

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA**  
**FACULTAD DE DERECHO-MEXICALI**  
**DOCTORADO EN DERECHO**



***Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, su  
aplicación por los jueces federales en México.***

**Tesis**

Que para obtener el grado de Doctor en Derecho

**Presenta:**

**Joaquín Gallegos Flores**

Directora de Tesis

**Dra. Marina del Pilar Olmeda García**

**Mexicali, Baja California, México**

**Diciembre de 2017**



## **AGRADECIMIENTOS**

A mis maestros del programa del Doctorado:

A los integrantes del Jurado:

Doctora Marina del Pilar Olmeda García

Doctor Miguel Ángel Soto Lamadrid

Doctor Agustín Manuel Velázquez Bustamante

Doctora María Candelaria Pelayo Torres

Doctor Rafael Leyva Mendivil

Por sus valiosas aportaciones y sugerencias:

A la Doctora Yolanda Sosa y Silva García y su equipo, por su respaldo para la organización del examen de grado.

A mi equipo de trabajo:

Graciela Nohemí Paredes Ceja

Cinthya Ivette Valenzuela Arenas

Juan Carlos Vázquez Medina

Ma. Guadalupe Ojeda Barraza

Ludivina Montero Cervantes

Beatriz Pamela López Tamayo

Carlos Alberto Parra Carrillo

Zaida Leticia Angulo Silva

A todos ellos mi gratitud por su valiosa colaboración.



## **DEDICATORIA**

A mi esposa Nora Laura Gómez Castellanos.

A mi familia.



## ÍNDICE

### **INTRODUCCIÓN. ELEMENTOS METODOLÓGICOS**

<b>DEL CONTROL DIFUSO</b> .....	1
1. Planteamiento del problema.. .....	3
2. Pregunta general y preguntas específicas .....	7
3. Objetivo general y objetivos específicos .....	11
4. Hipótesis o supuesto .....	11
5. Justificación.....	12
6. Metodología.....	13
7. Estructura .....	18

### **CAPÍTULO 1**

#### **MARCO TEÓRICO DE LOS DERECHOS HUMANOS. UN DIÁLOGO ENTRE**

<b>LAS DOCTRINAS, LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS</b> .....	25
1.1 El concepto de los derechos humanos.....	27
1.1.1 Los derechos humanos como derechos naturales.....	31
1.1.2 Los derechos humanos como derechos morales.....	35
1.1.3 Los derechos humanos como derechos subjetivos públicos .....	42
1.1.4 Los derechos humanos como derechos fundamentales .....	57
1.2 El fundamento de los derechos humanos .....	59
1.3 El origen del control constitucional .....	65
1.3.1 ¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? .....	66
1.3.2 Los modelos de control constitucional .....	76
1.3.2.1 El modelo de Kelsen sobre el control concentrado.....	77
1.3.2.2 El modelo norteamericano de control difuso.....	77
1.3.3 Corrientes doctrinales que favorecen el control jurisdiccional de los derechos humanos .....	81
1.3.3.1 El neoconstitucionalismo .....	81
1.3.3.2 El garantismo.. .....	87

## **CAPÍTULO 2**

### **MARCO NORMATIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS. DE LA IDEA DE LOS DERECHOS A SU CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL Y**

<b>CONVENCIONAL</b> .....	93
2.1 El marco normativo de los derechos humanos en la Nueva España .....	95
2.2 Los primeros documentos preconstitucionales.....	98
2.2.1 El bando de Hidalgo... ..	98
2.2.2 Elementos constitucionales de Ignacio López Rayón .....	99
2.2.3 Sentimientos de la Nación de José María Morelos y Pavón .....	99
2.2.4 La Constitución de Apatzingán .....	100
2.3 Los derechos humanos en las constituciones mexicanas.....	101
2.3.1 La Constitución Federal de 1824 .....	101
2.3.2 La Constitución centralista de 1836 .....	103
2.3.3 La Constitución liberal de 1857 .....	106
2.3.4 La Constitución social de 1917 .....	109
2.4 La evolución de los derechos humanos. Su tránsito del ámbito interno al Internacional .....	112
2.5 El sistema universal de los derechos humanos.....	116
2.5.1 Origen y fines del sistema universal de los derechos humanos.....	116
2.5.2 El sistema internacional de protección de los derechos humanos.....	118
2.5.3 Las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	120
2.5.3.1 Tratados internacionales .....	123
2.5.3.2 La costumbre internacional.....	127
2.5.3.3 Los principios generales del derecho .....	128
2.5.3.4 Las decisiones judiciales y la doctrina .....	131
2.6 Los sistemas regionales de protección de los derechos humanos y su relación con el sistema universal .....	132
2.6.1 El Sistema Regional Europeo de los derechos humanos .....	135
2.6.1.1 La importancia del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las libertades fundamentales en el Sistema Regional Europeo .....	135

2.6.1.2 La función del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Sistema Regional Europeo .....	136
2.6.1.3 El acceso a la protección de los derechos humanos en el Sistema Regional Europeo, anterior al Protocolo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	139
2.6.1.4 El acceso directo al Tribunal Europeo de derechos humanos.....	143
2.6.2 El Sistema Regional Interamericano de protección de los derechos humanos.....	147
2.6.2.1 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos .....	148
2.6.2.2 La Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	152
2.6.3 Reflexiones sobre los sistemas regionales Europeo e Interamericano de protección a los Derechos Humanos.....	155
2.7 El marco normativo del control difuso .....	157
2.7.1 Modelos de control de la constitucionalidad de las leyes.....	157
2.7.2 El origen del modelo americano o difuso .....	159
2.7.3 La implementación en México del modelo difuso de revisión judicial de la Constitucionalidad de las leyes y su ineficacia en el siglo XX .....	163
2.7.4 El resurgimiento del control difuso en México. Su fundamento jurisprudencial y normativo, nacional e internacional .....	164
2.7.5 Los Protocolos de Actuación emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación... ..	170

