabe fue tomado del régimen implantado en los Estados Unidos de Norteamérica, dividiendo al país en veinte Estados y cuatro territorios, puesto que las provincias se elevaron a la categoría de Estados (Art. 5).⁴⁹

A pesar de que la implementación del federalismo en nuestro país fue abrupta y con un gran desconocimiento teórico del modelo, la adopción del sistema no fue, en forma alguna, incongruente, ya que en definitiva se lograba todo aquello por lo que se había luchado en la independencia y que estaba latente en el Congreso, por un lado: en forma determinante suprimir el absolutismo que en ese momento se presentaba escondido dentro del republicanismo y por otro lado otorgar a las antiguas provincias de la Nueva España, cuya penuria había sido más por el abandono que por una dominación efectiva, los mismos principios de autosuficiencia política

⁴⁶ TENA RAMÍREZ, Felipe. *Leyes fundamentales de México 1808-2002*. Porrúa. México. 2002. p. 154.

⁴⁷ *Idem.*

⁴⁸ *Ibidem.* p 168.

⁴⁹ *Idem.*

que se otorgaban al gobierno federal, es decir, garantizar a los Estados un gobierno republicano, representativo y popular.⁵⁰

Leyes Constitucionales de 1836

En las leyes constitucionales de 1836, se estableció un régimen centralista.

Constitución de 1857

En la Constitución de 1857, se reconoce la forma de gobierno federal, en efecto, el artículo 40 determinaba:

Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.⁵¹

VII. CONSTITUCIÓN DE 1917

En la exposición de motivos de la Constitución, en 1916, Venustiano Carranza expresó, en relación al federalismo:

Ha sido hasta hoy una promesa vana el precepto que consagra la federación de los Estados que forman la República Mexicana, estableciendo que ellos deben ser libres y soberanos en cuanto a su régimen interior, ya que la historia del país demuestra que, por regla general y salvo raras ocasiones, esa soberanía no ha sido más que nominal, porque ha sido el Poder central el que siempre ha impuesto su voluntad, limitándose

⁵⁰ RABASA, Emilio. *El pensamiento político del constituyente de 1824*. UNAM. México. 1986. pp. 123 y 124.

⁵¹ TENA RAMÍREZ, Felipe. *Leyes fundamentales de México 1808-2002*. *Op. cit.* p. 613.

las autoridades de cada Estado a ser los instrumentos ejecutores de las órdenes emanadas de aquél.⁵²

Lo expresado por Carranza en 1917 sigue teniendo vigencia hoy en día, puesto que el federalismo sigue siendo solamente un *propósito* del constituyente, sin aplicación real.

En la Carta Magna vigente a la fecha, el federalismo está establecido en el artículo 40.⁵³

VIII. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

La regla general de distribución de competencias entre la Federación y los Estados, se encuentra plasmada en el artículo 124 constitucional que a la letra dice:

Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.

Este precepto crea la llamada *cláusula residual*, que se refiere a que los Estados pueden ejercer las atribuciones sobrantes, es decir, las que no estén otorgadas expresamente en la Constitución a la Federación.⁵⁴

La excepción a esta regla son las llamadas *facultades concurrentes* que deben estar también expresamente determinadas en la Ley fundamental, y que son aquellas en las cuales participan tanto la federación como los Estados.

Las facultades concurrentes reconocidas en la Carta Magna son: educación (Arts. 3-VIII y 73-XXV), salubridad (Arts. 4 y 73 fracción XVI), asentamientos humanos (Arts. 27 y 73 fracción XXIX-C), seguridad pública (Art. 73 fracción XXIII),

⁵² *Diario de Debates. Congreso Constituyente 1916-1917.* Gobierno del Estado de Querétaro/ Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana de la Secretaría de Gobernación. México. Tomo I. 1987. p. 386-387.

⁵³ *Supra.* pág. 16.

⁵⁴ GARCÍA SEGURA, Paloma. *Coordinación fiscal.* "Federalismo y relaciones intergubernamentales". Porrúa. México. 2003. p. 314.

medio ambiente (Art. 73 fracción XXIX-G), protección civil (Art. 73 fracción XXIX-I), deporte (Art. 73 fracción XXIX-J), turismo (Art. 73 fracción XXIX-K), pesca y acuacultura (Art. 73 fracción XXIX-L).

Por lo que se refiere a las entidades federativas, la Carta Magna les confiere dos facultades importantes:⁵⁵

- a) Autonomía, que es el poder para dictar su propia Constitución y normas internas, con la única limitante de no contravenir el pacto federal; lo que está reconocido en el artículo 41 párrafo primero que determina: *El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.*
- b) Participación en la modificación a la Constitución Federal, lo cual se encuentra reconocido en el artículo 135 párrafo primero, que señala: *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 acuerde las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados.*

Por su parte, el artículo 115 de la Ley fundamental establece que los Estados tendrán “*como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el Municipio Libre...*”; lo que significa la libertad del municipio y sus vínculos de coordinación con el Estado, es decir, la armonización de la

⁵⁵ FIX ZAMUDIO, Héctor y Salvador Valencia Carmona. *Derecho constitucional mexicano y comparado*. Porrúa-UNAM. México. 2001. p. 944.

relativa autonomía del municipio con su relativa subordinación al Estado.⁵⁶

Por otro lado, el artículo 116 implanta una serie de obligaciones para los Estados como: la división de poderes; requisitos para ser gobernadores y tiempo de duración en el cargo; integración y forma de elección de las legislaturas; requisitos para ser magistrados y jueces; principios y garantías en materia electoral; la forma de dirimir controversias a través de los tribunales contencioso-administrativos; régimen aplicable a las relaciones laborales entre los Estados y los trabajadores y convenios que pueden celebrarse entre la Federación y los Estados para la ejecución de obras y la prestación de servicios públicos.

En cuanto al régimen jurídico del Distrito Federal, el artículo 122 constitucional dispone que las autoridades locales son: la Asamblea Legislativa, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal y el Tribunal Superior de Justicia, con lo que se reconoce la división de poderes.

En relación al Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal se establecen en este precepto, fundamentalmente, los requisitos para ser magistrado y las facultades e integración del Consejo de la Judicatura.

IX. FEDERALISMO A LA MEXICANA

Llamamos federalismo a la mexicana, al hecho de que no obstante que constitucional, y por tanto, jurídicamente, México es una República Federal con reconocimiento expreso a la división de poderes, en realidad vivimos en un centralismo.

Por lo que se refiere a la impartición de justicia, es el Poder Judicial de la Federación a través del amparo judicial —generalmente el amparo directo—, quien tiene la última palabra en una contienda judicial lo que contraviene el pacto federal,

⁵⁶ Tena Ramírez. *Op. cit.* p. 146-147.

por tanto, para que haya respeto al mandato constitucional, los poderes judiciales estatales deben ser la última instancia en materia de impartición de justicia, por lo que se refiere a la aplicación del derecho estatal.

Además de lo anterior, los poderes ejecutivos en el ámbito federal y locales, imparten justicia a través de los tribunales agrarios, administrativos, juntas de conciliación y arbitraje y consejos de menores, función que intrínsecamente corresponde a los poderes judiciales, ya sea en la esfera federal o estatal, lo que contraviene el principio de división de poderes.

X. CONCLUSIÓN

La Carta Magna reconoce como características del Estado mexicano, que es una república representativa, democrática y federal.

Al ser la Constitución el máximo ordenamiento, debe respetarse la forma federal del Estado mexicano, dando a los Estados, la autonomía que les corresponde por mandato constitucional.

En materia de impartición de justicia, la aplicación de este principio se puede lograr, devolviendo a las entidades federativas la jurisdicción que les corresponde, para que sean la última instancia, en los asuntos de competencia local, eliminando el amparo casación o directo.

Por tanto, el Poder Judicial de la Federación debe devolver las cuotas de competencia que les corresponden a los tribunales estatales, y sólo intervenir en las cuestiones federales; lo que implicará una disminución en la carga de trabajo para los órganos jurisdiccionales federales, y por tanto estar en condiciones de emitir resoluciones de mejor calidad en el fondo.

DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

Brenda A. Hernández Arana

SUMARIO: I. Introducción; II. Interpretación de la Constitución; III. La supremacía de la Constitución y su control; IV. Declaratoria General de Inconstitucionalidad; V. Conclusiones. VI. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

Nuestra Constitución Política, como ordenamiento supremo, determina las obligaciones y derechos máximos de que gozamos, por ende, su contenido y evolución provienen de una lucha histórica en la que el papel de los derechos fundamentales cobra relevancia trascendente dentro del orden jurídico y cuya observancia debe ser protegida, con miras progresivas en la interpretación que de la misma se haga por todo operador jurídico.

Señala Emilio Rabasa, que la mejor manera de conocer al pueblo mexicano es mediante el estudio de su historia y sus instituciones; conocimiento que reafirma nuestra identidad, para así comprender nuestro modo de ser y las metas que como nación nos hemos fijado por ello; hay que hacer notar que las tres constituciones federales de México, no fueron el fruto de una meditación pacífica, sino la consecuencia de sangrientos hechos de armas, de auténticas revoluciones: la Independencia

originó la Constitución de 1824, la de Ayutla a la Constitución de 1857 y los movimientos de 1910 y 1913, la actual de 1917.¹

La evolución que la ley suprema precisa, de cambio en la cultura jurídica, en donde la humanización del derecho determine el rumbo de las acciones y el cumplimiento que la reciente reforma en materia de derechos humanos del 10 de junio del 10 de junio de 2011 que llevada a su máxima expresión, reclaman la protección de la dignidad como un factor inherente al ser humano, la cual debe ser privilegiada.

El papel que se consagra en nuestros juzgadores, no es menor, ya que tienen el encargo de dar cauce a la norma emanada por el constituyente, y en quienes recae la responsabilidad de interpretar a la Constitución para dirimir las controversias que en sus manos se otorga y que al final de su actuar —en un caso concreto— a través de una sentencia, se esperan sean “las más justas”.

Ligado a ello, el 6 de junio de 2011, se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el decreto por el cual se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Básicamente, con la referida reforma, se faculta al Consejo de la Judicatura para establecer Plenos de Circuito; las condiciones para que los juicios de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad se substancien de manera prioritaria.

Asimismo se da competencia a los tribunales de la Federación en controversias por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen derechos humanos; se especifica la competencia de los tribunales federales en controversias mer-

¹ Rabasa, Emilio, Coord, *Nuestra constitución. Historia de la libertad y soberanía del pueblo mexicano. Cuaderno 1. Introducción, antecedentes y explicación general de la constitución de 1917, Colección del instituto nacional de estudios históricos de la revolución mexicana*, Pag. 9, <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3401>, consultado el 19 de agosto de 2013>.

cantiles; se excluye del juicio de amparo a las controversias electorales; además se prevé la posibilidad de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación emita una declaratoria general de inconstitucionalidad de una norma general —excepto aquellas de naturaleza tributaria—; se detallan los requisitos para el amparo directo y la procedencia del amparo administrativo, así como las sanciones y providencias en caso de incumplimiento de la autoridad obligada a acatar una sentencia de amparo.

Sobre este tenor, el proceso para conformar una declaratoria de inconstitucionalidad, derivada de la procedencia de un juicio de amparo indirecto, tiende, —como mecanismo de protección de la parte orgánica de la Constitución— a excluir del sistema jurídico mexicano, toda norma legal que sea contraria a la misma.

De ahí que la declaratoria objeto del presente análisis, constituye un elemento del control de constitucionalidad, que corresponde a su mayor intérprete, el Tribunal Constitucional, que en México, lo constituye la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

II. INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

En materia de interpretación jurídica, no existe un criterio exclusivo para su desarrollo, si bien, como refiere Rodolfo Vázquez, puede ser vista de manera amplia y de manera restringida, lo real, es que existen distintos tipos de interpretación.

La interpretación es a veces una actividad de conocimiento y, otras veces, una actividad de decisión discrecional. La textura abierta, la vaguedad y la indeterminación de casi todos los textos normativos, nos enseña que es posible identificar, en el seno del significado de todo texto normativo, un núcleo esencial y, en torno suyo, una “zona de penumbra” o de significado incierto o indefinido. En realidad, para toda norma existen

casos “fáciles” y casos “difíciles”: siempre habrá un lugar para los primeros en el campo de aplicación de la norma, mientras que la aplicabilidad de la norma será controvertida para los casos difíciles.²

Riccardo Guastini, en su obra *La interpretación: objetos, conceptos y teorías*, advierte, que un primer sentido, el término *interpretación*, se refiere a la actividad de decidir, proponer, describir o prever el significado de un objeto; un segundo sentido del término habría de referirse al resultado o producto de dicha actividad.³

Diversas teorías se han desarrollado en torno a la interpretación, habida cuenta de que el término atiende tanto al sujeto intérprete y a los efectos y alcances de esa interpretación, a razón de su investidura, como al objeto materia de ese análisis interpretativo, sin embargo, al final, es la decisión del juzgador vertida en una sentencia, la que tiene un alcance material y concreto, al resolver un caso determinado y al interpretar una norma específica, no obstante, ello no determina que el resultado sea el correcto, por lo que la interpretación jurídica encuentra esa limitante.

En materia puramente constitucional, la interpretación constituye un elemento trascendente, en razón de que emite parámetros de armonía legal basada en una supremacía constitucional, en relación con el resto de los ordenamientos normativos que conforman el sistema jurídico.

De esta manera, la interpretación constitucional es una modalidad de interpretación jurídica. Dicha circunstancia es una consecuencia natural de la fuerza normativa de la Constitución, es decir, del reconocimiento de las normas constitucionales como normas jurídicas, con todos sus elementos propios. Consecuentemente se aplican a la interpretación constitucional los métodos tradicionales de la interpretación

² Vázquez, Rodolfo, *Teoría del derecho*, México, Oxford, 2007, p. 204.

³ Guastini, Riccardo, *La interpretación: objetos, conceptos y teorías*, Rodolfo Vázquez (comp) *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2001, p. 21.

del derecho, desde hace mucho definidos, como el gramatical, el histórico, el sistemático y el teleológico.⁴

La Constitución como cúspide de la jerarquía normativa, precisa de una interpretación particular acorde a sus propios fines, directrices y principios, ello frente a la necesidad de que el ordenamiento jurídico este dotado de coherencia, donde el texto constitucional resulta orientador del resto normativo, así la interpretación constituye un factor determinante en el análisis de la constitucionalidad.

Esta atingencia, nos conduce a las palabras expresadas por Fabiola García, quien se refiere a la *interpretación*, como un proceso que está basado en una serie de pasos concatenados que, están constituidos por los métodos. Singular interpretación, que vendría a quebrantar la apreciación individual que clásicamente le hemos otorgado, coadyuva en la misión de dotar a la interpretación de todos los mecanismos hasta ahora erigidos por el Derecho, a una concepción más amplia en el entendimiento de los dispositivos y en su conversión en normas jurídicas.⁵

En las últimas décadas, en la interpretación del ordenamiento jurídico, se ha visto reflejada la nueva percepción que se tiene respecto de la Constitución, bajo dos aspectos a destacar, primero, reconocida de fuerza normativa y, segundo, frente a la expansión de su propia jurisdicción, donde el papel del juzgador cobra una mayor relevancia, pues, superior a revelar el contenido de una norma, tendrá una participación activa y decisiva en el proceso de creación del derecho o de su exclusión misma.

⁴ Barroso, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 10.

⁵ García, Fabiola y Gómez Francisco, *Proceso de inconstitucionalidad*, Lima, Grijley, 2009, p. 24.

III. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La supremacía constitucional, tiene un papel trascendente, cuando abordamos el tema de control de constitucionalidad, ello, debido a que dicho principio determina que el orden jurídico —incluidos los tratados internacionales— estará determinado en armonía a la Carta Magna.

Báez Silva, apunta que algo es supremo cuando es superior jerárquicamente, cuando sobre aquello no existe algo más, cuando es lo más alto, o más valioso. Es en este sentido en el que se entiende la supremacía de las Constituciones.⁶

Para Norberto Bobbio, las constituciones liberales se caracterizan por la afirmación de los derechos del hombre y del ciudadano, calificados de inviolables, es decir, que no pueden limitarse y mucho menos suprimirse, por medio de una decisión colectiva, aunque ésta sea mayoritaria. Derechos que se garantizan jurídicamente, por medio del control constitucional de leyes, declarando ilegítimas las leyes que no respetan tales derechos.⁷

Así la revisión judicial de las leyes o constitucionalidad de las leyes —*judicial review*— es un elemento del control de constitucionalidad que habida cuenta del reconocimiento de su supremacía, debe verificarse.

Para Gustavo Zagrebelsky, las sociedades pluralistas actuales —es decir, las sociedades marcadas por la presencia de una diversidad de grupos sociales con intereses, ideologías y proyectos diferentes, pero sin que ninguno tenga fuerza suficiente para hacerse exclusivo o dominante y, por tanto, establecer la base material de la soberanía en el sentido del pasado,— aquellas dotadas en su conjunto de un cierto grado de relativismo, asignan a la Constitución, no la tarea de establecer directa-

⁶ Baez Silva, Carlos, *La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N. 105, México, 2001, p. 382.

⁷ Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2005, p. 478.

mente un proyecto predeterminado de vida en común, sino la de realizar las condiciones de posibilidad de la misma.

Desde la Constitución, como plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para cada uno de los sectores sociales, puede comenzar la competición para imprimir al Estado, la orientación de uno u otro signo, en el ámbito de las posibilidades ofrecidas por el compromiso constitucional.⁸

Particularmente, en la historia constitucional mexicana, podemos encontrar los antecedentes que se otorgaron a la supremacía de la Constitución, si bien en la Constitución federal de 1824, no invoca propiamente el vocablo *supremacía*, si establece dentro del título VIII, a ese cuerpo normativo, como el más importante de la nueva nación, ordenando el juramento a la misma a todo funcionario público.

A su vez, la Constitución de 1836, si bien, evoca a la Constitución como lo hacía su predecesora, adiciona un nuevo elemento, que es el del control constitucional, a cargo del Supremo Poder Conservador, a quien facultó para declarar la nulidad de una ley o decreto, cuando resultaran contrarios a la Constitución.

Por lo que concierne a la Constitución de 1857, se establece por primera vez, de manera expresa, en su artículo 126, el principio de supremacía constitucional y deposita el control constitucional en los tribunales federales.⁹

Por su parte, la Constitución de 1917, desde sus inicios, acogió dentro de su artículo 133 el principio de supremacía; posteriormente, fue objeto de reforma que data del 18 de enero de 1934, para disponer en su redacción lo siguiente:

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

⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y constitución*, 2ª ed., trad. de Miguel Carbonell, Madrid, Minima Trotta, 2011, p. 14.

⁹ Cfr. Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1999*, México, Porrúa, 1998, 21ª ed., p. 193.

República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.

La reforma efectuada al artículo 133 constitucional, estipula que el Senado de la República es el órgano facultado para aprobar las reformas a la misma, cuando el texto primigenio, facultaba al Congreso de la Unión, para tales efectos.

El Poder Judicial de la Federación, se ha pronunciado sobre la interpretación del artículo 133 de la Constitución, determinando que este consagra principios de jerarquía constitucional y jerarquía normativa.¹⁰

En el derecho constitucional mexicano, se han establecido diversos medios de control constitucional, entre los que podemos citar los siguientes: el juicio de amparo, las controversias constitucionales, la acción de inconstitucionalidad, el juicio político, los procesos jurisdiccionales en materia electoral y la protección de los derechos humanos.¹¹

Como parte del contexto general, para abordar el concierne a la declaratoria general de inconstitucionalidad –que tiene origen en el juicio de amparo–, a continuación se exponen *grosso modo* los alcances y fundamento de los medios de control constitucional citados:

¹⁰ Véase tesis de jurisprudencia I.5o.C. J/1 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, rubro: “JUICIO DE AMPARO. ES UN MEDIO PARA EL CONTROL DE LA LEGALIDAD, CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD.” Y tesis P. LXX/2011 (9a.) publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, RUBRO: “SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO”.

¹¹ Hasta antes de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, la facultad de Investigación de la Suprema Corte de Justicia, la cual constituía un medio de control constitucional que solía ser nombrado por los constitucionalistas, se encontraba contemplada dentro del párrafo segundo del artículo 97 constitucional, al haberse modificado su texto, dicho control quedó suprimido.

- a) Controversia constitucional. Encuentra su fuente constitucional en lo dispuesto por la fracción I, del artículo 105; consiste en un juicio uniinstancial, que conoce de manera exclusiva la Suprema Corte de Justicia y que puede ser promovido tanto por la Federación, Estados, Distrito Federal o Municipios, únicos entes legitimados para hacer valer dicho control. A excepción de la materia electoral, tiene como finalidad resolver las controversias que se susciten entre dichos entes cuando se produzca un agravio en un ejercicio de atribuciones fuera del marco constitucional y que transgredan sus respectivas esferas de competencia.
- b) Acción de inconstitucionalidad. Encuentra su fuente constitucional en lo dispuesto por la fracción II, del artículo 105; consiste en un procedimiento que conoce de manera exclusiva la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que puede ser promovido cuando se reúne, por lo menos, el treinta y tres por ciento de las cámaras legislativas, tanto de la Federación como de los Estados, o de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, el Procurador General de la República, por los partidos políticos y –por reciente reforma del 10 de junio de 2011–, también puede promoverlo, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Tiene por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general o un tratado internacional y la Constitución Federal. Resulta aplicable tratándose de leyes electorales.
- c) Juicio político. Es un procedimiento uniinstancial que tiene fundamento en lo dispuesto por la fracción primera del artículo 109, 110 y primer párrafo del 114, consiste en determinar la responsabilidad de los servidores públicos que el artículo 110 refiere, por violaciones graves a la Constitución y las leyes que de esta emanan. La acusación es iniciada por la Cámara de Diputados y corresponde conocer y emitir la resolución correspondiente a la Cámara de Senadores.
- d) Procesos jurisdiccionales en materia electoral. Este juicio electoral se encuentra previsto en el párrafo cuarto, fracción V, del artículo 99 constitucional, el cual prevé que al Tribunal Elec-

toral del Poder Judicial de la Federación corresponde resolver en definitiva e inatacable, sobre las impugnaciones de actos y resoluciones que violen los derechos políticos electorales de los ciudadanos, de votar, ser votado y de afiliación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país, en los términos de la Constitución y las leyes secundarias.¹²

- e) Procedimiento para la protección de los derechos humanos. Encuentra su fundamento en lo dispuesto por el apartado B, del artículo 102 de la Constitución, por el cual se determina la competencia para conocer, de tales procedimientos, a los organismos protectores de derechos humanos tanto a nivel federal como estatal o del Distrito Federal, respecto de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa, provenientes de cualquier autoridad o servidor público, a excepción de los del Poder Judicial de la Federación que violen aquellos. Dichos organismos formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas; quienes ante una recomendación tienen la potestad de cumplirla, de no hacerlo así, tienen la obligación de justificar su negativa. El procedimiento ante los organismos protectores de derechos humanos no es procedente en asuntos electorales y jurisdiccionales.
- f) Juicio de amparo. Encuentra su fundamento en los artículos 103 y 107 de la Constitución; conocido como un instrumento de defensa de los derechos de las personas frente a los actos y omisiones de las autoridades, que se ejercita frente a un agravio personal y directo, se regula por los principios de relatividad, definitividad, estricto derecho y restitución; dicho instrumento es a partir de la reforma constitucional del 06 de junio de 2011, la antesala para concebir declaratorias

¹² Aldrete Vargas, Alfonso, *El control constitucional en México*, Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 139, <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/1/ens/ens14.pdf>>, consultado el 15 de octubre de 2013

generales de inconstitucionalidad, que regula la nueva Ley de Amparo.

Bajo ese tenor, proveer al sistema jurídico de controles para su armonización, respecto del marco constitucional, resulta necesario para verificar el principio de supremacía, por el cual encontramos un parámetro para determinar aquellos actos o normas que no deben formar parte del sistema, debido a que son contrarios a la Constitución, es decir, son inconstitucionales.

Dentro de este marco los postulados de la doctrina de supremacía constitucional entran de forma inmediata como un mecanismo de control que el Tribunal constitucional, al efectuar una interpretación y proceso de verificación confrontado con la Norma Suprema, determinan si esta *ad hoc* con aquella o de lo contrario, procede a formular su declaratoria de inconstitucionalidad.

El nuevo derecho constitucional identifica un conjunto amplio de transformaciones ocurridas en el Estado y en el derecho constitucional, en medio de las cuales se pueden señalar: i) como marco histórico, la formación del Estado constitucional de derecho, cuya consolidación ocurrió a lo largo de las décadas finales del siglo XX; ii) como marco filosófico, al post-positivismo, con la centralidad de los derechos fundamentales y con la reaproximación entre derecho y ética, y iii) como marco teórico, al conjunto de cambios que incluyen la fuerza normativa de la Constitución, la expansión de la jurisdicción constitucional y el desarrollo de una nueva dogmática de interpretación constitucional. Ese conjunto de fenómenos ha resultado en un proceso extenso y profundizado de la constitucionalización del derecho.¹³

¹³ Barroso, Luis Roberto, *op. cit.*, p. 17.

IV. DECLARATORIA GENERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

El control de constitucionalidad en México, se lleva a cabo a través de los mecanismos aludidos; en el caso particular, abordaré el relativo al juicio de amparo indirecto, que puede culminar en la expulsión de una norma a través de la declaratoria respectiva, por parte del Tribunal constitucional.

La declaratoria general de inconstitucionalidad, se implementa formalmente como un instrumento substancial para la protección del ciudadano y, además, para armonizar el orden jurídico, a este respecto a partir de la reforma constitucional del 06 de junio de 2011, la encontramos de manera expresa en el artículo 107, de la Constitución Federal Mexicana, que en su fracción II dispone lo siguiente:

II. Las sentencias que se pronuncien en los juicios de amparo sólo se ocuparán de los quejosos que lo hubieren solicitado, limitándose a ampararlos y protegerlos, si procediere, en el caso especial sobre el que verse la demanda.

Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora correspondiente. Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria. Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria.

Si bien dicha figura ya existía en nuestro ordenamiento jurídico, derivada de los propios amparos por impugnación a leyes violatorias de las entonces llamadas garantías individuales, acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales,¹⁴ la innovación es que se incorpora tal figura de manera expresa en el texto constitucional, a partir del juicio de amparo indirecto y más aún, como consecuencia de una reiteración de criterios que determinen la inconstitucionalidad de la norma general.

Cabe precisar que mientras las acciones de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales, provienen de una facultad de los entes de orden público, el amparo, deriva de un derecho de las personas en los que se resuelve sobre la inconstitucionalidad de la norma en cuestión y mediante el procedimiento establecido.

Reglamentariamente, la declaratoria general de inconstitucionalidad, quedó comprendida en el título cuarto, capítulo sexto de la nueva Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual entró en vigor el 03 de abril de 2013.¹⁵

En síntesis su reglamentación comprende: i) el inicio del procedimiento y notificación a la autoridad emisora de la norma; ii) trámite y declaratoria general de inconstitucionalidad; iii) facultad de los plenos del circuito para solicitarla; iv) contenido y alcance de la declaratoria; y v) publicación de la declaratoria; además, también se hace mención a esta figura, en la fracción VIII del artículo 61, (causales de improcedencia del juicio de amparo), tercer párrafo del artículo 73, artículo 78 (ambos relativos al alcance de las sentencias de amparo) y finalmente en el Octavo Transitorio.

¹⁴ Véase artículo 105, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y artículo 44 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional.

¹⁵ El Transitorio Segundo, abroga, la anterior Ley de Amparo, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1936.

De tal modo, el 4 de octubre de 2011, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en ejercicio de la facultad conferida en el artículo 94 constitucional, octavo párrafo que dice: *El Pleno de la Suprema Corte de Justicia estará facultado para expedir acuerdos generales, a fin de lograr una adecuada distribución entre las Salas de los asuntos que compete conocer a la Corte...*, emitió el Acuerdo General número 11/2011,¹⁶ relativo al Procedimiento para la Declaratoria general de inconstitucionalidad; acuerdo que contenía las reglas operativas para realizar el citado procedimiento.¹⁷

Por su parte, la naciente Ley de Amparo, dispone en el texto del artículo 233 que: *los Plenos de Circuito podrán iniciar el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad, cuando dentro de su Circuito se haya emitido jurisprudencia derivada de sentencias dictadas en amparos indirectos en revisión en las que se declare la inconstitucionalidad de una norma general*, corolario de ello, el Artículo Octavo Transitorio de la misma ley, advierte que *las declaratorias no podrán ser hechas respecto de tesis aprobadas conforme a la anterior ley de amparo*, ello, suscitó la reexpedición de las reglas operativas, por parte del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante el Acuerdo General 15/2013, relativo al procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad¹⁸ Acuerdo General 11/2011.

¹⁶ Acuerdo general número 11/2011, de cuatro de octubre de dos mil once, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo al procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad,

<https://www.scjn.gob.mx/libreria/Documents/AcuerGralesJurisdicPermVig/AGP_11_2011.pdf>, consultado el 24 de septiembre de 2013.

¹⁷ El Acuerdo General 11/2011 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, fue emitido después de la reforma constitucional del 06 de junio de 2011, en el que, de manera particular y expresa, se establece la figura de la declaratoria, pero anterior a la publicación de la nueva Ley de Amparo.

¹⁸ Acuerdo general número 15/2013, de veintitrés de septiembre de dos mil trece, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo al procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad, <[https://www.scjn.gob.mx/PLENO/AGPlenarios/Acuerdo%20General%20Plenario%2015-2013%20\(DGI\).pdf](https://www.scjn.gob.mx/PLENO/AGPlenarios/Acuerdo%20General%20Plenario%2015-2013%20(DGI).pdf)>, consultado el 01 de octubre de 2013.

Ahora bien, retomando la procedencia de la figura en estudio, cuyo origen se conforma a partir del juicio de amparo indirecto, resulta oportuno reiterar –previo a establecer el objeto de la declaratoria– se debe precisar que en términos de lo dispuesto por el artículo 107 constitucional, el amparo indirecto es procedente contra: a) normas generales, b) actos u c) omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, d) así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano forma parte.¹⁹

a) Objeto de la Declaratoria

De manera particular, en el caso del juicio amparo indirecto promovido contra normas generales, éste procederá con la sola entrada en vigor de de la norma que se trate o cuando con motivo de su primer acto de aplicación causen perjuicio al peticionario o quejoso.

En ese tenor, para efectos de precisión del tema que nos ocupa, enlistaré aquellas que deben entenderse como normas de carácter general, en términos de la Ley de Amparo, así tenemos las siguientes:

- i) Los tratados internacionales aprobados en los términos previstos en el artículo 133 de la Constitución;
- ii) Las leyes federales;
- iii) Las constituciones de los Estados y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal;
- iv) Las leyes de los Estados y del Distrito Federal;
- v) Los reglamentos federales;
- vi) Los reglamentos locales; y

¹⁹ Véase la reciente jurisprudencia número: **I.5o.C. J/1 (10a.)** “JUICIO DE AMPARO. ES UN MEDIO PARA EL CONTROL DE LA LEGALIDAD, CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD.”

- vii) Los decretos, acuerdos y todo tipo de resoluciones de observancia general.²⁰

El propio texto constitucional, determina que toda norma general puede ser objeto del procedimiento de Declaratoria, a excepción de aquellas de tipo tributario, ya sea este federal, local o municipal.²¹

En cuanto a los alcances del amparo indirecto, acorde a la norma constitucional, la Ley de Amparo evoca al principio de relatividad de las sentencias –conocida como la fórmula Otero–, al indicar dentro del artículo 107, fracción II, primer párrafo, textualmente lo siguiente: ... *los efectos del amparo únicamente favorecerán a los quejosos o peticionarios del mismo y además que se limitarán a ampararlos y protegerlos respecto del caso particular que haya dado origen.*

Si bien en uno de sus supuestos, la declaratoria general de inconstitucionalidad, encuentra su antecedente en el propio juicio de amparo indirecto, también hay que precisar que a diferencia de éste –que únicamente favorece al peticionario amparado– la declaratoria se establece como un procedimiento que puede trascender en la anulación de normas de carácter general, por ende tendrá efectos *erga omnes*.

b) Procedimiento

El procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad, se desarrolla bajo tres supuestos indistintos, que son los siguientes:

- 1.- El que encuentra sustento en lo dispuesto por el artículo 231 de la Ley de Amparo, cuyo texto cita: *Cuando las salas o el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la*

²⁰ Véase Artículo 107, fracción I, Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 02 de abril de 2013.

²¹ Véase artículo 5º del Código Fiscal de la Federación.

Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, resuelvan la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión consecutiva, en una o en distintas sesiones, el presidente de la sala respectiva o de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo informará a la autoridad emisora de la norma.

En este supuesto, si antes de transcurrir el plazo de los noventa días, entra en vigor una nueva norma general, que a juicio del Tribunal Pleno modifique aquélla, el procedimiento de declaratoria general relativo será declarado sin materia, como puntualiza el Acuerdo General 15/2013, antes aludido.

- 2.- El que encuentra sustento en lo dispuesto por el artículo 232 de la Ley de Amparo, cuyo texto cita: *Cuando el pleno o las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los juicios de amparo indirecto en revisión, establezcan jurisprudencia por reiteración, en la cual se determine la inconstitucionalidad de la misma norma general, se procederá a la notificación a que se refiere el tercer párrafo de la fracción II del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.*

En este supuesto, ya sea el Pleno o las propias Salas, lo harán del conocimiento de la Presidencia de la Suprema Corte, quien es la facultada para practicar la notificación correspondiente a la autoridad emisora y, en su caso, integrar el expediente de la respectiva declaración general de inconstitucionalidad previo a turnarlo al Ministro que corresponda.

- 3.- Finalmente, el que encuentra sustento en lo dispuesto por el artículo 233 de la Ley de Amparo, cuyo texto cita: *Los plenos de circuito, conforme a los acuerdos generales que emita la Suprema Corte de Justicia de la Nación, podrán solicitar a ésta, por mayoría de sus integrantes, que inicie el procedimiento de declaratoria general de inconstitucionalidad cuando dentro de su circuito se haya emitido jurisprudencia derivada de amparos indirectos*

en revisión en la que se declare la inconstitucionalidad de una norma general.

De la misma forma que en el numeral anterior, se deberá realizar la notificación respectiva; asimismo se prevé que en caso de duda sobre la naturaleza tributaria de la norma general cuya inconstitucionalidad se haya determinado en jurisprudencia por un Tribunal Colegiado de Circuito, antes de notificar a la autoridad emisora, el Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo consultará al Tribunal en Pleno y en sesión privada.

Debemos tener presente que tal y como dispone el recientemente reformado artículo 107 constitucional, en su fracción VIII, inciso a), la Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene facultad para conocer del recurso de revisión contra las sentencias dictadas en amparo indirecto, cuando habiéndose impugnado en la demanda normas generales por estimarlas violatorias de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, subsista el problema de su constitucionalidad.

Coligado a lo anterior, la interpretación sistemática de lo previsto en los artículos 94, párrafo octavo y 107, fracción II, párrafos segundo y tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, permite establecer que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, podrá delegar su competencia originaria para conocer de los recursos de revisión en amparo indirecto, en los que subsista el problema de inconstitucionalidad de una norma general, a favor de los Tribunales Colegiados de Circuito, lo cual explica, el tercer supuesto, de procedencia de la figura en estudio.

c) Término de emisión

En cualquier supuesto de procedencia, en el que se advierta la inconstitucionalidad de una norma general, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora de la misma; una vez, transcurrido el plazo de noventa

días sin haberse superado el problema de inconstitucionalidad, la Corte emitirá, una vez que fuese aprobada, por una mayoría de cuando menos ocho votos, la declaratoria general de inconstitucionalidad correspondiente.

Según prevé el Acuerdo General 15/2013,²² en caso de que el proyecto de declaratoria general de inconstitucionalidad, no alcance la votación requerida, se desestimaré el asunto y se ordenará su archivo.

d) Contenido y alcance de la Declaratoria

Transcurrido el plazo de noventa días, sin que se hubiese superado el problema de inconstitucionalidad de la norma general respectiva mediante la emisión de una nueva norma general, el Ministro Ponente contará con un plazo de diez días hábiles, siguientes al vencimiento, a fin de remitir a la Secretaría General de Acuerdos de la Suprema Corte, el proyecto de resolución correspondiente, el cual será listado en sesión pública que deberá celebrarse dentro de los diez días hábiles subsecuentes.²³

La declaratoria deberá contener:

- I) Fecha a partir de la cual surtirá sus efectos,
- II) Alcances y condiciones de la misma.

Con excepción de la materia penal, la declaratoria que se emita no tendrá efectos retroactivos, lo cual guarda concordancia con lo dispuesto por el artículo 14 de la Constitución Federal.

Emitida la declaratoria general de inconstitucionalidad será remitida para su publicación, que deberá realizarse dentro del plazo de siete días, tanto en el Diario Oficial de la Federación,

²² Acuerdo general número 15/2013, *op. cit.* séptimo acuerdo.

²³ *Ibidem*, sexto acuerdo.

como en el órgano oficial donde se hubiera publicado la norma general materia de la declaratoria.

e) Sistema constitucional aplicable a la Declaratoria

Para establecer los alcances de la figura en estudio, dentro del contexto constitucional, cabe citar lo dispuesto por el Cuarto Transitorio del Decreto de reformas constitucionales 06 de junio de 2011, el cual dispone que las declaratorias generales de inconstitucionalidad *no podrán ser realizadas respecto de criterios emitidos conforme al sistema constitucional vigente hasta antes de la entrada en vigor del referido Decreto de reformas constitucionales*, es decir, hasta antes del 04 de octubre de dos mil once.

Vinculado a lo anterior, encontramos que el texto del artículo Octavo Transitorio de la nueva Ley de Amparo dispone lo siguiente: *las declaratorias generales de inconstitucionalidad no podrán ser hechas respecto de tesis aprobadas conforme a la ley anterior*.

No obstante, ello debe interpretarse conforme a lo previsto en el propio texto constitucional, en el sentido de que las declaratorias generales de inconstitucionalidad sólo podrán ser realizadas respecto de los criterios emitidos en los amparos en revisión conforme al sistema constitucional vigente a partir del cuatro de octubre de dos mil once.

El sistema de control constitucional fluye sobre el reconocimiento y protección, que que en materia de derechos humanos el Estado mexicano ha acogido a partir de la reforma del 10 de junio de 2011 transitamos del “otorgamiento” de garantías individuales al “reconocimiento” de derechos fundamentales.²⁴

²⁴ Véase tesis de jurisprudencia P./J.114/99, (9a época) publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, rubro: “AMPARO CONTRA LEYES. LA REFORMA DE UN PRECEPTO NO PERMITE RECLAMAR TODA LA LEY, SINO SÓLO ESE PRECEPTO Y LOS ARTÍCULOS QUE RESULTEN DIRECTAMENTE AFECTADOS”; tesis aislada número P. V/2013 (10a época) publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, rubro:

V. CONCLUSIONES

Es a partir de la reforma de junio de 2011, aplicada al artículo primero constitucional, que se obliga a todas las autoridades, en el ámbito de su competencia a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

De la relevancia del papel del juzgador, se debe acentuar que sus decisiones deben estar reconducidas al sistema jurídico, basado en los principios de constitucionalidad y convencionalidad, garantizando los derechos humanos, entre otros los de igualdad y acceso efectivo a la justicia, lo que implica, incluso, fijar el alcance de toda disposición general favoreciendo la tutela de esas prerrogativas fundamentales.

El establecimiento de la figura en estudio, que parte de los párrafos segundo y tercero, de la fracción II del artículo 107 constitucional, permite alcanzar una mayor tutela de esos derechos fundamentales.

Por ende, la cultura jurídica donde convergen sus operadores, debe estar enfocada a los principios *pro* persona y progresividad, a fin de hacer efectiva la protección de los derechos humanos, sin embargo, se requiere un cambio en la percepción, conocimiento y sensibilización del juzgador, quien es el único que goza de fuerza pública, es el único facultado para decidir

“CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD. LA INAPLICACIÓN DE LA NORMA CUYA INCONVENCIONALIDAD SE DECLARA SÓLO TRASCIENDE A UNA INCONSTITUCIONALIDAD INDIRECTA DEL ACTO RECLAMADO AL NO EXISTIR LA DECLARATORIA RELATIVA” y tesis aislada IV.3o.A.19 K (10a época) publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, rubro: “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN EL AMPARO INDIRECTO. SI SE IMPUGNA LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA LEY, EL JUEZ DE DISTRITO PUEDE APLICARLO SI ADVIERTE QUE ÉSTA VIOLA ALGÚN DERECHO FUNDAMENTAL RECONOCIDO EN LA CONSTITUCIÓN O EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES, SIN REQUERIR DEL AGRAVIADO PLANTEAMIENTO EXPRESO AL RESPECTO, PERO SI ÉSTE NO PROPONE DICHO CONTROL, AQUÉL NO PUEDE EFECTUAR UNA DECLARATORIA GENERAL DE INCONVENCIONALIDAD NI DECLARAR LA INAPLICACIÓN DE LA NORMA”.

y, posteriormente, imponer su determinación, como parte del imperativo del cumplimiento de sentencias que forma parte del ordenamiento jurídico y del Estado constitucional.

Si bien, las críticas al Poder judicial, en materia de anulación de leyes, estriban en su carencia de legitimidad para efectuar dicha labor, en virtud de que carece de representación popular, –a diferencia del Poder legislativo–, es dable señalar sobre la declaratoria general de constitucionalidad que, en principio, se da parte al órgano emisor de la norma de que se trate, a fin de que sea éste mismo, quien repare el orden constitucional que se vio trasgredido por la emisión de la norma de que se trate, para lo cual le otorga un plazo de noventa días.

La introducción del instrumento estudiado dentro del texto constitucional, –con origen en el juicio de amparo–, resulta afín a los principios de progresividad y *pro homine* a que alude el artículo primero de la Constitución; ello en razón de que el juicio de amparo, es el medio legal por excelencia para que los gobernados equilibren los actos y omisiones de la autoridad –ante la cual se encuentra en clara desventaja– contrarios a derecho y que le deparen perjuicios.

En los Estados democráticos, resulta necesaria la intervención y conocimiento de un Tribunal constitucional que, partiendo de su experiencia en la resolución de controversias, análisis de casos, interpretación, manejo del derecho y ponderación de valores, sea quien tome medidas oportunas para lograr que la norma ajena al orden constitucional, sea excluida del sistema, beneficiando no sólo a quien se ampare contra determinada norma, sino con efectos *erga omnes*; eliminando una fórmula de desigualdad, por la cual solo aquel que le sea otorgado el amparo o aquél que tenga acceso a los servicios de un abogado, sean los únicos beneficiados.

Resulta substancial subrayar la tendencia, cada vez mayor, de los esquemas de control constitucional con efectos generales, en los que ante una norma general debe operar un efecto general y no particular; sobre este punto, señala el Ministro Lelo de la Rea, lo siguiente: *no resultará posible seguir*

*argumentando la procedencia de los actos como una cuestión estrictamente relacionada con una persona, sino pasar el entendimiento de que, al ser la reclamación, la vía para garantizar la supremacía constitucional, tal vía debe ser concebida en términos más amplios o generosos.*²⁵

Al haberse dotado efectos *erga omnes* a la declaratoria general de inconstitucionalidad, se instaure un instrumento útil para suprimir la vigencia de leyes contrarias a la norma constitucional, especialmente cuando la norma general resulta violatoria de derechos humanos; por ende, el sistema logra mayor equilibrio y progresividad.

Finalmente, destaco la importancia del abogado postulante para lograr un cambio en la plataforma de acceso a la justicia y a la igualdad del ciudadano, pues, herramientas legales como la expuesta, requieren como presupuesto de existencia, la iniciativa de expertos jurídicos, quienes de manera inicial a través del juicio de amparo indirecto, podrán exhibir ante el Tribunal constitucional, toda una gama de fundamentos por los que se estime que alguna norma general debe ser considerada inconstitucional.

En efecto, en el amparo indirecto existe un control de convencionalidad *ex officio*, ya que al impugnar la inconstitucionalidad de una ley, el juzgador aplicará dicho control si advierte violación a derechos fundamentales de corte constitucional o convencional, sin que sea necesaria la solicitud expresa del quejoso, sin embargo, éste no puede emitir una declaratoria de inconventionalidad ni declarar la aplicación de la norma, a menos que, el agraviado proponga tal control, por ende la trascendencia del sentido en que las y los juristas expongan sus argumentos desde el escrito de demanda de amparo, pues a la postre fijará alcances en favor de otros ciudadanos en caso de generarse una declaratoria.

²⁵ Zaldívar Lelo De Larrea, Arturo, *Breves comentarios al proyecto de nueva Ley de Amparo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/92/11.pdf>>, consultado el 14 de octubre de 2013.

Lo anterior determina que el papel del promovente es prioritario, ya que una acción impulsada de manera particular, podrá –si ésta logra trascender en la declaratoria correspondiente– alcanzar un efecto general; sin embargo el alcance de esta figura desde luego debería trascender en normas tributarias, debido a que no hay argumento válido que contravenga el interés legítimo del contribuyente sobre el ejercicio de los recursos públicos.

Por otra parte, la expectativa radica en que el tribunal constitucional provea ampliamente, tratándose de instrumentos como la declaratoria, la cual, por los efectos con que fue concebida, proporcionará mayores y mejores alcances en términos de igualdad y acceso a la justicia; debiendo imperar la necesidad para que el juzgador constitucional se muestre intolerante frente a la norma que, por mínimo que sea, contravenga el régimen constitucional y, más aún, aquella que infrinja derechos humanos de orden nacional o internacional.

VI. FUENTES DE CONSULTA

- ALDRETE VARGAS, Alfonso, El control constitucional en México, Biblioteca virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, “<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/1/ens/ens14.pdf>” <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/1/ens/ens14.pdf>
- BAEZ SILVA, Carlos, La omisión legislativa y su inconstitucionalidad en México, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, N. 105, México, 2001.
- BARROSO, Luis Roberto, El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- BOBBIO, Norberto, Teoría general de la política, Madrid, Trotta, 2005.

- GARCÍA, Fabiola y GÓMEZ Francisco, Proceso de inconstitucionalidad, Lima, Grijley, 2009.
- GUASTINI, Riccardo, La interpretación: objetos, conceptos y teorías, Rodolfo Vázquez (comp) Interpretación jurídica y decisión judicial, México, Fontamara, 2001.
- HERRERÍAS CUEVAS, Ignacio, Control de convencionalidad y efectos de las sentencias, México, Ubijum, 2011.
- RABASA, Emilio, Coord, Nuestra constitución. Historia de la libertad y soberanía del pueblo mexicano. Cuaderno 1. Introducción, antecedentes y explicación general de la constitución de 1917, Colección del instituto nacional de estudios históricos de la revolución mexicana, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3401>
- TENA RAMÍREZ, Felipe, Leyes fundamentales de México 1808-1999, México, 21ª ed., Porrúa, 1998.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, Teoría del derecho, México, Oxford, 2007.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, Historia y constitución, 2ª ed., trad. de Miguel Carbonell, Madrid, Minima Trotta, 2011.
- ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, Breves comentarios al proyecto de nueva Ley de Amparo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/92/11.pdf>
- Acuerdo General número 11/2011, del 04 de octubre de 2011, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo al procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad.
- Acuerdo General número 15/2013, del 23 de septiembre de 2013, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo al procedimiento para la declaratoria general de inconstitucionalidad.
- Código Fiscal de la Federación
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 105 constitucionales

Ley reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional

EL GARANTISMO Y LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Marco Antonio León Hernández

Luigi Ferrajoli, florentino (1940), primero se desempeña como juez penal (1967-1975) y luego como profesor de las materias de Teoría General del Derecho y Filosofía del Derecho en la Universidad de Camerino (1970) y ahora, en la Università degli Studi Roma Tre (2003), empezó a escribir desde 1970, Teoría assiomatizzata del diritto, tres obras más en el siglo pasado y cinco por lo menos, de trascendencia en el actual y en el 2007 sin duda su obra cumbre *Principia iuris*; es el autor de la propuesta del garantismo, reconocida como una doctrina de filosofía política. La idea de ciencia jurídica de Ferrajoli me parece la sintetiza muy bien Paolo Comanducci¹ independientemente que no coincide con ella, reconoce que el planteamiento es necesariamente positivista y que el modelo ordena que una vez interpretada la Constitución como un *súmmum* de valores, prescribe a la ciencia jurídica denunciar la invalidez de los contenidos normativos infraconstitucionales que se oponen, imponiendo a los órganos competentes, la expulsión, anulación o derogación de las disposiciones inconstitucionales y llenar en consecuencia las lagunas. Esto es también reconocido como neoconstitucionalismo y que algunos autores le llaman constitucionalismo avanzado o de derechos.

El propósito de este trabajo es sintetizar la teoría del garantismo, que no obstante que cada vez tiene más seguido-

¹ CARBONELL, Miguel (Editor), *Neoconstitucionalismo (s)*, 3ª. Ed., España, Trotta-UNAM, 2006, p. 88.

res, me parece que no es aún lo suficientemente estudiada y comprendida; identificar sus elementos para contrastarlos con nuestra Carta Fundante y concluir si esta es garantista o bien si adolece de deficiencias y en todo caso cuales.

El garantismo como neologismo surge a partir de su obra *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, pero su maduración va a abarcar por completo al derecho, es una teoría integral que no solo describe el modelo de ciencia jurídica sino que propone uno nuevo a partir de la crítica interna y externa, es un nuevo paradigma de construcción y de interpretación del derecho:²

- a) son técnicas de tutela de los derechos fundamentales,
- b) es 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,
- c) es un paradigma teórico general, que implica, sujeción al derecho de todos los poderes y,
- d) garantía de los derechos de todos, mediante vínculos legales y controles jurisdiccionales capaces de impedir la formación de poderes absolutos, públicos o privados.

Pero requiere cuidado el uso del concepto garantismo, que no nos suceda como dice Hans Kelsen en la introducción de su obra *Esencia y valor de la democracia* publicada en 1920, que el concepto de democracia perdió su sentido intrínseco, es el concepto más explotado aplicado a todos los fines y a todas las ocasiones, adoptando significado contradictorio en ciertos casos y en otros la irreflexión usual del lenguaje político lo rebaja a una frase convencional que no responde a ningún sentido determinado.

² FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, España, Trotta 2008, pp. 61-63.

Pedro Salazar afirma que el garantismo puede utilizarse con finalidad y sentidos que corrompen su significado normativo:³

La importación de la teoría garantista en contextos en los que los operadores jurídicos –en particular los jueces– no están debidamente adiestrados para gestionar las implicaciones de dicho modelo o deciden utilizar su fuerza simbólica para aumentar el poder de los órganos jurisdiccionales, puede resultar contraproducente.

Entonces para quienes pretendemos seguir esta teoría del garantismo debemos ser cautos para no ubicarnos en una apariencia, como diría Aristóteles, o una falacia, en términos de Atienza o de Javier Mugerza que prologa la obra,⁴ argumentos aparentes, que generan confusión y desvirtúan la propuesta garantista de Ferrajoli. La premisa es, entonces, el estudio y claridad de esta teoría para no construir o aplicar un *garantismo espurio*.

El autor en cita, plantea tres acepciones de garantismo⁵ primero como un modelo normativo de derecho, *estricta legalidad* significa una técnica de tutela suficiente para minimizar el poder y la violencia y potenciar o maximizar la libertad, si bien, inicialmente, parte de la visión penal la pretensión es de alcance teórico y filosófico general, entendemos como corolario de esta primera idea el sometimiento de todo sistema jurídico al modelo, pero no solo normativamente sino con la consecuencia de la satisfacción efectiva, este es quizá el talón de Aquiles. Aquí se plantea el primer problema, la construcción de un modelo sustentado en valores y principios, pero fácticamente posible, es entonces un rasgo funcional que debe tener el estado de derecho. Este modelo de ordenamiento

³ SALAZAR UGARTE, Pedro, *et al.*, *Garantismo espurio*, México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo – Editorial Fontamara, 2011, pp. 21-23.

⁴ ATIENZA, Manuel, *La Guerra de la Falacias*, España, Compas, 2008, p. VII.

⁵ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cuarta edición, España Trotta 2000, pp. 851-854.

cuenta con medios de invalidación de todo ejercicio del poder, que contravenga las normas superiores que tutelan los derechos fundamentales. Es el *Estado Constitucional de Derecho*, un constitucionalismo de contenidos de derechos, también lo reconoce como modelo *neo-iuspositivista*, el derecho resulta positivizado con el *ser* y el *deber ser*, que es lo que resulta la contraposición con el *paleo-positivismo*.

La segunda propuesta es concebida como una *teoría jurídica de la validez y efectividad*, que mantiene separado *el ser* y *el deber ser*; es el reconocimiento de la divergencia entre el modelo normativo garantista (derecho válido) y sus prácticas normativas anti-garantistas (derecho efectivo), el garantismo es, desde esta perspectiva de crítica interna, una doctrina jurídica de legitimación y deslegitimación, es pues, todo un sistema de interpretación y en consecuencia de aplicación o desaplicación de la norma en atención a su *ethos*. Permite, entonces, esta teoría jurídica no solo la crítica sino también la deslegitimación interna de las normas vigentes inválidas como principio teórico.

La tercera idea es entendida como una *filosofía política*, una perspectiva solamente externa para los fines de legitimación y deslegitimación ético-política del derecho y del estado, como separación entre derecho (punto de vista interno) *el ser* y la valoración del ordenamiento (punto de vista externo) *el deber ser* del derecho, impone al derecho y al estado la carga de justificación externa de la finalidad de ambos para fundamentar doctrinas políticas que admiten argumentos contingentes, parciales *a posteriori* y condicionados. Vista esta como doctrina filosófica-política capaz de permitir la crítica y deslegitimación externa de las normas, a partir de una separación irreconciliable entre derecho y moral o, si se prefiere, entre validez y justicia o aun, entre el punto de vista jurídico interno y el punto de vista ético-político o externo al ordenamiento, es pues, la negación del valor intrínseco del derecho sólo por estar vigente y del poder sólo por ser efectivo.

El Estado de Derecho entendido a partir de la explicación de Manuel Atienza, *postula el sometimiento de las autoridades al derecho, el control que ejerce el derecho sobre quienes detentan el poder público*, esta idea significa la ampliación de derechos y libertades de los ciudadanos y no el sometimiento *de todos* al derecho que es, me parece, una falacia que suena bien, pero el garantismo surge como una respuesta total a la violación de los derechos fundamentales cometidos por los poderes públicos y privados, es decir, por violaciones cometidas por quien sea, pues el origen del Estado es producto de un conflicto entre grupos opuestos que poseen fuerzas desiguales; la organización política no es más que el imperio, el sojuzgamiento de un grupo sobre otro, y *el derecho es la consagración legal de una desigualdad*⁶, pero también recordemos el concepto de Max Weber, de poder; significa *la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera sea el fundamento de esa probabilidad*,⁷ entonces, el ciudadano queda en estado de indefensión plena, frente a quien gobierna y frente a quien, desde la llamada sociedad civil, también lo somete y le violenta sus derechos fundamentales, es entonces, el ciudadano el más débil, el que necesita protección jurídica especial por su condición de vulnerabilidad, por lo que para ser tutelados frente a las leyes de los más fuertes, es necesario sustraer su vida, su libertad y su supervivencia de la disponibilidad privada, como de los poderes públicos, formulándose derechos en forma rígida y universal.⁸

La historia del derecho la entendemos como la lucha contra el absolutismo, del más débil, *el ciudadano* contra el más fuerte, *el Estado*, entendido como el ejercicio del poder público *el gobierno*, ha sido la intención de sometimiento al poder, de

⁶ *Ibidem*, p. 73.

⁷ WEBER, Max, *Economía y sociedad*, 13ª. Reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 43.

⁸ CABO, Antonio de y Pisarello, Gerardo (Editores), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, España, Trotta, 2001, p. 362.

reducirlo, de limitarlo mediante la ley para ampliar libertades, desde El Código de Hammurabi, el de Solón, La Ley de las XII Tablas, *Corpus Juris Civilis*, El Derecho Cartulario, *Habeas Corpus*, *The Bill of Rights*, la Constitución de Virginia de 1776, en esta tesitura encontramos las llamadas partes dogmáticas de las Constituciones, a partir de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789 y de manera significativa, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que ha permitido la generación de instrumentos jurídicos llamados Convenios Internacionales y que, paulatinamente, ha modificado la interpretación de los derechos humanos en lo que ahora, nuestra Carta Magna, reconoce como *control de convencionalidad*, pero que lamentablemente aún ahora, no permite la protección plena del más débil, con la resolución del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Contradicción de Tesis 293/2011, que resuelve las antinomias entre los tratados internacionales y la Constitución en materia de Derechos Humanos, es decir, entre derechos constitucionales versus derechos convencionales, van a prevalecer las restricciones y limitaciones que tengan los derechos constitucionales, el principio *pro persona* no tendrá la fuerza de equilibrador o universalizador; por 10 votos a 1 la Corte determinó en un retroceso, que la Constitución prevalece sobre los Tratados Internacionales, el voto en contra, con la expresión de particular, fue de José Ramón Cossío.

La Corte se extralimita nuevamente en sus facultades pues si la Constitución permite violaciones a los derechos humanos, reconocidos en tratados internacionales, como el arraigo, la extinción de dominio, privación de la libertad por caso urgente, entre otras, estas son legales por disposición del máximo tribunal, pero se debilita la afirmación de que nuestra carta fundante sea garantista.

Para Ferrajoli, estamos en presencia de una crisis profunda y creciente del derecho, de la que distingue tres aspectos;⁹

⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Segunda edición, España, Trotta 2001, pp. 15-20.

crisis de legalidad, hay ausencia o ineficacia de los controles jurídicos eficaces y, entonces, se da la fenomenología de la ilegalidad del poder como una especie de estado paralelo, *crisis del estado social*, que demanda a los poderes la satisfacción de derechos sociales mediante prestaciones positivas y la *crisis del estado nacional*, que significa que la fuente de soberanía ha sido desplazada fuera del estado y, como consecuencia, el constitucionalismo se debilita. Ahora esta crisis del derecho puede generar una crisis de la democracia, esta es, quizá, la mayor amenaza.

Frente a esta crisis, la relación del ciudadano-gobierno, en el plano vertical, la protección del más débil frente a los poderes generados en la sociedad es insuficiente, tratándose de los *poderes privados*; en el plano horizontal el problema se acentúa aun más, de ahí que Ferrajoli, acertadamente, les llame *poderes salvajes* sin límites, ni vínculo alguno. El planteamiento es, entonces, todos los poderes públicos o privados deben estar subordinados a ley, en forma y en contenido, lo que implica ausencia total de poderes soberanos o absolutos, en sentido de *legibus soluti*. Revisemos la tipología de los *poderes salvajes* del autor en comentario,¹⁰ que son de cuatro clases.

En primer lugar, clasifica a los *poderes privados ilegales o criminales*, los *poderes terribles* del terror y del crimen que se desarrollan, no solo en el ámbito nacional sino también con poder transnacional; se trata de las mafias, los carteles, la camorra, en general, todas aquellas organizaciones criminales, incluyendo las terroristas o subversivas. En el caso de nuestro país, se ejemplifica por lo menos en 5 entidades, donde la autoridad no existe, los ciudadanos quedan sometidos a los grupos delincuenciales que, en sus prácticas, el homicidio es una constante, lo que ha llevado a la organización de algunas comunidades, en policías comunitarias como actos de autodefensa que luchan contra las autoridades y las mafias.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, No. 15, 2000, pp. 126-131.

Como segunda clasificación, encontramos a los *poderes públicos ilegales o criminales*, que se desarrollan dentro de las instituciones, son aquellos creados por el Estado pero sin reconocimiento oficial, clandestinos, grupos paramilitares, organizaciones de espionaje, que no están sujetos a ningún tipo de legalidad; aquí también encontramos la corrupción y las infiltraciones de grupos criminales en los gobiernos y policías. Lamentablemente, tampoco estamos exentos de esta tipología en nuestro país.

La tercera tiene, que ver con los *poderes privados extralegales*, Ferrajoli les llama *micropoderes incontrolados*, que actúan al interior del Estado y que son todos aquellos que tienen la fuerza suficiente para violentar derechos fundamentales, sin que el Estado haga nada o porque no quiere o por qué no puede, los tolera o es cómplice de ellos, encontramos, como ejemplo, los poderes económicos, outsourcing, religiosos, medios de comunicación social, entre otros. Pero también encuadran los *macropoderes económicos*, aquellos transnacionales que se desarrollan ante la ausencia de controles y límites legales de los Estados, producto del libre mercado que somete a naciones y a pueblos, violentando de manera salvaje los derechos fundamentales.

Finalmente, la cuarta clase: los *poderes públicos extralegales*, que ante la anomia y falta de controles jurisdiccionales se manifiestan en la comunidad internacional constituyéndola en una sociedad salvaje donde impera la ley del más fuerte; México lo ha resentido con el FMI, el BID, el TLC y, en general, con las políticas neoliberales que generan la concentración de la riqueza en unos cuantos, y la pobreza de la gran mayoría, la desigualdad abismal, entre otras violaciones de derechos fundamentales.

En las dos primeras tipologías: *poderes privados ilegales o criminales* y *poderes públicos ilegales o criminales*, encontramos como característica, que no toleran la acción de la jurisdicción y los dos últimos *poderes privados extralegales* y *poderes públicos extralegales*, que no toleran la regulación, sea legislativa o

constitucional, y tal parece que hay estados que tácitamente lo aceptan.

La propuesta que Ferrajoli opone como garantismo, expresado en su primera acepción el del estado constitucional de derecho, cobra vigencia frente a esta realidad; es la legitimidad jurídica, social y moral de esta teoría frente a los poderes salvajes públicos o privados que vulneran derechos fundamentales, pero el modelo no se agota solo en la vertiente del *derecho* sino que construye otra vía, la *democracia*, también con dimensión sustancial, de ahí su afirmación de que *las garantías constitucionales de los derechos fundamentales son también garantías de la democracia*.¹¹

Vayamos ahora a la conceptualización que nuestro autor nos plantea sobre derechos fundamentales,¹² pues es necesario saber qué es lo que se vulnera y lo que debe protegerse; *Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar*.

Para nuestro autor los derechos subjetivos son cualquier expectativa ya sea positiva o negativa establecida por la norma a favor del sujeto, pero este concepto es teórico, lo que significa que supera la condición de estar plasmada en una Constitución o norma jurídica, su reconocimiento se sustenta en su condición de *Universal*¹³ lo que en palabras de Ferrajoli implica que se atribuyen a clases de sujetos, todos los cuales son titulares en igual forma y medida; en esta universalidad consiste la moderna igualdad jurídica en tanto igualdad de derechos, son en consecuencia indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos, pertenecen a todos en condiciones de igualdad.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi, *et al.*, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, España, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, p. 90.

¹² FERRAJOLI, Luigi, *op.cit.*, nota 7, pp. 37-65.

¹³ FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris*, España, Trotta, 2011, Tomo 1, p. 686.

Ferrajoli distingue cuatro clases de derechos fundamentales: los *derechos humanos* que vienen a ser los primarios, entre los que encontramos los derechos a la vida, a la integridad, la libertad de conciencia y manifestación de pensamiento, a la salud, educación, garantías penales y procesales, son los que corresponden indistintamente a todos los seres humanos; los *derechos públicos*, que también son primarios pero en este caso, corresponden a los ciudadanos y son: de residir, de transitar, de reunión, asociación, al trabajo, a la subsistencia y asistencia; los *derechos civiles* son secundarios, de obrar, de negociar, potestativos, son la expresión de la autonomía privada, son la base del mercado, son entonces libertades, de contratar, de elegir, de cambiar de trabajo, de empresa, de accionar en juicios y finalmente; los *derechos políticos* son también secundarios son la expresión de la autonomía política, pero reservados a los ciudadanos con capacidad de obrar, el derecho al voto, al sufragio pasivo, a acceder a los cargos públicos, sobre estos se funda la representación y la democracia política.

Ferrajoli¹⁴ diferencia dos formas de democracia la primera atendiendo a su significado etimológico *el poder del pueblo*, cuando éste por sí o través de sus representantes asume las decisiones públicas, le llama *formal o procedimental* porque solo atiende a formas o procedimientos para legitimar decisiones de la voluntad popular atiende a la división de poderes, la representatividad política, ejercicio de los derechos políticos y civiles, esta democracia se basa en reglas entre otras la de la mayoría en consecuencia hace posible la omnipotencia de las mayorías, es el *quién y cómo*, pero sin considerar el *que* es decir el contenido de esta dimensión política no es suficiente para calificar a un sistema político de *democrático*, por lo que es necesario la integración de la *dimensión constitucional o sustancial* que es el cambio de paradigma producido por el constitucionalismo rígido, en materia de democracia implica los límites y vínculos a todos los poderes públicos en la *forma*

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, España, Trotta, 2011, pp. 27-29.

y *sustancia* de su ejercicio, tiene como razón social la garantía de los derechos de libertad y de los sociales considerados como vitales, es lo que le llama *esfera de lo indecible*, en dos perspectivas *de lo no decidible y de lo decidible que no*, la democracia constitucional es la conjunción de la democracia formal y de la democracia sustancial, es decir se trata de una teoría normativa que utiliza el aparato formal del derecho pero con una interpretación semántica axiológica. La democracia implica necesariamente el derecho, puede haber derecho sin democracia pero es impensable la democracia sin derecho.

Democracia constitucional entonces es la institución política cuyo estatuto es la condición democrática, estamos en presencia de una correlación biunívoca que expande los derechos y sus garantías, reglas con valores y principios posibles mediante la judicialización.

La constitucionalización rígida de los derechos fundamentales¹⁵ que imponen prohibiciones y obligaciones a los poderes públicos es el significado de *sustancial* que no puede ser o decidido por cualquier mayoría, se desvanece la *potestas legibus soluta* y en consecuencia los poderes absolutos.

La propuesta conclusiva del ferrajolismo es el *neoconstitucionalismo* que como nos recuerda Carbonell¹⁶ es el abandono del territorialismo estatal, del localismo, para superar su estadio en un constitucionalismo global de igualdad a través de la garantía efectiva de los derechos sociales, pero con una visión de constitucionalismo de derecho privado con eficacia horizontal, lo que implica que no solamente regule la relación entre autoridades y gobernados, sino también entre particulares. Se trata del Estado Constitucional de Derecho como único orden institucional en el que es viable el proyecto garantista, como

¹⁵ *Ibidem*, pp. 35 y 36.

¹⁶ CARBONELL, Miguel y Pedro Salazar (Editores), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, España, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, ppa. 171-173.

afirma Luis Prieto Sanchis,¹⁷ pues El garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad su programa ilustrado; y el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista, para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de ciertas exigencias morales que se condensan en los derechos fundamentales.

El Estado constitucional de derecho o paradigma del constitucionalismo rígido implica cuatro cosas;¹⁸ la condición de validez de las leyes no depende solo de su forma de producción sino de la coherencia de sus contenidos con los principios constitucionales, una norma vigente entonces, es sustancialmente inválida si contraviene su significado con normas constitucionales como pueden ser los principios de igualdad o los derechos fundamentales; la Constitución además de someter la construcción normativa impone prohibiciones y obligaciones de contenido en relación a derechos de libertad y sociales respectivamente, la sanción a la violación de estos contenidos implica la corrección o su eliminación; el juez tiene la obligación de aplicar la ley solo si es constitucionalmente válida y finalmente se trata de una dimensión sustancial no solo de la condición de validez sino de la naturaleza de la democracia, porque es un límite a los poderes de mayoría para que no sean absolutos, las garantías constitucionales son en consecuencia la garantía de los principios y de los derechos constitucionalmente establecidos.

Ferrajoli,¹⁹ conceptualiza la Constitución de la siguiente forma compleja que conjuga dos partes: la estructura válida para todas las constituciones y las axiológicas, condiciones contrafácticas estipuladas para que sea considerada democrática;

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. España, Trotta, 2006, p. 16.

¹⁸ CARBONELL, Miguel (Editor), *op. cit.*, nota 1, pp. 18-19.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, nota 13, p. 841.

Estatuto de una institución política dotado de un mínimo de efectividad, cuyo acto institutivo es el acto constituyente y que en *-democracia-* encuentra: a) sus normas de reconocimiento de la esfera pública en las normas formales de competencia que disponen la división de poderes, la representatividad política de las funciones de gobierno mediante el ejercicio de los derechos políticos, y la separación de estas últimas con respecto a las funciones de garantía; b) sus normas de reconocimiento de la esfera privada en las normas hipotéticas que confían al ejercicio de los derechos civiles la producción de las situaciones disponibles; c) su razón social en la garantía del conjunto de los derechos de libertad y de los derechos sociales convenidos como vitales por sus normas sustantivas.

La constitución democrática es en palabras de nuestro propio autor la que transforma principios ético-políticos externos al derecho vigente,²⁰ tiene como sustancia la igualdad del universalismo de los derechos fundamentales como instrumento del multiculturalismo que son las leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte, son los derechos de libertad, los sociales que son derechos a la supervivencia, los políticos y civiles. Todas las personas frente a la parte sustancial de las constituciones son titulares y no como tradicionalmente se venía sosteniendo que son destinatarios, se decir, pasan de ser objetos a sujetos.

Y como *Garantía*,²¹ entiende que es toda obligación que corresponde a un derecho subjetivo a toda expectativa jurídica positiva de prestación que es una obligación de hacer o negativa de no lesión que implica la omisión, lo que configura en consecuencia garantías positivas y negativas, también llamadas *garantías primarias o sustanciales* derivándose, en consecuencia las *garantías secundarias o jurisdiccionales* que significa la obligación de los órganos judiciales de aplicar la sanción o declarar la nulidad en los casos en que sean violadas las normas o garantías primarias.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris*, España, Trotta, 2011, Tomo 2, p. 46.

²¹ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, nota 1, p. 63-66.

En las normas sustanciales ubicamos la llamada *esfera de lo indecible*²² que Ernesto Garzón Valdés, en una aproximación la señala como *coto vedado* o en términos de Norberto Bobbio es el *territorio inviolable*, aunque me parece que es más amplio el concepto ferrajoliano y que vienen a ser el conjunto de principios que están sustraídos a la voluntad de la mayoría desde la perspectiva de la democracia y en la que encontramos la esfera de lo *indecible que*, que son el conjunto de los derechos de libertad y de autonomía que impiden, en cuanto expectativas negativas, decisiones que puedan lesionarlos o reducirlos, es decir, es lo que no puede ser decidido y la esfera de lo *indecible que no* que es el conjunto de derechos sociales, que imponen en cuanto expectativas positivas, decisiones dirigidas a satisfacerlos, esto es, lo que no puede dejar de ser decidido o entendido de otra manera lo que debe ser decidido, es todo esto la esfera pública, entendido como obligación del Estado y su sociedad.

Otra de sus tesis novedosas me parece es la relativa al constitucionalismo privado, que es paralelo al que tradicionalmente estudiamos y que se considera en estas ideas como público en relación vertical Estado-ciudadano; el planteamiento del privado es para crear un instrumento idóneo para regular los poderes absolutos de mayoría o de mercado y salvajes que operan en el mercado, pues cuando se hace referencia a poderes se entiende exclusivamente los poderes públicos y en consecuencia la defensa de los derechos fundamentales se plantea restrictivamente solo frente a los poderes públicos, lo que ahora es insostenible pues debe hacerse también de manera horizontal entre iguales, entre ciudadanos, los poderes privados se manifiestan en el uso de la fuerza física, en la explotación y en las distintas formas de opresión familiar, de dominio económico y de abuso interpersonal, pues cuando los poderes no se regulan estos tienden a ser absolutos, en consecuencia requieren vínculos y límites normativos mayores que los hasta hoy previstos, solo de esta manera es posible como afirma Fe-

²² Ibidem, p.81.

rrajoli²³ la maximización de la libertad, y consiguientemente de la igualdad y del valor de las personas, sobre cuya primacía axiológica se funda el Estado democrático de derecho.

Pisarello,²⁴ siguiendo las ideas de Ferrajoli, esquematiza un constitucionalismo global que no es otra cosa más que los tratados supranacionales y de sus leyes de actuación, sustentado en cuatro contratos: para la satisfacción de necesidades básicas, para la paz, la tolerancia y el diálogo entre culturas, sobre desarrollo sostenible y democrático para un nuevo régimen político internacional, es el reconocimiento y la tarea frente a la globalización y universalismo de un constitucionalismo genuinamente garantista, la garantía de los derechos sociales requiere la creación de una esfera pública mundial articulada en un sistema adecuado de instituciones internacionales, hablamos principalmente de los organismos económicos que rigen en el mundo y que generan un crecimiento exponencial de la desigualdad y pobreza, nos acercamos a la idea de un constitucionalismo supranacional frente, como dice Ferrajoli, al *signo dramático del vacío de derecho y de su papel garantista*, se trata de una refundación legal a la altura de los nuevos poderes. No se trata de un Estado supranacional de un súper Estado mundial sino de establecer técnicas, funciones e instituciones adecuadas de garantía, especialmente de garantía secundaria, esto es, de jurisdicciones capaces de reparar o sancionar las violaciones de las garantías primarias. En esto consiste la construcción de una esfera pública mundial, este es el reto de cara a una sociedad global cada vez más frágil e interdependiente, expuesta también a las agresiones cada vez más mortales de la tecnología, es también una respuesta a lo que el Papa Francisco ha llamado en su homilía de la isla italiana Lampedusa, no acostumbrarse al sufrimiento de la *globalización de la indiferencia*.

²³ Ibidem, p. 302.

²⁴ CARBONELL, Miguel (Editor), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 170-177.

Las garantías de los derechos sociales es, sin duda, uno de los temas más interesantes vinculado a los principios y valores del derecho, si bien es reconocido y conceptualizado por el tratado denominado *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, su falta de exigibilidad queda en mera declaración, es un modelo incompleto al que Ferrajoli le genera un expectativa posible; los derechos sociales los identificamos como el derecho al trabajo, a la seguridad social, la educación, la salud, la vivienda, la alimentación, al agua, a la cultura, de los pueblos y comunidades indígenas, de personas vulnerables o en situación de vulnerabilidad, de mujeres, niños, discapacitados, adultos mayores. Ahora bien hay que determinar la garantía de estos derechos primero como contenidos mínimos y luego con la reserva de ley, estos derechos exigen la asignación y la redistribución de recursos fuera y contra la lógica del mercado, como dice nuestro autor²⁵ los derechos sociales cuestan, pero las instituciones políticas comenzando por el estado, no son sociedades comerciales con fines de lucro, si bien cuestan los derechos sociales, cuesta más su violación e inobservancia y las consecuencias políticas de inestabilidad o exigencia de cambio y no precisamente de manera pacífica que se han empezado a dar en el orbe.

Nuestro filósofo florentino hace una interesante concepción de *derechos sociales*,²⁶ al señalar que pueden ser concebidos como expectativas positivas a prestaciones públicas dirigidas a *reducir el dolor* sufrido, en sentido amplio natural, como las enfermedades, la indigencia, la ignorancia, la falta de medios de subsistencia, son las condiciones de mayor vulnerabilidad que presentan los seres humanos especialmente en sociedades como la mexicana.

Termino retomando una interesante crítica de Atienza²⁷ que reconoce que Ferrajoli se esfuerza por hacer que el dere-

²⁵ FERRAJOLI, Luigi, *op. cit.*, nota 1, p. 323.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Ibidem*, p. 123.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi, *et al.*, *op. cit.*, nota 10, pp.164-165

cho cumpla sus promesas en relación con los derechos fundamentales, que su teoría es emancipadora y crítica con respecto a la práctica real, pero que sería más completa y más coherente si dejara atrás el positivismo jurídico, pero no plantea una correlación con el derecho natural, sino que señala que falta una teoría moral que se integre con sus planteamientos jurídicos y políticos como un instrumento indispensable para luchar por los valores de la igualdad y de la solidaridad. Me parece que el modelo ferrajoliano es suficiente, un positivismo rematerializado, sustancial con un método garantista hermenéutico y por lo que ve a la integración de una teoría moral vale el ejercicio de revisión, por el momento es completo y suficiente el modelo del garantismo al que debemos avanzar para plantear su superación teórica posteriormente. Sin dejar de recordar que Ferrajoli sostiene que hay que abandonar el estéril positivismo (paleopositivismo) descriptivista kelseniano, que reduce la función de los juristas teóricos a la formulación de enunciados observacionales, para pensar en un positivismo crítico que resulta positivo no sólo para la moral, sino también para el derecho y que solo tiene como interés la validez sin importar el contenido.

La filosofía de Ferrajoli poco a poco va teniendo carta de naturalización en nuestras universidades junto con las ideas enriquecedoras de Dworkin, Garzón Valdés, Zagrebelsky, Alexy y Bovero entre otros con lo que se va estudiando y entendiendo de manera diferente el derecho constitucional, por lo que esperemos que pronto impere el garantismo y se destierre el decisionismo arbitrario, voluntarista, el formalismo legalista y la retórica jurídica tradicional de los políticos y operadores jurídicos, como lo señala Pedro Salazar.²⁸ El modelo garantista obliga a los jueces a actuar ciñéndose estrictamente al principio de legalidad mediante una aproximación cognitiva y no normativa para evitar la arbitrariedad del juez.

²⁸ SALAZAR UGARTE, Pedro *et al.*, *op. cit.*, nota 2, p. 15

Pero si no existe ningún apoyo legal la garantía de los derechos es imposible y no cabe otra solución que la denegación de la justicia como sostiene Ferrajoli²⁹ la protección de los derechos en la medida que no tiene a sus espaldas una legislación suficientemente precisa y unívoca contradice en el mejor de los casos su sujeción a la ley y se revela en el peor de casos del todo imposible.

A la luz de lo expuesto debemos cuestionarnos si nuestra carta fundante tiene el contenido suficiente en materia de derechos humanos y los instrumentos necesarios para su defensa frente a la eventual agresión de autoridades o particulares, si nuestra constitución puede superar los mínimos, es decir, el catalogo de derechos básicos para poder afirmarse como garantista o bien hay una divergencia abismal entre norma y realidad, entre los derechos solemnemente proclamados en nuestra Constitución y la desoladora ausencia de garantías que los aseguren. Una pregunta ferrajoliana es si nuestra Constitución funda su legitimidad en el consenso, en la homogeneidad social y cultural, que sería su thelos axiológico, entendiendo legitimidad no ligada exactamente al consenso, sino al valor de la igualdad que implica que los derechos fundamentales contenidos en la Carta Magna son universales, es decir, conferidos a todos sin excepción, sin marginación de ningún tipo, incluso en un valor previo que es la igualdad de todos en las libertades fundamentales y en los derechos sociales, como afirma Ferrajoli³⁰ la Constitución es democrática no porque la quieran todos, sino porque sirve para garantizar a todos. La respuesta inicial es que tenemos una sociedad profundamente desigual y con amplios segmentos de vulnerabilidad.

El 10 de junio de 2011 en el Diario Oficial de la Federación, se publican reformas a nuestra Carta Fundante en 11 artículos que representan un nuevo paradigma constitucional al sustituir acertadamente el concepto de *derechos humanos*

²⁹ FERRAJOLI, Luigi, *op.cit.*, nota 5, pp. 919-920.

³⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Ibidem*, p. 356.

y sus garantías en lugar del concepto inapropiado de *garantías individuales* y darle el rango máximo de jerarquía en nuestro ordenamiento interno de interpretación al hacerlo a la luz de los tratados internacionales de la materia principio que se derrumba lamentablemente con la errónea decisión ya comentada de la Corte, destaca la interpretación *pro persona* en el segundo párrafo del numeral 1, un avance es también el considerar a los derechos humanos como eje de la política educativa y finalmente el trasladar la facultad de la Corte para investigar las violaciones graves de derechos a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el constituyente permanente de la entidad federada; Querétaro opto acertadamente por sustituir el nombre de Comisión Estatal por Defensoría de los Derechos Humanos, mas aclaro y entendible me parece, para la población.

Miguel Carbonell,³¹ sintetiza en un ejercicio preliminar las características de esta reforma constitucional: Que la tutela sea sin discriminación de derechos, tomar medidas para hacer efectiva la tutela en todo el territorio, demostrar que las medidas adoptadas son las más apropiadas para los objetivos en materia de derechos humanos, establecer la vías judiciales para hacer posible la tutela, lograr la progresividad en la obligación inmediata y continua, no tener efectos ni acciones regresivas, destinar el máximo de recursos económicos y en materia de políticas públicas para satisfacer plenamente estos derechos y acreditar que así se ha hecho, en épocas de crisis priorizar la protección de los más vulnerables de la sociedad y finalmente asegurar niveles mínimos de satisfacción de los derechos incluso en periodos de crisis o de ajustes estructurales, lamentablemente frente a los operadores, jueces, legisladores y gobernantes pasa a ser solo un catalogo de buenos propósitos como afirma A. Vanossi.

Otra cuestión criticable a la Suprema Corte de Justicia de la Nación es la ruptura con el principio de legalidad mediante

³¹ CARBONELL, Miguel y Pedro Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, p. 101.

el cual se arroga facultades que la constitución no le otorga, pues debe someterse de manera estricta a las competencias que nuestra Carta Magna le otorga y no mediante vía de interpretación ampliar sus competencias, en caso concreto es que la Corte determina que las reformas constitucionales pueden estar sujetas al control judicial, es una peligrosa actitud autárquica, si bien que nuestra constitución no tiene cláusula de intangibilidad, es decir, no tiene límites expresos para ser reformada, lo que implica que el constituyente permanente puede excederse en su actuación y vulnerar derechos fundamentales, por eso coincido con Lorenzo Cordova³² cuando afirma que *la tiranía de la mayoría es tan peligrosa para la democracia como un control tiránico de la constitucionalidad lo es para el constitucionalismo*, mediante cláusula intangible nuestra Carta Fundante debiera establecer este límite a la Corte.

Otra cuestión que tenemos que resolver es si nuestra Constitución impone la obligación de combatir la exclusión social y la pobreza y, en consecuencia si afirma la justiciabilidad de todos los derechos, tanto de libertad como sociales, si existe la tutela judicial efectiva. Pues una ojeada rápida a datos oficiales de Coneval de 2011 nos dirá que más de 21 millones de mexicanos no tienen ingresos suficientes para resolver el mínimo de sus necesidades de supervivencia en materia alimenticia, poco mas de 19 millones de compatriotas padecen hambre o desnutrición, lo que además cuestiona las condiciones de igualdad libertad y democracia en nuestro país. Al no tener garantía estos derechos nuestra constitución se debilita.

No hablo de un ejercicio teórico, mental, sino trágicamente real, los derechos fundamentales, como enseña la experiencia, jamás caen de lo alto, sino que se consagran sólo cuando la presión de quien está excluido sobre la puerta de quien está incluido se hace irresistible la experiencia actual es más que evidente. Nuestra Carta Fundante debe establecer normas de rigidez que impongan *garantías negativas y garantías positivas*, las garantías positivas significan las imposibilidad de derogar

³² SALAZAR UGARTE, Pedro *et al.*, *op cit*, nota 2, pp. 50-51.

derechos fundamentales y las garantías positivas deben implicar la obligación de aplicar las normas constitucionales en materia de derechos fundamentales pero cuando sean superiores los tratados internacionales estos deben aplicarse sin pretexto y en este sentido aplicar el principio *lex superior derogat legi inferiori*, esta es la única garantía posible.

Parte de la crisis de nuestro constitucionalismo radica en su dimensión practica pues aparte de las deficiencias técnicas en su conceptualización y las equivocadas resoluciones de la Corte, no todos los derechos humanos contenidos en ella son efectivamente respetados, protegidos y satisfechos, pues es innegable que los niveles de violación y desamparo de muchos mexicanos frente a los poderes públicos y privados, es una realidad que los coloca en una situación de vulnerabilidad y debilidad aunado a la actual crisis violenta de seguridad. La sociedad mexicana está dejando de ser la sociedad pacificada que imaginaron muchos utópicos abolicionistas, para transformarse en una sociedad salvaje, fundada precisamente en la ley sin frenos del más fuerte, frente a un estado fallido y en consecuencia incapaz de proteger a todos y cada uno contra la violencia del más fuerte.

Concluiría señalando la necesidad de que nuestra Constitución establezca la obligación del Estado de garantizar la protección plena y total de los derechos humanos, independientemente de quien los violente autoridades o particulares, nacionales o internacionales, modificar el numeral 102 de la Constitución, para ampliar las facultades de las Comisiones de Derechos Humanos o bien a través de un Tribunal Constitucional Autónomo para que las recomendaciones sean vinculatorias, exista la posibilidad de sanción y de resarcir el daño ocasionado. También de manera textual debe garantizar el estado la paz pública y la tranquilidad social.

Nuestra Constitución no goza de buena salud, mientras no sea satisfecha la agenda pendiente en materia de derechos humanos y transformada en programa de política publica social, no podremos afirmar que nuestra constitución es garantista.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, *La Guerra de la Falacias*, España, Compas, 2008.
- Introducción al Derecho*, Segunda Edición, México, Fontamara, 2000.
- CABO, Antonio de y Pisarello, Gerardo (Editores), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, España, Trotta, 2001.
- CARBONELL, Miguel (Editor), *Neoconstitucionalismo (s)*, 3ª. Ed., España, Trotta-UNAM, 2006.
- , *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- CARBONELL, Miguel y Pedro Salazar (Editores), *Garantismo Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, España, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- , *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, cuarta edición, España Trotta, 2000.
- , *El garantismo y la filosofía del derecho*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, serie de teoría jurídica y filosofía del derecho, No. 15, 2000.
- , *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Segunda edición, España, Trotta, 2001.
- , *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*. España, Trotta, 2006.
- , *Democracia y garantismo*, España, Trotta, 2008.
- , *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*. México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010.

- , *Principia iuris*, España, Trotta, 2011, Tomo 1. Teoría del derecho, Tomo 2. Teoría de la democracia, Tomo 3. La sintaxis del derecho.
- , *Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, España, Trotta, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi, *et al.*, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, España, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.
- WEBER, Max, *Economía y sociedad*, 13^a. Reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- SALAZAR UGARTE, Pedro *et al.*, *Garantismo espurio*, México, Fundación Coloquio Jurídico Europeo – Editorial Fontamara, 2011.

INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL. UNA PROPUESTA PARA MEDIR EL USO DE LA REFORMA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS EN LAS SENTENCIAS

Santiago Nieto Castillo

SUMARIO: I. Introducción. II. Características del estándar de interpretación. III. Marco jurídico de la interpretación jurídica en México. IV. Una propuesta de matriz para medir el margen interpretativo de los tribunales con base en la reforma constitucional. V. El camino por andar. VI. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional en materia de derechos humanos del pasado diez de junio de dos mil once ha permeado a lo largo y ancho del sistema judicial. El nivel de recepción ha sido distinto. Titulares de órganos jurisdiccionales han asumido el modelo desbordando los límites habituales. Otros, más cautos, siguen resolviendo como si la reforma constitucional no existiera.

En ese tenor, es preciso explicitar qué elementos deben tomarse en consideración por los juzgadores para la resolución de un asunto en términos del nuevo paradigma, que exige a órganos judiciales comprometidos con la defensa de los derechos humanos. Este nuevo papel implica la asunción de una centralidad inusitada para los poderes judiciales, por lo que su actuar debe ser siempre racional y razonable. Podemos decirlo

sin ambages: los jueces tienen una posición de pilar del Estado contemporáneo como nunca antes.

En efecto, el Estado Constitucional de Derecho se caracteriza, entre otros elementos, por la centralidad de la función judicial. Es un modelo en el que, en el ámbito jurisdiccional, operan una serie de profundas transformaciones en la forma de utilizar el material jurídico: el silogismo deja su espacio a la ponderación para la solución de los denominados casos difíciles; la interpretación gramatical es acompañada y en ocasiones sustituida por la interpretación sistemática y funcional; el juzgador deja de ser un autómatas aplicador del Derecho y se convierte en un pilar insustituible del Estado contemporáneo.

A partir de la reforma de 1994, México construye de manera gradual un modelo de Estado Constitucional de Derecho basado en la interpretación de los principios constitucionales. Es un proceso similar al que experimentaron las naciones del continente en los años ochenta y noventa, así como los países de Europa occidental en los tiempos inmediatos posteriores a la Segunda Guerra Mundial. El camino no ha sido lineal ni homogéneo. En un proceso de sucesivas reformas constitucionales que fueron perfeccionando el modelo en diversos ámbitos: primero con la edificación de la Suprema Corte como Tribunal Constitucional y la gestación del control abstracto de constitucionalidad; después, con el control de constitucionalidad electoral, tanto a nivel abstracto como concreto; más adelante, la progresividad de los derechos, no sólo en sede nacional sino supranacional. Solo faltaba un ingrediente adicional que llegó con las reformas de 2007 y 2011: el control difuso de la constitucionalidad, primero en la materia electiva y después en las demás, y, por supuesto, la modificación de la nomenclatura que define las libertades y necesidades básicas de las personas y los colectivos con el rubro moderno e universal de los derechos humanos, en lugar de la obsolescencia decimonónica de garantías individuales.

México se encuentra, sin duda, en el lado de las naciones que forman parte de los Estados constitucionales contempo-

ráneos. ¿Cuáles son esos elementos que caracterizan al Estado Constitucional de Derecho? Por la estructura del presente artículo, conviene retomar algunos conceptos previos. Por Estado Constitucional de Derecho entendemos el modelo de organización jurídico política que acompaña los regímenes democráticos a partir de la Segunda Guerra Mundial, y que consiste en la alteración del modelo inmediato anterior (el Estado de Derecho legislativo) en los elementos siguientes:

1. División de poderes acentuada. El modelo del Estado de Derecho legislativo distinguía tres poderes clásicos, de los cuales tenía prevalencia el legislador. El nuevo modelo incorpora órganos constitucionales autónomos al diseño de división de poder tripartita, con un componente adicional: la presencia de un Tribunal Constitucional que puede o no formar parte del Poder Judicial, como máximo garante de la Constitución. La centralidad constitucional reside en esa instancia.
2. Judicialización de la política. Derivado del diseño y funciones del Tribunal Constitucional, se genera un conflicto entre dos polos: la representación democrática y el principio de constitucionalidad. La tensión entre Democracia y Constitución, en palabras de Salazar (SALAZAR, La democracia constitucional. Una radiografía teórica) Las mayorías, aun las democráticamente electas, pueden equivocarse, por lo que un grupo de personas técnicamente habilitadas se configuran en un poder “contramayoritario” cuyo objetivo es la protección de los derechos de las personas, así sea de un solo individuo.
3. Coexistencia de reglas y principios. El Estado de Derecho legislativo es un Estado básicamente de reglas, en tanto que en el modelo del Estado Constitucional de Derecho coexisten reglas y principios. Los principios, al ser elementos esencialmente constitutivos del Estado, se encuentran redactados de forma vaga o ambigua, lo que ocasiona que deban interpretarse en su ethos, con-

virtiéndose en mandatos de optimización que pueden cumplirse de forma gradual, dependiendo la interpretación de los operadores jurídicos. Los principios dejan de ser fórmulas retóricas para convertirse en normas de aplicación directa (ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*).

4. Progresividad de los Derechos humanos. Los derechos humanos se convierten en el centro de la discusión del Derecho. (FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*). En un plano de colisión con reglas, deben prevalecer. La interpretación asume una postura activa a favor de maximizar su ejercicio. En caso de colisión entre derechos, debe plantearse la ponderación para impedir la desaparición de alguno de ellos, sino sólo la prevalencia del otro en un caso específico. Lo anterior, con base en la interpretación conforme ordenada por el artículo 1º Constitucional, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado por mayoría de diez votos, que los derechos humanos contemplados en la Constitución y los tratados internacionales tienen la misma jerarquía constitucional, salvo en los casos en que la restricción al derecho tenga fuente Constitucional, pues, en dichos supuestos, prevalecerá la restricción constitucional al Derecho.¹
5. Alteración del modelo de fuentes del Derecho. Los tratados internacionales de derechos humanos se convierten en parte fundamental de las premisas normativas en la protección de los derechos humanos. Asimismo, el diálogo jurisprudencial se convierte en una constante, con las sucesivas migraciones de criterios de los órganos jurisdiccionales supranacionales a los nacionales, y viceversa. Una forma de medir el grado de fortaleza del

¹ Cabe señalar que el Ministro José Ramón Cossío Díaz consideró que en caso de colisión entre el derecho y la restricción constitucional debía prevalecer el derecho humano. Sesión de 3 de septiembre de 2013 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

modelo del Estado Constitucional de Derecho será la migración de criterios y la invocación de tratados internacionales en las sentencias. (CABALLERO, José Luis, La interpretación conforme. El Modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad)

6. Control de constitucionalidad en el marco de las reglas procesales. Al ser la Constitución el punto más alto del sistema, el juzgador está obligado, dentro de sus reglas procesales, a ejercer control de constitucionalidad de leyes.
7. Control de convencionalidad ex officio. Lo anterior, implica por un lado, permitir a todos los operadores jurídicos nacionales la aplicación de los tratados internacionales, aun en ausencia de agravio expreso de la parte actora y, por el otro, la jerarquización constitucional de los tratados en materia de derecho humanos. (FERRER MACGREGOR, Eduardo, El control difuso de convencionalidad, Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales)

El objetivo del presente ensayo es revisar, a través de la formulación de una matriz de los márgenes interpretativos que establece el Estado Constitucional de Derecho, una serie de sentencias de los órganos jurisdiccionales, para determinar si cumplen o no con el estándar mencionado.

II. CARACTERÍSTICAS DEL ESTÁNDAR DE INTERPRETACIÓN

Como puede apreciarse del listado anterior, los dos primeros elementos son estructurales: se trata de la división de poderes y la consolidación de un Tribunal Constitucional o de diversos tribunales constitucionales para poder procesar por la vía del Derecho los conflictos políticos. El resto de los puntos enume-

rados son aspectos que pueden ser tomados en consideración por los juzgadores al momento de emitir una sentencia. Son instrumentales. Sin embargo, aquí se requiere una acotación importante, al ser instrumentales requieren de que el operador jurídico los utilice o los considere socialmente obligatorios en el ejercicio de su función. Después de una revisión de las sentencias, encontramos que, en algunos casos, los juzgadores aplican los parámetros antes citados y, en ocasiones, se deslizan por las veredas de la visión formal del Derecho. Lo anterior no presupone ningún juicio de valor. Al contrario, sólo reconoce que existen dos posiciones epistemológicas en juego en el Derecho en México: el garantismo y el formalismo, las cuales, por supuesto, no son absolutas y tienen una serie de matices y acercamientos graduales.

Al respecto, es preciso decir que esta nueva realidad es producto del proceso de transición jurídica en México que ha puesto en conflicto dos valores indispensables del ordenamiento: la certeza y la seguridad jurídica por un lado, en contra de la pluralidad de valores y la ponderación para cada caso concreto, para proteger derechos humanos, por el otro. Esta confrontación es una característica propia de la transición jurídica del Estado de Derecho legislativo al Estado Constitucional de Derecho. Por un lado, existen fuerzas centrípetas que buscan volver todos los asuntos en casos de aplicación silogística y deducción. Por otro lado, existen fuerzas centrifugas, que empiezan a analizar los asuntos con una perspectiva supranacional y principalista. La batalla entre formalistas y garantistas, por simplificarla de alguna forma.

Ambas partes tienen algo de razón, pero su razón depende del tipo de caso que se encuentre en el expediente. En presencia de los casos fáciles, la resolución es a través de la aplicación de un silogismo y un ejercicio de subsunción. Ante estos supuestos, es necesario medir la claridad de los razonamientos, la precisión de la litis, la fundamentación y motivación (sólo desde el ámbito formal, no material) y la valoración de material probatorio (desde una óptica formal, no material). En los

casos difíciles, es decir, ante problemas de interpretación, laguna, calificación de hechos secundarios o pruebas, es necesario realizar ejercicios de lógica argumentativa, categorización de derechos, ponderación, migración de criterios o resolución de principios antinómicos.

En ese orden de ideas, los elementos antes enunciados, si bien sí identifican las principales características del Estado Constitucional de Derecho, no pueden encontrarse en todas las resoluciones. La razón es simple: la sentencia requiere de los planteamientos que las partes incorporan en sus demandas, por lo que, el juzgador, mutuo propio, no puede incorporar (salvo el control de convencionalidad *ex officio* y sólo en los casos de suplencia) argumentos que no hayan sido planteados por las partes. Por lo anterior, no en todos los casos podremos analizar los puntos enumerados, sino sólo en los denominados casos difíciles, ya que en los casos fáciles no será necesario formular ese tipo de argumentos.

Sin embargo, creo que es indispensable definir los parámetros mínimos y objetivos para medir una sentencias, por tal motivo, propongo una matriz para medir el margen interpretativo de los tribunales en estos años de la transición jurídica derivada de las propias normas de interpretación aprobadas por el constituyente o por el legislador. Antes de ello, debe mostrarse cuál es el marco jurídico que regula la interpretación, que servirá de base para la elaboración de la matriz.

III. MARCO JURÍDICO DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA EN MÉXICO

México es, sin duda, un Estado Constitucional de Derecho. Pero ello no implica que podamos echar las campanas al vuelo. México no es Alemania, ni Suecia, ni Suiza. La vulneración de los derechos humanos sigue siendo una constante. Las resoluciones judiciales, en ocasiones, mantienen estructuras de pen-

samiento de la primera posguerra. Por ello, es preciso revisar cómo han utilizado los órganos jurisdiccionales los márgenes interpretativos que han adquirido con la reforma de diez de junio de dos mil once, la resolución del caso Radilla por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la resolución del asunto varios 912/2010 así como las contradicciones de criterios relacionadas (resuelta el 3 de septiembre de 2013) por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En otras palabras: el marco jurídico que regula los márgenes argumentativos ha cambiado, por lo que, es necesario medir las sentencias para determinar si corresponden o no a los valores propios del nuevo sistema.

Lo anterior me lleva a dos preguntas: ¿Qué es una buena sentencia? y ¿Cómo medir la calidad de una sentencia? En mi experiencia, he visto esta preocupación ser tratada con absoluto profesionalismo (CERDIO HERRÁN, Jorge, VIGO, Rodolfo Luis y VÁZQUEZ, Rodolfo, Diagnóstico de Estructuras argumentales, TEPJE, México 2010) o con absoluta desfachatez (“las mejores sentencias son las mías, porque lo digo yo”). Una forma de medir la calidad de una sentencia es su índice de revocación. Sin embargo, este índice puede no reflejar la calidad, necesariamente, de la resolución y para muestra lo siguiente: el índice de revocación es menor para las Salas Regionales del Tribunal Electoral que para los tribunales locales. Ello es cierto, pero el propio diseño institucional, al reducir las causales de procedencia del REC, impide que un número considerable de sentencias de las Salas Regionales sean impugnadas, lo que no sucede con los tribunales electorales locales. Aunado a lo anterior, puede ser que el tribunal de alzada tenga un criterio jurídico diferente (sea más formal que garantista) y que revoque al tribunal inferior, a pesar de que la calidad argumentativa sea ejemplar.

Por lo anterior, necesitamos medir con absoluta objetividad los razonamientos de las sentencias y para ello se requiere una matriz que muestre qué se analizará y por qué razones. Dicha matriz debe partir del propio marco jurídico que, en el

caso, es el siguiente (se contemplan las normas constitucionales obligatorias para todas las autoridades):

Artículo 1.

[...]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. [...]

Artículo 14. [...]

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

[...]

Artículo 41

VI. Para garantizar los principios de constitucionalidad y legalidad de los actos y resoluciones electorales, se establecerá un sistema de medios de impugnación en los términos que señalen esta Constitución y la ley. Dicho sistema dará definitividad a las distintas etapas de los procesos electorales y garantizará la protección de los derechos políticos de los ciudadanos de votar, ser votados y de asociación, en los términos del artículo 99 de esta Constitución. [...]

Artículo 116.

l) Se establezca un sistema de medios de impugnación para que todos los actos y resoluciones electorales se sujeten invariablemente al principio de legalidad.

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 Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposi-

ciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Las normas jurídicas antes transcritas refieren, en esencia, lo siguiente:

- a) La interpretación de normas y hechos relacionados con derechos humanos debe tomar en consideración la Constitución y los tratados internacionales de manera armónica.
- b) En caso de duda, deberá resolverse a favor de la máxima protección de las personas (*in dubio pro persona*). Esta norma se repite en el espacio procesal (*in dubio pro actione*)
- c) Por regla general, la interpretación de las normas debe atender a los criterios gramatical (dimensión gramatical del texto, es decir, significado semántico de las palabras); interpretación jurídica que puede ser: sistemática (dimensión sistemática del texto, es decir, ubicar la norma en relación con el resto del sistema normativo del que forma parte); histórica (revisión de la evolución conceptual); liberal (en caso de duda estar por la norma que permite y no por la que restringe) y funcional (dimensión funcional del texto, es decir, cuáles son los fines que persigue o valores que protege dicha institución jurídica);
- d) Ante la ausencia de las normas, se aplicarán los principios generales de Derecho.
- e) La actuación de las autoridades debe ajustarse a determinados principios constitucionales, promoviendo la aplicación de los derechos.
- f) El sistema de medios de impugnación debe proteger los principios de constitucionalidad, convencionalidad y legalidad.

De conformidad con lo anterior, queda claro que el marco normativo mexicano, de forma más clara con posterioridad a

la reforma constitucional de diez de junio de 2011, estableció un marco de actuación claro para los órganos jurisdiccionales como garantes de los derechos de las personas. Aunado a lo anterior, se mantiene, en términos del numeral 14 de la Constitución, la obligación de garantizar la seguridad jurídica y la certeza. En ese tenor, es importante medir en qué forma se ha desarrollado esa labor interpretativa por los tribunales. A continuación, se propone una propuesta de matriz para medir el margen interpretativo.

IV. UNA PROPUESTA DE MATRIZ PARA MEDIR EL MARGEN INTERPRETATIVO DE LOS TRIBUNALES CON BASE EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL

El margen interpretativo implica reconocer que el juzgador tiene un cierto espacio de discrecionalidad. Este debate no es nuevo. Desde Hans Kelsen encontramos referencias a la discrecionalidad judicial.

A continuación se propone una matriz exclusivamente para los márgenes interpretativos de las sentencias:

- a) Interpretación gramatical. El análisis de los márgenes interpretativos del juzgador parte del uso de los criterios que la ley le faculta utilizar en la solución de casos. El primero, en longevidad y en redacción legal es el gramatical, el cual implica que el significado de la norma se encuentra inmerso en la redacción de las palabras que la componen, por lo que el operador jurídico sólo “desentraña” su significado.
- b) Interpretación sistemática. El segundo de los criterios interpretativos, que data de finales del siglo XIX y se consolida con el modelo kelseniano de validez de las normas, es el sistemático. Parte de la idea de que el Derecho es un sistema autoreferente. La resolución de casos debe partir de una premisa normativa integrada

de manera armónica por todos los preceptos que se refieren a la institución jurídica relativa. En caso de antinomia, resolver conforme a los criterios de especialidad, jerarquía, liberalidad y cronológico.

- c) Interpretación funcional. El tercer criterio interpretativo es el funcional. Su origen data de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial y el cambio de paradigma generado desde el Tribunal Constitucional Alemán que ha optado por analizar los asuntos más allá de sus dimensión gramatical y pensando en la dimensión funcional, esto es, en los valores y finalidades de la rama del Derecho de que se trate.
- d) Invocación de tratados internacionales. El artículo 133, desde 1934, prevé que los tratados internacionales suscritos por el Ejecutivo y ratificados por el Senado que estén de acuerdo con la Constitución serán la norma suprema de la Unión. Además, con la reforma constitucional de 10 de junio de 2013, y los multicitados asuntos Caso Radilla y varios 912/2010, se estableció la obligación de los juzgadores mexicanos de realizar interpretación de los derechos humanos consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales. Por lo que, una obligación constitucional para todo impartidor de justicia es la invocación de tratados internacionales en los casos de litigio sobre derechos humanos.
- e) Migración de criterios. Al amparo del nuevo paradigma constitucional, y atendiendo a que en la sesión de tres de septiembre de 2013 se aprobó, por el más alto Tribunal de la República, la tesis que señala la obligatoriedad de los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se retoma dentro de la matriz de márgenes interpretativos la migración de criterios de los órganos jurisdiccionales supranacionales. La idea es medir con qué intensidad son utilizados los criterios supranacionales en la resolución de conflictos.

- f) Uso de principios. La materia electoral es pletórica de principios. Existen en el ámbito de los partidos políticos (autonomía interna, democracia interna, equidad en el acceso a radio y televisión o al financiamiento), en la función estatal de organizar las elecciones (imparcialidad, independencia, objetividad, certeza y legalidad), como pilares de la carrera judicial (imparcialidad, objetividad, independencia, excelencia y profesionalismo), respecto a la propaganda gubernamental (imparcialidad en el ejercicio de recursos) o la misma calidad de la contienda (equidad, libertad del sufragio o separación Iglesia Estado). Al incorporar los principios en la matriz, se pretende medir qué tanto se resuelve atendiendo a dichas normas jurídicas de corte constitucional.
- g) Control de convencionalidad. La resolución del Caso Radilla por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en específico el párrafo 339, obliga a los órganos judiciales, con independencia de su materia, jurisdicción, cuantía o grado, ejercer de oficio control de convencionalidad. Por lo anterior, se toma el criterio de control de convencionalidad para medir, en qué medida, los juzgadores electorales mexicanos en el Distrito Federal están ejerciendo esta función.
- h) Control de constitucionalidad. El asunto varios 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dejó sin efectos la jurisprudencia que impedía a los juzgadores locales ejercer control de constitucionalidad. La reforma constitucional multicitada y la nueva interpretación judicial permiten que, dentro de las reglas procesales, se ejerza la inaplicación de normas contrarias a la Constitución en casos concretos.
- i) Ponderación. Uno de los elementos constitutivos del Estado Constitucional de Derecho en lo referente al Poder Judicial es la sustitución del silogismo por la ponderación para la solución de casos difíciles. En ocasiones, los órganos jurisdiccionales señalan que realizan un ejerci-

cio de ponderación sin hacer explícito el razonamiento. En ocasiones, se razona cómo el juzgador ponderó un derecho o principio en perjuicio de otro. En todo caso, se trata de un elemento que puede ser utilizado por el juzgador y que conviene medir para efectos de hacer explícito la filosofía judicial que subyace.

A continuación, en forma gráfica, se presenta una tabla con los resultados de diversas sentencias a las que se les aplicó la matriz explicada con anterioridad. Es sólo una descripción del contenido de las sentencias para medir en qué forma se utilizan los márgenes interpretativos por los juzgadores. El resultado, por tanto, no es valorativo. Simplemente es la confrontación de un modelo teórico contra una serie de sentencias para ver cuáles resoluciones se ajustan al modelo teórico, el cual ha sido generado, eso sí, con los elementos derivados del cambio de paradigma jurídico en el país. Al concluir la tabla se realizará el análisis correspondiente.

Tabla 1.

Expediente	IG	IS	IF	IT	MC	UP	CC	CCo	PE
Amparo en revisión 770/2011 (1)	Si	Si (2)	Si (3)	Si (4)	Si (5)	Si (6)	Si (7)	Si (8)	nn
Amparo en revisión 253/2011	No	Si (9)	Si (10)	Si (11)	Si (12)	Si (13)	SI (14)	Si (15)	nn
JEL-021/2012	Si (16)	Si (17)	Si (18)	nn	NO	Si (19)	ncn	nl	nhp
ST-JDC-2370/2012 (mayoría)	Si (20)	No							
ST-JDC-2370/2012 (voto particular)	No	Si (21)	Si (22)	Si (23)	Si (24)	Si (25)	Si (26)	Si (27)	Si (28)

Notación: IG Interpretación Gramatical; IS Interpretación Sistemática; IF Interpretación Funcional; IT Invocación de Tratados; MC Migración de criterio; UP Uso de Principios; CC Control de convencionalidad; CCo Control de Constitucionalidad; PE Ponderación Expresa ; nn no es necesario; nhp no había planteamiento; ncn no se consideró necesario; nl no formaba parte de la litis.

Tabla 1. Continúa

- (1) Ministra Olga Sánchez Cordero. Secretaria Beatriz J. Jaimes Ramos.
- (2) Se interpreta el artículo 1 y 133 constitucionales, con el 2 y 8.1 de la Convención Americana contra el contenido del artículo 57, fracción II del Código de Justicia Militar.
- (3) Se hace una interpretación respecto a la naturaleza de los delitos y los bienes jurídicos tutelados, al ser ilícitos cometidos por quienes ostentaban la calidad de militares en activo, pero que no afectaron los bienes jurídicos de la esfera castrense, por lo que corresponde a la jurisdicción ordinaria conocer de los asuntos.
- (4) Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- (5) Caso Radilla.
- (6) Análisis del concepto de autoridad competente, fuero militar, derechos humanos.
- (7) Se inaplica el artículo 57, fracción II del Código de Justicia Militar por contravenir los numerales 2 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- (8) Si en su vertiente de interpretación constitucional. Se reinterpreta el concepto de fuero militar contenido en el artículo 13 constitucional.
- (9) Se interpretan los artículos 1 y 133 de la Constitución, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8 y 25 de la Convención Americana para inaplicar el numeral 1171 del Código de Comercio.
- (10) Se define el concepto de acceso a la justicia en sus dimensiones formal y material.
- (11) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos y Declaración Universal sobre Derechos Humanos.
- (12) Caso Radilla vs México. Caso Cantos versus Argentina. Caso Baena y otro vs Paraguay.
- (13) Acceso a la justicia.

Tabla 1. Continúa

- (14) Si. Se desaplica el numeral 1171 del Código de Comercio por no permitir un adecuado cumplimiento de las sentencias en términos de los tratados internacionales.
- (15) Se desaplico el numeral por vulnerar el artículo 17 constitucional.
- (16) Se construye un argumento conceptual derivado de la doctrina en torno a los vocablos “notificación”, “ejecución” y “mandato”.
- (17) Formula una interpretación sistemática del artículo 61 constitucional, respecto al artículo 5 de la Ley Orgánica de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.
- (18) En torno al concepto de inmunidad parlamentaria.
- (19) Referencia expresa a los principios rectores de la materia electoral.
- (20) El concepto de cancelación automática.
- (21) Interpretación sistemática del Código Electoral del Estado de México en relación con la Constitución (artículos 14 y 16) así como 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- (22) Procedimiento seguido en forma de juicio, ejercicio abusivo de un derecho, ponderación.
- (23) Si. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- (24) Caso Rosendo Radilla vs México. Caso Cantos vs Argentina. Caso Las Palmeras contra Colombia. Caso Tribunal Constitucional vs Perú. Caso Durand y Ugarte vs Perú. Así como las sentencias STC-53/1985 Y 18/1984 del Tribunal Constitucional Español. Se invoca la sentencia SX-JDC- 97/2009 de la Magda Claudia Pastor Badilla.
- (25) Garantía de audiencia.
- (26) En su vertiente de interpretación conforme con la Convención Americana.

Tabla 1. Continúa

-
- (27) En su vertiente de interpretación conforme con la Constitución.
- (28) Aplicando la metodología de Robert Alexy y Héctor Orduña.
-

a) Amparo en revisión 770/2011

La Suprema Corte de Justicia de la Nación resuelve el amparo en revisión 770/2011, relacionado con la competencia para conocer de delitos de militares, perpetrados contra civiles. Los quejosos (tres militares procesados por los delitos de violencia contra las personas causando homicidio calificado, tortura, encubrimiento y violación a las leyes de inhumación en su modalidad de destrucción de cadáver) promovieron demanda en contra del auto de formal prisión dictado por el Juez Militar adscrito a la Tercera Región Militar del Ejército mexicano. El juzgado de distrito les negó el amparo, combatiendo dicha sentencia a través de un recurso de revisión ante el Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito en turno, quien, al considerar que era un asunto que podría actualizar uno de los elementos del Caso Radilla, solicitó ante la Suprema Corte que dicha instancia ejerciera su facultad de atracción.

La sentencia inicia estableciendo la suplencia de la queja por tratarse de los inculpados. A continuación, expone el modelo de control de constitucionalidad y convencionalidad que se ha derivado del cambio de paradigma jurídico en México. Más adelante, analiza el contenido de los artículos 2 y 8.1 de la Convención Americana así como la resolución del Caso Radilla. Señala que la norma del Código de Justicia Militar, al establecer que los delitos contra la disciplina militar cometidos por militares, incluso en contra de civiles, serán conocidos por los juzgados militares resulta contraria a la interpretación convencional, porque los ilícitos no afectaron los bienes ju-

rídicos protegidos por la esfera castrense, y en virtud de que las víctimas civiles tienen derecho a que tales violaciones a derechos humanos sean conocidas y resueltas por una instancia a la que tengan acceso, por lo que, debe determinarse la incompetencia jurisdiccional por razón de fuero del tribunal militar y, en consecuencia, al ser el acto de formal prisión un acto emanado de una autoridad incompetente, debe revocarse para que la instancia jurisdiccional competente se pronuncie respecto a la formal prisión.

b) Amparo en revisión 253/2011²

El amparo en revisión 235/2011 versa sobre un recurso de revisión interpuesto por el quejoso, en contra de la sentencia dictada por el Juez Décimo Segundo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal que negó el amparo solicitado por la parte actora cuya pretensión era la inscripción en el registro público de la propiedad de la demanda interpuesta en materia mercantil como medida cautelar a fin de evitar que los bienes en litigio fueran adquiridos por terceros.

El juez de distrito concluyó que la inscripción de la demanda es una medida cautelar inadmisibles en los juicios mercantiles, porque el numeral 1171 del Código de Comercio sólo autoriza dos providencias precautorias: arraigo y secuestro, por lo que no podía aplicarse supletoriamente la normatividad civil. El agraviado, por su parte, sostenía que la medida no era precautoria sino preventiva, a fin de informar a terceros sobre el estado litigioso de los inmuebles.

El Tribunal Colegiado inició haciendo una exposición desde el principio de legalidad para señalar que, en virtud de que la medida buscaba impedir que surgieran obstáculos que dificulten la sentencia, se trataba de una providencia precautoria, siendo que las únicas providencias así establecidas por

² Magistrado Víctor Francisco Mota Cienfuegos. Secretario: Arturo Alberto González Ferreiro.

la legislación mercantil eran el arraigo y el secuestro, por lo que, desde el plano de la legalidad, la actuación del Juez de Distrito resultaba fundada en derecho.

Sin embargo, es a partir de aquí que la interpretación cambia de giro cuando el Colegiado recuerda que México ha experimentado una transformación importante en la materia. Desglosa los distintos argumentos de los ministros del más Alto Tribunal en la resolución del asunto varios 912/2010, para concluir que el nuevo modelo obliga a suplir la queja para verificar la constitucionalidad y la convencionalidad de las normas aplicadas en el acto reclamado.

En ese tenor, el Tribunal sostiene que el artículo 17 constitucional establece la garantía de acceso a la justicia en una dimensión formal y en otra material. En el plano formal, permitiendo que cualquier individuo acuda a los tribunales para dirimir una controversia y en el plano material, la posibilidad de que la sentencia pueda concretarse en la realidad.

Por ello, un dispositivo que restringe la actuación del juzgador y que pueda tener como resultado que los bienes del patrimonio litigioso se desvanezcan, afecta la dimensión material de la sentencia pues no podría ejecutarse. En ese tenor, atendiendo a un criterio de la Segunda Sala de la Corte, desaplica por inconstitucional el numeral del Código de Comercio.

A idéntica conclusión llega desde el ámbito de la convencionalidad, en donde, aplicando los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, considera que el numeral 1171 del Código de Comercio impide garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes de la decisión judicial, por lo que, al ser contraria a los tratados internacionales, no debe aplicarse.

c) JEL-021/2012³

El presente juicio electoral fue promovido por un diputado local en contra de la multa y notificaciones practicadas dentro del procedimiento especial sancionador número IEDF/QCG/PE/009/2012, instaurado por la Comisión Permanente de Asociaciones Políticas del IEDF. El actor aduce que la notificación practicada en la Sede Oficial de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, el día veintidós de marzo de dos mil doce, por la cual se hizo de su conocimiento el acuerdo de dieciséis de marzo de este año, emitido por el IEDF dentro del procedimiento especial sancionador número IEDF-QCG/PE/009/2012, es violatoria de los artículos 2, 3 y 5 de la Ley Orgánica de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, por haberse impuesto en el recinto parlamentario afectando la inmunidad legislativa, principio que prohíbe que cualquier autoridad ejecute algún mandato judicial o administrativo en contra de la Asamblea o sus integrantes y, por ende, considera que se debe declarar nula la multa que se le impuso.

El Tribunal Electoral local declaró infundado el agravio, en virtud de que no se trataba de la ejecución de un mandato judicial o administrativo, sino sólo de una notificación al diputado de un acuerdo dictado por la instancia competente, lo anterior, sigue diciendo el órgano jurisdiccional, porque si se atiende a la “distinción que existe entre ambas figuras procesales (mandamiento, por un lado, y notificación por el otro), se advertirá que existen sustanciales diferencias entre éstas, pues mientras el primero comprende una diversidad de actos de autoridad, por medio de los cuales se impulsa el procedimiento y se dictan medidas tendentes a modificar la situación jurídica de las partes que pueden afectar sus derechos, bienes e integridad física, toda vez que algunas de estas determinaciones traen aparejada ejecución; en la segunda de las figuras citadas, se constriñe únicamente al acto procesal de

³ Magdo. Armando I. Maitret Hernández.

hacer del conocimiento de su destinatario una determinación que se ha emitido en un procedimiento, sin que esto conlleve una afectación directa e inmediata sobre el haber de alguna de las partes en el proceso.”

La interpretación gramatical que desarrolla el órgano jurisdiccional respecto al numeral 5 de la Ley Orgánica de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, consistió en que, cuando la norma en cita dispone que ninguna autoridad podrá ejecutar mandamientos judiciales o administrativos sobre los bienes destinados al servicio de la Asamblea, ni sobre las personas o bienes de sus miembros en el interior del recinto, se observa que el término “mandamientos judiciales o administrativos”, está precedido del vocablo “ejecutar”, palabras que unidas arrojan una connotación específica, consistente en prohibir actos procesales que traigan consigo una afectación directa e inmediata sobre los bienes, derechos e integridad física tanto del recinto parlamentario como el de las personas que lo integran, como pudiera ser una determinación judicial consistente en el embargo, cateo o arresto de alguno de los integrantes del parlamento, no así en los casos de una notificación.

Respecto a la interpretación funcional de la inmunidad parlamentaria, el tribunal local considera que no por ser integrante de un órgano parlamentario, la persona que encarna la representación correlativa goza de la inmunidad prevista en el artículo 61 constitucional, sino únicamente cuando esté en ejercicio de su función parlamentaria, dado que dicha disposición “no tiene el alcance de eximirlos de responsabilidad por una violación a normas constitucionales y legales en materia electoral, de ahí que se concluye que sí pueden ser sujetos a un procedimiento administrativo sancionador en materia electoral, ya que de lo contrario, implicaría colocar a determinados funcionarios en un orden supra constitucional”.

Entre otras cosas, la sentencia es relevante por convertir al órgano jurisdiccional en un límite a los integrantes de un órgano parlamentario (la Asamblea Legislativa del Distrito Fe-

deral) sujetando su actuar al marco del Estado Constitucional de Derecho.

d) El ST-JDC-2370/2012

En el expediente antes citado, la mayoría de la Sala Regional Toluca resolvió que se confirmaba el acuerdo IEEM/CG/222/2012 por el que se cancela el registro del ciudadano Oscar Florentino Venancio Castillo, de la posición 5 suplente, de la Lista de candidatos a Diputados por el Principio de Representación Proporcional del Partido Acción Nacional a la H. “LVIII” Legislatura del Estado de México. La razón: el candidato había sido postulado por su instituto político de manera simultánea a dos cargos de elección popular: diputado local suplente y diputado federal suplente (lugar 32), lo cual se encuentra prohibido por el numeral 145 de la legislación electoral local que a la letra dice:

Artículo 145.- Corresponde exclusivamente a los partidos políticos el derecho de solicitar el registro de candidatos a cargos de elección popular.

[...]

Ninguna persona podrá ser registrada como candidato a distintos cargos en el mismo proceso electoral. Tampoco podrá ser candidato para un cargo de elección popular federal o de otro Estado o del Distrito Federal y, simultáneamente, para otro cargo de elección popular en el Estado de México. En este supuesto, si el registro para el cargo de la elección en el Estado de México ya estuviere hecho, **se procederá a la cancelación automática del registro respectivo.**

La Sala Regional, a través de un simple silogismo determinó que la premisa normativa correspondía al numeral 145 del Código Electoral del Estado y que, al acreditarse en el plano fáctico que el actor se encontraba en el supuesto de postulación

simultánea a un cargo de elección popular, debía cancelarse de manera automática el registro.

El voto particular del asunto⁴ señalaba que, a pesar de tratarse de un registro simultáneo, y, por tanto, del ejercicio abusivo de un derecho, el Instituto Electoral del Estado de México había determinado cancelar el registro a través de un procedimiento seguido en forma de juicio en el que se recibió una queja, se radicó, se realizaron diligencias y se propuso un proyecto de resolución ante el Consejo General. Al hacerlo, vulneró la garantía de audiencia consagrada en la Constitución, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que, el numeral 145 del Código local debía interpretarse de manera sistemática y funcional con la normatividad constitucional y convencional a fin de cancelar de manera automática el registro, una vez respetada la garantía de audiencia.

Aunado a lo anterior, se desarrolló un procedimiento de ponderación para determinar que, entre el fin constitucionalmente legítimo y el derecho fundamental, debía resolverse a favor de este último, en los términos siguientes:

***Paso 1.** Determinar el valor del grado de intensidad en la afectación del derecho fundamental producido de alcanzarse la pretensión de la actora. El valor que debe asignarse al grado de intensidad de la afectación del derecho fundamental es el resultado de la multiplicación de los siguientes valores que se asignen a los siguientes tres parámetros:*

- a) Intensidad con la que es afectado el derecho fundamental (ia), el cual es alto (4), porque con el acto reclamado la autoridad responsable impidió, al hoy actor, ser oído y vencido en un procedimiento en el que se le restringió el derecho al voto pasivo.

⁴ Magistrado que formuló el voto particular (proyecto votado en contra): Santiago Nieto Castillo. Secretarios Luis Alberto Trejo Osornio, Daniel Dorantes Guerra y Sandra Gómora.

- b) “Peso abstracto” o importancia que tiene el derecho fundamental, de acuerdo con la concepción de valores, predominante en la sociedad (pd), el cual también es alto (4), en virtud de que la garantía de audiencia implica un pilar del debido proceso legal, indispensable como mecanismo de protección, incluso del ejercicio de los demás derechos, dado que, si no es respetado el debido proceso, los derechos sustantivos en juego se verán igualmente vulnerados.
- c) Seguridad de que se produzca la afectación al derecho fundamental (sa), el cual es alto también (4), en virtud de que el actor no pudo aportar pruebas de descargo o comparecer en el procedimiento.⁵

Paso 2. *Determinar el valor del grado de importancia de la satisfacción del fin mediato perseguido por el acto reclamado. El valor del grado de importancia de la satisfacción del fin perseguido por el acto reclamado, se integra a partir de la multiplicación de los valores asignados a los siguientes elementos:*

- a) Intensidad con la que se logra la satisfacción del fin mediato perseguido por el acto reclamado (is), la cual sería alta (4), porque se impediría que un ciudadano ejerciera de manera abusiva un derecho, al ser registrado como candidato a dos cargos de elección popular de manera simultánea, con lo que se cumpliría el fin, constitucionalmente legítimo, de que un mayor número de ciudadanos participen como candidatos, haciendo posible el acceso de más ciudadanos al ejercicio del poder público.
- b) Peso abstracto del fin mediato perseguido por el acto reclamado (pf), el cual es alto (4), porque el acceso de los ciudadanos al ejercicio del poder es la base de un sistema que se jacte de ser considerado democrático.
- c) Seguridad con la que el acto satisfará el fin mediato (ss), el cual es bajo (1), porque no necesariamente cancelar una candidatura permite alcanzar el ejercicio ciudadano del

⁵ Así, el grado de afectación del derecho fundamental = (ia) x (pd) x (sa), en el caso concreto sería de 4 x 4 x 4= 64.

poder, dado que, en todo caso, se protegerá el derecho de una persona para sustituir a quien ha ejercido de manera abusiva su derecho, pero en realidad el principio se cumple al establecer procedimientos democráticos al interior de los partidos políticos para la selección de dirigentes y candidatos, así como la revisión de la constitucionalidad, convencionalidad y legalidad de dichos procedimientos, lo que se traduce en que más ciudadanos puedan participar y, al final, ser postulados como candidatos a cargos de elección popular.⁶

Paso 3. *Comparar los valores determinados en los pasos precedentes. En este punto se trata de comparar los valores obtenidos al determinar el grado de afectación del derecho fundamental y el grado de satisfacción del fin mediato por el acto reclamado, de lo que se desprende que el valor mayor es preservar el ejercicio de la garantía de audiencia (64) respecto a cancelar el registro del candidato que ejerció de manera abusiva un derecho (16), por lo que debe ponderarse el derecho fundamental sobre el principio.*

Paso 4. *Construir una regla o criterio de prioridad condicionada entre derecho fundamental y el fin legislativo. Con base en el resultado obtenido en el paso 3 se establece una solución para el caso concreto y para los futuros casos idénticos y análogos. Se trata de formular una regla que establezca una “prioridad condicionada por las circunstancias del caso y válida únicamente cuando éstas u otras análogas se presenten”, que en la especie sería: “debe revocarse la cancelación de un registro de un candidato, aun cuando haya ejercido de manera abusiva un derecho al ser postulado de manera simultánea a dos cargos de elección popular, cuando no se haya respetado la garantía de audiencia del ciudadano, a fin de que pueda comparecer al procedimiento en el que su derecho político electoral de ser votado pueda verse afectado, por ser el derecho a ser oído y vencido en juicio un mecanismo que permite proteger derechos sustantivos en litigio.*

⁶ Así, el Grado de importancia de la satisfacción del fin mediato = (is) x (pf) x (ss), sería 4 x 4 x 1 = 16.

En síntesis, el voto pretendió respetar los parámetros de constitucionalidad y convencionalidad a fin de hacer ejercitable el derecho a ser votado y la garantía de audiencia a los que tienen derechos los ciudadanos y todas las personas, respectivamente.

V. EL CAMINO POR ANDAR

Los avances en la materia, de acuerdo con el modelo antes expuesto, son innegables. La función judicial de vigilar la legalidad se ha transformado en un modelo de control de constitucionalidad y de aplicación de tratados, si bien no en todos los casos. Faltan investigaciones empíricas respecto a los porcentajes de confirmaciones y de inaplicaciones de normas. Pero el camino se ha iniciado. A continuación, sin embargo, se mencionan tres problemas que se han encontrado para la instrumentación de la reforma: la falta de cultura jurídica en derechos humanos, la inconstitucionalidad o inconventionalidad sobrevenida y el concepto de jurisprudencia congelada. Me referiré a dichos tópicos.

a) Un ejemplo de problema de la falta de cultura jurídica en derechos humanos. Análisis del concepto de interdependencia.

Como se ha mencionado a lo largo del presente artículo, la reforma al artículo 1° obliga a las autoridades, jurisdiccionales o administrativas, a proteger y promover los derechos humanos. Asimismo, establece que los principios de universalidad, interdependencia, progresividad, indivisibilidad, sean tomados en cuenta por parte de dichas autoridades. Sin embargo, la cultura jurídica formalista, en ocasiones, es un obstáculo respecto a su aplicación.

En efecto, una de las innovaciones que se incorporaron a la reforma al artículo 1o de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es lo que se pueden llamar como pautas constitucionales elementales en materia de derechos humanos, con base en los principios de interdependencia, universalidad, progresividad e indivisibilidad.

Un ejemplo para fundamentar el anterior aserto. El principio de interdependencia de los derechos fundamentales significa que los derechos se relacionan unos con otros, por lo que la afectación de uno puede generar una vulneración a otro.

En el caso de los asuntos de credencial para votar con fotografía de la Sala Regional Toluca, en el proceso electoral federal 2012, se planteó la discusión anterior. En el caso, seiscientos ciudadanos promovieron sendas demandas de juicio ciudadano para reponer sus credenciales de elector por robo o extravío (cabe señalar que también hubo asuntos en los que el trámite era la actualización de datos o la inscripción al padrón electoral, aun cuando fueron los menos), ante la negativa de las vocalías del Registro Federal de Electores de entregar las credenciales.

Los asuntos fueron turnados a las ponencias de la Sala Regional, menos de diez horas antes de iniciar la jornada electoral, en gran medida, debido a que el IFE no remitió los expedientes con la debida oportunidad. Lo cierto es que, en la semana siguiente, el pleno de la Sala Regional, por mayoría, determina desechar las demandas al considerar que la violación era irreparable en virtud de que había concluido la jornada electoral.

La mayoría sostuvo:⁷

Ello es así, porque el requisito de que la reparación solicitada sea material y jurídicamente posible dentro de los plazos electorales y las etapas que comprenden el proceso electoral de que se trate, es indispensable a efecto de que el dictado de la sentencia pueda tener como efecto el que la pretensión de

⁷ ST-JDC-1575/2012 y ST-JDC-1835/2012, como ejemplos.

los demandantes pueda realmente llevarse a cabo, en el caso, permitirles a los ciudadanos, ejercer su derecho al voto.

En la especie ocurre, que los actos controvertidos son las negativas de expedirles y entregarles sus respectivas credenciales para votar a los ciudadanos, sin la cual no podrán emitir su voto el día de la jornada electoral.

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 15 de la Ley General de Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, es un hecho notorio para este órgano jurisdiccional que el pasado uno de julio del presente año se llevó a cabo la jornada electoral en todo el país, para la elección de Presidente de la República, Senadores y Diputados Federales.

Por virtud de lo anterior, aun en el supuesto de que fueran fundadas las alegaciones de los demandantes, no sería jurídica ni materialmente posible restituirles en el goce del derecho político electoral que estiman violado; puesto que si su intención era poder contar con los elementos necesarios a efecto de poder emitir su sufragio el día de la jornada electoral, al haberse llevado a cabo ésta, es claro que ya no puede colmarse.

La posición de la mayoría parte de una presunción, al señalar que “si su intención era poder contar con los elementos necesarios a efecto de poder emitir su sufragio” sin tomar en consideración el carácter multifuncional de la credencial para votar con fotografía. El voto particular señala, entre otros argumentos, por el contrario que, la interpretación de la mayoría no toma en consideración que los ciudadanos acuden a solicitar su credencial para votar con fotografía para identificarse como ciudadanos, por lo que su negativa representa una forma indirecta de discriminación, al impedir de manera indirecta el ejercicio de un derecho vinculado con los derechos político electorales como lo es el derecho al reconocimiento de una personalidad jurídica es decir, contar con una identidad. Lo cual es un derecho fundamental que implícitamente recoge el de poseer el instrumento que acredite dicha identidad, en el caso mexicano, la credencial para votar con fotografía. El voto

continúa sosteniendo que lo anterior, conforme a lo previsto en el artículo 3 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, por lo que, si dicho derecho fundamental se encuentra en una vinculación indisoluble con el de votar con la credencial multicitada, instrumento que permite el ejercicio del derecho al voto y a la identidad, de manera simultánea, el derecho a la personalidad o contar con el instrumento que acredita la identidad, se convierte en un derecho fundamental vinculado con los derechos político-electorales y con mayor razón debe ser protegido vía juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.

Como ha expresado Eduardo Ferrer, cada uno de los principios debe ser considerado en la interpretación conforme que se efectúe para favorecer en todo momento la protección más amplia. (FERRER, 2008, P. 127)

Como puede apreciarse, a pesar de la disposición constitucional de buscar el principio de interdependencia y la máxima protección de las personas, la cultura tradicional de los abogados mexicanos sigue siendo un obstáculo para alcanzar el contenido de la reforma constitucional. Como ha señalado José Luis Caballero, tal vez el resultado tenga que ver con la modificación de la cultura que haga posible una comunicación con el sistema interamericano, para lo cual, deberá tomarse en consideración: la relevancia constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, el canon hermenéutico emanado de tratados y jurisprudencia supranacional, así como la aplicación del principio de interpretación *pro homine*. (CABALLERO, 2012, p. 79).

b) Reflexión sobre la inconstitucionalidad o inconvencionalidad sobrevenida (OROZCO SOLANO, 2012)

México tiene una Constitución longeva. Menciono lo anterior en virtud de que, al tener una Constitución tan longeva, en la práctica mexicana no existe el riesgo de que existan normas legales que, en virtud de la expedición de una nueva Cons-

titución (como sucedió en muchos países latinoamericanos con las transiciones democráticas), resulten contrarios a los principios del nuevo texto constitucional.

Aunado a lo anterior, nuestro país tiene una práctica sustentada en la aplicación basada en las normas legales más que en principios constitucionales o la invocación de tratados internacionales. No fue sino hasta 1994 que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se convirtió en un Tribunal constitucional. No es sino hasta 2011 que inicia la discusión del bloque de convencionalidad en México.

En ese orden de ideas, sin embargo, y en el marco de la idea central de este artículo del cambio de paradigma jurídico en el país, creo que es dable plantear para nuestro país la siguiente pregunta: ¿pueden existir leyes que establezcan disposiciones restrictivas de derechos fundamentales que no hayan sido combatidas en su momento vía acción de inconstitucionalidad, o incluso, hayan sido analizadas de conformidad con los parámetros constitucionales anteriores a la reforma, pero que una nueva revisión (con el paradigma actual) las pudiera, eventualmente declarar inconstitucionales?

La respuesta es sí. Muchas disposiciones de las leyes secundarias están pensadas en el paradigma del Estado de Derecho legislativo, no en el Constitucional. Pienso, como ejemplo, la redacción del artículo 145 del Código Electoral del Estado de México, que señala que en los casos en que un candidato esté registrado para dos cargos de elección popular (diputado federal y diputado local, por ejemplo) de manera automática, se le cancelará el registro.

La norma antes citada no podía resistir un análisis de constitucionalidad serio, a través del nuevo artículo primero constitucional. El principio de progresividad de los derechos, la garantía de audiencia como valor central seguido en los procedimientos llevados en forma de juicio e incluso el principio de interpretación *pro homine*, nos llevarían a plantear que dicha cancelación no podría ser automática o, por lo menos, no sin permitir el ejercicio de la garantía de audiencia.

Este problema, la inconstitucionalidad o inconveniencia sobrenvenida después de la reforma constitucional, implica para los operadores jurídicos determinar la inconstitucionalidad o inconveniencia de normas en los casos concretos. Implicará un ejercicio de valoración de posibles interpretaciones anteriores a la reforma. Y de nuevas propuestas para hacer a todo el sistema legal acorde con el mandato constitucional.

c) El problema de la jurisprudencia congelada

El último tema que me gustaría abordar es el que he denominado de la jurisprudencia congelada, en alusión a aquel momento judicial del país en el que, después de la creación de los tribunales colegiados de circuito, éstos no podían modificar la jurisprudencia de la SCJN, pero tampoco la propia Corte tenía competencia para revisar su jurisprudencia, pues los asuntos que podían generar la interrupción de la misma eran competencia de los tribunales colegiados. La jurisprudencia, se decía, estaba congelada.

Hoy en día, me parece, podemos tener una situación similar. Las autoridades jurisdiccionales y administrativas, en materia electoral, federales y locales, están obligadas a ejercer control de convencionalidad y de constitucionalidad. Lo mismo los demás órganos jurisdiccionales. Sin embargo, también están compelidas a aplicar la jurisprudencia de la Suprema Corte, de las Salas, de los Colegiados o de la Sala Superior del Tribunal Electoral, de acuerdo con la materia. De hecho, en ese último espacio, las Salas Regionales no cuentan con facultad real de aprobar jurisprudencia, pues requieren la declaración de la Sala Superior.

Creo que el tema no es menor. Es necesario que, a fin de evitar posibles desacatos a la jurisprudencia por los operadores jurídicos cuando encuentren que una jurisprudencia es contraria al mandato constitucional o a la interpretación supranacional, la Suprema Corte, los colegiados y la Sala Superior revisen la constitucionalidad y convencionalidad de las

jurisprudencias y tesis, en la materia electoral, e interrumpan las que sean contrarias a su objetivo. Creo que el sistema mejoraría.

Ahora bien, la reforma constitucional de diez de junio de dos mil once perfiló un juzgador conocedor y militante de los derechos fundamentales. Sin embargo, no basta con la reforma constitucional si no cambia la cultura jurídica de los operadores. Es necesario definir el perfil del juzgador que se requiere a partir de la reforma. Tal parece que, en este momento, nos encontramos en una encrucijada en la que los juzgadores y las juzgadas mexicanas tienen que definir su postura frente al ordenamiento jurídico. Un sector, ha considerado mantener el mismo método de análisis. Otro sector, ha impulsado nuevas estrategias de resolución de conflictos a partir de la ponderación, la saturación de argumentos, entre otros.

Los anteriores ejemplos a lo largo de este ensayo son solo eso. Constancia de que, frente a casos reales, la reforma constitucional puede ser interpretada en el sentido de maximizar los derechos o, por el contrario, resolver como antaño. Se trata de una decisión que ronda por la ética y las convicciones ideológicas de los juzgadores, de acuerdo con su propio horizonte hermenéutico. ¿Ello atenta contra la seguridad jurídica? La respuesta es no, pero es necesaria mucha prudencia de los órganos jurisdiccionales para encarar esta responsabilidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CABALLERO, José Luis, *La interpretación conforme. El Modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2013.
- CERDIO HERRÁN, Jorge, VIGO, Rodolfo Luis y VÁZQUEZ, Rodolfo, *Diagnóstico de Estructuras argumentales*, TE-PJF, Taller para la elaboración de sentencias, 2010.

- NIETO CASTILLO, Santiago y ESPÍNDOLA MORALES, Luis, *El juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano*. Competencia de Sala Regional, México, Porrúa, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011.
- FERRER MACGREGOR, Eduardo, *El control difuso de convencionalidad, Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, FUNDAP, Querétaro, 2012.
- SALAZAR, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, F.C.E, México, 2006.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 2ª ed, 1997.

EL CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA

José Rodríguez Anchondo

En homenaje a mi maestro, Dr. Mariano Palacios Alcocer

Abordar el análisis del control constitucional recién establecido en el estado de Chihuahua, exige tomar como sus elementos constitutivos, la reforma al artículo 1o. de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos; las interpretaciones elaboradas por los tribunales competentes del Poder Judicial de la Federación, a través de las sentencias y jurisprudencia que han resultado referentes obligados y vinculantes; los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos; así como algunas opiniones doctrinales que han explicado, comentado o criticado esos elementos y que en conjunto constituye lo que los teóricos denominan el *corpus juris*¹ en derechos humanos, en razón de que, el alcance de las nuevas competencias concedidas a los órganos judiciales locales, prácticamente se circunscriben a su tutela y salvaguarda.

Los apuntes aquí presentados, desde la perspectiva que da la pertenencia al foro, y por ello, sin necesidad alguna de justificar el punto de vista crítico, por su apego al análisis jurídico de las instituciones que las recientes reformas han creado, no

¹ FERRER Mac-Gregor Eduardo, “Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. En Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.) *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: ...un nuevo paradigma*, México, Exordio, UNAM-III, 2011, pp. 339-429.

tienen mayor pretensión que señalar algunas características del llamado control constitucional en Chihuahua, que dentro del contexto de la protección y garantía de los derechos humanos y de la constitucionalidad de las normas ahora vigentes, aparecen fácilmente contrastables, casi sin necesidad de verificación, con el sentido y objetivos fincados en las interpretaciones jurisprudenciales de la Suprema Corte de la Nación (SCJN).

La evolución de la temática de los derechos fundamentales, desarrollada en México en años recientes, se ha visto impulsada por abundantes opiniones doctrinales formuladas con la clara orientación de convertirlas en fuentes reales del derecho mexicano, inspiradas en gran medida, por la tutela de los derechos humanos surgida de tratados y convenios internacionales que, en abierta retroalimentación con la doctrina, conduce a su análisis e investigación teórico práctica generada en foros, talleres, seminarios y demás actividades académicas nacionales e internacionales.

El Estado de Chihuahua no ha sido ajeno a la influencia que todo ello ejerce en su ámbito jurídico y político, por lo que, con el objeto y pretensión de precisar competencias relativas al control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad, otorgado a los jueces de las entidades federativas, fruto de las interpretaciones de los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución Federal), efectuadas por la SCJN, a través de sentencias y jurisprudencia, motivo por el cual el Poder Ejecutivo de la entidad presentó ante el Congreso del Estado dos importantes iniciativas de reforma constitucional:

- A) La que a los comentarios aquí vertidos interesa, relativa a modificación de los artículos 104 y 105 de la Constitución Política del Estado (Constitución Local), así como de los artículos 63, 63 bis, 59, 150 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado (Ley Orgánica), la emisión de la Ley Reglamentaria del Artículo 105 de

la Constitución Política del Estado (LRA105), iniciativa que fue aprobada el 11 de enero de 2013, y que entró en vigor el 30 de junio del mismo año, de la que surgen las competencias para los órganos jurisdiccionales del Supremo Tribunal de Justicia (STJ) en materia de control constitucional.

- B) La concerniente a la inclusión del Tribunal Electoral y de Justicia Administrativa al Poder Judicial del Estado, publicada el 28 de agosto de 2013, a partir de la cual queda depositado el ejercicio de su poder en un Supremo Tribunal de Justicia y un Tribunal Electoral y de Justicia Administrativa, por cuanto a los cuales, en el ámbito de sus competencias, les concede la potestad de aplicar leyes del fuero común en materia civil, penal, electoral y administrativa.

La importancia y actualidad de la materia regulada, invita a reflexiones que la cultura jurídica, siguiendo a G. Tarello,² como categoría permite la reconstrucción del derecho que admite dos tipos de utilización: en los estudios históricos, para individualizar los cambios de paradigma y en sede derecho vigente para hacer posible la reconstrucción de condicionantes ideológicos de interpretación, órganos de aplicación y su capacidad para determinar transformaciones normativas. Los que conducen, por una parte, a examinar el alcance de las reformas implementadas y las consecuencias que acarrear por la forma en que se realizaron, y por la otra, derivado de esto, a sus méritos y limitaciones.

La protección y garantía que, de manera específica, la legislación chihuahuense hace de los derechos humanos se puede ubicar a partir de 1994, cuando se introdujeron reformas a la Constitución Local y a leyes secundarias, en las que ya aparecen expresiones singularizadas a los derechos humanos, en-

² BARRANCO Avilés, María del Carmen, *La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales*, Introducción a Tarello. G., *Cultura jurídica e política del diritto*, Ed. Dykinson, S.L., España, 2004, pp. 28

caminadas al reconocimiento de los tratados internacionales como normas jurídicas de aplicación vigente en materia civil, protección a las comunidades indígenas y algunas garantías procesales en materia penal y otras, contenidas en el Título II de la misma constitución denominado DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES,³ desde el año 2005.

A esas reformas, como instrumento de garantía y restitución de los derechos de petición, de los indígenas y las garantías procesales penales, ha subsistido el recurso de queja⁴ regulado actualmente por el artículo 200, establecido inicialmente en la primera constitución del Estado de 1921 en su artículo 10,⁵ el cual bien pudiera ser reconocido como el primer modelo de control de constitucionalidad establecido en Chihuahua, pero limitado a la protección de los derechos antes mencionados.

El cambio de modelo de control difuso de constitucionalidad, introducido a través de jurisprudencia emitida por la SCJN interpretando la modificación del artículo 1o en relación con el 133, ambos de la Constitución Federal, de seis de junio de 2011, con toda seguridad, fue lo que indujo al Poder Ejecutivo del Estado a proponer ante el congreso local, las modificaciones constitucionales y legales que dieron como resultado las reformas apuntadas en los incisos anteriores, que pueden considerarse como condicionante ideológico de interpretación de los cambios legislativos generados con su aprobación y, en cuanto a la jerarquía y competencia de los órganos jurisdiccionales encargados de su implementación y operación, merecen, aun someramente, su examen tanto desde el punto de vista de la técnica legislativa aplicada como de la naturaleza del control constitucional que han de realizar.

La primera de las iniciativas mencionadas, que produjo la reforma del artículo 105 de la Constitución Local, en esencia

³ *Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chihuahua*, Título II.

⁴ Artículo 200 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chihuahua

⁵ Artículo 10 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chihuahua de 1921, Biblioteca del Congreso del Estado de Chihuahua.

otorga al Poder Judicial del Estado a través de los órganos jurisdiccionales que integran el STJ, un control constitucional que podrá ser realizado sólo de manera específica, concreta y excepcional porque se concedió a:⁶

- 1.- La Sala de Control Constitucional ...(para) “la revisión de las resoluciones de los jueces de primera instancia y de las salas unitarias del Supremo Tribunal de Justicia, mediante las cuales se determine la inaplicación de las normas jurídicas, por considerarlas contrarias a los contenidos de la Constitución Política del Estado, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o de los tratados internacionales celebrados y ratificados por el Estado Mexicano, con arreglo a esta última.
- 2.- Al Pleno:.... “Cuando la inaplicación a que se refiere el párrafo anterior la determinen las salas colegiadas del Supremo Tribunal de Justicia, las atribuciones de la Sala de Control Constitucional serán ejercidas directamente por el Pleno.⁷

Esta disposición, ubicada en el Capítulo II del Título IX de la Constitución Local, que regula el Poder Judicial, sus atribuciones e integración, esencialmente instaura la revisión de las resoluciones judiciales que decreten la inaplicación de normas jurídicas; agrega una sala más, ésta especializada de control constitucional, a las 10 civiles y 11 penales que ya integran el STJ, facultada para esa revisión y concede al Pleno las mismas facultades respecto de las resoluciones de las salas colegiadas.

Asimismo, como se dijo antes, se expidió la LRA105, que apropiadamente, en su artículo 1o. señala como su objeto: “establecer los mecanismos y procedimientos para llevar a cabo el control difuso de la constitucionalidad y de la convencionalidad de las normas jurídicas por parte de jueces y magistrados, así como para fijar la competencia en esta materia de la Sala

⁶ Artículo 105 de la Constitución Política de Chihuahua

⁷ Ley Reglamentaria del Artículo 105 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chihuahua, Biblioteca del Congreso del Estado de Chihuahua.

de Control Constitucional y del Pleno del Supremo Tribunal de Justicia del Estado.”

Los procedimientos instaurados en esa LRA105, quedan resumidos en el trámite incidental iniciado dentro de los procesos ordinarios que pueden conocer los jueces, las salas unitarias o colegiadas por medio del cual, de oficio o a instancia de parte, ejerciendo la facultad que les concede el artículo 133 de la Constitución Federal, deben proceder al análisis de la constitucionalidad de normas jurídicas que atenten contra los derechos humanos y, en su caso, declarar su inaplicación. Únicamente la resolución, fallo o interlocutoria que así lo determine deberá ser remitida para su revisión a la Sala de Control Constitucional, recibido el fallo, el magistrado titular convocará a dos magistrados, uno civil y otro penal, para actuar colegiadamente y resolver en definitiva si el juez o sala unitaria dictaminaron correctamente. Cuando el fallo lo emitan las salas colegiadas, la remisión se hará al Pleno del STJ, donde se efectuará trámite similar en el ámbito de su competencia y actuación. Las sentencias que dicten estos órganos jurisdiccionales serán inatacables.

La doctrina constitucional ha debatido sobre si la SCJN reúne plenamente la categoría de Tribunal Constitucional, calificándola como *sui generis* por no haber iniciado como un órgano para conocer del contencioso constitucional, carecer de un estatuto que lo ubique fuera del alcance de los poderes públicos que debe controlar y encontrarse dentro del aparato jurisdiccional; por las mismas razones, se puede sostener que los órganos que ahora tienen el control constitucional difuso en el ámbito local no pueden ser estimados como auténtico tribunal constitucional, no sólo por carecer de las características mencionadas, sino además, porque sus atribuciones están acotadas a un grado tal que no concentran en sí un monopolio del control de la Constitución Local ni del contencioso constitucional, ya que, como se verá más adelante, están impedidos para conocer cabalmente sobre inconstitucionalidad de leyes locales, controversias que se susciten entre órganos que ejer-

cen el poder público en la entidad y además, porque el recurso de queja establecido de antaño, se constriñe a la protección de derechos que ahora se categorizan como derechos humanos, pero limitados únicamente a los indicados en párrafos anteriores.

En este punto se vuelve oportuno recordar que, *en un sistema de control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad*⁸ sobre la materia de derechos humanos, la SCJN, interpretando sistemáticamente el artículo 133 de la Constitución Federal y abandonado el criterio que impedía todo tipo de control constitucional por órganos judiciales distintos a los integrantes de ese máximo órgano judicial, ha determinado en la tesis: “*SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO*”,⁹ *que las dos vertientes de control constitucional en México, acordes con el de convencionalidad ex officio*, son, en primer término, el control concentrado ejercido por los órganos del Poder Judicial de la Federación y, en segundo término, el control difuso por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios de su competencia.

Así, además de reconocerse la existencia de un control constitucional concentrado por medio de las vías y órganos que integran el Poder Judicial Federal, se admite también la existencia del control difuso de constitucionalidad a cargo del resto de los jueces nacionales y deja establecidos, de manera general, los mecanismos y procedimientos que habrán de realizar al aplicarlo, lo harán durante los procesos ordinarios de su competencia, dándole el trámite de incidente y enfatizando la no necesidad de abrir un expediente por cuerda separada. La generalidad, en ese sentido se explica por la circunstancia de que el procedimiento en detalle ya está regulado por la ley aplicable al proceso ordinario de que se trate. Dicho de otra manera, el criterio es que, para llevar a cabo el control

⁸ 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 535

⁹ *Ibidem*, pág. 557

constitucional difuso en materia de derechos humanos, no son exigibles mayores formalidades procesales a las mencionadas, por ende, la firmeza y fuerza legal de las determinaciones dependerán de su impugnación o consentimiento.

Para lo local, puede señalarse que a partir de la entrada en vigor de las reformas constitucionales y legales estatales, la revisión que hagan las autoridades judiciales: jueces civiles o penales, magistrados de las salas unitarias o colegiadas, a pesar del rango jerárquico o de grado entre unos y otras, deberán ser consideradas todas, como de primera instancia para efectos de la obligación de realizar el control difuso de constitucional, precisado en la tesis jurisprudencial referida, cuando ante cualquiera de ellas se plantee inicialmente la inconstitucionalidad de normas jurídicas.

Cuando las resoluciones relativas a la protección y tutela de los derechos humanos, en las que esos órganos judiciales determinen la inaplicación de normas jurídicas con efectos tan sólo para el caso concreto, cumpliendo con la prohibición de hacer declaraciones de invalidez de las disposiciones respectivas, tales resoluciones dictadas de oficio o a instancia de parte, deben ser sometidas a revisión ante una instancia superior o al menos diferente, es decir, al Pleno del STJ o la Sala de Control Constitucional, a quienes corresponde ya como otra instancia o grado, analizar y resolver si la inaplicación de normas jurídicas, derivada del control difuso de constitucional, se apega a los principios de legalidad y supremacía constitucional.

Sin duda, la revisión constitucional local, recién instaurada, expresamente significa la creación de una nueva instancia en materia de control constitucional. Si esto es así, cuál es la interpretación que a ello se le habría de dar, tomando en cuenta, en primer lugar, lo ordenado en los artículos 23 y 104, de la Constitución Federal y, en segundo, el 6o de la Constitución Local, en relación con las instancias judiciales que pueden existir en los procesos ordinarios.

Por una parte, el artículo 23 dispone que ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias y el 104 en relación

con las controversias del orden civil, autoriza que cuando se afecten sólo intereses particulares y en cumplimiento de leyes federales pueden conocer de ellas, los jueces y tribunales del orden común y que las sentencias que dicten podrán ser apelables ante su superior inmediato, esto significa que en materia civil se reconocen dos instancias.

Sin embargo, por otra parte, el artículo 6o. de la Constitución Local ordena que ningún juicio, civil o penal tendrá más de dos instancias. La contradicción de esta norma, con lo dispuesto en la Constitución Federal, es clara y evidente por lo que hace a la materia penal, por tanto, sin ninguna eficacia y, sin entrar en mayor análisis respecto a su inconstitucionalidad, se puede aseverar que en materia criminal prevalece el derecho fundamental preservado por el artículo 23 arriba mencionado.

Entonces, si en materia civil la norma local tácitamente reconoce tan sólo dos instancias y la SCJN, al explicar nuestro modelo de control constitucional, reconoce dos grandes vertientes: en la primera, al control concentrado cuyo ejercicio corresponde al Poder Judicial de la Federación y en la segunda, al control difuso perteneciente en su realización al resto de los jueces nacionales. Ahora, en qué situación queda la hipótesis que se analiza y en relación con aquéllas, la diferente y recientemente creada instancia, que surge de la obligación de revisar ante el Pleno o la Sala de Control Constitucional, según sea el caso, las resoluciones que los jueces de primera instancia, civiles o penales, salas unitarias y colegiadas, dicten determinando la inaplicación de normas jurídicas; cuestión que no es de la menor importancia, pues de la interpretación que se asuma dependerá la constitucionalidad o inconstitucionalidad del control constitucional en materia de derechos humanos, adoptado en el estado de Chihuahua. Así, la justificación que para su creación da la exposición de motivos de la reforma en Chihuahua, parece insuficiente ante los mandatos constitucionales federales y locales mencionados, ya que se propuso como

un complemento, o sea un agregado para hacer más completo, efectivo, mejor o perfecto el control difuso ya existente.

Para los efectos señalados, de acuerdo al Diccionario para Juristas,¹⁰ instancia es “cada uno de los grados jurisdiccionales establecidos por la ley para ventilar y sentenciar, en jurisdicción expedita, lo mismo sobre el hecho que sobre el derecho, en los juicios y demás negocios de justicia” y aceptando que en el Derecho Mexicano se puede considerar al control constitucional establecido en la segunda parte del artículo 133 de la Constitución Federal, como un control por vía de excepción,¹¹ en el que se entiende se ventilarán únicamente cuestiones relativas a la inaplicación de una norma jurídica al considerarla inconstitucional; ello dentro de un procedimiento en el que la controversia de inconstitucionalidad es accesoria, es decir, no es la causa de la instauración del procedimiento. El juez ordinario no ejerce control constitucional al resolver asuntos de su competencia hasta en tanto no sea excitado por las partes para resolver incidentalmente sobre la inaplicación de una norma, o bien, cuando de oficio lo considere pertinente, lo que significa que incidentalmente dentro del procedimiento originado por la controversia principal, se aplicaría el control constitucional, es decir, con ciertas aproximaciones, el control derivado de la reforma objeto de estos comentarios.

La argumentación que precede, sostiene la constitucionalidad del control constitucional en una segunda instancia creada *ad hoc*, ya que está diseñada tan sólo para el efecto de revisar de oficio lo resuelto por el juez, sala unitaria o colegiada penal, en materia de derechos humanos y no para resolver como una instancia agregada al estudio del juicio civil o penal en cuanto a la causa o pretensión que le da origen, en la que se discuten cuestiones de hecho y de derecho, a diferencia de lo que hace

¹⁰ PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para Juristas*, Tomo I, Segunda Edición, Ed. Porrúa, México, 2003

¹¹ Arellano García, Carlos, *El Juicio de Amparo*. Ed. Porrúa, México, 2003, Juventino Castro, *Hacia el Amparo Evolucionado*, 2ª. Edición, Porrúa, México, 1977, p. 129

el Pleno del STJ y la Sala de Control Constitucional, cuya jurisdicción se constriñe a resolver únicamente sobre cuestiones de derecho y, particularmente, de derechos humanos, como efectivamente llegaría a ser el análisis de la inconstitucionalidad o inconveccionalidad de normas jurídicas que de alguna manera limiten o impidan el pleno ejercicio de los derechos humanos y que hayan sido consideradas inaplicables por el tribunal de la causa, por lo que son aplicables en este sentido los términos expresados por la SCJN:¹² “Así, tratándose del control difuso, el juzgador no realiza el estudio conducente por el hecho de que forme parte del problema jurídico que le presentan las partes en observancia a los principios de exhaustividad y congruencia que deben regir toda resolución jurisdiccional, sino que, la inaplicación de una disposición legislativa por parte de los Jueces deriva del contraste entre ésta y los derechos fundamentales...”.

Aceptando lo anterior, cabe plantearse qué sucederá en la hipótesis opuesta, es decir, cuando el juez, no obstante la solicitud de inaplicación, omite resolverla o resuelve que no es inconstitucional la norma controvertida, ya que si aceptamos como pertinente la interpretación literal del artículo 105 de Constitución Local y de los artículos 11 y 13, fracción II, de su ley reglamentaria, las atribuciones del Pleno del STJ o de la Sala del Control Constitucional, únicos autorizados para iniciar el procedimiento del recurso de revisión de control constitucional, podrán cumplimentarlo sólo, cuando en primera instancia, los órganos competentes decreten inaplicable una norma jurídica. Lo anterior, en virtud de que en la fracción II del artículo 13, dispone lo siguiente:

[...] la autoridad judicial dictará su resolución en incidente de previo y especial pronunciamiento y, en caso de determinar la inaplicación de la norma jurídica, enviará su fallo a la Pre-

¹² 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3; Pág. 1680

sidencia de la Sala de Control Constitucional o del Supremo Tribunal de Justicia, según corresponda.

Desde luego, en la circunstancia planteada, en la que el juzgador decide no declarar la inaplicación de la norma controvertida, la determinación de la primera instancia no causa estado en ninguna de sus partes si el interesado que se considere afectado en su esfera jurídica, interpone el medio de impugnación conducente ante el órgano de alzada o grado que corresponda y de acuerdo al trámite que las normas procesales dispongan, en atención a la materia de que se trate. En consecuencia, el pleno y las salas unitarias o colegiadas, pueden ejercer sin obstáculos el control difuso ya autorizado por el artículo 133 de la Constitución Federal y abordar la cuestión de la inaplicación de normas jurídicas, por considerarlas contrarias a la constitución, al contravenir la protección y salvaguarda de los derechos humanos.

Sin ir más allá en otras hipótesis que se pudieran analizar, de cualquier manera, es indiscutible que el control constitucional local en materia de derechos humanos está incluido en aquel que la Constitución Federal otorga a todos los órganos judiciales nacionales, cualquiera que sea su grado o jerarquía y, por ello, el tipo de control constitucional instaurado en Chihuahua limitado a la sola protección, tutela y garantía de los derechos humanos en las circunstancias apuntadas, aun y cuando la reforma no limite sus atribuciones, convierte a los jueces y salas del STJ, en dictaminadores provisionales sobre la inconstitucionalidad o inconveccionalidad de normas jurídicas, lo que aparece como una expresión innecesaria del federalismo. Además, ausente de figuras que pudieran alcanzar el rango de un auténtico control constitucional que el ejercicio del poder público exige, de ahí que se perciba incompleto e insuficiente para las exigencias de un Estado de Derecho Democrático. A pesar de ello, lo anterior puede, válidamente, subsanarse vía interpretación.

Como se comentó, todas las resoluciones de los jueces de primera instancia en cualquier circunstancia pueden ser impugnadas ante una instancia superior, como en el particular, son las salas unitarias o colegiadas, y contra las de éstas se puede demandar la protección de los derechos fundamentales que se violen a través de los medios que la Constitución Federal dispone para garantizar su debida tutela, como pudiera ser el Juicio de Amparo.

La Constitución Política de Chihuahua ha pasado por múltiples reformas, algunas efectuadas con la intención de dar protección a los derechos fundamentales e incluso, destacadamente, de fecha anterior a la reforma del artículo 1o de la Constitución Federal, ya que datan del año 2009, de las cuales aquí se refieren las relativas a las normas contenidas en los artículos 6, 7 y 8, que conciernen a garantías procesales penales, al derecho de petición y a la protección a las comunidades indígenas, respectivamente, sigue en el olvido, aunque vigente, la protección constitucional que prevé el artículo 200 a los derechos derivados de dichas normas por medio de la Queja que cualquier persona, en cuyo perjuicio se viole alguno de esos derechos, puede reclamar ante el STJ del Estado para lograr cese tal violación.

Seguramente, la reforma constitucional y legal local, relativa al control constitucional difuso, habría sido más eficaz con la reglamentación actualizada de ese recurso de queja de naturaleza constitucional, equiparable al control que autoriza el artículo 133 de la Constitución Federal, ampliando su aplicación a todos los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Local, adecuándolo al control constitucional difuso ahora concedido, con la adicional ventaja de que ese medio de reparación constitucional local incluye la protección contra infracciones de toda autoridad y, por ello, equiparable también a lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución Federal, pero desafortunadamente limitado a la protección de los derechos fundamentales mencionados. Esto sin contravenir el criterio de la SCJN, en el sentido de que

los jueces deben preferir las normas contenidas en la Constitución Federal y en los tratados internacionales que, aunque de igual o semejante contenido, garanticen la protección de derechos fundamentales sobre aquellas normas inferiores, o infraconstitucionales como las califica Eduardo Ferrer Mac Gregor,¹³ rango en el cual se ubican la Constitución Local y demás normas secundarias, este mandato, entendido dentro del contexto de que los criterios de interpretación autorizados que conduzcan a la preservar el principio *pro persona*, aplicando en su interpretación el principio de armonía entre la norma nacional y la internacional, que el mismo jurista refiere.

En la exposición de motivos de la iniciativa de la reforma en cuestión, el Ejecutivo del Estado argumentó como razones para su propuesta, que es un complemento y abono a un mayor control, uniformidad de criterios judiciales y certeza jurídica sobre la inaplicación de normas jurídicas. Sin embargo, desde otra perspectiva puede considerarse como una medida de control jurídico político sobre un control constitucional difuso que los órganos judiciales a los que está dirigido, ya tenían por el mandato constitucional federal contenido en el artículo 133 y como autoridades en el sentido amplio, expresado en el segundo párrafo del artículo 1o. de ese ordenamiento.

Por lo que, el mérito y pertinencia de la reforma, tal vez se encuentre en la realidad social que regula, siguiendo en esto a Mauro Cappelletti,¹⁴ que a propósito de la responsabilidad de los jueces, invita a reflexionar sobre la diversidad social de la cual emanan y surgen los jueces y ejercen sus funciones, cuando nos dice que: “se deben identificar los problemas sociales peculiares de cada sociedad que la hacen distinta de otra y cuáles son o pueden ser las soluciones para cada una de ellas, como asimismo computar las diferencias de medio ambiente, material humano, tradición y cultura en las sociedades particularmente consideradas...”, y en la coyuntura relativa a la se-

¹³ FERRER Mac-Gregor, Loc. cit.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mario, *La Responsabilidad de los Jueces*, Ed. Communitas, Lima, 2009, pp. 25

guridad pública, en la que se halla Chihuahua en la actualidad, se hace necesario proporcionar seguridad, en el sentido de protección social, a los juzgadores de aquellos distritos judiciales en los que el principio de legalidad se ve menoscabado ante la presión de grupos que, al margen de la ley, imponen de manera prácticamente ineludible sus propias reglas, y que el control constitucional instaurado a través de la revisión a la que debe estar sometida la inaplicación de normas jurídicas ante una segunda instancia, ya sea el Pleno o la Sala especializada del STJ, proporciona un grado de protección al juzgador, en tanto que sus determinaciones dentro de los procedimientos ordinarios que substancian no adquirirán firmeza ni podrán cumplimentarse de inmediato, construyéndose así una doble seguridad, cada una con su propia naturaleza, por un lado, la que consiste en la protección a la integridad física que se da de manera implícita, y por ende, a la independencia en sus determinaciones; y la segunda, ésta de carácter jurídico y expresa, que como se plantea en la iniciativa de reforma, proporcionaría la certeza jurídica y uniformidad de criterios que habrán de derivar de la definitiva e inatacable segunda instancia.

Por otra parte, no menos importante dentro del contexto de la realidad social que se regula por medio del control constitucional, tanto el difuso que concede el artículo 133 de la Constitución Federal como el que ratifica la reforma constitucional y legal en Chihuahua, y ante la complejidad documental que significa el acervo emanado de los tratados internacionales, las determinaciones que vía sentencias, jurisprudencia y criterios orientadores, todos vinculantes aún en aquellos asuntos en los que el Estado Mexicano no forma parte, emitidos por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, pero sujetos a las limitaciones establecidas en la Constitución Federal, aunado a los criterios de la SCJN, crean en los juzgadores la urgente necesidad de una profunda capacitación, preparación e infraestructura actualizada de la cual carecen, esto sin menoscabo de la preparación, capacidad, talento y aptitud de una parte importante de los integrantes del Poder Judicial del Estado,

pero por otro lado, también es cierto que no sólo en el ámbito local sino también en el nacional judicial, no se encuentra homogeneidad en esos atributos, de ahí que la revisión ya sea incitada de oficio o a instancia de parte de las resoluciones que determinen la inaplicación de normas jurídicas, otorgará mayores posibilidades de apego a los principios de legalidad y de supremacía constitucional.

A pesar de los méritos señalados y la incontrovertible importancia de la promoción, protección, respeto y garantía de los derechos humanos, y la pertinencia de que el Estado como entidad federativa enfatice el control constitucional de los mismos, las nuevas facultades otorgadas a los órganos relativas a ese control, se aprecia que inexplicablemente el Congreso del Estado tan sólo se las concedió en esa materia, desaprovechando la oportunidad política, que constituye el consenso de las fuerzas políticas para reformar la constitución estatal en materia de control constitucional, y ampliarlo más allá de la protección constitucional de los derechos humanos, a las cuestiones de inconstitucionalidad de leyes emanadas del Congreso del Estado o a controversias que se presenten entre los diferentes órganos del Estado, tan sólo por citar algunas de las posibilidades que la regulación del control constitucional sobre cuestiones esenciales, que el ejercicio de las funciones de los Poderes Públicos exige, y respecto de las cuales la Corte Interamericana de los Derechos Humanos ha sostenido que están también sujetas al control de convencionalidad y que el Legislativo local constriñó a las resoluciones en las que se resuelvan cuestiones relativas a los derechos humanos, pues claramente en el artículo 2o. de la LRA105 local, dispuso: “que se entenderá por control constitucional: el de constitucionalidad y de convencionalidad que en materia de derechos humanos han de realizar las autoridades judiciales del fuero común”, aquí sí en armonía con los más recientes criterios de la SCJN que han interpretado en qué consiste el control de constitucionalidad, sus parámetros y los pasos a seguir, todo ello en el contexto de un control de constitucionalidad difuso *ex officio*.

Destacan las limitaciones impuestas al control constitucional por el Legislativo Estatal, en los términos antes señalados y con ello, las exiguas facultades concedidas al Pleno o a la Sala de Control Constitucional, toda vez que el artículo 109 fracciones XIII, XIV y XV de la Constitución Local otorga al STJ las atribuciones de resolver los conflictos que se susciten entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo, que no sean competencia de la Cámara de Senadores o de la SCJN, así como las controversias entre ayuntamientos y el Congreso del Estado, o las que surjan entre dos o más municipios de la entidad y las de estos con el Ejecutivo del Estado, conflictos y controversias, que de producirse, vienen a constituir situaciones jurídicas de carácter eminentemente constitucional y por ello, atendibles vía controles de la misma índole. No obstante esa necesidad, ante la ausencia de normatividad atinente, permanece hasta la actualidad un muy elemental y rudimentario procedimiento que debe ser instruido por el Presidente del STJ, con aplicación supletoria del Código de Procedimientos Civiles del Estado, regulado por la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado, en el artículo transitorio CUARTO del decreto No. 468-94 I P.O.,¹⁵ pero también limitado a la solución de los conflictos y controversias antes indicadas.

Sin embargo, al no haberse aprovechado la oportunidad política que significó el consenso de las fuerzas políticas para reformar la Constitución del Estado, las limitadas reformas que se comentan parecen dirigidas con la única intención de ejercer un poder político sobre las determinaciones judiciales en el Estado, que resuelvan la inaplicación de normas jurídicas por controvertir el sistema nacional de protección de derechos humanos. La referencia a ese nivel nacional es obligada y pertinente, al menos por lo que toca a las materias civil y penal, ya que las normas civiles, entendidas éstas en sentido amplio, o bien las penales, pueden ser cuestionadas como violadoras de los derechos humanos, en tanto que, la Constitución Federal,

¹⁵ Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Chihuahua, Biblioteca del Congreso del Estado de Chihuahua.

autoriza a las personas para que en esas materias, aprovechado la competencia concurrente que prevé, acuda ante jueces del orden común a dirimir aquellas controversias que susciten el incumplimiento de leyes federales.

La competencia concurrente se estableció por primera vez el 29 de mayo de 1884, como modificación al artículo 97 de la Constitución de 1857, concediendo a los jueces del orden común la facultad de aplicar leyes federales cuando sólo se vean afectados intereses de particulares; lo que significa que esas autoridades, pueden, al ejercer el control constitucional difuso en materia de derechos humanos, por ser de su competencia, determinar la inaplicación de normas jurídicas de naturaleza federal; esta parte, se traduce en que el juez del orden común está habilitado para declarar inaplicable, por ejemplo, una norma de carácter mercantil o una relativa a las medidas cautelares penales, si se ven afectados los derechos humanos de las personas a quienes se le aplique este tipo de normas.

No admite discusión que la competencia concurrente incluye las materias civil o penal, cuyo sustento constitucional se ubica, sobre la materia civil, en lo que autoriza el artículo 104, y por lo que hace a la materia penal, también la permite el artículo 73 fracción XXI, al puntualizar que en materias concurrentes el Congreso de la Unión está facultado para que, por medio de leyes se fijen los supuestos en los cuales las autoridades del fuero común puedan conocer y resolver sobre delitos federales.

Esto es, asimismo, el sustento jurídico constitucional de la prescripción contenida en el artículo 2 de la LRA105, que en interpretación auténtica, por provenir del mismo legislador local, nos dice qué incluye el concepto norma jurídica, es decir: cualquier ley o decreto de los Poderes Legislativos federal o local; así como bandos de policía y buen gobierno, reglamentos, circulares y cualquier otra disposición administrativa, norma u acto de observancia general emanadas de las autoridades de la Federación, del Estado o de los Municipios

que, en ejercicio de sus atribuciones, les corresponda aplicar a los jueces o magistrados de fuero común.

Respecto de la técnica legislativa aplicada por el Congreso del Estado, al adoptar a la letra la iniciativa de reformas propuesta por Poder Ejecutivo, y éste las consideraciones que la SCJN ha hecho en las diversas sentencias que sobre el particular ha dictado y de donde han surgido las tesis jurisprudenciales que dan concepto, reglas y parámetros al control difuso constitucional, las consecuencias jurídicas que su aplicación habrá de suscitar; desde esta perspectiva, conduce a confusión, ello en atención a que, la construcción jurisprudencial del control difuso *ex officio* de constitucionalidad concedido a los jueces nacionales, establece reglas y parámetros de aplicación, como el dispuesto en la tesis jurisprudencial:¹⁶ “*PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS*”

En esta tesis, la SCJN usa el vocablo parámetro en el sentido en el que el Diccionario expresa como: “dato o factor que se toma como necesario, para analizar o valorar una situación”,¹⁷ así, la integración de éste elemento de análisis, ultra examinado por los teóricos y juristas, jueces y magistrados nacionales, comprende los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal y en la jurisprudencia nacional y además lo que, entre otros, Eduardo Ferrer Mac Gregor¹⁸ llama “*corpus iuris interamericano*”.

Pues bien, ese multi integrado elemento de análisis, el Congreso del Estado de Chihuahua, lo replicó en el artículo 8 de la LRA105 y lo sujetó a reglas formuladas como criterios de interpretación, sin duda confundiendo estos con los pasos, aspectos sustantivos e instrumentales que los juzgadores nacionales deben seguir en el ejercicio del control difuso *ex offi-*

¹⁶ 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 551. P. LXVIII/2011 (9a.).

¹⁷ Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, Ed. Espasa, 2001

¹⁸ *Ibíd*em, pp. 340

cio, en la exacta medida establecida en la tesis jurisprudencial: “CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD EX OFFICIO. PASOS Y ASPECTOS SUSTANTIVOS E INSTRUMENTALES QUE DEBEN OBSERVARSE PARA REALIZARLO.”¹⁹

Con toda seguridad, al aplicar las normas procedimentales consignadas en la LRA105, habrá de distinguirse lo que son criterios y pasos, de forma semejante a como lo hace el Diccionario de la Real Academia Española,²⁰ que define criterio como la: “Regla o norma conforme a la cual se establece un juicio o se toma una determinación” y pasos como: “orden o curso, que se deben seguir para realizar, conseguir o resolver alguna cosa”

Ya que, si se interpreta a la letra lo dispuesto en esas normas, en realidad se estarían violando las normas que se derivan de las tesis jurisprudenciales citadas y, particularmente, las que preceptivamente distinguen esos conceptos. Así, lo que la SCJN llama parámetro, la ley reglamentaria denomina marco, cuestión que no acarrea mayores consecuencias en tanto que de ambos términos se infiere que: es el sistema de normas jurídicas nacionales e internacionales aplicables al ejercer el control difuso.

Sin embargo, entre *paso* y *criterio* sí hay una diferencia sustancial, en tanto que el primero, referido al orden o curso que se debe seguir al resolver metodológicamente las cuestiones relativas a los derechos humanos, la ley reglamentaria incorrectamente llama criterios de interpretación queriéndose referir a pasos y los criterios, entendidos como normas conforme a las cuales se toma una decisión, distan naturalmente de pasos. Las referencias que en las tesis jurisprudenciales antes transcritas se hace del vocablo “*criterios*”, con toda claridad se refieren, por una parte, a normas derivadas de la toma de decisiones emanadas de la SCJN y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, en las que se establezca su alcance

¹⁹ 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XXIII, Agosto de 2013, Tomo 3; Pág. 1618. XXVII.1o.(VIII Región) 15 K (10a.).

²⁰ Diccionario de la Real Academia Española

e interpretación y, por la otra, como elemento integrante del sistema de normas aplicables en ejercicio del control difuso.

La incorrecta apreciación que el Legislativo Estatal hizo de dichos vocablos, obligatoriamente han de interpretarse por el Pleno, salas unitarias, colegiadas penales y, eventualmente, por la Sala de Control Constitucional, en forma tal que se ajusten, a lo indicado en las decisiones jurisprudenciales de los órganos jurisdiccionales antes mencionados, más aun cuando, con toda precisión la SCJN ha ordenado que:

[...] el **control** por parte del resto de los juzgadores del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes (control difuso), conforme al cual están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior, para lo cual deben inaplicarlas dando preferencia a las contenidas en el bloque de constitucionalidad de derechos humanos[...].²¹

Por lo que, si el bloque constitucional de derechos humanos está compuesto, en términos generales, por las normas constitucionales federales, la jurisprudencia de la SCJN y la jurisprudencia y criterios de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, las normas inferiores o *infraconstitucionales*, como en este caso, son las normas constitucionales locales y su ley reglamentaria y la orgánica del Poder Judicial, al no estar en armonía, particularmente con los parámetros, pasos y criterios establecidos en las tesis jurisprudenciales de la SCJN, resultarán inatendibles e ineficaces por la equivocada técnica legislativa, en la medida en que apegado a su literalidad, no se interpreten de conformidad con ese *corpus iuris interamericano*.

En realidad, no obstante la redacción de las normas constitucionales y reglamentarias locales relativas al control cons-

²¹ 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 535

titucional difuso, a través de ellas se ha erigido al STJ, como el auténtico y máximo órgano judicial y político que ejercerá ese control constitucional, ejercicio ineludible y obligatorio que conlleva sus propias responsabilidades. Se llevará a cabo a través de los órganos que lo integran y el rango que cada uno tiene en su jerarquía constitucional. Por lo tanto, para su correcta enunciación jerárquica, en primer término como órgano revisor de la constitucionalidad de las normas relativas a la materia de los derechos humanos y en atención al desarrollo colegiado de su actividad, se encuentra el Pleno, órgano que dicta resoluciones jurisdiccionales y emite actos administrativos, y por ello dentro de la hipótesis del párrafo III del artículo 1o de la Constitución Federal, siguiendo en un segundo término, jerárquicamente, las salas unitarias o colegiadas y en tercer lugar, los jueces de primera instancia, sean civiles o penales y en un plano aparentemente distinto, sin duda aparece como eventual sala colegiada la de control constitucional, en atención al acotamiento literal a sus atribuciones.

Por la importancia jerárquica del órgano revisor, dado que el “Pleno” es el máximo órgano con facultades jurisdiccionales en el STJ, a pesar de que la redacción de la norma constitucional parece remitirla a otro rango, legislativamente se impondría aplicar el que apropiadamente le asignan, tanto su ley orgánica como la ley reglamentaria sobre control constitucional.

En este caso, a las facultades de control constitucional que se le otorgan, como órgano integrado por todos los magistrados que estén al frente de las salas incluyendo al Presidente, consiste en la revisión de aquellas resoluciones de las salas penales colegiadas, que en materia de derechos humanos determinen la inaplicación de normas jurídicas, por considerarlas contrarias a la constitución, ya sea general o local, atentos a lo señalado en el artículo 2o. de la LGA105. Las salas penales colegiadas, sólo ejercen jurisdicción en materia penal y se constituyen por magistrados que integran salas unitarias penales, cuya competencia es conocer de los recursos de casación y revisión que deriven de asuntos que resuelva un tribunal penal

colegiado de primera instancia y, a partir de la reforma constitucional federal, también en materia de derechos humanos, aplicando el control constitucional difuso.

Ahora bien, la recién creada Sala de Control Constitucional, con la integración colegiada aludida, como se dijo en párrafos anteriores, tiene como única la facultad la revisar las resoluciones dictadas en vía incidental por los jueces de primera instancia y salas unitarias en las que se determine la inaplicación de normas jurídicas por considerarlas inconstitucionales o inconventionales y resolver en definitiva si esas determinaciones fueron correctas y por ello ratificarlas, modificarlas o revocarlas. Desafortunadamente, no se le concedieron otras y mayores atribuciones como las que intrínsecamente van aparejadas con la naturaleza y nombre de ese tipo de instituciones. Sin embargo, actuará sólo en la medida en que la cuestión de constitucionalidad, en materia de derechos humanos, *a priori*, sea dictaminada por autoridad judicial que de suyo disponga del control difuso.

En este punto, es pertinente hacer referencia a una destacada, por su trascendencia, facultad concedida con toda amplitud y discrecionalidad a todos los órganos jurisdiccionales cuya actividad prescribe la LGA105, en el párrafo cuarto de su artículo 11: “*En el ejercicio de este control difuso, los jueces y magistrados también podrán analizar la inconstitucionalidad por omisión cuando la falta de norma jurídica requiera ser colmada o resuelta para garantizar la tutela judicial efectiva.*”

El control de constitucionalidad consistente en determinar la ausencia o falta de una norma jurídica que se requiera para garantizar la tutela judicial efectiva, que introduce el legislador chihuahuense bajo la categoría de la inconstitucionalidad por omisión; a través de esa norma se abre un campo de discusión interesante, pero sobre todo necesario. Sin la pretensión de emprender aquí un debate teórico sobre el tema, baste con señalar lo que la literalidad de la norma, básicamente enuncia: 1) la determinación de la ausencia de una norma jurídica la establece como facultad potestativa en ejercicio del control

difuso; 2) expresamente lo autoriza a colmar o resolver esa ausencia normativa.

Por lo que respecta a la concesión potestativa de la determinación de ausencia de una norma jurídica, es cuestionable su constitucionalidad, pues por una parte, el Artículo 133 de la Constitución Federal ordena que “los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.”, lo que en tratándose de la protección de derechos humanos en ejercicio del control constitucional difuso, significa sujetarse al marco normativo que señala el artículo 8 de la reglamentaria en cuestión, es decir, la Constitución Federal, la jurisprudencia emitida por la SCJN, los tratados internacionales, los criterios vinculantes y los orientadores de jurisprudencia y precedentes de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, aplicando en todo momento el principio *pro homine* consagrado en el artículo 1o. de la Constitución Federal y al establecer la misma ley secundaria en el artículo 9, las reglas de interpretación que —sin perjuicio de lo dicho al respecto en párrafos anteriores— ordena a los jueces y magistrados interpretar el orden jurídico aplicable de conformidad con los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, la local y los tratados internacionales. Esto significa que esas autoridades judiciales tienen la obligación ineludible de sujetarse a ese orden normativo impuesto por la misma Constitución Federal y conforme a los pasos, aspectos sustantivos e instrumentales que la jurisprudencia ha dispuesto.

Si esto es así, no puede quedar al arbitrio y discreción de los jueces la aplicación de la inconstitucionalidad por omisión, la facultad no puede ser potestativa, fundada en la sola razón y argumento de que la normatividad de los derechos humanos le obliga, en la procuración del principio *pro personae*, encontrar la norma que lo proteja, respete, garantice y promueva; y si después de seguir los pasos, analizar los aspectos sustantivos e instrumentales, obligatorios por jurisprudencia, para resolver

conforme a la Constitución Federal, aplicando la metodología que de ahí se deriva, deberá, ineludiblemente, encontrar los argumentos interpretativos necesarios para, por medio de ellos, colmar las ausencias normativas que a su parecer existan respecto a la situación jurídica sobre la que habrá de recaer su actividad resolutoria.

Además, la obligación de los jueces de arreglarse en armonía con tales disposiciones, para el caso en que se detectara la ausencia de norma jurídica, se ratifica y reafirma en la jurisprudencia de la SCJN en la que reconoció, como tipos de omisiones legislativas, visibles bajo la voz: *OMISIONES LEGISLATIVAS. SUS TIPOS*,²² que el Tribunal Pleno aprobó con el número 11/2006, el tres de enero de dos mil seis, las siguientes:

- a) Absolutas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo tiene la obligación o mandato de expedir una determinada ley y no lo ha hecho; b) Relativas en competencias de ejercicio obligatorio, cuando el órgano legislativo emite una ley teniendo una obligación o un mandato para hacerlo, pero lo realiza de manera incompleta o deficiente; c) Absolutas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide no actuar debido a que no hay ningún mandato u obligación que así se lo imponga; y, d) Relativas en competencias de ejercicio potestativo, en las que el órgano legislativo decide hacer uso de su competencia potestativa para legislar, pero al emitir la ley lo hace de manera incompleta o deficiente.

Para luego en la tesis de jurisprudencial, disponer que en la: “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SI BIEN ES IMPROCEDENTE CONTRA UNA OMISIÓN ABSOLUTA EN LA EXPEDICIÓN DE UNA LEY, NO LO ES CUANDO AQUÉLLA SEA RESULTADO DE UNA DEFICIENTE RE-

²² 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIII, Febrero de 2006; Pág. 1527

GULACIÓN DE LAS NORMAS RESPECTIVAS”²³ Si bien es cierto, esta decisión se tomó en ejercicio del control concentrado de que goza la SCJN, por tratarse de cuestiones de inconstitucionalidad de leyes y por ello de su absoluta competencia, también es cierto que relacionando ambos criterios jurisprudenciales se puede extraer la interpretación de que en el caso de que los jueces encuentren omisiones legislativas podrán colmarlas cuando la ley, o en este caso el abundante, casi inabarcable *corpus iuris interamericano*, no regule la situación jurídica o las consecuencias que la misma produzca, más aun cuando sobre los jueces, al interpretar, ahora pesa la responsabilidad del Estado impuesta por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, pues la Convención Americana ha sostenido que se produce la responsabilidad internacional del Estado, por actos u omisiones de alguno de sus poderes u órganos que viole los derechos internacionalmente consagrados. O lo que es lo mismo, el Juez Hércules tendrá que multiplicarse.

Jurídicamente, llama la atención la coexistencia de figuras jurídicas de efectos directos contradictorios aunque con efectos indirectos hacia un mismo fin u objeto, ubicadas ambas en una ley secundaria, en este caso la LRA105, que por un lado ratifica la atribución de no aplicar normas jurídicas por inconstitucionales y, para el caso concreto, como efecto directo, aun cuando expresamente no deba afirmarse la expulsión del sistema jurídico de una norma que afecte la esfera jurídica de quien sufra la violación de sus derechos humanos y por el otro, por las mismas razones, lo autoriza —efecto directo— vía interpretación, utilizando los argumentos interpretativos semánticos y sistemáticos o funcionales, a la creación de normas jurídicas que llenen el vacío legal producido por la insuficiente o inadecuada regulación, pero sin soslayar que en ambas figuras su fin último y objeto supremo es la protección de los derechos humanos de las personas, y que por supuesto, la utilización de uno y otro instrumento dependerá de la situa-

²³ 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVII, Febrero de 2008; Pág. 1336

ción jurídica que la persona guarde en relación con la misma normatividad constituida por el *corpus iuris interamericano*, que lo envuelve todo.

CONCLUSIONES

Este, ciertamente somero análisis de las características más destacadas de las reformas constitucionales y legales que produjeron la regulación del control de constitucionalidad en Chihuahua, arroja como resultado que su instrumentación es la ratificación local del control de constitucionalidad difuso *ex officio* instaurado en el artículo 133 de la Constitución Federal de junio de 2012 en relación con el artículo 1o y su consecuente interpretación por la SCJN. Surge como una expresión limitada e inacabada del federalismo, al no incluir cuestiones torales del contencioso constitucional y concretarse tan sólo como un control jurídico político de las resoluciones de las autoridades judiciales titulares del control de constitucionalidad difuso *ex officio*, cuya única justificación, insuficiente, es proporcionarles a éstos seguridad personal y a los titulares de los derechos humanos certeza jurídica en cuanto a los criterios o razones que se puedan esgrimir para, en el mejor de los casos, validar la inaplicación de normas jurídicas por considerarlas violatorias del sistema interamericano de derechos humanos.

Por ello, es válido afirmar que en Chihuahua se desaprovechó la oportunidad política que constituye el acuerdo de fuerzas políticas para modificar, en el tema de control constitucional, normas sustantivas de la Constitución Local y adecuarlas a las necesidades jurídicas reales y evitar el desmedido ejercicio del poder con una adaptada actualización a los tiempos que corren.

Esto significa, siguiendo a Max Weber, que la discrepancia sociológica en los dos pilares en los que descansa el paradigma de la modernidad, con la tensión que surge entre el pilar de la regulación que representa la legislación vigente y el pilar de la

emancipación que se asume como el derecho ideal,²⁴ en el Estado de Chihuahua no tuvo ninguna aplicación, en tanto que las exigencias sociales para regular y limitar el ejercicio del poder no se ven satisfechas, ni para entender sus reclamos ni para satisfacer sus anhelos, pues los derechos y competencias que las reformas conceden ya existían antes de efectuarlas y lo nuevo no cambia sustancialmente ese orden establecido.

FUENTES DE CONSULTA

- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *El Juicio de Amparo*. Ed. Porrúa, México, 2003, Juventino Castro, *Hacia el Amparo Evolucionado*, 2ª. Edición, Porrúa, México, 1977.
- CAPPELLETTI, Mario, *La Responsabilidad de los Jueces*, Ed. Communitas, Lima, 2009.
- BARRANCO Avilés, María del Carmen, *La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales*, Introducción a Tarello. G., *Cultura jurídica e política del diritto*, Ed. Dykinson, S.L., España, 2004.
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chihuahua, Título II.
- Diccionario de la Real Academia Española*, Vigésima Segunda Edición, Ed. Espasa, 2001.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Sociología Jurídica Crítica, Para un nuevo sentido común en el derecho, Para una nueva Teoría Crítica del Derecho*, From Max Weber, *Essays in Sociology*, Ed. Trota/Ilsa, 2009.

²⁴ DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Sociología Jurídica Crítica, Para un nuevo sentido común en el derecho, Para una nueva Teoría Crítica del Derecho*, From Max Weber, *Essays in Sociology*, Ed. Trota/Ilsa, 2009, pp. 29-51

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. En Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.) *La reforma constitucional en materia de derechos humanos: ...un nuevo paradigma*, México, Exordio, UNAM-IIJ, 2011.
- PALOMAR DE MIGUEL, Juan, *Diccionario para Juristas*, Tomo I, Segunda Edición, Ed. Porrúa, México, 2003.
- Ley Reglamentaria del Artículo 105 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chihuahua, Biblioteca del Congreso del Estado de Chihuahua.
- Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Chihuahua, Biblioteca del Congreso del Estado de Chihuahua. 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 535.

LA REFORMA POLÍTICA DE LA CIUDAD DE MÉXICO

Enrique Rabell García

SUMARIO: I. Introducción; II. Marco teórico; III. Antecedentes históricos; IV. Normatividad vigente; V. Propuesta de reforma política; VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La Ciudad de México, como capital de la República, ha sido motivo de importantes controversias por su naturaleza jurídica desde la independencia. La fórmula original consistió en ser considerada un departamento central del sector federal. Hoy en día cuenta con un estatuto constitucional único y se presenta la propuesta de convertirla en un estado más o darle plena autonomía.

La capital del país en un sistema federal no solamente es el ámbito jurídico de los poderes federales, sino también el ámbito territorial donde se garantiza que los poderes de la unión tengan una independencia y seguridad para poder desarrollar sus tareas. De ahí que la fórmula federalista original consideraba a la ciudad capital como un territorio centralizado de los poderes de la unión. Esto es, las autoridades locales o de la capital eran designadas por la autoridad federal y actuaban en representación de tales poderes federales. Al paso del tiempo y debido al crecimiento de las grandes ciudades capitales, varias fórmulas se han aplicado para otorgar mayor legitimidad a las autoridades locales de la capital y participación a sus habitan-

tes. Entre los extremos de continuar como un departamento central o ser una entidad con soberanía interior, se optó por un estatuto con competencias propias para la Ciudad de México.

La reforma política actual, para ciertos sectores, propone que se elimine dicho estatuto y se convierta en una verdadera entidad federativa, con el supuesto de que dicha reforma le dará más poder, competencias, legitimidad y estatus político a la propia Ciudad de México. Las interrogantes de esta postura consisten en ¿Qué pasará con el ámbito territorial de los poderes de la Unión? ¿Ganarán o perderán más competencias en este nuevo arreglo? ¿Quién tendrá el mando de seguridad? ¿Cuál sería el arreglo fiscal?

En este orden de ideas se plantea, como hipótesis de trabajo, que en virtud de las actuales reglas del federalismo, las cuales favorecen a los poderes de la Unión y no a las entidades –caso contrario sucede en el federalismo de Norteamérica, Canadá o Alemania por ejemplo–, convertir a la Ciudad de México en estado federal, le restaría más competencias y responsabilidades. Siendo la hipótesis alternativa: que ampliar su estatuto de autonomía le daría mayores competencias para el gobierno de la Ciudad capital.

Con la finalidad de analizar esta problemática se plantea utilizar diversas técnicas, entre ellas la histórica, constitucional, administrativa y financiera para que, en forma conjunta, realizar una interpretación integral y poder obtener conclusiones preliminares que sirvan al estudio constitucional del régimen jurídico con que deba contar la Ciudad. Por tanto, los apartados del presente estudio consistirán primero, en el repaso del marco teórico sobre los conceptos de federalismo y autonomía para conocer los alcances de estas formas de estado. En seguida se presenta el desarrollo histórico del gobierno de la Ciudad de México, desde nuestra Constitución de 1824 a la fecha. El siguiente punto presenta las propuestas de reforma política, la problemática constitucional, así como las cuestiones financieras y administrativas que impactarían en forma

directa. A continuación se realiza el análisis constitucional y administrativo de cada una de las propuestas para conocer su viabilidad. Y, por último, las conclusiones que consideran los aspectos positivos y negativos de la reforma política.

II. MARCO TEÓRICO

El marco teórico comprende el estudio sobre el federalismo y la autonomía, como formas de estado para conocer cuáles son los alcances y limitaciones de estas figuras en relación al Distrito Federal y sus competencias.

a) Federación

El sistema federativo actual es el resultado de la inestabilidad política de la Confederación Americana de 1777 y la necesidad de contar con una defensa militar común frente a Inglaterra y otras potencias europeas. En el aspecto doctrinal la federación busca conciliar el interés por tener un órgano con fuerza política y legal para aplicar directamente sus disposiciones y, por el otro, conservar el máximo grado de autonomía de los estados miembros de la unión federal.

Históricamente “se distinguen dos modos fundamentales de formación de los Estados federales: puede ser el resultado de la transformación de un Estado unitario en federal, en cuyo caso —como observa BISCARETTI DI RUFFÍA— se produce realmente el nacimiento de los Estados-miembros y no del Estado federal, que es el antiguo Estado unitario constitucionalmente transformado: Brasil en 1891, Austria en 1920, México y la U.R.S.S., se formaron según este procedimiento. El segundo modo, que es el normal, tiene lugar cuando se reúnen varios Estados, hasta entonces independientes, originando un nuevo Estado federal. Tal es, por ejemplo, el caso de los Estados Unidos, de Suiza, de Argentina, de la Confederación de Alemania

del Norte, etc. Este proceso puede realizarse jurídicamente, a través de un tratado internacional, primero y de una Constitución, después, (Estados Unidos), o bien por vía extrajurídica o de hecho (Suiza).¹

Las características principales de un estado federal consisten en la creación de una nueva entidad política o federación que representa a todas las entidades, la participación de las entidades federativas en el gobierno nacional y el reparto de facultades entre la federación y sus entidades.

Tena Ramírez comenta que “en la federación los Estados-miembros pierden totalmente su soberanía exterior y ciertas facultades interiores en favor del gobierno central, pero conservan para su gobierno propio las facultades no otorgadas al gobierno central.”² Por tanto, las características principales del estado federal son:

- 1) La creación de un nuevo estado a partir de naciones independientes.
- 2) El reparto de competencias entre la federación y las entidades, establecidas en la constitución nacional.
- 3) La federación representa la unidad nacional, cuenta con la soberanía exterior y materias exclusivas de ámbito nacional para asegurar la unidad interior.
- 4) Las entidades conservan su soberanía interior, por tanto sus autoridades son electas en la propia entidad y cuentan con su propia constitución dentro de los límites de la constitución general.
- 5) Las entidades participan en el gobierno nacional por medio de la representación en el cuerpo legislativo nacional y en el proceso de reforma constitucional de la unión.

¹ FERRANDO BADÍA, Juan, *El Estado Unitario, el Federal y el Estado Autonomo*, 2a. ed., Madrid, ed. Tecnos, 1986, p. 79.

² TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 22a. ed., México, Porrúa, 1987, p. 113.

b) Regionales o autonómicos

El origen contemporáneo de las comunidades autónomas se encuentra en la necesidad de los Estados unitarios de reconocer ciertos poderes de autogobierno a grupos de población caracterizados por su unidad nacional-cultural y lingüística o por su condición insular o de alejamiento geográfico del territorio físico del Estado. Tras la I Guerra Mundial, Inglaterra, Checoslovaquia, Finlandia y España otorgaron estatutos de autonomía respectivamente a Irlanda del Norte, Rusia subcarpática, Islas Aaland, Cataluña y País Vasco.³

El estado autonómico tiene por característica que el poder central conserva la soberanía y reparte atribuciones de acuerdo a las situaciones particulares de cada región. De esta forma, cada región podrá tener diferentes materias y competencias públicas en relación a las demás regiones de la misma nación. Respecto de esta forma de estado, González Casanova señala como distinciones, respecto del estado federal:

La potestad autoconstituyente del estado federado es originaria, pues fue Estado antes que el federal. En cambio, la comunidad autónoma es derivada del poder central. Las entidades federativas sólo se hallan sometidas a los controles jurídicos estrictamente fijados en la Constitución general. En el Estado unitario ha de dejar sin concretar, en el texto constitucional, aquellos controles específicos. Las entidades federativas participan con paridad en la reforma constitucional y en la elaboración de leyes federales, mediante una segunda cámara en el congreso. En el Estado unitario, las comunidades autónomas carecen de esta facultad.⁴

El estado autonómico o regional se crea en Italia y España, como forma de rechazo al sistema unitario y también como

³ GONZÁLEZ CASANOVA, J.A., *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 3a. ed., Barcelona, ed. Vicens-vives, 1989, pp. 334 - 335.

⁴ GONZÁLEZ CASANOVA, *op. cit.*, p. 337.

negativa al federalismo que otorga un mismo trato a las entidades locales. El estado autonómico nace para conceder estatutos especiales a favor de ciertas regiones; en Italia es el caso de Toscana y Umbría y en España para favorecer a las regiones de Cataluña y el País Vasco.⁵

En España, la autonomía nace efectivamente a partir de la Constitución de 1931, al establecerse el estado integral.⁶ Por lo cual fue necesario encontrar el sentido que dieron las Cortes constituyentes al nuevo concepto político. Jiménez de Asúa, Presidente de la Comisión de Constitución, deliberó: “Frente al Estado unitario, tiene el integral la ventaja, en nuestro caso, de ser compatible, sin imponerlas, con diversos grados de autonomías regionales, cuando sean pedidas y procedentes, junto a un régimen de vinculación de otros territorios nacionales no preparados para aquellas formas de autarquía. Y frente al Estado federal tiene el provecho de permitir, sin desnaturalizarse, la existencia de estos territorios, ligados por estrecha dependencia política-administrativa al Estado... junto a aquellas otras regiones que quieran y estén capacitadas para asumir funciones de autodeterminación, en grado de distinta intensidad, que son variantes de matiz en las posibles autonomías regionales diversas, sin importar una relación uniforme entre el Estado y unos y otros territorios.”⁷ Aunque dicha Constitución no tuvo aplicación plena, debido a la Guerra Civil, sirvió como fundamento e inspiración de la actual Constitución española de 1978.

Concluyendo, las principales características de un estado regional o autónomo son:

⁵ Véase: FERRANDO BADÍA, op. cit., p. 171.

⁶ “Artículo 1º.- La República constituye un Estado integral, compatible con la autonomía de los municipios y las regiones.” Artículo 8º.- El Estado español, dentro de los límites irreductibles de su territorio actual, estará integrado por municipios mancomunados en provincias y por las regiones que se constituyan en régimen de autonomía.”

⁷ FERRANDO BADÍA, op. cit., p. 171.

- 1) La existencia de un ordenamiento constitucional, como único titular de soberanía y sólo un poder constituyente.
- 2) Las entidades autónomas carecen de la facultad de otorgarse su propio estatuto o constitución local, sino que le es impuesto por el órgano legislativo central.
- 3) No existe una división clara de facultades entre el gobierno central y las comunidades autónomas, sino que cada comunidad autónoma puede gozar de facultades propias y distintas a las demás comunidades; esto de acuerdo al estatuto promulgado por las cortes generales o centrales.
- 4) Las entidades autónomas no participan del proceso de reforma constitucional nacional.

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La ciudad de México ha sido, desde los tiempos prehispánicos, el centro político y económico más importante del país. Los aztecas no sólo la fundaron, también le dieron la grandeza que maravilló al conquistador en 1521. Arrasada por Hernán Cortés, la antigua Tenochtitlán habría de transformarse en la capital de la Nueva España. Durante el coloniaje español, la ciudad de México adquirió una nueva dimensión política y cultural y económica que la convirtieron en la Nobilísima Ciudad Metropolitana y Cabeza del Reino. La lucha por la independencia cambió el destino político del país y el de la Ciudad de México.⁸

Ya en el siglo XIX, la Ciudad de México es reconocida como asiento de los poderes en las constituciones federales de 1824, restauración de vigencia en 1846, la de 1857 y con el triunfo de la República en 1867. Y, como contrapartida, las

⁸ DÍAZ ALFARO, Salomón "El Distrito Federal Mexicano, Breve Historia Constitucional", en Estudios Jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario, México, UNAM, 1992, p. 199.

constituciones centralistas no cuentan con Distrito Federal por suprimirse la Federación.⁹ En cuanto a su organización, la Ciudad de México se organizaba en municipios gobernados por ayuntamientos. En este caso, las constituciones federales no incluyeron al municipio, por considerarlo una entidad dentro de la soberanía de los estados. Y, en contrapartida, las constituciones centralistas sí lo incluían como la base de la organización de los departamentos. Sin embargo, aún en los esquemas federales, la Ciudad de México continuó dividiéndose en municipios por medio de leyes secundarias.

El Distrito Federal se creó como consecuencia del artículo 50, fracciones XXVIII y XXIX, de la Constitución federal de 1824, que facultaba al Congreso para “elegir un lugar que sirva de residencia a los supremos poderes de la federación y ejercer en su distrito las atribuciones del poder legislativo de un estado”.¹⁰ En consecuencia, el Congreso Constituyente expidió el decreto de 18 de noviembre de 1824 por el cual se estableció que la residencia de los supremos poderes de la federación, es decir, el Distrito Federal, sería la Ciudad de México, en un radio de dos leguas cuyo centro sería la plaza mayor de la Ciudad. Aunque no se mencionaba en la Carta federal, se nombró a un Gobernador de la Capital y se conservó la figura municipal, anexando poblaciones vecinas.¹¹

⁹ Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal, Secretaría de Gobernación, <<http://www.inafed.gob.mx/work/enciclopedia/EMM09DF/historia.html>, Octubre, 2013>.

¹⁰ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México*, México, Porrúa, 1985, p. 29.

¹¹ Por el norte: la porción norte de la entonces Villa de Guadalupe Hidalgo, terrenos de la hacienda de Santa Ana Aragón, pueblo del Peñón de los Baños y Ticomán. Por el oriente: la hacienda del Peñón de los Baños, terrenos de la hacienda de los Reyes, pueblo de Santa Martha Acatitla y parte poniente de Ixtapalapa. Por el sur: Churubusco, parte norte de Coyoacán, pueblo de Axotla y terrenos de la hacienda de San Borja. Por el poniente: Santa María Nonoalco, zona en donde se ubica actualmente la colonia San Pedro de los Pinos, poniente de Tacubaya, Chapultepec y Tacuba, así como una porción territorial de la actual

Posteriormente Antonio López de Santa Anna, con el decreto del 16 de febrero de 1854, ensanchó la extensión del Distrito Federal¹² y estableció la división en ocho prefecturas interiores y tres prefecturas exteriores. Por su parte la Constitución de 1857 introduce el concepto del Estado del Valle de México, sólo en caso de que los poderes federales se trasladasen a otro lugar, contemplado esta situación en el artículo 46 y el artículo 72, fracciones V y VI que facultaban al Congreso para cambiar la residencia de los poderes federales y arreglo interior del Distrito Federal.¹³

Por decreto del 6 de mayo de 1861 se dio otra reforma administrativa al Distrito Federal, quedando en Municipalidad de México y cuatro partidos, siendo los de Guadalupe, Xochimilco, Tlalpan y Tacubaya. Esta división política del Distrito Federal se mantuvo hasta diciembre de 1899, cuando bajo el gobierno de Porfirio Díaz se agregaron cuatro municipios más (Cuajimalpa, Tlaltenco, Mixtic y San Pablo Ostotepec) y se amplió de cuatro a seis partidos o distritos, agregando las de Azcapozalco y Coyoacán.

En 1903, la Ley de Organización Política y Municipal del Distrito Federal, dividió el territorio en 13 municipalidades.¹⁴ La Constitución de 1917 ratifica a la Ciudad de México como residencia de los poderes federales y mediante la Ley de Organización del Distrito y Territorios Federales del 14 de abril

Delegación Azcapotzalco. En Dublán, Manuel y José María Lozano, *Legislación Mexicana*, tomo VII, México, Imprenta del Comercio, 1876, pp. 49-51.

¹² "... al norte, hasta el pueblo de San Cristóbal Ecatepec; al N.O., Tlaneantla; al poniente los Remedios, San Bartolo y Santa Fe; al S.O., desde el límite oriente de Huisquilucan, Mixcoac, San Ángel y Coyoacán; por el sur, Tlalpan; por el S.E., Tepepan, Xochimilco e Iztapalapa; por el O., el Peñón Viejo y entre este rumbo y el N. E. y N., hasta la medianía de las aguas del lago de Texcoco". En Dublán, Manuel, *Ibidem*.

¹³ Salomón, *op. cit.*, p. 203.

¹⁴ Siendo éstas: México, Guadalupe Hidalgo, Azcapotzalco, Tacuba, Tacubaya, Mixcoac, Cuajimalpa, San Ángel, Coyoacán, Tlalpan, Xochimilco, Milpa Alta e Iztapalapa. En Dublán, Manuel y José María Lozano, *Legislación Mexicana*, tomo XXXV, México, Imprenta del Comercio, 1876, pp. 336-357.

de ese año se confirman las trece municipalidades existentes. Dicha división fue modificada al crearse la municipalidad General Anaya, en el año de 1924.

El texto original de la Constitución vigente ya incluía al Distrito Federal como parte integrante de la Federación. Además la fracción VI del artículo 73 establecía el régimen municipal del Distrito Federal y territorios; el reconocimiento de un ayuntamiento para gobernar cada municipio; el Distrito Federal y territorios estaría a cargo de un gobernador que dependería del Presidente de la República; la elección de magistrados y jueces nombrados por el Congreso; y un Ministerio Público a cargo de un procurador general que sería nombrado y removido por el Presidente.¹⁵

Ante la iniciativa del Presidente Obregón en mayo de 1928, la cual mencionaba las dificultades políticas y administrativas de los municipios y el predominio de los poderes federales sobre los servicios locales, se suprime en el Distrito Federal el municipio libre y se encarga su gobierno al “Presidente de la República quien lo ejercería por conducto del órgano u órganos que determine la ley respectiva”. De esta forma, en diciembre de 1928, ya siendo Presidente Portes Gil, se publica la Ley Orgánica del Distrito y de los Territorios Federales, en la cual queda el Presidente como encargado de las funciones administrativas por medio de un Departamento del Distrito Federal, creándose al efecto 13 delegaciones.¹⁶

La Ley Orgánica del Departamento del Distrito Federal del 31 de diciembre de 1941, crea como ente jurídico, a la Ciudad de México (lo que fue sede del Departamento Central

¹⁵ Jara se pronunció por que el municipio de la ciudad de México tuviera todas las prerrogativas del resto de los de la República, librándose de la acción del gobernador del Distrito. En: Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, Congreso Constituyente 1916 a 1917, Diario de Debates, t. II, México, INEHRM, 1985, pp. 364 a 365.

¹⁶ Son: Guadalupe Hidalgo, Azcapotzalco, Ixtacalco, General Anaya, Coyoacán, San Ángel, La Magdalena Contreras, Cuajimalpa, Tlalpan, Iztapalapa, Xochimilco, Milpa Alta y Tláhuac.

y delegación General Anaya) y 12 delegaciones. En 1970 se da otra reforma para dividir el territorio, quedando lo que fue la jurisdicción de la Ciudad de México en cuatro delegaciones (Miguel Hidalgo, Benito Juárez, Cuauhtémoc y Venustiano Carranza).

De gran trascendencia política fue la creación de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal mediante reforma constitucional al artículo 73 fracción VI de fecha 10 de agosto de 1987. La Asamblea se funda como un órgano de representación ciudadana, integrado en ese momento por 40 representantes electos por mayoría relativa y 26 por representación proporcional. Se le dio competencia para dictar bandos, ordenanzas y reglamentos de policía y buen gobierno en materia de servicios; aprobar nombramientos de magistrados del Tribunal Superior de Justicia e iniciar, ante el Congreso de la Unión, leyes o decretos en materia relativa al Distrito Federal.¹⁷

Con dicho antecedente, se procedió el 25 de octubre de 1993 a la creación de una nueva figura constitucional que contempla la actual naturaleza jurídica y organización del Distrito Federal al modificar los artículos 31, 44, 73, 74, 79, 89, 104, 105, 107 y 122, así como la denominación del título V, adición de una fracción IX al artículo 76 y un primer párrafo al 199; derogándose al efecto la fracción XVII del artículo 89 de la propia Constitución de la República.¹⁸

¹⁷ Véase: CÁRDENAS GRACIA, Jaime F, “Reflexiones sobre la Reforma Política al Distrito Federal”, en *La Reforma Política al Distrito Federal*, p. 30., México, UNAM, IJ, < <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/205/5.pdf>>.

¹⁸ GAMBOA MONTEJANO, Claudia, *Reforma Política del Distrito Federal, México, Centro de Documentación Información y Análisis Constitucionales*, 2007, p. 25.

IV. NORMATIVIDAD VIGENTE

a) La forma de Estado

La Constitución establece el Sistema Federal y reconoce la soberanía de los estados para su régimen interior, en su artículo 40. Además se reconocen los poderes de la unión y los de los estados, reconociendo las constituciones particulares de los estados para su organización respectiva. El sistema de competencias se desprende de la fórmula de las facultades expresas a las autoridades federales y las no previstas a los estados, señalada en el artículo 124.

En relación a la capital de la Nación, se incluye dentro de las partes integrantes de la Federación al Distrito Federal en el artículo 43. Y, se establece a la Ciudad de México como el Distrito Federal y sede de los poderes de la Unión, considerando que en caso de que los poderes se trasladen a otro lugar, se erigirá en el Estado del Valle de México.¹⁹

Artículo que se complementa con el 122 que señala que el Distrito Federal estará a cargo de los poderes federales y de los órganos ejecutivo, denominado Jefe de Gobierno del Distrito Federal, legislativo llamado Asamblea Legislativa y judicial representado por el Tribunal Superior de Justicia; estableciendo en el mismo artículo, las bases de cada uno de dichos poderes.

Por lo cual se puede apreciar que existen dos regímenes jurídicos diferentes, uno el de los estados de la república, con reglas homogéneas para todos en el sentido de su forma de gobierno y reparto de competencias; y otro particular y único para la Ciudad de México como Distrito Federal, con un régimen especial, el cual se traduce en un Estatuto de Gobierno,

¹⁹ Artículo 44. La ciudad de México es el Distrito Federal, sede de los poderes de la Unión y capital de los Estados Unidos Mexicanos. Se compondrá del territorio que actualmente tiene y en el caso de que los poderes federales se trasladen a otro lugar, se erigirá en el estado del valle de México con los límites y extensión que le asigne el congreso general. (Reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de octubre de 1993)

el cual promulga el Congreso de la Unión para reglamentar el artículo 122 ya citado.

En caso de querer trasladar o cambiar al D.F., ante la propuesta de crear el Estado del Valle de México, aunque existe el procedimiento de arreglo de límites con los estados y aprobación del Senado previsto en el artículo 46, sería necesaria la reforma constitucional ya que el artículo 45 señala en forma puntual que “los estados conservaran la extensión y límites que hasta hoy han tenido”. Además de incluir en la lista de estados al del Valle de México en el artículo 43 que establece las partes de la Federación. Por tanto, la reforma política de crear a la Ciudad de México en estado, tiene que pasar por el proceso político de la reforma constitucional, con los inconvenientes políticos, administrativos y territoriales que esto conlleva en relación a los poderes federales y entidades involucradas.

b) Régimen fiscal

En primera instancia la Ciudad de México tiene una posición de privilegio al no contar con municipios. De esta forma, todos los ingresos que no son exclusivos de la Federación pertenecen al ámbito del Gobierno de la Ciudad (por ejemplo el predial). En segundo plano, en materia de coordinación fiscal, el Distrito Federal cuenta con una posición diferenciada del resto de los estados, ya que en algunos casos presenta fondos y reglas especiales para la asignación de recursos. Para su análisis se procederá conforme a la propia Ley de Coordinación Fiscal, la cual presenta primero las participaciones libres y, posteriormente, las reglas de las aportaciones a las entidades federativas.²⁰

En la categoría de los recursos libres o participaciones, participa en forma igualitaria que el resto de los estados. Se destaca que la Ley en comento le da el tratamiento de “de-

²⁰ Cámara de Diputados, H. Congreso de la Unión, México, <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/31.pdf>>, septiembre 2013.

marcaciones territoriales” en el caso del Distrito Federal, para equiparar estas jurisdicciones (las actuales delegaciones) a los municipios de los estados en los fondos respectivos, con lo cual hasta aquí no hay diferencias.

En el caso de las aportaciones existen ciertas diferencias. Respecto del Fondo para la Educación Básica y Normal, así como el de Educación Tecnológica y de Adultos, el Distrito Federal no participa con el resto de los de los estados. Estos fondos son para apoyar los servicios de educación básica y normal, principalmente en lo que corresponde al pago de maestros. El Distrito Federal no participa en razón de que dichos servicios son proporcionados directamente por la Secretaría de Educación Pública nacional, por medio del financiamiento del Ramo 25 del Presupuesto de Egresos. A partir del 2005, la educación se imparte por la Administración Federal de Servicios Educativos, siendo un órgano desconcentrado de la SEP.²¹

En el caso del Fondo de Servicios de Salud, no se presentan diferencias respecto de los estados al apoyar los servicios de salud estatales que no comprenden el IMSS e ISSSTE. Sin embargo, el Fondo para la Infraestructura Social, el cual se divide en Social Estatal y Social Municipal, no participa el Distrito Federal. El Fondo de Aportaciones para el Fortalecimiento de los Municipios y Demarcaciones del D.F., aparentemente tiene un trato igual. Sin embargo, se establece 2.35% de la recaudación federal participable para todos los municipios y un 0.2123% exclusivo para las demarcaciones del D.F.

El de Aportaciones Múltiples, para desayunos escolares y asistencia social a población en pobreza, corresponde a los estados y D.F. Sin embargo, se establece que se dividirá conforme a las reglas del Presupuesto de Egresos de la Federación, en el cual se ha otorgado un trato distintivo al D.F. Mismo caso se presenta en el Fondo para la Seguridad Pública en cuanto a su asignación en el Presupuesto. Y, el Fondo para el Fortalecimiento de las Entidades

²¹ Auditoría Superior de la Federación, Gasto Federalizado, México, pp. 1-2, <http://www.asf.gob.mx/Trans/Informes/IR2009i/Tomos/Tomo5/01_FAEB_a.pdf>, septiembre 2013.

Federativas (tanto estados como D.F.) se reparte por fórmula sin dar un trato especial a ninguna jurisdicción como tal.

Como se puede apreciar existen algunas diferencias en cuanto al tratamiento de los estados y del Distrito Federal, como resultado no solo del régimen constitucional del D.F., sino de sus condiciones propias. En caso de que el D.F. se convirtiera en estado, entonces en automático, dichas diferencias deberían desaparecer, como el caso de contar con un Ramo especial en el Presupuesto de Egresos federal, y darle un trato como un estado más dentro de los fondos y reglas de asignación de fondos. En esos casos, al participar como uno más, la consecuencia sería que estaría en lo que se llama un juego en el cual de lo que ganan unos pierden otros. En el caso actual, en los casos de las diferencias ya apuntadas, el D.F. no tiene competencia alguna por dichos fondos y goza de una posición de privilegio sobre las demás entidades federativas.²²

V. PROPUESTA DE REFORMA POLÍTICA

En la mesa del Pacto por México vigente, se vuelve a retomar el tema de la reforma política de la Ciudad de México. Al respecto, Jorge Alcocer comenta que en 1996 la izquierda admitió dejar de lado la demanda de convertir al D.F. en el estado 32 de la República y conservar dicha propuesta sólo en caso del traslado de los poderes federales tal y como está previsto en la Constitución.

En ese orden de ideas, el actual Jefe de Gobierno capitalino, Miguel Ángel Mancera Espinosa, entregó al Consejo Rector del Pacto por México, su propuesta de reforma, en la cual se

²² Se anuncia la inclusión en el FAIS y la creación de un fondo especial para la Ciudad de México que “tendrá la denominación, las reglas de operación y el monto que habrá que determinar la Cámara de Diputados”; como parte de las negociaciones para el presupuesto 2014 entre las autoridades federales y de la Ciudad de México, en: Diario La Jornada, México, <<http://www.jornada.unam.mx/2013/10/16/capital/039n1cap>>, octubre 16, 2013.

modificarían 9 artículos constitucionales y se asumiría como capital del país autónoma. Se destaca el cambio en el artículo 122, en el cual se expone que la Ciudad de México continúe como capital y sede de los poderes de la Unión, además de contar con “autonomía en todo lo concerniente a su régimen interior y a su organización política y administrativa”. Además, se cambia el nombre de la Asamblea por el de Poder Legislativo de la Ciudad de México, el cual tendría la facultad exclusiva de aprobar adiciones o reformas a la Constitución de la Ciudad. Las delegaciones seguirían con un titular, pero se agrega la figura de un órgano colegiado de elección popular directa que tendría facultades para supervisar y evaluar al gobierno y gasto público.

En síntesis, se propone definir el nombre oficial de la Ciudad de México; dotar de una Constitución a la Ciudad; revisar las competencias del Jefe de Gobierno y de la Asamblea; y fortalecer las delegaciones con órganos colegiados. Como se puede apreciar, aunque se reconoce ya la dificultad de crear un nuevo Estado de la República, se optó por la vía de la “autonomía”, pero equiparando las figuras políticas y administrativas a la organización que cuentan los estados. En primera instancia es necesario definir cuál es la finalidad de la reforma y a partir de esto, construir el esquema constitucional ideal. ¿Se busca sólo fortalecer las competencias y figuras de los poderes ejecutivo y legislativo de la Ciudad? ¿Se busca dotar de mayores facultades políticas a los ciudadanos? O ¿Se busca eficientar los servicios públicos? Con estas ideas se procede al análisis de las propuestas en estudio:

a) Nombre oficial

En relación de dotar a la Ciudad de México de un nombre oficial, en el lenguaje constitucional, el señalar un nombre o concepto a cierta demarcación territorial con jurisdicción, es contar con un nombre oficial. De tal forma el artículo 43 constitucional define los nombres oficiales de los estados de la

República. Y el 44 establece puntualmente que “la Ciudad de México es el Distrito Federal”. Por tanto, sí existe un nombre oficial que es “La Ciudad de México” o “Gobierno de la Ciudad de México”. En todo caso, si se busca modificar el nombre se debe contemplar la reforma a los artículos 43, 44 y 122 entre otros, para que no haya duda en cuanto al nombre con que debe contar el Distrito Federal.

b) Constitución local

La propuesta de reforma contempla conservar la condición de autonomía o trato especial que existe hoy en día. Bajo estas líneas, sería forzoso, en primer término, que el artículo 122 constitucional establezca en forma puntual la autonomía de la Ciudad de México respecto de su forma de gobierno y organización política interna. Así mismo y dada la importancia que tiene el Distrito, es indispensable que dicho artículo siga estableciendo la organización de los poderes y competencias mínimas y de ahí el siguiente documento legal, reglamentar tales principios constitucionales.

Ahora bien, respecto de la técnica constitucional en materia de autonomías, existen dos formas distintas para reglamentar el texto fundamental. En el primer caso se otorga la autonomía y, al mismo tiempo, se concede la competencia amplia para que la “entidad” en cuestión se dé su propia normatividad sin existir un estatuto o ley reglamentaria por parte del legislativo nacional. En estos casos se trata de situaciones de pueblos o grupos minoritarios en los cuales se les concede dicha libertad para regular sus usos y costumbres por su condición especial. En el segundo caso, después del reconocimiento constitucional de autonomía, es necesario que el legislativo o parlamento nacional promulgue un estatuto de autonomía en el cual se establezcan las competencias y organización de los poderes, básicos de la nueva jurisdicción; con lo cual queda vedada la posibilidad de una constitución propia de la “entidad”, por lo menos en el sentido formal de contar con una entidad que

cuenta con soberanía interior para dicho fin. Este segundo caso es propio de un ámbito territorial mayor y con pueblos o naciones distintivas. Dicho estatuto podrá ser reglamentado por la “entidad”, pero ya no se tratará de una constitución sino de una ley reglamentaria del estatuto.²³

Desde esta perspectiva, la situación del Distrito Federal claramente no responde a la primera situación que es propia de grupos en minoría, sino al segundo caso de ámbito territorial, si bien no es una nación o pueblo diferente, sí es un grupo de población con características especiales por ser el asiento de los poderes de la Unión. Por tanto, no podría existir una constitución en el sentido de las constituciones de los estados, sino una ley secundaria y reglamentaria del Estatuto de Gobierno emanada del Congreso de la Unión. Si lo que se busca es que dicho cuerpo normativo secundario sea expedido por un órgano y procedimiento especial, diferente al de la creación de leyes ordinarias, no existiría ningún problema constitucional en tanto dicho cuerpo normativo, sin importar su nombre, quede subordinado al Estatuto de Gobierno. Siendo la razón de este análisis, la falta de soberanía interior por tratarse precisamente de una zona o entidad con autonomía.

c) Facultades del Ejecutivo y Legislativo de la Ciudad

En cuanto a las facultades del Ejecutivo y competencias de la Asamblea o nuevo (poder) Legislativo de la Ciudad, esto en primer término, sería en razón directa del catálogo de competencias que se reconozcan en el artículo 122 constitucional.

De acuerdo a los referentes constitucionales en materia de autonomía, se pueden citar ejemplos de plena autonomía (en materia de seguridad pública y recaudación impositiva) hasta autonomías muy acotadas. La respuesta no puede proceder

²³ Véase: MUÑOZ MACHADO, Santiago, El mito del Estatuto-Constitución y las reformas estatutarias, Informe Comunidades Autónomas, Barcelona, 2004, <http://www.idpbarcelona.net/docs/public/iccaa/2004/segunda_parte/monograficos/38.munozmachado.pdf>.

de la mera técnica constitucional sino de factores políticos, económicos y sociales de la capacidad de la Ciudad de México para contar con competencias propias para brindar servicios y programas. Por sus dimensiones socio-económicas y condiciones de urbanidad, podríamos señalar que podrían ser mayores o “especiales” a las que cuentan los gobiernos estatales. Sin embargo, la cuestión se complica un poco más por ser sede de los poderes federales y, en esa situación, no sería posible otorgar una autonomía muy amplia porque iría en contra de asegurar un campo de acción a los poderes de la Unión. Un ejemplo, es el caso muy notorio en materia de seguridad y gobernabilidad en el cual el mando tiene que estar bajo el Presidente de la República. Por lo tanto, una buena medida sería iniciar por aquellas competencias necesarias o indispensables que tienen que estar forzosamente dentro del ámbito federal para asegurar la protección y buen funcionamiento de los poderes de la Unión.

d) Delegaciones

La reforma, en el sentido de equiparar las delegaciones a los municipios y que cuenten con órganos colegiados similares a los ayuntamientos, nos remite también al problema de cuáles son los servicios básicos que darían las delegaciones por su propia cuenta. Si no existe un catálogo de servicios básicos a este nivel, no tiene sentido contar con un órgano de representación política que sólo va a dar opiniones y no tiene autoridad alguna para las cuestiones públicas.

Esto viene en razón de que desde el siglo XIX y el XX, el gobierno central de la Ciudad de México, en múltiples ocasiones, quitó y concentró servicios en razón de las deficiencias y grandes diferencias entre los municipios y ahora entre las delegaciones. Es importante analizar si se van a crear “entes” con personalidad jurídica y presupuestos propios para hacerse responsables de servicios básicos a la ciudadanía. Si este fuera el caso, una fórmula, en este sentido, podría ser crear

un catálogo de servicios mínimos para todas las delegaciones y funcionar por medio de convenios con la autoridad central de la Ciudad en los demás servicios, para que de esta forma cada delegación pudiera contar con un traje a la medida de sus propias necesidades. Por otro lado, esta reforma podría ser posible hoy en día mediante la reforma del actual Estatuto de la Ciudad de México, sin la necesidad de realizar una reforma constitucional.

VI. CONCLUSIONES

La reforma política de la Ciudad de México oscila, desde posiciones que buscan cambiar el Distrito Federal en un estado más de la República, hasta propuestas para ampliar la situación especial mediante una mayor autonomía. En el plano teórico y comparativo se mencionó que el sistema federal es aquel que reparte competencias entre los poderes nacionales y los estados, contando todos los estados con las mismas competencias. Quedando el territorio del asiento de los poderes de la Unión bajo la jurisdicción de los poderes nacionales. En el esquema constitucional de autonomías no existe una regla genérica de reparto de competencias, sino que cada región autónoma tendrá sus competencias específicas otorgadas mediante un estatuto de gobierno promulgado por el congreso o parlamento nacional.

La trayectoria histórica de la Ciudad de México se encuentra marcada por los distintos esquemas constitucionales del siglo XIX. Sin embargo, en cualquiera de ellos el gobierno se organizó en torno a una figura administrativa central y municipales. Ya en el siglo XX se suprime el municipio y aparecen las delegaciones actuales. La creación de la Asamblea de Representantes en 1987, así como la reforma política de 1993, que crea de facto la autonomía del gobierno de la Ciudad, representan hechos fundamentales para garantizar los poderes

de la Ciudad, los derechos políticos ciudadanos y los poderes de la Unión.

En relación a la posibilidad de crear a la Ciudad de México en un estado más, presenta los inconvenientes de primero tener que ir por una reforma constitucional por las modificaciones correspondientes en relación a nombres y límites. En lo práctico, la pregunta sería a dónde se trasladarían los poderes federales y que estado cedería territorio ante tal hecho, lo cual podría terminar resolviéndose ante un juicio de constitucionalidad en la Suprema Corte de Justicia. O, el caso de reducir el Distrito Federal a la antigua Ciudad de México (más o menos el centro histórico) y el territorio restante sería el nuevo estado del Valle de México; con el inconveniente de que el “nuevo Distrito Federal” estuviera rodeado por un solo estado de la República.

El segundo caso de reforzar la situación especial o autonomía del gobierno de la Ciudad de México parece la vía con mayor posibilidad en atención a poder llegar a una conciliación en relación a las nuevas competencias que se podrían otorgar al gobierno ciudadano. Este esquema presenta más ventajas ya que por medio del Estatuto de Gobierno se podrían contar con mayores competencias o privilegios que los estados. El primer ejemplo ya lo vemos en la materia fiscal donde se aprecia que ya existen diferencias importantes en cuanto a las aportaciones y, además, se proponen ya nuevos fondos exclusivos para el Distrito, en razón de su situación particular.

En los demás casos el que mayor problema implica es contar con una constitución local en el sentido de las constituciones de los estados. Si se refiere a una carta local que reglamente el Estatuto de Gobierno, desde el punto de vista constitucional, no habría inconveniente alguno. En los demás casos, relacionados a contar con nuevas competencias del ejecutivo, legislativo y de las delegaciones, la respuesta viene de la negociación y capacidades reales de la Ciudad de México para contar con ellas. En este caso, podría llegar el caso de no necesitarse una reforma constitucional y realizar dicha reforma,

vía la promulgación de un nuevo Estatuto de Gobierno de la Ciudad de México.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Auditoría Superior de la Federación, *Gasto Federalizado*, México, pp. 1-2, <http://www.asf.gob.mx/Trans/Informes/IR2009i/Tomos/Tomo5/01_FAEB_a.pdf>, septiembre 2013.

Cámara de Diputados, H. Congreso de la Unión, México, <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/31.pdf>>, septiembre 2013.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime F, “Reflexiones sobre la Reforma Política al Distrito Federal”, en *La Reforma Política al Distrito Federal*, México, UNAM, IJ, <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/205/5.pdf>>

Diario La Jornada, México, <<http://www.jornada.unam.mx/2013/10/16/capital/039n1cap>>, octubre 16, 2013.

DUBLÁN, Manuel y LOZANO, José María. *Legislación Mexicana*, tomo VII, México, Imprenta del Comercio, 1876.

DUBLÁN, Manuel y LOZANO, José María. *Legislación Mexicana*, tomo XXXV, México, Imprenta del Comercio, 1876.

FERRANDO BADÍA, Juan, *El Estado Unitario, el Federal y el Estado Autonómico*, 2a. ed., Madrid, ed. Tecnos, 1986.

GAMBOA MONTEJANO, Claudia, *Reforma Política del Distrito Federal*, México, Centro de Documentación Información y Análisis Constitucionales, 2007.

GONZÁLEZ CASANOVA, J.A., *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 3a. ed., Barcelona, ed. Vicens-vives, 1989.

- Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, *Congreso Constituyente 1916 a 1917, Diario de Debates*, t. II, México, INEHRM, 1985.
- Instituto Nacional para el Federalismo y el Desarrollo Municipal, Secretaría de Gobernación, México,
<<http://www.inafed.gob.mx/work/enciclopedia/EMM09DF/historia.html>>, *Octubre, 2013*.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, *El mito del Estatuto-Constitución y las reformas estatutarias*, Informe Comunidades Autónomas, Barcelona, 2004, <http://www.idpbarcelona.net/docs/public/iccaa/2004/segunda_parte/monograficos/38.munozmachado.pdf>.
- DÍAZ ALFARO, Salomón “El Distrito Federal Mexicano, Breve Historia Constitucional”, en *Estudios Jurídicos en torno a la Constitución mexicana de 1917 en su septuagésimo quinto aniversario*, México, UNAM, 1992.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 22a. ed., México, Porrúa, 1987.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México*, México, Porrúa, 1985.

SOBRE LA ALIMENTACIÓN Y LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN

Antonio Ruíz Alegría

SUMARIO: I. Preámbulo, un contexto integral; II. Garantía alimentaria, del derecho a la alimentación a la seguridad agroalimentaria; III. El derecho a la Salud, como eje del desarrollo humano. IV. Bibliografía.

I. PREÁMBULO, UN CONTEXTO INTEGRAL

Como ya alguna vez José Luis Soberanes comentó sobre la obra de Mariano Palacios Alcocer, un libro es una ventana abierta a la mente del pensador; la obviada e inmediata posibilidad de penetrar en su intelecto; la eterna y completa disponibilidad del escritor a revelar sus ideas y experiencias —fruto de sus desvelos—; es, en definitiva, un contacto estrecho y directo con el pensamiento del que lo escribe,¹ en nuestro caso, abordaremos dentro de los diversos estudios que ha efectuado Mariano Palacios durante su brillante trayectoria, aquellos ubicados en el ámbito de las garantías individuales, y en específico, lo relativo a los tópicos de los derechos a la alimentación y la salud.

En ese contexto, el presente se enfoca no en el estudio dogmático de las garantías en los rubros de alimentación y salud, sino en la visión integral de Mariano Palacios cuya validez

¹ PALACIOS ALCOCER, Mariano. *El Régimen de Garantías Sociales en el Constitucionalismo Mexicano, Evolución y Perspectivas Contemporáneas*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995. pág. 7.

se ha mantenido vigente en la realidad en dichos derechos fundamentales, atento a que a diferencia de gran parte de los doctrinarios en materia constitucional, Palacios nos ha proporcionado en su obra, un panorama de las necesidades generales de la sociedad mexicana sobre los mismos, así de cómo éstos influyen sobre la justicia social cuyo espíritu se permea en nuestra Carta Magna.

Con el enfoque pragmático que le ha caracterizado, señaló que nuestra Constitución no es una atadura, es conciencia crítica y normativa en el tiempo; sus posibilidades de adaptación determinadas por su capacidad para reformarse, nos han permitido encontrar respuestas institucionales a los retos que derivan de nuevas circunstancias y diversas condiciones en una sociedad mutable y en un mundo interdependiente,² lo que en la especie ocurre en estos temas, en relación a nuestra norma suprema, pues dado los avances científicos y los nuevos paradigmas sociales que los envuelven, los principios contenidos en dichas garantías y su adaptación a nuestro entorno socio-político actual, son parteaguas de nuevos horizontes en lo que respecta a la alimentación y a la salud, puesto que al no haberse encontrado primigeniamente en nuestra ley suprema, al día de hoy aparecen prescritos como directrices y se han vuelto tópicos de primera necesidad en la agenda nacional.

El derecho a la alimentación, en forma de seguridad agroalimentaria y su correlación con la salud, ya no pueden ser abordados de manera individualizada, sino en su contexto de manera integral y concatenada, pues dada su conexidad se produce un efecto dominó en las políticas públicas que los abordan, lo que obliga a que su aspecto normativo siga esa línea, y por ende, la evolución de las instituciones, que en esencia, nuevamente volvemos a recalcar su impacto en la justicia social, por lo que en las palabras de Mariano Palacios, señalaría respecto de la tendencia de los temas que nos ocupa, que se requiere modernizar sus instituciones para que respondan

² PALACIOS ALCOCER, "Mariano, La Constitución de 1917", en *El Constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, UNAM, 1988, pág. 5.

a las nuevas realidades; también necesita de instituciones jurídicas modernas —no necesariamente nuevas— que satisfagan las exigencias del funcionamiento del Estado y de la sociedad civil.³

II. GARANTÍA ALIMENTARIA, DEL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN A LA SEGURIDAD AGROALIMENTARIA

Evidentemente, los avances tecnológicos, en especial los que tuvieron su auge a inicios del siglo pasado, han cambiado no sólo nuestra forma de vivir, sino también nuestra concepción de la vida y nuestro entorno (llámese medio ambiente, alimentación, comunidad, vivienda-urbanismo, comunicaciones, entretenimiento, etc.), lo que se ha traducido sustancialmente en una mejora gradual de la calidad y expectativa de vida, aunque no en todos los sectores y entornos de la población, lo que ha generado un distanciamiento en la justicia social en el tema de los beneficios tecnológicos en materia de alimentos.

Esa brecha en la conexión de los avances en materia agroalimentaria y su acceso a la población en general, se ha presentado desde los efectos colaterales de los modelos económicos, los mecanismos para generar riqueza y, por supuesto, la falta de seguridad jurídica para hacer valer muchos de los principios y mandatos de nuestra norma máxima.

En nuestra Cata Magna, en el párrafo cuarto del artículo cuarto, conforme a las reformas publicadas el Diario Oficial de la Federación el día 13 de septiembre del año 2011, señala que “toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará”. Dicha adición por primera vez contextualiza el derecho alimentario en una dimensión de mayor envergadura conforme a la realidad que

³ PALACIOS ALCOCER, “Mariano, *Las entidades federativas y la Constitución*”, en Álvarez Castro, María del Carmen (coords.), *Estudios jurídicos entorno a la Constitución Mexicana de 1917*. UNAM 1992, pág. 77.

vive nuestra sociedad, no como un capricho político, ni como un compromiso con la comunidad internacional, sino como la atención a una verdadera necesidad general del pueblo mexicano y a su realidad.

Históricamente el derecho a la alimentación no había sido previsto en el texto original de la Constitución General; como lo señaló Palacios, el concepto alimentación ha sido siempre relegado de los estudios jurídicos, consciente o inconscientemente y de igual, de los análisis y tesis científicas, no obstante, es hasta el siglo XVIII cuando se inicia en forma incipiente la reglamentación y el comercio alimentario, limitándose, exclusivamente, a reprimir los procesos fraudulentos en la alimentación; a mediados del siglo XIX la mayor parte de los países empezaron a preocuparse por dictar leyes y formular reglamentos tendentes a asegurar la pureza de los alimentos, en relación a que la química, la bacteriología y la higiene empezaron a tener progresos sustentados en la investigación científica.⁴ En ese orden de ideas, el interés en su real dimensión tanto en los doctrinarios constitucionalistas como por la clase política sobre dicho derecho, se presenta hasta finales de la segunda mitad del siglo XX y principios del que se encuentra en curso.

Dicha tendencia prosiguió en el México posrevolucionario, presentándose los primeros esbozos en 1936 con la Organización de la Oficina General de Higiene y de Alimentación, y 1943 el Instituto Nacional de Nutriología, no obstante a aquellos intentos del Estado Mexicano, para garantizar una alimentación suficiente y de calidad para toda la población Mexicana, no es sino hasta los años 80's que se burila con las concepciones de desarrollo sustentable, los problemas de suficiencia y seguridad agroalimentaria, por ende presentan nuevos esfuerzos institucionales como la creación en 2001 del Servicio Nacional de Sanidad, Inocuidad y Calidad Agroali-

⁴ PALACIOS ALCOCER, Mariano. *El Régimen de Garantías Sociales en el Constitucionalismo Mexicano, Evolución y Perspectivas Contemporáneas*. pág. 297.

mentaria de la Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural y Alimentación.

Conforme a este horizonte epistemológico de la alimentación en México, estamos tocado distintos valores fundamentales protegidos a nivel Carta Magna que se entrelazan entre sí, como es la alimentación, y por ende, la seguridad alimentaria, la protección al medio ambiente, la salud, el desarrollo sustentable y la rectoría económica del Estado. Aunque al día de hoy ha existido una armonía relativa en los casos existentes en donde no se ha presentado una colisión entre dichos principios, también lo es que dada la situación que se encuentra atravesando el país no sería extraña la colisión de uno o varios de estos principios, atendiendo situaciones de emergencia, especialmente en donde impacta de manera sustancial “el campo mexicano” y el medio ambiente y la economía, lo que potencializa su armonización a través del desarrollo sustentable.

La situación en cuanto a la producción de alimentos en México, presenta una incidencia en la poca capacidad de sustento, más del 10% de la superficie cultivable nacional se dedica a la producción de alimentos y, sin embargo, no es suficiente para abastecer la demanda interna, sumando que nos encontramos en la peor sequía que atraviesa el país desde 1941, aunado a que las áreas de cultivo compiten por espacio con nuestras ciudades, pastizales y zonas aún no pobladas o desarrolladas.

Asimismo, se utilizan más de 60 mil toneladas de plaguicidas al año en México, lo que tiene una influencia directa en el ambiente. En 44 años nuestra población se habría duplicado, así como nuestras necesidades alimenticias; faltarían entonces espacio y alimento. El agua casi no alcanza para regar el campo y el uso doméstico, y la lista de necesidades podría continuar; se podrían sumar, además, factores bióticos como plagas y enfermedades, además de los desaciertos de las políticas de Estado.

Carlos Blanco⁵ refiere sobre la situación agrícola de México y nos pinta un panorama objetivo respecto de una solución basada en el uso de nuevos desarrollos científicos como lo es la biotecnología:

La producción agrícola como la conocemos ahora tiene limitaciones. El clima, que no podemos controlar; desempeña el papel más importante para hacer posible una buena cosecha. Un clima inadecuado, aun contándose con la más alta tecnología, no puede llevarnos a alcanzar niveles máximos de producción (...) En los últimos años, la ingeniería genética ha sido la disciplina que ha aportado mayores posibilidades de crecimiento de la producción agrícola. Se han creado plantas que producen su propio insecticida a través de la inserción de genes que existen en otro organismo: plantas inmunes a algunas enfermedades y que resisten los herbicidas son sólo algunos de los adelantos con que ahora se cuenta. Otros avances en la creación de variedades resistentes a sequía, ciclos vegetativos más cortos, etcétera, ya empieza a vislumbrarse. No obstante, esto no promete aumentar la producción de alimentos como para pensar que satisfacerán nuestras necesidades alimentarias en un futuro cercano, debido a que el crecimiento poblacional parece ir más rápido que el desarrollo científico.

Evidentemente, aunque la biotecnología aplicada en materia agroalimentaria puede aportar soluciones a las carencias alimentarias, reducción de costo de producción y climáticas, también lo es que, no representa la panacea a los problemas agrícolas de México, lo requiere de una política integral y de desarrollo sustentable.

Este último concepto “desarrollo sustentable”, ha sido muy poco materializable. Fue acuñado en 1980 en la Estrategia Mundial para la conservación de la Naturaleza (CICN, por sus siglas en inglés) del Programa de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y trata de conciliar el desarrollo económico

⁵ BLANCO, Carlos, *A la hora de comer ¿qué nos preocupa?*, México, Fondo de Cultura Económica 2005. pág. 18.

con la conservación y protección de los recursos naturales, y se le encuentra empotrado en los artículos 3º, 4º, 25 y 27 de la Constitución.

Según Jorge Witker dicho concepto contiene tres elementos:⁶ la cobertura de necesidades básicas en la presente generación, la capacidad de los sistemas naturales para lograrlo y la cobertura de las necesidades de generaciones futuras. Pero más allá de lo anterior, el desarrollo sustentable sólo puede entenderse como un proceso, y que sus restricciones más importantes tienen relación con la explotación de los recursos, la orientación de la evolución tecnológica y el marco institucional.

Su inserción en el texto constitucional ha tenido la intención de construir las instituciones jurídicas y políticas que le darían viabilidad al proyecto nacional y crear los instrumentos de intervención del Estado en la economía, para promover un desarrollo más acelerado y equilibrado de las fuerzas productivas, hacer frente a los impactos de las crisis económicas internacionales manteniendo la soberanía de la nación y dar sustento a un proceso de industrialización mediante la orientación, regulación y fomento de las actividades económicas.

En teoría, a partir de estas orientaciones se fue dotando al Ejecutivo de los instrumentos de la rectoría conforme lo fueron exigiendo las realidades y los programas de los distintos gobiernos de la Revolución. Ello ha permitido conducir la acelerada modernización del país, en los principios democráticos y dentro de un equilibrio social y dinámico.⁷ Esto conforme a una programación democrática que se traduce en el denominado Plan Nacional de Desarrollo –aunque bien intencionado no posee efectos vinculativos para el ejecutivo.

Por otro lado, el Estado no ha prestado mucha atención al diseño del desarrollo tecnológico como eje para alcanzar “el

⁶ WITKER, Jorge, *Introducción al derecho económico*, 4ª ed., México, Mc Graw Hill 1999, pág. 100.

⁷ DANTON RODRÍGUEZ, Luis, “Rectoría económica del estado”, en Carpizo, Jorge (coord), *El Constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, tomo VI, UNAM 1998. pág. 450.

desarrollo sustentable”, pues el modelo actual posee amplias debilidades e insuficiencias importantes tanto en su diseño como en su implementación. Por una parte es claro que la ampliación de la participación de actores y organismos diversos no ha generado en la práctica espacios de participación reales en la formulación de la política científica y económica. Esto ha propiciado el activismo de algunos grupos que perciben que los espacios de participación diseñados en el Plan Nacional de Desarrollo no están produciendo los resultados con la amplitud e intensidad que se había previsto. Enrique Cabreño señala sobre las deficiencias en la política de desarrollo sustentable: “prueba de ello es la percepción generalizada entre la comunidad académica de que no existe una “estrategia pública pertinente para el sector”. Por otra parte la poca claridad conceptual y operativa sobre el significado preciso de la orientación a la competitividad nacional que se propone para el sector, ha generado que los diferentes grupos que tienen intereses en esta política la interpreten de manera diferente.⁸

Esto, en las políticas de estado, apenas va tomando una verdadera contextura al nivel de las necesidades poblacionales, el tema agroalimentario, tal y como lo indicó Mariano Palacios, señaló que las características más generales de la política gubernamental en el ámbito alimentario durante los últimos 20 años, los planteamientos contenidos en los planes de política, como la satisfacción de las necesidades básicas de la población y la recuperación de la autosuficiencia alimentaria, en la práctica no han sido logrados. La situación de crisis que enfrenta el sector agroalimentario, los padecimientos nutricionales de la población y la dependencia tecnológica de la industria alimentaria son factores que, a pesar de los planteamientos de política diseñados, permanecen prácticamente inalterados,⁹

⁸ VALADÉS, Diego, Cabrero Mendoza, Enrique, *El diseño institucional de la política de ciencia y tecnología en México*, México, UNAM CIDE 2006. pág. 9.

⁹ PALACIOS ALCOCER, Mariano. *El Régimen de Garantías Sociales en el Constitucionalismo Mexicano, Evolución y Perspectivas Contemporáneas*. pág. 214.

lo que al día de hoy continúa vigente y en proceso continuo de buscar una política de estado mayormente equitativa en el acceso a una alimentación idónea y una soberanía alimentaria de la nación.

En esa visión profunda de los aspectos sociales, Palacios abordó el estudio de los problemas inherentes al derecho a la alimentación, no sólo desde la arista normativa, sino que vinculó integralmente su pensamiento a los aspectos de orden sociológico y de política pública y de estado, señalando en relación con el binomio alimentación-población, así como las estrategias que ha planteado el Estado con el fin de solucionar la pobreza, permiten integrar un marco de referencia para valorar la importancia que podría adquirir la biotecnología que enfrentará con éxito los principales problemas nutricionales y de producción de alimentos en el país.¹⁰

Como lo acabamos de señalar, también transita por la innovación tecnológica, como en el campo de la seguridad agroalimentaria, el tema de la biotecnología, la que se entiende en términos generales, como cualquier técnica utilizada para crear o modificar productos de organismos vivientes para mejorar plantas o animales o para desarrollar microorganismos útiles.¹¹ Aunque el hombre desde tiempos antiguos la ha practicado de forma empírica y rudimentaria al cruzar distintas clases de ganado y de plantas, con el propósito de obtener variedades de mayor utilidad para su subsistencia, al día de hoy dicha tecnología ha tenido un avance descomunal y sus procesos por ende, se han sofisticado de tal manera que podemos, a través de la manipulación y diseño genético, crear tecnología verde que hubiésemos tardado muchas generaciones en poder desarrollarla con las prácticas tradicionales, esto con la idea de que sea la ciencia y el desarrollo científico parte de los nuevos ejes para poder reducir la brecha social en materia de alimentación y potenciar dicho derecho en la población.

¹⁰ *Idem.*

¹¹ MELGAR FERNÁNDEZ, Mario, *Biotecnología y propiedad intelectual: un enfoque integrado desde el derecho internacional*, México, UNAM 2005. pág. 105.

Evidentemente el uso de la biotecnología, puede representar un gran beneficio social si se le encamina a un uso adecuado, garantizando el abasto alimentario, en el caso de la ecología como sistema de bio remediación, así como una tecnología de bajo costo para el agricultor, misma que debe ser direccionada por el estado de forma adecuada, lo que permitiría contribuir a un desarrollo integral y justicia social.

En ese enfoque, donde el desarrollo tecnológico proporcione elementos para poder coadyuvar a potenciar el derecho de nuestra población en materia alimentaria, debe también correlacionarse con los aspectos económicos, salud y medioambiente, que influyen directamente sobre los tópicos del campo, y por ende, de los alimentos, por lo que, éstos nos deben llevar al concepto de sustentabilidad, donde no sólo se habrá de mantener una suficiencia de alimentos, sino que ésta debe soportar a las generaciones que nos preceden, y por supuesto, no vulnerar la salud, la competencia económica ni el medio ambiente. Consecuentemente, esto se traduce en el concepto de desarrollo sustentable, que en materia agroalimentaria en nuestro país será definido como desarrollo rural sustentable.

Por lo que respecta al desarrollo rural sustentable, su prioridad del estado es lograr la autosuficiencia en alimentos, lo cual ha representado un problema en nuestro país dada la falta de desarrollo tecnológico; hasta hace algún tiempo, nos encontrábamos en la posibilidad de proporcionar a nuestra población, tanto rural como urbana, sus propios alimentos; sin embargo, esta situación ha cambiado radicalmente. Hoy en día, nos vemos en la necesidad de importar cantidades enormes de alimentos básicos en forma permanente para satisfacer su demanda.

Señala Pedro Hernández Gaona¹² que México ha tratado de crear programas para lograr la autosuficiencia alimentaria; la primera experiencia fue con Lázaro Cárdenas, quien realizó un doble esfuerzo: en el plano de la productividad llevó a cabo

¹² HERNÁNDEZ GAONA, Pedro, "Desarrollo rural integral", en Carpizo, Jorge (coord), *El Constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, tomo V, UNAM 1998. pág. 165-166.

el reparto masivo de la tierra, y en el plano del abastecimiento se logró la interrelación entre organizaciones campesinas y obreras, para lograr un puente entre la producción y el abasto, lo cual se realizó con resultados positivos. Desgraciadamente, debido a la Segunda Guerra Mundial, se suspendió este intento. Un punto crítico es el insuficiente desarrollo de los mercados regionales, el cual, sumado a la mala infraestructura de almacenamiento, propicia una intermediación ineficiente, así como también procesos de concentración y monopolización en los mercados. Lo que nos vuelve a poner en la mesa un escenario de la biotecnología, que puede, en breve, ser una realidad como estrategia para el desarrollo rural sustentable.

El desarrollo sustentable se engarza con los principios de seguridad alimentaria, la protección al medio ambiente, así como la rectoría económica del estado y, por supuesto, el desarrollo humano de forma integral para alcanzar una justicia equitativa y social. Como otros elementos que engarzan el desarrollo sustentable para reforzarlo, según lo señala Beatriz Chapoy, que el logro de un bienestar social óptimo descansa en dirigir simultáneamente y con éxito, tres factores estrechamente relacionados entre sí: la distribución equitativa del ingreso, el diseño eficaz del uso de los recursos para obtener una tasa y un modelo de crecimiento eficientes, a un alto nivel de empleo con precios constantes. La responsabilidad cardinal respecto a las medidas de estabilización macroeconómica, de redistribución del ingreso y de asignación de recursos debe responder al gobierno nacional.¹³

Bajo tal tesitura, las acciones para potenciar el derecho consagrado en el referido artículo 4º de nuestra Carta Magna, se ha visto materializado tomando forma con la base del desarrollo sustentable, por lo que desde el sexenio pasado en el correspondiente Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012, se establecieron como premisas básicas cinco ejes rectores, denominando al segundo “Economía competitiva y generadora

¹³ CHAPOY BONIFAZ, Dolores Beatriz, *Finanzas nacionales y finanzas estatales*, México, UNAM 2006, pág. 31.

de empleos”, la que al referirse al sector agropecuario señala como uno de sus objetivos, el “Abastecer al mercado interno con alimentos de calidad, sanos y accesibles, provenientes de nuestros campos y mares”, mencionando en su estrategia:

Proteger al país de plagas y enfermedades y mejorar la situación sanitaria, garantizando la aplicación de la normatividad vigente en materia de sanidad e inocuidad agroalimentaria y mejorarla permanentemente para mantener el reconocimiento a nuestros status sanitarios por parte de los mercados globales.

Por lo que emergió el Programa Sectorial de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, estableciendo la misión de lograr el desarrollo de una nueva sociedad rural basada en el crecimiento sustentable de los sectores agroalimentario y pesquero, con una continua superación y capacitación de sus agentes que les permita mantener actividades productivas, rentables y competitivas tanto agroalimentarias, pesquera, como de otra naturaleza. Esto incluía las acciones de sanidad e inocuidad en materia agropecuaria, acuícola y pesquera, cuyo fin es aportar al consumidor alimentos inocuos, es decir, alimentos que no afecten su salud por la acción de contaminantes físicos, químicos o biológicos.

Para lograr el objetivo de obtener alimentos inocuos es fundamental cuidar la sanidad agropecuaria, acuícola y pesquera, por lo que se potenciaría con la participación activa de los tres niveles de gobierno y el sector privado, con lo que se prevé una estrategia global entre el gobierno y los productores, en beneficio de la producción alimentaria.

Dicha línea de trabajo se ha conservado en el presente sexenio y se continúa con el propósito de potenciar el derecho a los alimentos sanos e inocuos, pero aun nos encontramos lejos de cumplir con esa encomienda, que tanto anhela reducir la justicia social al garantizar el abasto y acceso de alimentos de calidad para la población y, por ende, una seguridad agroalimentaria, esto propiciaría un paso más, cerca de cumplir con

los principios de justicia y equidad que son ejes rectores de la Constitución desde sus inicios, además de que lanzaría a nuestro país a nuevos horizontes, a nivel internacional de estándares de vida para su población y sus derechos fundamentales.

III. EL DERECHO A LA SALUD, COMO EJE DEL DESARROLLO HUMANO

El derecho a la salud fue introducido en el texto de la Constitución General mediante la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 3 de febrero de 1983, que establece:

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.

En relación al derecho a la salud, señala Palacios que la satisfacción de las necesidades de salud de la población sólo se pueden alcanzar mediante la atenuación del enfrentamiento desigual a los daños a la salud, lo que supone la satisfacción de las otras necesidades esenciales y el acceso universal de la población a la totalidad de los servicios personales y colectivos en un sistema nacional de salud único, donde la población participe activamente en el auto cuidado de la salud.¹⁴

Como lo señalamos en el rubro anterior, el aspecto alimentario se encuentra estrechamente ligado con la salud, pues en gran medida la ingesta en cuanto a la calidad de los alimentos, la cantidad y los hábitos, repercuten directamente en diversas enfermedades y padecimientos de la población, por lo que

¹⁴ PALACIOS ALCOCER, *El Régimen de Garantías Sociales en el Constitucionalismo Mexicano, Evolución y Perspectivas Contemporáneas*. op. cit., pág. 229.

ambos derechos deben entenderse de manera integral y correlacionada, lo que también fue indicado por el propio Palacios señalando que en el aspecto alimentario, es necesario difundir propiedades y posibilidades de hacer más variada nuestra dieta diaria, procurando la economía familiar al divulgar el consumo de alimentos olvidados por las nuevas costumbres y que guardan un potencial importante en la mesa del mexicano.¹⁵ Lo que constituye una cultura sanitaria de prevención, a partir de concientizar a la población sobre sus hábitos alimentarios y de las propiedades de los mismos.

El análisis que efectúa en dicho derecho fundamental, lo aborda en sus distintas dimensiones, como lo es la jurídica, la social y la económica, señalándonos que la salud es un factor fundamental para toda la comunidad: es la vivencia de su progreso, o la testimonial de su atraso. La preservación de la salud es la premisa para emprender todas las actividades humanas, de ahí la importancia concedida en foros internacionales y programas nacionales; sin embargo, su ciclo vital involucra aspectos genéticos que necesariamente plantean nuevos retos: surgen padecimientos endémicos para los que aún no hay medicamento y sólo la prevención puede impedir su proliferación, mediante una difusión cultural entre la población y la integración de acciones dispersas que permitan a la población una participación con iguales oportunidades en el progreso del país.¹⁶

Otro aspecto esencial en materia de salud es el acceso a los servicios sanitarios, sobre dicho punto, autores como Ingrid Brena, señalan que lograr y alcanzar la salud es una finalidad que implica contar con un complejo sistema de servicios médicos, instalaciones, equipo y personal. Corresponde a la administración pública organizar los servicios médicos para la población de bajos recursos que se encuentre imposibilitada

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ *Ibidem.* pág. 235.

de acceder a los servicios de medicina privada.¹⁷ Esto implica una agenda gubernamental enfocada a políticas de acceso general a la población de los servicios públicos sanitarios que le garanticen el derecho a la salud.

No obstante a que el derecho a la salud se encuentra garantizado a nivel constitucional y cuya norma secundaria es la Ley General de Salud, prevé un sistema nacional de salud, las políticas gubernamentales a los tres niveles de gobierno se encuentran lejos de poseer una línea uniforme para la atención de dicha necesidad general, ya sea por falta de una visión profunda del tema o por la falta de recursos públicos para la atención de dicha necesidad, lo que a pesar de los avances tanto normativos, políticas sanitarias y el desarrollo científico en materia de salud, aun se encuentre la población en descubierto de potencializarse su derecho a la salud y muchas veces ni siquiera el acceso al mismo.

Al respecto, Mariano Palacios, señala puntualmente dicha asimetría en las políticas en materia de salud, la descoordinación de las distintas dependencias y entidades públicas que actúan en el campo de la salud, genera duplicidades, contradicciones, dispendio de esfuerzos, derroche de recursos y pérdida de tiempo, siempre en perjuicio de los mexicanos.¹⁸ Lo que propicia en sí un distanciamiento de la meta de cubrir dicha obligación Constitucional por falta de una visión coordinada del tópico.

Otro aspecto que no ha sido atendido de manera integral en las políticas públicas en materia de salud, es el auge en el desarrollo de los avances médicos, que ha traído consigo una ola de posibilidades en su utilización y efectos benéficos potenciales en la población, lo que ha impactado en diversos aspectos que le atañen a nivel social, económico y, por supuesto, al derecho. Dicha multitud de aspectos que abarca, ha generado diversos problemas sociales, éticos, jurídicos y eco-

¹⁷ BRENA SESNA, Ingrid, *El derecho y la salud*, México, 2004, p. 16.

¹⁸ PALACIOS ALCOCER, Mariano. *El Régimen de Garantías Sociales en el Constitucionalismo Mexicano, Evolución y Perspectivas Contemporáneas*. p. 236,

nómicos que deben caminar armónicamente para beneficio y bienestar de la sociedad, como lo es la falta de acceso a dichos a la población en general con menores recursos, debido a los altos costos de aquellos desarrollos médicos, sin dejar de vista la falta de su difusión.

Aunado a las dificultades para acercar los últimos avances de la ciencia en materia de salud, a la población en su generalidad, también se suma la falta de apuesta de nuestro país de la investigación científica en materia de salud y, por ende, la poca existente carece de su difusión, lo que constituiría un estado de indefensión de la población, ante la falta de información sobre el estado de arte médico para poder atender sus padecimientos. Palacios, en obras que ha dedicado a la educación e investigación, detectó tal situación que, desafortunadamente, continúa presente, señalando que la divulgación de los resultados de la investigación requiere de un ágil mecanismo de soporte que permita su rápida publicación en libros o revistas nacionales y de circulación internacional. Las dificultades para publicar debemos combatirlas, sin bajar la calidad de libros y revistas, por el contrario el científico nacional debe tener presencia cuantitativa y cualitativa en la comunidad mundial.¹⁹

Conforme a lo que hemos señalado, es importante resaltar un avance del Estado mexicano en materia de salud, en general, para toda la población, pero aún queda una brecha abismal para poder cubrir ese derecho fundamental, dado que lo efectuado resulta insuficiente. En ese sentido, Mariano Palacios lo burila señalando la innegable vinculación que existe entre el mejoramiento de la salud, el bienestar de la población, la distribución del ingreso, el empleo, el disfrute del tiempo libre, el incremento de la productividad y de la producción, es uno de los retos a los que se enfrentan las sociedades que buscan la justicia social.²⁰ Por lo que representa un anhelo a cumplir

¹⁹ GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios y PALACIOS ALCOCER, Mariano, Educación superior y partidos políticos en México 1994, Universidad Autónoma de México, México, 1995. pág. 223.

²⁰ *Ibidem* 221.

para la actual generación, el cumplimentar dichos principios prescritos por nuestra Carta Magna.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO, Carlos. *A la hora de comer ¿qué nos preocupa?*, México, Fondo de Cultura Económica 2005.
- BRENA SESNA, Ingrid. *El derecho y la salud*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2004.
- CHAPOY BONIFAZ, Dolores Beatriz. *Finanzas nacionales y finanzas estatales*, México, UNAM 2006.
- DANTON RODRÍGUEZ, Luis. Rectoría económica del estado, en *El Constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, tomo VI, UNAM 1998, Carpizo Jorge (coor).
- GONZÁLEZ IBARRA, Juan de Dios y PALACIOS ALCOCER, Mariano, *Educación superior y partidos políticos en México 1994*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1995.
- HERNÁNDEZ GAONA, Pedro. Desarrollo rural integral, en *El Constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*, tomo V, UNAM 1998, Carpizo Jorge (coor).
- MELGAR FERNÁNDEZ, Mario. *Biotecnología y propiedad intelectual: un enfoque integrado desde el derecho internacional*, México, UNAM 2005.
- PALACIOS ALCOCER, Mariano. La Constitución de 1917, en *El Constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX*. UNAM 1988, Carpizo, Jorge (coor.).
- PALACIOS ALCOCER, Mariano. *Las entidades federativas y la Constitución*, en *Estudios jurídicos entorno a la Constitución Mexicana de 1917*, UNAM, México, 1992, Álvarez Castro, María del Carmen (coor.).

- PALACIOS ALCOCER, Mariano. *El Régimen de Garantías Sociales en el Constitucionalismo Mexicano, Evolución y Perspectivas Contemporáneas*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1995.
- VALADÉS, Diego, CABRERO MENDOZA, Enrique, *El diseño institucional de la política de ciencia y tecnología en México*, México, UNAM CIDE 2006.
- WITKER, Jorge. *Introducción al derecho económico*, 4ª ed., México, Mc Graw Hill 1999.

REGULACIÓN ECONÓMICA

*Héctor Silva Meza**

SUMARIO: Dedicatoria. I. Introducción; II. La actividad económica y el Estado; III. Principio constitucional de rectoría en materia económica; IV. La regulación en la Constitución; V. Los órganos reguladores en la Constitución; VI. Los órganos reguladores de la actividad del Estado; VII. Los órganos reguladores de la actividad del Estado y la jurisdicción; VIII. Conclusiones; IX. Legislación Consultada.

DEDICATORIA

Con agradecimiento al Doctor Don Mariano Palacios Alcocer, maestro de generaciones, reconociendo sus méritos académicos a lo largo de cuarenta años que con esta obra se celebran. Considero un privilegio personal el haber recibido del Doctor su cátedra sobresaliente sobre un tema complejo e interesante, el Federalismo y Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de nuestra Universidad Nacional Autónoma de México, impartido en sede del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. La educación pública superior en nuestro país está representada en grado de excelencia por el maestro Doctor Don Mariano Palacios Alcocer.

* Magistrado del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, adscrito a la Sala Especializada en Materia Ambiental y de Regulación.

I. INTRODUCCIÓN

La actuación de los Órganos Reguladores del Estado es de trascendencia cada vez más evidente, como proporcionalmente es el crecimiento, la complejidad técnica y la mundialización de la actividad económica. Dichos entes actúan en ámbitos muy diversos y esenciales para el desarrollo de nuestro país, como: las telecomunicaciones, los hidrocarburos, la energía, el medio ambiente, la actividad financiera, la acuicultura y la pesca, la competencia económica, la mejora regulatoria, los riesgos sanitarios, el transporte aéreo internacional, la seguridad nuclear, el agua, entre otros.

El Estado, fijando políticas, orienta e impulsa esas actividades, valiéndose de instrumentos de organización especializados. Los tres poderes constitucionales del Estado participan en el diseño legislativo, operación administrativa y resolución de controversias en la vía jurisdiccional. Con la acción conjunta de los poderes se forma la política del Estado Mexicano en materia económica siguiendo los principios que la Constitución fija.

Sin embargo, los rígidos principios constitucionales conviven con los cambiantes modelos económicos. Es un reto para nuestra sociedad hacer convivir en la praxis, principios rígidos del derecho con realidades cotidianas de la economía, en parte, nuestra solución nacional en este aspecto se apoya en estructuras especializadas en temas específicos de la actividad económica, los más trascendentes y hasta los estratégicos para el desarrollo del país.

Economía y derecho se relacionan en nuestro sistema político con el actuar de órganos reguladores, que con el estudio especializado de sus exclusivos ámbitos de la actividad económica buscan orientar congruentemente el desarrollo económico nacional.

II. LA ACTIVIDAD ECONÓMICA Y EL ESTADO

Independientemente de cuál sea en la actualidad la orientación ideológica de cualquier Estado, se puede afirmar que por diversos mecanismos, algunos más otros menos intervencionistas, la actividad económica recibe la influencia del aparato estatal a través de sus normas.

El Estado, en mayor o menor medida, regula mediante la creación y aplicación de las normas jurídicas las relaciones con significado económico, así como el diseño de las estructuras orgánicas necesarias para esa finalidad.

Cuando se trate de actividad económica en áreas altamente tecnificadas se requiere que el Estado perfeccione sus órganos rectores, de manera que su especialización y normatividad tengan un desarrollo concomitante.

III. PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE RECTORÍA EN MATERIA ECONÓMICA

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente establece en lo económico una serie de principios que consideran al propio Estado como el rector del desarrollo nacional. Si tratamos de entender este principio explicándonos de manera integral lo que expresa el artículo 25 constitucional, vinculando el alcance de esa rectoría con los conceptos de Estado, soberanía nacional y democracia, indican que el Estado, es decir, la suma de los tres poderes legislativo, ejecutivo y judicial, actuando en el ámbito de competencia que a cada uno de ellos le otorga la Constitución, con la participación de los diversos sectores de la sociedad, expresados por los mecanismos de representación democráticos, son el instrumento que orienta nuestra actividad económica nacional.

Observando las manifestaciones actuales de nuestra sociedad civil cada vez más activa y participativa, no imaginamos

el principio constitucional de rectoría económica del Estado sin la intervención de esa sociedad, expresada por los medios democráticos reconocidos institucionalmente, que haga valer su opinión en la parte que le atañe del fenómeno económico, sea en su carácter de productor de bienes o servicios, o inclusive en el otro extremo de la relación, en la categoría de consumidor. Es claro que, institucionalmente, tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo, en el diseño y ejecución de la política económica, deben democráticamente escuchar y atender la opinión de los actores de la relación económica.

El artículo 28 constitucional define como áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos; petroquímica básica; minerales radioactivos y generación de energía nuclear; electricidad. La comunicación vía satélite y los ferrocarriles las define como áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución, dejando fuera de duda que el Estado ejerce en ellas su rectoría.

IV. LA REGULACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.¹

De la cita precedente del artículo 25 de nuestra Constitución, se destacan dos ideas centrales que habrá de seguir el Estado para lograr el crecimiento económico y el empleo, así como una justa distribución de la riqueza, que también son aspiraciones del constituyente: la regulación y el crecimiento económicos.

¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 25, segundo párrafo.

En cuanto a los principios básicos de la regulación económica, contenidos en nuestra Constitución, son destacables sus artículos 27 y 28.

En efecto, en dichos preceptos, entre otros aspectos torales de la actividad económica nacional, se marcan principios constitucionales en materia de: el derecho de la nación de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público; regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación; ordenar los asentamientos humanos y establecer, preservar y restaurar el equilibrio ecológico, para el fomento de la agricultura, de la ganadería, de la silvicultura; el dominio directo de todos los recursos naturales de la plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas; de todos los minerales que constituyan depósitos cuya naturaleza sea distinta de los componentes de los terrenos, tales como los minerales de los que se extraigan metales y metaloides utilizados en la industria; los yacimientos de piedras preciosas, de sal de gema y las salinas formadas directamente por las aguas marinas; los productos derivados de la descomposición de las rocas, cuando su explotación necesite trabajos subterráneos; los yacimientos minerales u orgánicos de materias susceptibles de ser utilizadas como fertilizantes; los combustibles minerales sólidos; el petróleo y todos los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos; y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional; las aguas del subsuelo; energía eléctrica; aprovechamiento de los combustibles nucleares para la generación de energía nuclear.

Por otra parte, el artículo 6 constitucional, determina en materia de radiodifusión y telecomunicaciones que estos son servicios públicos de interés general, por lo que el Estado garantizará que sean prestados en condiciones de competencia, calidad, pluralidad, cobertura universal, interconexión, convergencia, continuidad, acceso libre y sin injerencias arbitrarias.

El Estado contará con los organismos y empresas que requiera para el eficaz manejo de las áreas estratégicas a su cargo

y en las actividades de carácter prioritario donde, de acuerdo con las leyes, participe por sí o con los sectores social y privado.

Asimismo, el artículo 73 constitucional confiere al Congreso facultades para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, servicios financieros, energía eléctrica, uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal, en materia de pesca y acuicultura.

V. LOS ÓRGANOS REGULADORES EN LA CONSTITUCIÓN

Con lo antes escrito, es indudable la intervención del Estado como rector de la economía en una vasta gama de actividades con ese significado. Su rectoría la ejerce en el ámbito administrativo a través de órganos con competencia específica, algunas veces dicha competencia se ejerce por dependencias del sector central, secretarías, direcciones generales, órganos desconcentrados, o por dependencias del sector paraestatal.

De cualquier forma, participan dentro de la Administración Pública Federal que, tal como dice el artículo 90 constitucional, será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso.

Aparte de estos enunciados generales, que son base constitucional para la organización administrativa general, solamente están previstos de manera especial dentro de la propia Constitución, el recién creado Instituto Federal de Telecomunicaciones y la Comisión de Competencia Económica, reflejo de la importancia actual de estas materias y de la necesidad de fortalecer su autonomía técnica y operativa para regular y organizar eficientemente sus ámbitos de competencia.

Discusiones de los últimos años muestran que subyace la necesidad de revisar a fondo las figuras de organización administrativa, tradicionales en nuestro derecho, para encontrar la manera de operar la regulación de la economía por el Estado. Se estudia, y en ocasiones se duda, sobre la idoneidad de los

órganos desconcentrados, descentralizados o los organismos constitucionales autónomos. Incluso se ha puesto en el foro la idea de liberalizar la actividad económica de la regulación, lo que coloca el tema en el terreno de la política.

VI. LOS ÓRGANOS REGULADORES DE LA ACTIVIDAD DEL ESTADO

Partiendo de nuestra Constitución toca, a la legislación ordinaria normar las actividades económicas relevantes y estratégicas, tanto en sus aspectos sustantivos como orgánicos, para lo cual se despliegan importantes y profusos ordenamientos administrativos especializados, en los que se crea y se define la competencia de los órganos reguladores; para muestra sólo señalaremos algunos de los que consideramos más presentes en nuestra realidad económica actual:

Telecomunicaciones. En materia de telecomunicaciones es innegable la importancia económica de este sector a nivel nacional como mundial, siendo una de las ramas que mayor interés y flujos de inversión generan en la actualidad, fue objeto de una importante y completa reforma constitucional que entró en vigor el 12 de junio de 2013; queda por emitir la legislación ordinaria que puntualice la regulación en la materia.

Destacamos algunos aspectos de la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones y radiodifusión así, dice el artículo 6 constitucional, que las telecomunicaciones y la radiodifusión son servicios públicos de interés general, en tanto el artículo 27 constitucional dispone que las concesiones en materia de radiodifusión y telecomunicaciones, serán otorgadas por el Instituto Federal de Telecomunicaciones; el artículo 28 constitucional define al Instituto Federal de Telecomunicaciones como un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, tendrá a su cargo la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la

prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, así como del acceso a infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales, garantizando lo establecido en los artículos 6° y 7° de la Constitución.

El Instituto Federal de Telecomunicaciones será también la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, por lo que en éstos ejercerá en forma exclusiva las facultades que este artículo y las leyes establecen para la Comisión Federal de Competencia Económica, y regulará de forma asimétrica a los participantes en estos mercados con el objeto de eliminar eficazmente las barreras a la competencia y la libre concurrencia; impondrá límites a la concentración nacional y regional de frecuencias, al concesionamiento y a la propiedad cruzada que controle varios medios de comunicación que sean concesionarios de radiodifusión y telecomunicaciones, que sirvan a un mismo mercado o zona de cobertura geográfica, y ordenará la desincorporación de activos, derechos o partes necesarias para asegurar el cumplimiento de estos límites.

Competencia económica. La reforma constitucional vigente a partir del 12 de junio de 2013, involucró paralelamente a la temática de las telecomunicaciones y radiodifusión, la competencia económica, así el artículo 27 constitucional dispone que la ley castigará severamente, y las autoridades perseguirán con eficacia, toda concentración o acaparamiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario que tenga por objeto obtener el alza de los precios; todo acuerdo, procedimiento o combinación de los productores, industriales, comerciantes o empresarios de servicios, que de cualquier manera hagan, para evitar la libre concurrencia o la competencia entre sí o para obligar a los consumidores a pagar precios exagerados y, en general, todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a favor de una o varias personas determinadas y con perjuicio del público en general o de alguna clase social.

El Estado contará con una Comisión Federal de Competencia Económica, que será un órgano autónomo, con per-

sonalidad jurídica y patrimonio propio, que tendrá por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados, en los términos que establecen la Constitución y las leyes. La Comisión contará con las facultades necesarias para cumplir eficazmente con su objeto, entre ellas, las de ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia, regular el acceso a insumos esenciales, y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos.

La Comisión Federal de Competencia será independiente en sus decisiones y funcionamiento, profesional en su desempeño e imparcial en sus actuaciones, podrá emitir disposiciones administrativas de carácter general, exclusivamente, para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia.

Este ámbito de regulación del Estado, la competencia económica se complementa a nivel ordinario con la aplicación de la Ley Federal de Competencia Económica publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de diciembre de 1992, involucra en su capitulado importantes temas económicos y es aplicable a todas las áreas de la actividad económica, salvo las telecomunicaciones, que se reserva al Instituto Federal de Telecomunicaciones; tiene por objeto proteger el proceso de competencia y libre concurrencia, mediante la prevención y eliminación de monopolios, prácticas monopólicas y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados de bienes y servicios; define en su articulado las prácticas monopólicas absolutas y las relativas para manipular el mercado o para excluir agentes económicos del mismo; trata respecto de concentración de agentes económicos, sancionando aquellas cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia.

Mejora regulatoria. La Comisión Federal de Mejora Regulatoria como órgano regulador de la actividad del Estado, sustenta su competencia y actividad en la Ley Federal sobre Metrología y Normalización publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1° de julio de 1992, que tiene por objeto: establecer el Sistema General de Unidades de Medida; precisar los conceptos fundamentales sobre metrología; establecer los requisitos para la fabricación, importación, reparación, venta, verificación y uso de los instrumentos para medir y los patrones de medida; establecer la obligatoriedad de la medición en transacciones comerciales y de indicar el contenido neto en los productos envasados; instituir el Sistema Nacional de Calibración; fomentar la transparencia y eficiencia en la elaboración y observancia de normas oficiales mexicanas y normas mexicanas; establecer un procedimiento uniforme para la elaboración de normas oficiales mexicanas por las dependencias de la administración pública federal; promover la concurrencia de los sectores público, privado, científico y de consumidores en la elaboración y observancia de normas oficiales mexicanas y normas mexicanas, entre otras atribuciones.

Riesgos sanitarios. La Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios es un órgano regulador del Estado que no tiene un contenido directamente económico, pero sí con indiscutibles vinculaciones económicas, por lo que es evidente que el Estado está obligado a determinar un esquema de regulación general en un tema vital para la población, su salud. La Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984, reglamenta el derecho a la protección de la salud que tiene toda persona en los términos del artículo 4° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general. Además, define lo que se considera materia de salubridad general, las autoridades sanitarias, la constitución del Sistema Nacional de Salud y sus objetivos, así como la

competencia entre la Federación y las entidades federativas en la materia.

Se establece que la Secretaría de Salud ejercerá las atribuciones de regulación, control y fomento sanitarios a través de un órgano desconcentrado que se denominará Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, al que le compete la evaluación de riesgos a la salud en las materias de su competencia, así como identificar y evaluar los riesgos para la salud humana que generen los sitios en donde se manejen residuos peligrosos. Además de proponer la política nacional de protección contra riesgos sanitarios, así como su instrumentación en materia de: establecimientos de salud; medicamentos y otros insumos para la salud; disposición de órganos, tejidos, células de seres humanos y sus componentes; alimentos y bebidas; productos cosméticos; productos de aseo; tabaco, plaguicidas, nutrientes vegetales, sustancias tóxicas o peligrosas para la salud; productos biotecnológicos, suplementos alimenticios, materias primas y aditivos que intervengan en la elaboración de los productos anteriores; así como de prevención y control de los efectos nocivos de los factores ambientales en la salud del hombre, salud ocupacional y saneamiento básico, entre otras importantes cuestiones.

Banca y valores. La Comisión Nacional Bancaria y de Valores, órgano regulador en la materia, sustenta su competencia en la Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de abril de 1995, que define a la Comisión como órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, con autonomía técnica. Su objeto es supervisar y regular a las entidades integrantes del sistema financiero mexicano, a fin de procurar su estabilidad y correcto funcionamiento, así como mantener y fomentar el sano y equilibrado desarrollo de dicho sistema en su conjunto, en protección de los intereses del público, además de supervisar y regular a las personas físicas y morales cuando realicen actividades previstas en las leyes relativas al sistema financiero, considerando como entidades financieras

integrantes del Sistema Financiero Mexicano a las sociedades controladoras de grupos financieros, instituciones de crédito, casas de bolsa, especialistas bursátiles, bolsas de valores, sociedades de inversión, sociedades operadoras de sociedades de inversión, sociedades distribuidoras de acciones de sociedades de inversión, almacenes generales de depósito, uniones de crédito, arrendadoras financieras, empresas de factoraje financiero, sociedades de ahorro y préstamo, casas de cambio, sociedades financieras de objeto limitado, sociedades financieras de objeto múltiple reguladas, sociedades financieras populares, instituciones para el depósito de valores, contrapartes centrales, instituciones calificadoras de valores, sociedades de información crediticia, sociedades financieras comunitarias, sujetas a la supervisión de la Comisión y los organismos de integración financiera rural, así como otras instituciones y fideicomisos públicos que realicen actividades financieras y respecto de los cuales la Comisión ejerza facultades de supervisión, todas ellas constituidas conforme a las leyes mercantiles y financieras, a las sociedades cooperativas de ahorro y préstamo, a las federaciones a que se refiere la Ley de Ahorro y Crédito Popular, al fondo de protección a que se refiere la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo, así como al referido en la Ley de Ahorro y Crédito Popular.

Seguros y fianzas. La Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, como órgano regulador en materia de seguros conforme a lo que dispone la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de agosto de 1935, regula la organización y funcionamiento de las instituciones y sociedades mutualistas de seguros, las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar, así como las de los agentes de seguros y demás personas relacionadas con la actividad aseguradora, en protección de los intereses del público usuario de los servicios correspondientes. Además de que es órgano consultor de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en la materia,

es un órgano desconcentrado de dicha dependencia y tiene facultades de inspección, vigilancia y sanción administrativas; además emite las normas de carácter prudencial orientadas a preservar la solvencia, liquidez y estabilidad financiera de las instituciones y sociedades mutualistas de seguros.

Como reguladora en materia de fianzas, conforme establece la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1950, actúa para regular la organización y funcionamiento de las instituciones de fianzas, las actividades y operaciones que las mismas podrán realizar, así como las de los agentes de fianzas y demás personas relacionadas con la actividad afianzadora, en protección de los intereses del público usuario de los servicios correspondientes.

Protección y defensa de los usuarios de servicios financieros.

La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros está prevista en la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de enero de 1999, que dispone que la protección y defensa de los derechos e intereses de los usuarios estará a cargo de un organismo público descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propios, denominado Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, con domicilio en el Distrito Federal, cuyo objeto es la protección y defensa de los derechos e intereses del público usuario de los servicios financieros que prestan las instituciones públicas, privadas y del sector social debidamente autorizadas, así como regular la organización, procedimientos y funcionamiento de la entidad pública encargada de dichas funciones. Esta comisión establece y mantiene actualizado un Registro de Prestadores de Servicios Financieros, así como una base de datos de comisiones que le sean reportadas; coadyuva con otras autoridades en materia financiera para lograr una relación equitativa entre las instituciones financieras y los usuarios, así como un sano desarrollo del sistema financiero mexicano; impone sanciones y aplica medidas de apremio.

Hidrocarburos. La Comisión Nacional de Hidrocarburos es un órgano regulador de la actividad económica del Estado en su materia, está comprendida en la Ley de la Comisión Nacional de Hidrocarburos publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de noviembre de 2008 y se instituye la Comisión Nacional de Hidrocarburos como órgano desconcentrado de la Secretaría de Energía, con objeto de regular y supervisar la exploración y extracción de carburos de hidrógeno, que se encuentren en mantos o yacimientos, cualquiera que fuere su estado físico, incluyendo los estados intermedios, y que compongan el aceite mineral crudo, lo acompañen o se deriven de él, así como las actividades de proceso, transporte y almacenamiento que se relacionen directamente con los proyectos de exploración y extracción de hidrocarburos apegándose a la política de hidrocarburos, a la Estrategia Nacional de Energía y a los programas que emita la Secretaría de Energía para elevar el índice de recuperación y la obtención del volumen máximo de petróleo crudo y de gas natural en el largo plazo, en condiciones económicamente viables, de pozos, campos y yacimientos abandonados, en proceso de abandono y en explotación; la reposición de las reservas de hidrocarburos, como garantes de la seguridad energética de la Nación y a partir de los recursos prospectivos, con base en la tecnología disponible y conforme a la viabilidad económica de los proyectos; la utilización de la tecnología más adecuada para la exploración y extracción de hidrocarburos, en función de los resultados productivos y económicos; la protección del medio ambiente y la sustentabilidad de los recursos naturales, en exploración y extracción petrolera; la realización de la exploración y extracción de hidrocarburos, cuidando las condiciones necesarias para la seguridad industrial; la reducción al mínimo de la quema y venteo de gas y de hidrocarburos en su extracción.

Energía. La Comisión Reguladora de Energía está prevista en la Ley de la Comisión Reguladora de Energía publicada en el Diario Oficial de la Federación el 31 de octubre de 1995,

en donde está prevista como órgano desconcentrado de la Secretaría de Energía, con autonomía técnica, operativa, de gestión y de decisión, cuyo objeto, entre otros, es promover el desarrollo del suministro y venta de energía eléctrica a los usuarios del servicio público; la generación, exportación e importación de energía eléctrica que realicen los particulares; la adquisición de energía eléctrica que se destine al servicio público; los servicios de conducción, transformación y entrega de energía eléctrica, entre las entidades que tengan a su cargo la prestación del servicio público de energía eléctrica, y entre éstas y los titulares de permisos para la generación, exportación e importación de energía eléctrica; las ventas de primera mano del gas, del combustóleo y de los petroquímicos básicos; el transporte y distribución de gas, de los productos que se obtengan de la refinación del petróleo y de los petroquímicos básicos; el transporte y distribución de bioenergéticos; así como participar en la determinación de las tarifas para el suministro y venta de energía eléctrica.

Seguridad nuclear. La Comisión Nacional de Seguridad Nuclear y Salvaguardias está contemplada en la Ley reglamentaria del artículo 27 constitucional en materia Nuclear publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de febrero de 1985, que regula la exploración, la explotación y el beneficio de minerales radiactivos, así como el aprovechamiento de los combustibles nucleares, los usos de la energía nuclear, la investigación de la ciencia y técnicas nucleares, la industria nuclear y todo lo relacionado con la misma. La Comisión es un órgano desconcentrado dependiente de la Secretaría de Energía con las siguientes atribuciones: vigilar la aplicación de las normas de seguridad nuclear radiológica, física y las salvaguardias para que el funcionamiento de las instalaciones nucleares y radiactivas se lleven a cabo con la máxima seguridad para los habitantes del país, así como revisar, evaluar y autorizar las bases para el emplazamiento, diseño, construcción y operación.

VII. LOS ÓRGANOS REGULADORES DE LA ACTIVIDAD DEL ESTADO Y LA JURISDICCIÓN

Los órganos reguladores de la actividad del Estado, independientemente de su forma administrativa, son parte de la administración pública, por lo tanto, su expresión se lleva a cabo a través de la emisión de resoluciones administrativas, que en los términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo son recurribles, o impugnables en los términos de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo.

En el ámbito contencioso ordinario, su impugnación se lleva a cabo en sede del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, en donde se creó, entrando en funciones en diciembre de 2011 la Sala Especializada en resoluciones de Órganos Reguladores del Estado, con competencia en todo el territorio nacional cambiando posteriormente a la denominación actual: Sala Especializada en Materia Ambiental y de Regulación.

Toca a dicha Sala tramitar y resolver los juicios que se promuevan en contra de las resoluciones definitivas que: impongan multas por infracción a las normas administrativas federales; pongan fin a un procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente en los términos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, o decidan los recursos.

Así, es materia del conocimiento de la Sala la impugnación de actos administrativos emanados de: Comisión Federal de Competencia, en lo que resulte competente; Comisión Federal de Mejora Regulatoria; Comisión Federal de Telecomunicaciones; Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios; Comisión Nacional Bancaria y de Valores; Comisión Nacional de Facilitación del Transporte Aéreo Internacional; Comisión Nacional de Hidrocarburos; Comisión Nacional de Seguridad Nuclear y Salvaguardias; Comisión Nacional de Seguros y Fianzas; Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros; Comisión Reguladora de Energía.

De acuerdo con la reciente reforma constitucional en telecomunicaciones y competencia económica, corresponde, actualmente, conocer de los juicios en estas materias al Poder Judicial de la Federación por conducto de Juzgados de Distrito y Tribunales Colegiados de Circuito Especializados.

VIII. CONCLUSIONES

a. En sectores muy importantes y tecnológicamente especializados de la actividad económica está presente la actividad reguladora del Estado.

b. En un Estado de Derecho, la regulación se manifiesta a través de normas jurídicas y de órganos administrativos altamente especializados.

c. Constitucionalmente el Estado Mexicano da dirección a la actividad económica para favorecer al interés general; actúan los tres Poderes que lo integran y participa la sociedad que se expresa por los canales democráticos.

d. Los órganos y dependencias reguladoras, así como la legislación que los sustenta, deben diseñarse de manera que su acción pueda acompañar eficazmente el dinamismo de la actividad económica.

e. Asimismo, conforme a la política que se establezca de acuerdo con la rama económica de que se trate, el diseño de la normativa y las estructuras orgánicas debe corresponder al grado de control estatal que se considere adecuado.

IX. LEGISLACIÓN CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley Federal sobre Metrología y Normalización

Ley General de Salud

Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores

Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros

Ley Federal de Instituciones de Fianzas

Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros

Ley de la Comisión Nacional de Hidrocarburos

Ley de la Comisión Reguladora de Energía

Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia Nuclear

LA NORMATIVIDAD DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS A LA LUZ DEL TEXTO CONSTITUCIONAL: LO PENDIENTE Y LO INMEDIATO A TRECE AÑOS DE LA REFORMA

*Olivia Veiga Ortega**

*Nocho in Tlen quipia heuyi nelhuayotl
aik qui popoloz***

SUMARIO: I. Preliminares; II. Antecedentes históricos de la lucha por el reconocimiento del derecho indígena en México; III. El alcance jurídico del artículo segundo constitucional vigente. IV; Lo pendiente de la reforma constitucional del 2001; V. El pluralismo jurídico: una implicación forzosa de una nación pluricultural; VI. Consideraciones finales. VII. Fuentes de Información.

I. PRELIMINARES

La redefinición constitucional de nuestro país como nación pluricultural, constituyó el primer acuerdo nacional en materia de derechos indígenas reconocido y positivado, a partir del cual se encomendó a la Federación, a los estados y a los municipios el diseño y puesta en marcha de políticas encaminadas a darle sustancia y eficacia a esta disposición normativa.

* Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM, con especialidad en Derecho Constitucional y Maestría en Derecho, cursados en la División de estudios de Posgrado de la misma Facultad. Actualmente estudiante de la Licenciatura en Filosofía en la misma casa de estudios.

** Todo lo que tiene raíz profunda no puede ser destruido.

Al día de hoy, en México, habitan más de quince millones¹ de personas que pertenecen a un grupo indígena, que conforme a la definición del Convenio 169 de la OIT y que adoptó México en su texto constitucional, son aquellos descendientes de las poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas y cuyo número ha aumentado en los últimos trece años.²

Esta modificación que sufre nuestra arquitectura constitucional y que de alguna forma incipiente ha tratado de superar los efectos negativos del mestizaje y de la aculturación que permeó al país en los periodos de la conformación de nuestro Estado-nación, si bien ha tenido un avance lento, pero progresivo, que se sigue nutriendo y fortaleciendo indudablemente desde las misteriosas tierras de la Selva Lacandona, desde cada una de las setenta y ocho comunidades indígenas reconocidas en nuestro país y que luchan día a día por vitalizar en su imprevista cotidianidad sus costumbres y prácticas tradicionales y por qué no reconocer también, desde la pluma de los científicos sociales, de los constitucionalistas, de los sociólogos y de todo aquél que se esfuerza por hacernos entender que lo plural no es compatible con la línea de teorizar sobre “ellos, los indígenas”, implica construir un discurso común a partir de la realidad del “nosotros los mexicanos”.

En óbito de lo anterior, y siendo el motivo de la creación de la presente disertación, la relevancia que tiene el recordar cómo se gesta esta reforma total que se da en el año dos mil uno, en materia de derecho indígena en nuestro país, en qué

¹ Datos arrojados del censo de población y vivienda del año 2010 realizado por el INEGI. Población total 112,336,538. Mujeres son 57,481,307 y hombres 54,855,331. En cuanto a la población que se autoadscribe como indígena son 15.7 millones de personas. <<http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/ccpv/cpv2010/Default.aspx>>, consultado el 17 de noviembre del 2013.

² En el año 2000 el INEGI registró como población indígena 8, 381,314 personas. Véase en ZOLLA, Carlos et al., *Los pueblos indígenas en México*, 2ª ed., México, UNAM, Programa Universitario México Nación Multicultural, 2010, Colección la Pluralidad Cultural en México, núm. 1, p. 37.

condiciones se da, qué se obtuvo y cuáles fueron los pendientes que quedaron sobre la mesa de negociación, para así estar en condiciones de evaluar la eficacia que ha tenido esta disposición normativa en la vida de las personas y comunidades indígenas considerados como grupos en situación de vulnerabilidad en el discurso de los derechos humanos para luego entonces establecer el paso inmediato a seguir y darle así continuidad a esta lucha de reivindicación identitaria nacional en la que estamos inmersos.

Se ha considerado necesario realizar en el apartado siguiente, una breve semblanza histórica de los momentos que han sido direccionales de la lucha emancipadora de las personas y grupos indígenas en nuestro país para permitir al lector comprender la génesis de estos movimientos. En el apartado tercero se analizará el contenido del numeral segundo constitucional desde la perspectiva de los derechos humanos. En el cuarto apartado se revisará el documento conocido como los Acuerdos de San Andrés, así como la propuesta que hace la Comisión de Concordia y Pacificación encargada de mediar los diálogos de negociación que se dieron entre la Federación y el Ejército Zapatista Liberación Nacional durante los años previos a la reforma del 2001.

En el quinto apartado se realizará una aproximación teórica al discurso del pluralismo jurídico, así como se analizará la aceptación que ha tenido este sistema en algunos países latinoamericanos, haciendo hincapié en la “tropicalización” que se está dando de forma peculiar de esta perspectiva epistemológica en México. Para concluir este trabajo, en el último apartado se reflexionará sobre el compromiso que todos tenemos en el avance y construcción de esta nación pluricultural en que ansiamos convertirnos, no solamente en el discurso teórico sino en la práctica social que al final del día es como se puede interpretar el derecho, como una práctica social que debe adecuarse, construirse y deconstruirse conforme a las exigencias y necesidades de toda sociedad.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA LUCHA POR EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO INDÍGENA EN MÉXICO

El historicismo reconoce que en el tiempo de México prehispánico, se localizaron perfectamente tres grandes zonas culturales: Mesoamérica, Aridoamérica y Oasisamérica.³ Si bien se diferenciaron entre sí por características propias culturales, sus habitantes siempre estuvieron en contacto debido a los movimientos migratorios constantes. Es de entenderse que por esta razón se hayan encontrado vestigios de tradiciones y cultura de la zona norte en la zona sur, debido a la gran movilidad de su gente. Esto enriqueció, al paso del tiempo, el exquisito mosaico cultural que se conformó aquel tiempo, que indudablemente es el origen de la pluralidad cultural de los pueblos indígenas en la actualidad.

En el año de 1517 los españoles llegan al territorio que hoy se conoce como México y en poco menos de cincuenta años conquistaron casi toda la región de Mesoamérica. A través del fenómeno de la colonización lograron transmutar la vida cultural de los pueblos radicados en estas tres zonas culturales.⁴ Los españoles como se sabe, al llegar al continente americano pensaron que se trataba de las Indias, por lo que empezaron a llamar a los habitantes de las tierras descubiertas “indios”, de ahí el término despectivo de esta voz. Desde su origen, la relación que se estableció entre los españoles y los indígenas fue de superioridad, de dominio y de explotación.

Para el periodo de independencia, las comunidades indígenas tuvieron un papel sobresaliente en este acontecimiento nacional. Como es sabido, en su mayoría conformaron el ejército encabezado por Miguel Hidalgo en 1810 y continuaron después bajo el mando de José María y Morelos y Vicente Guerrero. Sin embargo, esto no evitó que fueran nuevamente

³ *Ibidem*, p. 53.

⁴ Cfr. NAVARRETE, Federico Las relaciones inter-étnicas en México, México, UNAM, Programa Universitario México Nación Multicultural, 2004, Colección La Pluralidad Cultural en México núm. 3, pp. 63-75.

excluidos, toda vez que las clases criollas y después mestizas eran las únicas que hablaban castellano, factor que determinó que el ordenamiento jurídico creado en ese momento histórico se redactara exclusivamente en este idioma, sin considerar que la mayoría de la población de aquel tiempo eran personas indígenas, hablantes de otras lenguas.

Lo evidente de lo anterior fue que la idea de libertad en el México independiente se gestara a partir de la concepción cultural y étnica de la clase en el poder que fue la mestiza. Desde ahí se empezó a tratar de homogeneizar a todos sus habitantes, a través de la construcción de una identidad nacional donde todos, las mexicanas y mexicanos tendrían que tener la misma cultura occidental, hablar el castellano que era reconocido como el idioma oficial y practicar la religión católica.⁵

Ante ese panorama se buscó durante todo el siglo XIX, consolidar la formación de un Estado-nación por lo que la diversidad de expresiones culturales se traducía en un gran obstáculo para alcanzar este objetivo. Es así que se construye un marco de legalidad desde el cual se realiza en nuestro país el más grande despojo histórico que han sufrido las personas y grupos indígenas de la posesión, uso y disfrute de las tierras originarias que les pertenecían.⁶

En ese contexto, es por ello entendible cómo es que la repartición y restitución de tierras a campesinos e indígenas, de las cuales habían sido despojados durante el siglo XIX se convierten en las exigencias y pilares del movimiento revolucionario. La Constitución Federal de 1917, tomando como ideario político el contenido del Plan de Ayala que se resumía

⁵ *Ibidem*, p. 35.

⁶ Las leyes de desamortización se aplicaron a los ejidos y fue un gran error, toda vez que los ejidos aseguraban la subsistencia de los pueblos, este fue el principio de la desaparición del ejido y el origen del empobrecimiento de los pueblos indígenas. Véase en Instituto Nacional de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, “Expedición de la Ley Agraria del 6 de enero de 1915” México, Secretaría de Gobernación, p. 27 <<http://www.bicentenario.gob.mx/db/bdbpdf/ExpedicionDeLaLeyAgraria.pdf>>, consultado el 8 de diciembre del 2013.

a la exigencia de la restitución y dotación de las tierras, aguas y bosques, a los pueblos y comunidades indígenas que tuvieran los títulos correspondientes anteriores a las leyes de Reforma de 1856 como se especificó en la Ley Agraria zapatista de 1915.⁷

Es hasta el periodo presidencial de Lázaro Cárdenas donde se ubica al ejido como eje del desarrollo agrícola nacional por medio de una masiva redistribución de la tierra a través de una reorientación de importantes recursos hacia los sectores ejidal y comunal a través del impulso estatal a programas de crédito agrícola, asistencia técnica y obras públicas.⁸ Sin embargo, nuevamente para los años setenta dentro del contexto de la crisis agropecuaria que vive el país y de los problemas sobre la tenencia de la tierra, se dan afectaciones serias a las comunidades indígenas que se tradujeron en despojos y desempleo.⁹

Empero, cabe señalar que el descontento era cada vez mayor, por la continua violación de los derechos indígenas que se habían convertido ya en el tema central de los diversos encuentros reflexivos y propositivos promovidos por las organizaciones indígenas en México. Aunado a esto, en los escenarios internacionales a partir de los años setenta empezaron a tomar fuerza los foros y encuentros donde se cuestionaba que el reconocimiento de los Pactos Internacionales en materia de derechos socioeconómicos, políticos y culturales a nivel individual, no solucionaba el conflicto surgido en el seno de las sociedades por la desigualdad que vivían las personas por sus características de origen étnico nacional, de raza y de

⁷ La Ley Agraria Zapatista emitida en 1915, en su artículo tercero prescribe “la nación reconoce el derecho tradicional e histórico que tienen los pueblos, rancherías y comunidades de la república, a poseer y administrar sus terrenos de común repartimiento, y a sus ejidos, en la forma que juzguen conveniente”. Véase en <<http://www.sedatu.gob.mx/sraweb/conoce-la-secretaria/historia/el-plan-de-ayala-y-los-zapatistas/>>, consultado el día 8 de diciembre del 2013.

⁸ SÁNCHEZ, Consuelo Los pueblos indígenas: del indigenismo a la autonomía, México, Siglo XXI, 1999, p. 19.

⁹ *Ibidem.* p. 15.

religión. Esto exigía como vía idónea de solución el reconocimiento de derechos específicos colectivos.¹⁰

Para el año de 1992, como política liberal, se crea la Ley Agraria cuya finalidad conforme a la exposición de motivos correspondiente, fue la de capitalizar el campo mexicano mediante las siguientes acciones: la apertura de la inversión económica al campo a través de la creación de sociedades agrarias con participación extranjera, la posibilidad jurídica de cambiar de régimen comunal o ejidal a propiedad privada y para darle vitalidad al campo, la facultad de cesión y traslado de dominio de tierras ejidales y comunales. Esta reforma por falta de coordinación entre el Registro Agrario Nacional y el Registro Público de la propiedad de cada entidad federativa, acarreó serios principios de certidumbre jurídica a los poseedores de bienes comunales y ejidales.

Es así que para el primero de enero de 1994, los ojos de la prensa nacional e internacional se fijan en un pequeño poblado llamado San Cristóbal de las Casas en el estado de Chiapas, donde se da el levantamiento armado de un grupo organizado bajo la denominación de “Ejército Zapatista de Liberación Nacional”.¹¹ Este acontecimiento permitió después del Plan de Ayala,¹² que se generan espacios de diálogo formal entre el Estado Mexicano y las comunidades indígenas para poner

¹⁰ *Ibidem*, p.155-164.

¹¹ El Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN) es una organización político-militar, formada mayoritariamente por indígenas de los grupos tzeltal, tzotzil, chol, tojolabal y mam del Estado de Chiapas, cuya existencia se conoció públicamente el primero de enero de 1994 a raíz del levantamiento armado mediante el cual tomó la ciudad de San Cristóbal de las Casas y las poblaciones de Las Margaritas, Altamirano, Chanal, Ocosingo, Oxchuc, Huixtán, Chalam, Simojovel y San Andrés Larráinzar. Véase en ZOLLA, Carlos, op cit., nota 2, p 182.

¹² El Plan de Ayala fue expedido el 25 de noviembre de 1911 por Emiliano Zapata y los dirigentes del Ejército del Sur, desconociendo como presidente a Francisco I. Madero y autorizando la expropiación de los grandes latifundios para la restitución de ejidos, colonias, fundos legales para los pueblos que han sido despojados de sus propiedades. Véase en Pineda Gómez, Francisco La revolución del sur 1912-1914, México, ediciones Era, 2005, pp. 533-537.

sobre la mesa sus reclamos ancestrales: el reconocimiento de derechos colectivos.

III. EL ALCANCE JURÍDICO DEL ARTÍCULO SEGUNDO CONSTITUCIONAL VIGENTE

En febrero del año 1995, el Estado Federal trató de resolver el conflicto armado suscitado en la entidad de Chiapas, a través de varias estrategias que llevó a cabo. La primera fue una ofensiva militar, que dado su fracaso y al desacreditamiento internacional del que ya se había hecho merecedor por no haber demostrado tener la capacidad de resolver, a más de un año el conflicto en mención, crea una disposición normativa conocida como “Ley para el diálogo y reconciliación de Chiapas”.

Este documento que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, el once de marzo de 1995, ordena en su numeral octavo la creación de la Comisión integrada por legisladores, conocida como Comisión de Concordia y Pacificación (CO-COPA) que fue la encargada de coadyuvar en sentar las bases para el diálogo y la negociación entre las partes participantes involucradas en el conflicto que eran el EZLN y el Estado mexicano.¹³

¹³ En los trece escasos numerales que integran esta disposición normativa, llama la atención la visión tan limitada que tenía el gobierno federal sobre el conflicto, dado que no se refiere en todo el texto a un reconocimiento a nivel nacional de derechos indígenas, solamente en ordenar la participación de forma concurrente para el desarrollo de programas sociales asistenciales que fomenten el desarrollo social en la entidad federativa de Chiapas. Véase en Ley para el Diálogo, la conciliación y la paz en Chiapas, <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/177.pdf>>, consultado el 18 de noviembre del 2013.

El diálogo y la negociación, presupuestos de la reforma estructural en derecho indígena

La primera mesa de trabajo se instauró en 1996. El tema de debate fueron los derechos y cultura indígena. Los acuerdos que se alcanzaron entre las partes fueron sobre la positivación de los derechos económicos, políticos, jurídicos y culturales de las personas y grupos indígenas en el texto constitucional.¹⁴ La COCOPA integró la propuesta y se presentó para su última revisión al EZLN y el gobierno federal, quien de forma sorpresiva manifestó su negativa al proyecto, argumentando que algunos acuerdos estaban en contra de la propia Constitución Política, por lo que la COCOPA tuvo que rediseñar un nuevo documento que dio a conocer en noviembre de 1996, mismo que nuevamente fue rechazado por el gobierno federal.

Es hasta marzo de 1999 que los zapatistas rompen el silencio y convocan a la asociación civil para participar en una consulta a nivel nacional sobre el contenido de los Acuerdos de San Andrés, producto de la primera mesa de debate, logrando una legitimación y aceptación de tres millones y medio de ciudadanos, la mayoría mestizos, que se manifestó a favor del reconocimiento de los derechos indígenas.

¹⁴ Reconocimiento de los grupos indígenas como colectividades imputables de derechos y obligaciones, es decir, como entes con personalidad jurídica, diseño e implementación de mecanismos que permitiesen la ampliación de su participación y representatividad, garantizar de forma efectiva el acceso a la procuración y administración de justicia, diseño de programas sociales específicos para la promoción de sus participaciones culturales, diseñar programas sociales que aseguren el acceso a la educación y a la participación ciudadana, diseño de programas de política social para garantizar la satisfacción de necesidades básicas así como para impulsar la producción y empleo y por último el diseño e implementación de políticas públicas para la protección de los derechos humanos de los migrantes indígenas. *Cfr.* Sámano R., Miguel Ángel, Los acuerdos de San Andrés Larráinzar en el contexto de la Declaración de los Derechos de los pueblos americanos, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 107. <<http://biblioteca.juridicas.unam.mx/libros/1/1/12.pdf>>, consultado el 22 de noviembre del 2013.

Para ese año, tiempo crucial para las elecciones que se celebrarían en el año 2000, el candidato a la presidencia del partido de la oposición Vicente Fox Quesada, abanderó la causa indígena y se comprometió a consagrarla en el texto constitucional. Cuando se da la alternancia en el poder, momento histórico para la democracia en México, envía el Ejecutivo Federal al Senado, la iniciativa elaborada por la COCOPA.

La Cámara de Senadores, sin muchos reparos, modificó el proyecto de forma estructural presentado por el Ejecutivo Federal que ante este hecho no presentó la más mínima objeción. De ahí, como ya es costumbre ver en los procesos legislativos de nuestro país, pasó inmediatamente a la Cámara de Diputados, que aprobaron sin más dilación el dictamen y de ahí a las legislaturas locales, de las cuales nueve rechazaron el proyecto, obvio, las de mayor población indígena. Finalmente fue aprobado el decreto el 14 de agosto de 2001 que fue publicado en esa fecha en el Diario Oficial de la Federación con el rechazo general de la sociedad y por el mismo EZLN.¹⁵

El discurso teórico del derecho indígena contenido en el artículo segundo constitucional

Es necesario destacar que los principios rectores que quedan establecidos en el artículo segundo constitucional, son los ejes rectores del documento conocido como Acuerdo 169 de la OIT, del cual México forma parte. Fue firmado en el año de 1989 por el entonces presidente Lic. Carlos Salinas de Gortari y ratificado por el Senado de la República. Es decir, estamos hablando de una armonización que realiza nuestro país a su legislación doméstica, acorde a los compromisos internacionales, que se adquirieron al ser miembro parte de este Acuerdo Internacional. Y que son, indudablemente, las categorías

¹⁵ LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco, et al, “Los derechos indígenas y la reforma constitucional en México”, <<http://www.lopezbarcenass.org/sites/www.lopezbarcenass.org/files/LOS%20DERECHOS%20INDIGENAS%20Y%20LA%20REFORMA%20CONSTITUCIONAL.pdf>>.

básicas que integran el andamiaje teórico del discurso contemporáneo del derecho indígena.

En cuanto al reconocimiento de México como una nación de composición pluricultural, hay que tener en cuenta que quedó insertada en un primer momento en el artículo cuarto constitucional en el año de 1992. Con la reforma de agosto del 2001 se deroga este contenido y pasa a ser el primer párrafo del artículo segundo. Asimismo se adicionó un segundo y tercer párrafos del artículo 1º, se reformó en su totalidad el contenido del numeral 2º, se adicionó un sexto párrafo al artículo 18, y otro párrafo se anexó a la fracción tercera del numeral 115, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹⁶

Se prohíbe todo tipo de discriminación y se reconoce la facultad de autoadscripción como persona indígena. Esta última se establecerá como criterio de identidad propio. Se reconoce el derecho a la libre determinación, que se concreta en la figura de la autonomía ejercida dentro de los límites de la soberanía del Estado mexicano. Es de suma importancia subrayar que este derecho no puede ser ejercido de forma individual, sino que representa la posibilidad de un grupo de defender su diferencia cultural y definir sus propias formas de vida, a través de sus instituciones. Este derecho de la libre determinación impone al Estado un “no hacer”, es decir, el respeto a este derecho implica que algunas funciones públicas serán realizadas por las instituciones de los propios pueblos y no por las instituciones municipales, estatales o federales.

¹⁶ El 28 de enero de 1992 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 4º constitucional, quedando su primer párrafo de la siguiente manera: “La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas. La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social, y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en que aquéllos sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley”.

Esta autonomía anuda en su concepto acciones a realizar en diversas esferas de la realidad, que se interpreta como la capacidad de los pueblos y comunidades indígenas para llevar a cabo acciones concretas que dan contenido a las ocho fracciones que integran el inciso A del numeral segundo constitucional. Entre las que encontramos la capacidad para decidir sus formas internas de convivencia y organización social, política, económica y cultural. La capacidad para aplicar sus sistemas normativos internos en la regulación y solución de sus conflictos dentro de las comunidades. La capacidad para elegir de acuerdo a sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades y a los representantes para el ejercicio de sus propias formas de gobierno interno.

La capacidad para preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y demás elementos que constituyan su cultura e identidad. La capacidad para conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras. La capacidad para acceder al uso y disfrute preferente de recursos naturales en los lugares que habitan. La capacidad para elegir representantes ante los ayuntamientos de municipios con población indígena y para acceder plenamente a la jurisdicción del Estado.

Al ya haber citado, a grandes rasgos, las bondades de esta reforma, no se puede concluir este apartado sin precisar que el elemento perverso de la misma, es haber delegado a las legislaturas locales la facultad para reconocer cuáles son los pueblos y comunidades indígenas que los integran, y no solo eso, se les da la encomienda de establecer las características de lo que interpreten como libre determinación y autonomía de los pueblos y comunidades indígenas que habiten dentro de su jurisdicción. Esto ha provocado que en aquellas entidades federativas donde no hay suficiente representación indígena, no hayan obtenido participación política alguna y lo más lamentable sea que siguen y seguirán siendo invisibles para efectos de la protección y defensa de sus derechos humanos, por falta de voluntad política de las autoridades estatales y municipales.

Tan es así, que a trece años de la multicitada reforma, solo 21 de 31 constituciones locales contemplan señalamientos relacionados con los derechos de los pueblos indígenas. De este grupo, la mayor parte de sus redacciones son obsoletas, algunos anteriores a la reforma del 2001 y otros tantos no se han armonizado al contenido del decreto citado.¹⁷

IV. LO PENDIENTE DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL 2001

Lo sustancial de todos los reclamos históricos del movimiento indígena en nuestro país, se concretaban en una sola petición: el reconocimiento a los pueblos y comunidades indígenas como entes con personalidad jurídica y, lejos de ello, como paliativo se establece el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público. Lo primero implicaba el reconocimiento de los derechos colectivos, de forma implícita en nuestro texto constitucional.

No se les reconoció el derecho a acceder de manera colectiva al uso y disfrute de los recursos naturales de sus tierras y territorios donde habitan y han habitado por generaciones, entendidos éstos como la totalidad del hábitat que los pueblos indígenas usan u ocupan, salvo aquellos cuyo dominio directo corresponde a la nación.

No se les reconoció el derecho de consulta obligatoria por parte de las autoridades educativas federales, estatales y municipales en la definición y desarrollo de los programas educativos de contenido regional, en los que se debería de reconocer su herencia cultural, así como tampoco se les consulta y se les toma en cuenta para la explotación de recursos naturales ubicados en los territorios que han ocupado ancestralmente

¹⁷ Véase en BAEZA ESPEJEL, José Gabriel, et al., *Pueblos Indígenas: debates y perspectivas*, México, UNAM, Programa Universitario México Nación Multicultural, 2011, Colección La Pluralidad Cultural en México núm. 25, pp. 305-314.

y que se traduce como la negación al derecho a la consulta previa y por consentimiento libre e informado en todo aquello que les afecte a las personas y grupos indígenas.

Retomando el último punto, tiene mucho que ver con las relaciones históricas de subordinación que se dieron entre los pueblos indígenas y los poderes coloniales, que consistía en tomar decisiones arbitrarias para instaurar programas y proyectos, realizar expropiaciones, implantar formas y métodos de trabajo con efectos etnocidas, sin la más mínima consulta a las comunidades indígenas, y que se sigue dando al día de hoy. Verbigracia, los casos que están siendo examinados por el Tribunal Permanente de los Pueblos, referentes a las violaciones a los derechos fundamentales de los pueblos en México, a causa de la violencia estructural que se embate contra ellos.¹⁸

En esta tesitura, tampoco se comprometió el Estado a establecer instituciones y a crear políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas y su desarrollo integral, mismos que deberían ser diseñadas y operadas juntamente con dichos pueblos, toda vez que esto implicaría reconocer derechos colectivos así como una personalidad jurídica como sujeto de derecho colectivo.

En cuanto al artículo 53 constitucional se proponía el establecimiento de los distritos uninominales y las circunscripciones electorales plurinominales, tomando en consideración la ubicación de los pueblos indígenas, a fin de asegurar su participación y representación políticas en el ámbito nacional, y no se aprobó. En cuanto al artículo 73 del texto constitucional,

¹⁸ El Tribunal Permanente de los Pueblos en su capítulo México se ha dado la tarea de recopilar en los últimos dos años (2011-2013) casos recientes de abusos a los derechos indígenas y de los pueblos, despojos, represiones por parte del aparato del Estado y por parte de las empresas privadas nacionales y extranjeras.

Casos concretos: La construcción de la presa hidroeléctrica “Paso de la Reina” en Oaxaca, el caso de la presa “El Zapotillo” en Jalisco, el “Proyecto Bandera Blanca” en Veracruz, el megaproyecto de Miacatlán, donde comunidad que se resiste a la entrega de tierras comunales a empresas canadienses para el desarrollo de proyectos turísticos. Véase en <<http://www.tppmexico.org/>>, consultado el 22 de noviembre del 2013.

se propuso añadir una fracción en relación a las facultades del Congreso para expedir las leyes necesarias que establecieran la concurrencia de los tres niveles de gobierno en el ámbito de sus respectivas competencias respecto de los pueblos y comunidades indígenas, para dar cumplimiento al párrafo con que inicia el apartado B del numeral segundo constitucional relativo a las acciones necesarias para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas.

Parte de la discusión inicial fue la de modificar el artículo 115 constitucional en la fracción V, en cuanto a los planes de desarrollo municipal y los programas que de ellos se deriven, los ayuntamientos darían participación obligatoria a los núcleos de población ubicados dentro de la circunscripción municipal, en los términos que estableciera la legislación local y no aceptó. Tampoco aceptaron que se obligara a que en cada municipio se establecieran mecanismos de participación ciudadana por parte de los pueblos indígenas para coadyuvar con los ayuntamientos en la programación, ejercicio, evaluación y control de los recursos, incluidos los federales, que se destino desarrollo social.

No es tampoco obligatorio, en el numeral 115 constitucional para los municipios, comunidades, organismos auxiliares del ayuntamiento e instancias afines que asuman su pertenencia a un pueblo indígena, el reconocimiento del derecho para definir de acuerdo con las prácticas políticas propias de la tradición de cada uno de los pueblos indígenas, los procedimientos para la elección de sus autoridades o representantes y para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, en un marco que asegure la unidad del Estado Nacional.

En cuestión financiera, no se les reconoció la transferencia de recursos por parte de las autoridades competentes para que ellos mismo administren los fondos públicos que se les asignen. Asimismo, tampoco se les concedió la transferencia de facultades por parte de las legislaturas locales conforme a la determinación que hagan de las mismas.

Por último, para el artículo 116 se había propuesto que para garantizar la representación de los pueblos indígenas en las legislaturas de los estados por el principio de mayoría relativa, los distritos electorales deberán ajustarse conforme a la distribución geográfica de dichos pueblos, y no se aprobó.¹⁹

En este sentido, la segunda parte del artículo segundo constitucional, quedó integrada por una serie de principios programáticos, que carecen de obligatoriedad y de mecanismos de sanción para exigir su cumplimiento por parte de las autoridades de los tres niveles de poder.

V. EL PLURALISMO JURÍDICO: UNA IMPLICACIÓN FORZOSA DE UNA NACIÓN PLURICULTURAL

Una de las instituciones torales de los pueblos indígenas en México es su sistema normativo de regulación y sanción, que en muchas ocasiones dada su sistematización supera el concepto de “usos y costumbres” por un verdadero *corpus* tanto de derecho procesal como sustantivo. Nos dice Zolla que así como el derecho positivo organiza al Estado en torno a la categoría jurídica-política de soberanía, el derecho indígena se articula para garantizar la existencia y reproducción del pueblo indígena y su sentido de conjunto es la cohesión y la reproducción colectivas, por ello es un derecho cuyas prioridades son la defensa de la integridad territorial y de recursos del pueblo indígena y sus comunidades, la legitimación de las autoridades propias y el restablecimiento de relaciones de solidaridad y reciprocidad.²⁰

El reconocimiento de los derechos indígenas exige, por tanto, interpretaciones jurídicas y judiciales que superen el formalismo del modelo positivista, y permita darle flexibilidad al sistema jurídico vigente que desde un lenguaje de los

¹⁹ ZOLLA Carlos, *op. cit.* Nota 2, p. 195-203.

²⁰ *Ibidem*, p. 123.

derechos humanos que pueda tener la capacidad de resolver problemas históricos en materia de defensa y protección de los derechos de las personas y grupos indígenas.

Es así que, en el ámbito del lenguaje de los derechos humanos, la plurinacionalidad implica el reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos o de los grupos indígenas en situaciones en que los derechos individuales de las personas que los integran, resultan ineficaces para garantizar el conocimiento y la persistencia de su identidad, cultural o el fin de la discriminación social de que son víctimas.²¹ Por ello, el reconocimiento de la plurinacionalidad lleva aparejados los conceptos de autodeterminación y de autogobierno, pero no necesariamente el concepto de independencia, es decir, reconocer autonomías indígenas no significa separación, significa convivencia de sistemas jurídicos diversos.

Ejemplo de ello es conforme a los usos y costumbres e instituciones de procuración de justicia de algunos pueblos indígenas; el ámbito penal, se estructura bajo la idea restauradora, principalmente, de tejido social y no desde una concepción punitiva como es la estructura del derecho contemporáneo positivado. Para muchas de esas comunidades, su instrumento principal no es la cárcel ni la separación del individuo de la sociedad, es la reparación del daño y la reincorporación del infractor a la vida comunitaria. Por ello antes de castigar, su objetivo es resarcir el daño.

Países como Bolivia y Ecuador en sus constituciones de reciente creación, manejan ya marcos normativos más flexibles que les han permitido en la praxis cotidiana la posibilidad de coexistencia y coordinación de diferentes sistemas de justicia que se dan al seno de su núcleo social y que han marcado un nuevo paradigma de pluralismo jurídico diferente al que se observa en varios países europeos, le dan a México la oportunidad de evolucionar al cambio.

²¹ SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Refundación del estado en América Latina*, México, 3ª ed., Siglo XXI, 2010, p.97.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Partiendo de la premisa de que las normas tanto a nivel nacional e internacional reconocen derechos individuales y colectivos a los pueblos indígenas, van en dos sentidos: por un lado establecen medidas de pertenencia cultural para el mejor acceso a los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales de los que goza la población, que en el caso de los indígenas implica el diseño de programas sociales en materia educativa, servicios de salud, así como el establecimiento de medidas que les permitan tener acceso a un sistema democrático de justicia, como es la disponibilidad de traductores en el ámbito jurisdiccional y que todo esto se traduce en la obligatoriedad de un hacer por parte del Estado.

En este sentido, las normas nacionales e internacionales de derechos humanos desarrollan los alcances del derecho en cuanto a la libre determinación que los pueblos indígenas tienen, en atención no a su ubicación como grupo en situación de vulnerabilidad, sino a su continuidad histórica como pueblos que existían antes de la conformación del propio Estado mexicano. Estos derechos son inminentemente colectivos, y el llegar a reconocerlos tal cual, trastocaría de manera sustancial la ingeniería constitucional de nuestro ordenamiento jurídico.

En este contexto, la reforma constitucional del 2011 en materia de derechos humanos, también viene a beneficiar el discurso del derecho indígena en materia de procuración y administración de justicia. Al contemplar serias modificaciones a uno de los principios rectores que había regido desde su origen nuestro juicio de amparo, se hace alusión al interés jurídico, que como presupuesto procesal, era requisito *sine qua non* acreditar. Ahora se amplía esta figura a la simple acreditación de un interés legítimo individual o colectivo, posesionándose así como el instrumento de control constitucional idóneo para la defensa de los derechos colectivos de las personas y grupos en situación de vulnerabilidad.

Sin lugar a equivocarse, se puede decir que se alcanza a subsanar parte de las cuestiones pendientes que quedaron de la reforma al artículo constitucional del 2001, al considerar que ahora el marco normativo que comprende el derecho indígena a partir de la citada reforma de Derechos Humanos, se amplía.

A través de la figura bloque de constitucionalidad que se encuentra conformado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por los diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que ha firmado y ratificado México, así como la jurisprudencia que se ha emitido en esta materia, se amplía el espectro de protección del derecho indígena en México, sin olvidar que los precedentes condenatorios que se han dictado en las instancias internacionales en la materia, son al día de hoy, referentes vinculantes

Ahora se pueden subsanar las omisiones que se identificaron en el numeral dos constitucional, en uno de los apartados anteriores de este escrito. Ahora los operadores jurídicos de nuestro país, tienen la oportunidad que cuando se les presente un asunto en el que intervienen personas o comunidades indígenas, tengan en cuenta antes de aplicar el derecho tradicional, los usos y costumbres, así como las instituciones de justicia de los mismos. Es decir, se habla ya de sentencias dictadas con el auxilio de peritajes culturales o antropológicos y que han ido generando jurisprudencia en nuestro país y precedentes en los escenarios internacionales que deben ser referencia para las y los juzgadores mexicanos de los diferentes niveles jurisdiccionales.²² Efectivamente, al día de hoy son pocos los casos que se auxilian de dictámenes antropológicos, pero hay la esperanza de que la cultura jurídica en materia de derechos indígenas, en esta perspectiva de derechos humanos, se siga fortaleciendo no solamente en el discurso teórico, sino también en la práctica social.

²² Protocolo de Actuación para los que imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas. México, SCJN, 2013.

VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

- BAEZA ESPEJEL, José Gabriel, et al., *Pueblos Indígenas: debates y perspectivas*, México, UNAM, Programa Universitario México Nación Multicultural, 2011, Colección La Pluralidad Cultural en México, núm. 25
- NAVARRETE, Federico *Las relaciones inter-étnicas en México*, México, UNAM, Programa Universitario México Nación Multicultural, 2004, Colección La Pluralidad Cultural en México, núm. 3.
- PINEDA GÓMEZ, Francisco *La revolución del sur 1912-1914*, México, ediciones Era, 2005.
- SÁNCHEZ, Consuelo *Los pueblos indígenas: del indigenismo a la autonomía*, México, Siglo XXI, 1999.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de, *Refundación del estado en América Latina*, México, 3ª ed., Siglo XXI, 2010.
- ZOLLA, Carlos et al., *Los pueblos indígenas en México*, 2ª ed., México, UNAM, Programa Universitario México Nación Multicultural, 2010, Colección la Pluralidad Cultural en México, núm. 1

Cibergrafía

- Instituto Nacional de Estadística y Geografía, <<http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/ccpv/cpv2010/Default.aspx>>.
- Ley para el Diálogo, la conciliación y la paz en Chiapas <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/177.pdf>>, consulta del 18 de noviembre del 2013.

SÁMANO R., Miguel Ángel, *Los acuerdos de San Andrés Larráinzar en el contexto de la Declaración de los Derechos de los pueblos americanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/1/12.pdf>>, consulta del 22 de noviembre del 2013.

Tribunal Permanente de los Pueblos <<http://www.tppmexico.org/>>.

LA FACULTAD CONSTITUCIONAL REGLAMENTARIA DE LOS AYUNTAMIENTOS DE LOS MUNICIPIOS EN MÉXICO

Juan Venancio Domínguez

SUMARIO: I. Introducción. II. El concepto de la facultad reglamentaria. III. La fracción II del artículo 115 constitucional. IV. La facultad reglamentaria en las constituciones estatales. V. La facultad reglamentaria en las leyes orgánicas municipales. VI. Los bandos y reglamentos municipales. VII. Alcance y Límites de la Facultad Reglamentaria Municipal. VIII. Hacia una Técnica Reglamentaria Municipal. IX. Consideraciones finales. X. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

Agradezco al homenajeado y al comité organizador de estos festejos el que se me haya invitado a escribir estas líneas.

Hablar de Mariano Palacios Alcocer, es hacerlo sobre un brillante orador, jurista; un hombre culto, conocedor del estado mexicano, de su historia y de sus instituciones como debe hacerlo quien aspira al honroso título de Abogado. Él hace cierto que “El oficio de los Abogados es laudable y necesario para la vida de los hombres”¹

De los cargos que ha ocupado en el servicio público, el menos conocido es el de Presidente Municipal de Querétaro, donde ejerció un gobierno democrático y modernizó su admi-

¹ ZOLTÁN MÉHÉSZ, Kornel. *Advocatus Romanus*. Víctor P. de Zavalla, Editor. Argentina 1971, pág. 64.

nistración pública. A la fecha, sus coterráneos aún lo recuerdan como uno de sus mejores presidentes.

Esta vocación municipalista no la ha perdido, la conserva, la trasmite y más aún, la difunde.

De ello dan cuenta las siguientes palabras pronunciadas en la presentación del libro *Elementos de el Municipio Mexicano*, donde afirmó “[...]que su raigambre en la población, le ha hecho sobrevivir a la colonia, la independencia, el federalismo, el centralismo, los dos imperios, la dictadura de Díaz, la Revolución y los actuales tiempos de continuos cambios políticos”.²

Por eso, hoy al ser convocado a escribir en el homenaje escrito que con este libro se le rinde, no dudo en hacerlo sobre un tema municipal del que hemos platicado y escrito y del que somos compañeros de andanzas académicas, la facultad reglamentaria de los ayuntamientos.

II. EL CONCEPTO DE LA FACULTAD REGLAMENTARIA

La facultad reglamentaria en México generalmente ha sido abordada, como aquella que en los siglos decimonónico y el pasado, se confirió al Presidente de la República.

Está prevista en el artículo 89 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en los siguientes términos:

Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia.

Respecto de ella, los tratadistas se han referido en los siguientes términos:

² ROJAS, Raúl. Presentación del libro “Elementos de el Municipio Mexicano”. El Diario de Toluca, abril de 2008.

Cesarín León refiere

Ahora bien, hablar de la facultad del Presidente para proveer en la esfera administrativa a la exacta observancia de las leyes, significa poner los medios adecuados para facilitar su ejecución, en otras palabras, si se analizan las circunstancias prácticas en que las leyes deben ejecutarse, veremos que resulta necesario, para el efecto de que sean verdaderamente acatadas, la realización de ciertos actos (reglamentos) que tiendan a desarrollar sus preceptos para ajustarlos a las diversas modalidades que configuran sus relaciones, y en donde precisamente van a ser aplicadas.³

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en diversos precedentes ha sostenido que la facultad reglamentaria es una atribución propia y originaria del Presidente de la República, siendo su objetivo principal el de proveer a la exacta aplicación de la ley en la esfera administrativa.

Es indudable la primacía que para reglamentar las leyes tiene el ejecutivo, no obstante esta facultad también la tienen conferida los otros poderes en la propia Carta Magna.

El Poder Legislativo en el artículo 73 fracción XV y el Poder Judicial en los párrafos séptimo y octavo del artículo 94.

La facultad reglamentaria se compone de dos conceptos, facultad y reglamento.

Respecto del primero se ha dicho: “El concepto jurídico de facultad indica que alguien está investido jurídicamente (por una norma de derecho) para realizar un acto jurídico válido, para producir efectos jurídicos previstos (celebrar un contrato, otorgar un testamento, revocar un poder)”⁴

Por su parte, el concepto reglamento “es la norma de carácter general, abstracta e impersonal, expedida por el titular del

³ CESARÍN LEÓN. Marlio Fabio. *La Facultad Reglamentaria*, Editorial Porrúa-Universidad Veracruzana. México, 2003, pag. 74.

⁴ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “Facultad” en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*. Segunda Edición, tomo IV. Porrúa-UNAM, México 2004, pag. 7.

Poder Ejecutivo, con la finalidad de lograr la aplicación de una ley previa[...]"⁵

Por tanto, la facultad reglamentaria, es la facultad que tiene un órgano del Estado para producir normas de carácter general, abstractas e impersonales, con la finalidad de lograr la aplicación de una ley previamente expedida por el poder legislativo.

III. LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 115 CONSTITUCIONAL

El texto original del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, no contempló la facultad reglamentaria de los ayuntamientos.

Fue hasta la reforma de 3 de febrero de 1983, vigente al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación. El texto del párrafo segundo de la fracción II del referido artículo era del siguiente tenor:

Los ayuntamientos poseerán facultades para expedir, de acuerdo con las bases de las Legislaturas de los Estados, bando de policía y buen gobierno, reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones.⁶

La citada reforma, fue comentada por el sector académico en los términos siguientes:

Juan Ugarte

[...] por otro lado, después de reiterar que el municipio goza de una muy recia personalidad jurídica, les atribuye la fa-

⁵ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. "Reglamento" en Diccionario Jurídico Mexicano, tomo III. Porrúa-UNAM. México 1996, pag. 2751.

⁶ MÁRQUEZ RABAGO, Sergio R. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sus reformas y adiciones*. Segunda edición. Porrúa. México 2006, pag. 220.

cultad para, en base a las respectivas leyes, puedan expedir bandos de policía y buen gobierno, así como los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones.

A esta facultad la doctrina se ha referido como facultad legislativa, exagerando tal vez, a menos que se entienda el término legislativo en sentido material, según explican los administrativistas el carácter de ley material que asumen las disposiciones gubernativas, como los reglamentos del Poder Ejecutivo.

La iniciativa explica esta reforma diciendo que era preciso aclarar este punto a fin de evitar interpretaciones que no corresponden a la ortodoxia jurídica de la naturaleza de los ayuntamientos.⁷

Carlos Quintana, refiere, que se estima necesaria adicionar esta facultad expresamente y que “De esta suerte se subsanó la vaguedad existente en la materia, al considerar el Constituyente Permanente que era necesario dar base constitucional a la indispensable y necesaria facultad reglamentaria de los ayuntamientos, considerándolos como órganos normativos con facultades legislativas materiales”⁸.

Reynaldo Robles:

Fue hasta la reforma de 1983, cuando el candidato de esa época a la Presidencia de la República, Miguel de la Madrid Hurtado, investiga cuales son las necesidades sentidas del pueblo y entre una de las demandas encuentra, el reclamo del pueblo por el exceso de centralización de las decisiones no sólo gubernativas sino también administrativas y por ello, tratando de descentralizar la vida nacional en 1983 reforma el

⁷ UGARTE CORLÉS, Juan. *La Reforma Municipal*, Porrúa. México 1985, pag.s 24 y 25.

⁸ QUINTANA ROLDAN, Carlos F. *Derecho municipal*, Décima edición. Porrúa. México 2011. Pag. 318.

artículo 115...Esta reforma causó una gran euforia entre los municipalistas y los vecinos[...].⁹

Hasta aquí, podemos encontrar dos posturas.

La primera de quienes hacen comentarios generales a la reforma de 1983, sin tocar de manera puntual la facultad reglamentaria.

La segunda, es de quienes exaltan la facultad reglamentaria equiparándola a la facultad legislativa y considerando que los reglamentos municipales son leyes en sentido material.

Pasado el tiempo, una vez que los constituyentes estatales hicieron las reformas pertinentes, Jorge Fernández Ruiz, nos resume la situación imperante en 1998 de la facultad reglamentaria municipal.

Fueron las Constituciones estatales las que regularon dicha facultad y presentándose situaciones muy diversas, pues en unos casos los reglamentos municipales tenían que ser autorizados por los Congresos locales; en otros, los reglamentos eran aprobados por los mismos ayuntamientos y, en algunos, los reglamentos tenían que ser publicados por los gobernadores y algunos otros Estados, los menos, sometían la facultad reglamentaria a que el Congreso del Estado emitiera las bases para su expedición.¹⁰

Esto es, no hubo homogeneidad en la forma en que se desarrolló esa reforma, en el ámbito de las entidades federativas.

Ese texto, fue reformado por publicación en el Diario Oficial de la Federación de 23 de diciembre de 1999, que entró en vigor 90 días después de esta publicación y donde ahora dis-

⁹ ROBLES MARTÍNEZ, Reynaldo. "Fortalecimiento del Orden Jurídico que regula al Municipio en el Estado de México". *Legislación Mexiquense, Revista del Congreso Consultivo para la Actualización de la Legislación del Estado de México*, número 8, septiembre-octubre 2003, pag. 8.

¹⁰ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. "La Facultad Reglamentaria". *Revista de la Facultad de Derecho de México*. UNAM, número 221-222, Septiembre-Diciembre de 1998, pag. 167.

pone el párrafo segundo de la fracción II del referido artículo 115 constitucional, lo siguiente:

Los ayuntamientos **tendrán** facultades para **aprobar**, de acuerdo con las **leyes en materia municipal que deberán expedir** las legislaturas de los Estados, los bandos de policía y gobierno, los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones, **que organicen la administración pública municipal, regulen las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia y aseguren la participación ciudadana y vecinal.**

Quintana Roldán, expresa “El texto constitucional transcrito condiciona el ejercicio de la citada facultad a las leyes que deberán establecer las Legislaturas de los Estados. Atento a este mandato constitucional, los Congresos Locales deben expedir las referidas normas”.¹¹

Valencia Carmona, nos dice “La intención del legislador se aclara en el dictamen de la Cámara de Diputados del 15 de junio de 1999, que se estimó apropiado sustituir el concepto “bases normativas” que tenía el texto anterior de la fracción II por el de “leyes estatales en materia municipal”, para de esta manera deslindar los ámbitos competenciales de las legislaturas y de los ayuntamientos.

Adelante veremos si esto se ha cumplido.

IV. LA FACULTAD REGLAMENTARIA EN LAS CONSTITUCIONES ESTATALES

El desarrollo de esta facultad constitucional a los ayuntamientos, ha sido ampliamente aplicado por los constituyentes de las entidades federativas.

La mayoría de las Constituciones locales aluden a la facultad reglamentaria municipal; es así que la Constitución

¹¹ Quintana Roldán, Carlos F. ob.cit., pág. 319.

Política del Estado de Aguascalientes lo hace en los artículos 66 y 68; la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, en los artículos 76 y 82; la Constitución Política del Estado de Baja California Sur, en los artículos 117 y 148; la Constitución Política del Estado de Campeche, en el artículo 108; la Constitución Política del Estado de Chiapas, en el artículo 70; la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Chihuahua, en el artículo 141; la Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza, en su artículo 158-U; la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Colima, en el artículo 87; la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Durango, en el artículo 105; la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Guanajuato en su artículo 117; la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Guerrero, en el artículo 91; la Constitución Política del Estado de Hidalgo, en el artículo 141; la Constitución Política del Estado de Jalisco, en el artículo 77; la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México en los artículos 123 y 124; la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Michoacán de Ocampo en el artículo 123; la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Morelos, en el artículo 118; la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nayarit en el artículo 111; la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León, en el artículo 130; la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca, en el artículo 113; la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla, en el artículo 105; la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Quintana Roo, es el artículo 145, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí, en el artículo 114; la Constitución Política del Estado de Sinaloa, en el artículo 125; la Constitución Política del Estado de Sonora, en el artículo 136; la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tabasco, en el artículo 65; la Constitución Política del Estado de Tamaulipas, en el artículo 131; la Constitución Política del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave, en el artículo 71; la Constitución Po-

lítica del Estado Libre y Soberano de Yucatán en el artículo 79; y la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Zacatecas, en el artículo 119.¹²

Solo en la Constitución Política del Estado de Querétaro y en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Tlaxcala, no hay artículo específico sobre la facultad reglamentaria municipal.

Valencia Carmona, afirma sobre esta facultad que “Se desarrolla también el artículo 115 por la legislación local, a través de ella las entidades federativas establecen los principales lineamientos para el gobierno, administración y actividades que los municipios desempeñan.”¹³

Como ejemplo del tratamiento que se le ha dado en las Constituciones Estatales, tenemos los casos siguientes:

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México.

Artículo 123. Los ayuntamientos, en el ámbito de su competencia, desempeñarán facultades normativas, para el régimen de gobierno y administración del Municipio, así como funciones de inspección, concernientes al cumplimiento de las disposiciones de observancia general aplicables.

Artículo 124. Los ayuntamientos expedirán el Bando Municipal, que será promulgado y publicado el 5 de febrero de cada año; los reglamentos; y todas las normas necesarias para su organización y funcionamiento, conforme a las previsiones de la Constitución General de la República, de la presente Constitución, de la Ley Orgánica Municipal y demás ordenamientos aplicables.

¹² CIENFUEGOS SALGADO, David. Compilador, Colección de Constituciones de los Estados Unidos Mexicanos, que incluye la General, las de los estados y el estatuto del Distrito Federal. Editora Laguna-Fundación Académica Guerrerense-Centro de Estudios del Derecho Estatal y Municipal-UNACH-Escuela Libre de Derecho de Puebla-Escuela Libre de Derecho de Sinaloa. México, 2010.

¹³ VALENCIA CARMONA, Salvador. Ob. cit.,pág. , 404.

En caso de no promulgarse un nuevo bando municipal el día señalado, se publicará y observará el inmediato anterior.

Constitución Política del Estado de Chiapas.

Artículo 70. Los ayuntamientos ejercerán sus atribuciones conforme a las siguientes bases:

I. Tendrán facultades para aprobar, de acuerdo con la Ley, los Bandos de Policía y Gobierno, los Reglamentos, Circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones, que organicen la administración pública municipal, regulen las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia y aseguren la participación ciudadana y vecinal.

[...]

Constitución Política del Estado de Sonora.

Artículo 136. Son facultades y obligaciones de los Ayuntamientos:

I a III. [...]

IV. Aprobar de acuerdo con las leyes en materia municipal que expida el Congreso, los bandos de policía y gobierno, los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general, dentro de sus respectivas jurisdicciones, que organicen la administración pública municipal y regulen las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia y aseguren la participación ciudadana y vecinal, conforme a las leyes que se expidan en observancia del artículo 64, fracción X de esta Constitución y publicarlos en el Boletín Oficial del Gobierno del Estado de Sonora;

V a XLV. [...]

Constitución Política del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave.

Artículo 71. Los ayuntamientos estarán facultados para aprobar, de acuerdo con las leyes que expida el Congreso del Estado, los bandos de policía y gobierno; los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones que organicen la administración pública municipal, regulen las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia y aseguren la participación ciudadana y vecinal.

Las leyes a que se refiere el párrafo anterior deberán establecer que:

I a XVI. [...]

Al igual que las referidas constituciones, 23 más contemplan en los términos constitucionales la facultad reglamentaria municipal.

V. LA FACULTAD REGLAMENTARIA EN LAS LEYES ORGÁNICAS MUNICIPALES

Leyes Orgánicas o Código Municipales han sido las denominaciones más recurrentes que los legisladores locales han dado al ordenamiento que desarrolla el Municipio Libre.

Siguiendo la mecánica de analizar algunos de estos ordenamientos de las entidades federativas, veamos las siguientes, en lo que hace a la facultad reglamentaria únicamente:

Ley número 9 Orgánica del Municipio Libre (Veracruz)

Artículo 34. De acuerdo con lo dispuesto por la Constitución Federal y la del Estado, esta ley y demás leyes que expida el Congreso del Estado en materia municipal, los Ayuntamientos aprobarán los bandos de policía y gobierno, los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones que organicen las funciones y servicios públicos de su competencia y aseguren la participación ciudadana y vecinal, los que obliga-

rán y surtirán sus efectos tres días después de su publicación en la Gaceta Oficial.

[...]

Código Municipal de Coahuila

Artículo 88. Compete al Ayuntamiento la expedición de bandos y reglamentos municipales.

Ley Orgánica Municipal del Estado de México

Artículo 31. Son atribuciones de los ayuntamientos:

I. Expedir y reformar el Bando Municipal, así como los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro del territorio del municipio, que sean necesarios para su organización, prestación de los servicios públicos y, en general, para el cumplimiento de sus atribuciones;

I bis a XLVI. [...]

Estas y los demás ordenamientos que rigen la vida de los municipios en las entidades federativas, cumplen formalmente el postulado constitucional de ser el ordenamiento legal que desarrolla las bases para la integración y organización del territorio, la población, el gobierno, la administración municipal, la organización ciudadana y vecinal y su marco reglamentario.

VI. LOS BANDOS Y LOS REGLAMENTOS MUNICIPALES

Imposible en este trabajo aludir a casi 2500 bandos municipales y a un número mucho mayor de reglamentos municipales.

A manera ejemplificativa diré que el Estado de México, tiene 125 bandos, correspondientes a cada uno de los municipios de esta entidad federativa y que la mayoría de esos municipios tienen entre 10 y 60 reglamentos.

El orden jurídico normativo homogéneo de los municipios previsto en la Constitución y en las leyes, debe ser desarrollado por cada ayuntamiento conforme a sus características específicas, sociales, culturales, económicas y políticas.

En otro apartado aludimos al concepto reglamento, por lo que a él nos remitimos.

Por su parte, el término bando se ha conceptualizado como la proclama de la autoridad municipal, hecha en forma solemne, por documento fijado en lugares públicos, mediante el cual se hace saber a los habitantes de un municipio una orden que deben acatar o una conducta a la que queden sometidos temporalmente, la cual, en caso de desacato traeré aparejada una sanción.

“Lo logrado en materia legislativa no ha permeado al ámbito reglamentario municipal en el Estado de México, ni en la república”.¹⁴

Al respecto, sigue siendo válida la afirmación de Valencia Carmona, en relación a la encuesta efectuada por el INEGI y el CEDEMUN en 1994, en los municipios de la república, donde encontraron deficiencia y vacíos en su marco reglamentario,

Demostró también la encuesta, además, que los problemas eran diferentes según la importancia del municipio. En los de grandes dimensiones había ordenamientos reglamentarios suficientes pero en ocasiones tenían problemas de constitucionalidad. En los de tamaño medio había una obsolescencia casi generalizada de sus ordenamientos reglamentarios, y en ocasiones solo se copiaba casi automáticamente la normación del municipio de mayor desarrollo. En fin, en los municipios pequeños, esencialmente de carácter rural y con sensible marginación, se observaba una ausencia casi generalizada de cualquier tipo de ordenamiento reglamentario.¹⁵

¹⁴ VENANCIO DOMÍNGUEZ, Juan. “El Código Reglamentario del Municipio de Toluca. Paradigma de la Reglamentación para los Municipios en México.” en *AIDA, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, año 4, Opus número 7, enero-junio 2010, pag. 465.

¹⁵ VALENCIA CARMONA, Salvador. *Derecho Municipal*, segunda edición. Porrúa-UNAM. México 2006, pag. 178.

Esta sigue siendo una triste realidad, tal vez agravada porque cada vez se dan mayores atribuciones a los municipios, pero sus ayuntamientos con escasas excepciones, incurren en omisión reglamentaria.

Entidades como el Estado de México, plasman en su ley orgánica municipal, el contenido mínimo de estos ordenamientos.

Artículo 162.- El Bando Municipal regulará al menos lo siguiente:

- I. Nombre y escudo del municipio;
- II. Territorio y organización territorial y administrativa del municipio;
- III. Población del municipio;
- IV. Gobierno Municipal, autoridades y organismos auxiliares del ayuntamiento;
- V. Servicios públicos municipales;
- V Bis. Los principios, acciones y etapas del programa de mejora regulatoria;
- VI. Desarrollo económico y bienestar social;
- VII. Los principios del Programa Estratégico para lograr la equidad de género, así como las infracciones administrativas y sanciones que por éstas deban imponerse en el ámbito de su competencia.
- VIII. Protección ecológica y mejoramiento del medio ambiente;
- IX. Actividad industrial, comercial y de servicios a cargo de los particulares;
- X. Infracciones, sanciones y recursos;
- XI. Las demás que se estimen necesarias.

Artículo 163.- El Bando Municipal podrá modificarse en cualquier tiempo, siempre y cuando se cumplan los mismos requisitos de su aprobación y publicación.

Artículo 164.- Los ayuntamientos podrán expedir los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas que regulen el régimen de las diversas esferas de competencia municipal.

Más allá de este mínimo, lo cierto es que derivado de la legislación federal, deben reglamentar algunos aspectos que son de su competencia, como las materias de agua, religiosa, de coordinación fiscal, de desarrollo rural, de la lectura y el libro, de los pueblos indígenas, de la obra pública, del servicio militar, de fuegos pirotécnicos, de bibliotecas, de población, de protección civil y de bomberos, de salud, de educación, de control del tabaco, de la bandera y el himno nacionales.

En materia estatal, el procedimiento administrativo, la actividad financiera, la salud animal, la justicia de barandilla, los límites municipales, el patrimonio y la hacienda municipales, la propiedad en condominio, la transparencia, la mejora regulatoria, el fomento económico, los medios alternativos de solución de conflictos, el empleo por referir los principales.

Adelante detallaremos como es posible superar este subejercicio de la facultad reglamentaria.

VII. ALCANCE Y LÍMITES DE LA FACULTAD REGLAMENTARIA MUNICIPAL

De lo relatado podemos decir que la facultad reglamentaria es la investidura jurídica que tienen los ayuntamientos para expedir normas de carácter general, abstractas e impersonales, con la finalidad de lograr la aplicación de leyes expedidas por las legislaturas de los estados y que inciden en aquel ámbito de gobierno.

Su alcance, como hemos visto, es bastante amplio y sólo limitado a lo que determinen en materia municipal las legislaturas de los estados, cuyo objeto, conforme al párrafo tercero del artículo 115 constitucional, es establecer: a) las bases generales de la administración municipal; b) el procedimiento administrativo; c) los casos en que se requiere el acuerdo de las dos terceras partes de los miembros del ayuntamiento para afectar el patrimonio inmobiliario o para celebrar actos o convenios que comprometan al municipio por un plazo mayor al periodo del ayuntamiento; d) las normas para celebrar convenios sobre prestación o asunción de funciones y servicios; el procedimiento para que el gobierno estatal asuma una función o servicio; e) las disposiciones aplicables a aquellos municipios que no cuenten con bandos o reglamentos; y f) las normas para resolver conflictos limítrofes municipales.

Por su parte, sus límites están determinados en:

La tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, **FACULTAD REGLAMENTARIA MUNICIPAL, SUS LÍMITES**. Si bien es cierto que de conformidad con el artículo 115, fracción II, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Ayuntamientos están facultados para expedir, de acuerdo con las bases que deberán establecer las Legislaturas de los Estados, los bandos de policía y buen gobierno, los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones, también lo es que dichos órganos, en ejercicio de esa facultad regulatoria, deben respetar ciertos imperativos, pues **las referidas normas de carácter general: 1) No pueden estar en oposición a la Constitución General ni a las de los Estados, así como tampoco a las leyes federales o locales; 2) En todo caso, deben adecuarse a las bases normativas que emitan las Legislaturas de los Estados; y 3) Deben versar sobre materias y servicios que le correspondan legal o constitucionalmente a los Municipios.**¹⁶

¹⁶ Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. México, SCJN, Novena Época, Pleno tomo XV, enero de 2002, tesis P./1. 132/2001, pág. 1041.

VIII. HACIA UNA TÉCNICA REGLAMENTARIA MUNICIPAL

No hay, a la fecha, una bibliografía que hable específicamente del tema.

Miguel Alejandro López Olvera, es quien más a avanzado en ello, él afirma “[...] la finalidad de la técnica reglamentaria es mejorar la calidad de las normas reglamentarias y las normas generales de carácter administrativo, con la aplicación de lineamientos y reglas a los proyectos de normas jurídicas.”¹⁷

Él recomienda analizar, para elaborar un ordenamiento reglamentario, los derechos fundamentales, la competencia y facultades de la autoridad que los va a expedir, los principios de legalidad y juridicidad, de subordinación a la ley y de reserva de la ley.

Estos y otros elementos los contemplan por ejemplo la Ley Orgánica de los Municipios del Estado de Campeche; la Ley Orgánica del Municipio del Estado de Zacatecas y la Ley Orgánica de los Municipios del Estado de Tabasco.

El Estado de México, los prevé en el artículo 30 bis de su Ley Orgánica en los siguientes términos:

Artículo 30 Bis.- El Ayuntamiento, para atender y en su caso resolver los asuntos de su competencia, funcionará en Pleno y mediante Comisiones.

Asimismo, en el ejercicio de sus atribuciones se apegará a su Reglamento Interior, el cual deberá aprobarse en términos del artículo 27 de la presente Ley.

El Reglamento Interior del Ayuntamiento y las demás disposiciones reglamentarias municipales deberán ajustarse a los siguientes criterios:

a) Flexibilidad y Adaptabilidad. - Se debe prever la posibilidad de que el Reglamento se adapte a las condiciones socio-

¹⁷ LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro. *Tratado de la Facultad Reglamentaria*, Porrúa-México 2007, pág. 172.

políticas, culturales, e históricas del municipio, para resolver de manera pronta y expedita los requerimientos de la comunidad.

b) Claridad.- Para su correcta y eficiente aplicación, el Reglamento debe ser claro y preciso, omitiendo toda ambigüedad en su lenguaje.

c) Simplificación.- Debe ser conciso, atendiendo únicamente al tema que trate su materia.

d) Justificación Jurídica.- La reglamentación municipal solamente debe referirse a las materias permitidas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México y las Leyes Federales y Estatales que de ellas emanen.

Estos elementos y los de simplificación, desregulación y sistematización, los utilizó el Ayuntamiento de Toluca para elaborar su Bando Municipal de Toluca y su Código Reglamentario Municipal, que han sido ejemplo a seguir por otros municipios mexiquenses y de otras entidades federativas.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

A más de 13 años que está en vigor el párrafo segundo de la fracción II del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, **la facultad reglamentaria otorgada a los ayuntamientos no ha permeado en este ámbito de gobierno.**

En algunos casos, han sido las legislaturas de los estados los que la han frenado al no desarrollarla en su legislación secundaria y consecuentemente limitar a los ayuntamientos.

En otros casos han sido los ayuntamientos quienes por desconocimiento, apatía, conveniencia o por no contar con

un servicio jurídico profesional, dejan de ejercer esta importante facultad.

El Municipio de Toluca, es de los escasos que ha ejercido a plenitud esta facultad, los resultados están a la vista.

Ello hace al Bando y al Código Reglamentario Municipal de Toluca, paradigma, ejemplo y modelo a seguir por los demás municipios.

Esto ya ha empezado a permear, en este año, el Municipio Mexiquense de **Tepetlixpa** publicó su Código Reglamentario Municipal.

El Municipio sonorense de **Cajeme**, se encuentra revisando su Bando y pretendiendo sistematizar su demás reglamentación municipal, que por cierto es extensa y desactualizada.

Municipios como el de Querétaro o el de Tlaxcala, lo vienen realizando.

Celebramos este acontecimiento y hacemos votos porque en un futuro próximo, todos los municipios de México, hagan efectiva esta facultad.

X. BIBLIOGRAFÍA

ZOLTÁN MÉHÉSZ, Kornel. *Advocatus Romanus*, Víctor P. de Zavalla, Editor. Argentina 1971.

ROJAS, Raúl. Presentación del libro “Elementos de el Municipio Mexicano. El Diario de Toluca, abril de 2008”.

CESARÍN LEÓN. Marlio Fabio. *La Facultad Reglamentaria*, Editorial Porrúa-Universidad Veracruzana. México, 2003.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “Facultad” en *Enciclopedia Jurídica Mexicana*, Segunda Edición, tomo IV. Porrúa-UNAM, México 2004.

GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel. “Reglamento” en *Diccionario Jurídico Mexicano*, tomo III. Porrúa-UNAM. México 1996.

- MÁRQUEZ RABAGO, Sergio R. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sus reformas y adiciones*, Segunda edición. Porrúa. México 2006.
- UGARTE CORLÉS, Juan. *La Reforma Municipal*, Porrúa. México 1985.
- QUINTANA ROLDAN, Carlos F. *Derecho municipal*, Décima edición. Porrúa. México 2011.
- ROBLES MARTÍNEZ, Reynaldo. *Fortalecimiento del Orden Jurídico que regula al Municipio en el Estado de México*, “Legislación Mexiquense, Revista del Congreso Consultivo para la Actualización de la Legislación del Estado de México, número 8, septiembre-octubre 2003.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. “La Facultad Reglamentaria”. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, número 221-222, Septiembre-Diciembre de 1998.
- CIENFUEGOS SALGADO, David. Compilador, *Colección de Constituciones de los Estados Unidos Mexicanos, que incluye la General, las de los estados y el estatuto del Distrito Federal*, Editora Laguna-Fundación Académica Guerrerense-Centro de Estudios del Derecho Estatal y Municipal-UNACH-Escuela Libre de Derecho de Puebla-Escuela Libre de Derecho de Sinaloa. México, 2010.
- VENANCIO DOMÍNGUEZ, Juan. “El Código Reglamentario del Municipio de Toluca. Paradigma de la Reglamentación para los Municipios en México.” en *AIDA, Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo*, año 4, Opus número 7, enero-junio 2010.
- VALENCIA CARMONA, Salvador. *Derecho Municipal*, segunda edición. Porrúa-UNAM. México 2006.
- Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. México, SCJN, Novena Época, Pleno tomo XV, enero de 2002, tesis P./1. 132/2001.
- LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro. *Tratado de la Facultad Reglamentaria*, Porrúa-México 2007.

Libro en Homenaje a Mariano Palacios Alcocer, editado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, se terminó de imprimir en noviembre de 2014, en los talleres de Creativa Impresores, s. a. de c. v., calle 12, número 101, local 1, colonia José López Portillo, Iztapalapa, DF, teléfono 5703-2241. Para su composición se usaron tipos Baskerville y Minion. Los interiores se imprimieron en papel Cultural de 90 gramos y los forros en cartulina Sulfatada de 14 puntos.

La edición consta de 1 000 ejemplares.

Últimas obras publicadas por la Facultad de Derecho

Consulte las versiones electrónicas en:
www.derecho.unam.mx

- *Morelos y los Sentimientos de la Nación*, Fernando Serrano Migallón *et al.*
- *Ética y bioética; medicina y derecho. Encuentro por la salud*, José F. Rivas Guzmán
- *Hans Kelsen frente al régimen nazi y otros textos*, Eduardo Luis Feher
- *35 años de la enseñanza del Derecho Económico en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. 1979-2014*, Emma Carmen Mendoza Bremauntz
- *Libro Homenaje a la jurista Fausta Moreno Flores*, Consuelo Sirvent Gutiérrez (coord.)
- *Panorama del derecho del trabajo y de la seguridad social en América Latina*, Juan Pablo Mugnolo y Óscar Zavala Gamboa (coord.)