### **CAPÍTULO 3**

#### **EL ESTADO DEL ARTE DEL CONTROL DIFUSO CONSTITUCIONAL**

<b>Y CONVENCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS .....</b>	<b>179</b>
3.1 Aspectos generales sobre la revisión del estado del arte .....	181
3.2 Análisis de obras generales nacionales .....	182
3.2.1 José Daniel Hidalgo Murillo: Juez de Control y Control de derechos Humanos .....	182
3.2.1.1 Problemas analizados .....	182
3.2.1.2 Teoría utilizada .....	182

3.2.1.3 Metodología .....	183
3.2.1.4 Resultados y/o conclusiones .....	183
3.2.2 Antonio Flores Saldaña. El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos .....	184
3.2.2.1 Problemas analizados .....	184
3.2.2.2 Teoría utilizada .....	184
3.2.2.3 Metodología.. .....	185
3.2.2.4 Resultados y/o conclusiones .....	185
3.2.3 Sergio Flores Navarro y Victorino Rojas Rivera, Control de Convencionalidad .....	186
3.2.3.1 Problemas analizados .....	186
3.2.3.2 Teoría utilizada .....	186
3.2.3.3 Metodología .....	187
3.2.3.4 Resultados y/o conclusiones .....	187
3.2.4 José Francisco Cilia López. Los derechos humanos y su repercusión en el control de constitucionalidad y convencionalidad .....	188
3.2.4.1 Problemas analizados .....	188
3.2.4.2 Teoría utilizada .....	188
3.2.4.3 Metodología .....	188
3.2.4.4 Resultados y/o conclusiones .....	189
3.2.5 Rubén David Aguilar Santibáñez, Control de convencionalidad y Principio de definitividad bajo el nuevo orden constitucional de los derechos humanos ... .....	189
3.2.5.1 Problemas analizados .....	189
3.2.5.2 Teoría utilizada .....	189
3.2.5.3 Metodología .....	190
3.2.5.4 Resultados y/o conclusiones .....	190
3.3 Análisis de obras nacionales de temas específicos .....	190
3.3.1 José Luis Caballero Ochoa: La Interpretación conforme. El modelo constitucional ante los Tratados Internacionales sobre derechos humanos y el control de Convencionalidad .....	190

3.3.1.1 Problemas analizados .....	191
3.3.1.2 Teoría utilizada .....	191
3.3.1.3 Metodología .....	192
3.3.1.4 Resultados y/o conclusiones .....	193
3.3.2 César Astudillo: El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México .....	193
3.3.2.1 Problemas analizados .....	193
3.3.2.2 Teoría utilizada .....	194
3.3.2.3 Metodología .....	195
3.3.2.4 Resultados y/o conclusiones .....	195
3.4 Análisis de obras nacionales colectivas .....	196
3.4.1 Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador). El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de derechos humanos y los jueces nacionales .....	196
3.4.1.1 Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez Mexicano .....	197
3.4.1.2 Problemas analizados .....	197
3.4.1.3 Teoría utilizada .....	197
3.4.1.4 Metodología aplicada .....	198
3.4.1.5 Resultados y/o conclusiones .....	198
3.4.2 Alejandro Saiz Arnaiz y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Control de Convencionalidad, interpretación conforme Diálogo Jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa .....	199
3.4.2.1 Néstor Pedro Sagüés, El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo .....	200
3.4.2.2 Problemas analizados .....	200
3.4.2.3 Teoría utilizada .....	201
3.4.2.4 Metodología .....	201

3.4.2.5 Resultados y/o conclusiones .....	201
3.5 Análisis de obras extranjeras .....	202
3.5.1 Claudio Nash: Control de convencionalidad de la dogmática a la Implementación .....	202
3.5.1.1 Problemas analizados .....	202
3.5.1.2 Teoría utilizada .....	203
3.5.1.3 Metodología .....	204
3.5.1.4 Resultados y/o conclusiones .....	204
3.5.2 Manuel Fernando Quinche Ramírez. El control de Convencionalidad .....	205
3.5.2.1 Problemas analizados .....	205
3.5.2.2 Teoría utilizada .....	205
3.5.2.3 Metodología .....	206
3.5.2.4 Resultados y/o conclusiones .....	206
3.5.3 Ernesto Rey Cantor, Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos .....	207
3.5.3.1 Problemas analizados .....	207
3.5.3.2 Teoría analizada .....	208
3.5.3.3 Metodología .....	208
3.5.3.4 Resultados y/o conclusiones .....	209
3.6 Conclusiones sobre el estado del arte .....	209

## **CAPÍTULO 4**

### **ELEMENTOS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES SOBRE**

#### **EL PROCEDIMIENTO Y LOS ALCANCES DEL CONTROL DIFUSO .....**

4.1 Órganos que realizan el Control Difuso de convencionalidad .....	214
4.2 Normas controlantes y normas controladas .....	215
4.2.1 Normas controladas de derecho interno ¿Son las normas constitucionales objeto de control difuso de convencionalidad? .....	217
4.2.2 ¿Son los tratados internacionales objeto de control difuso de convencionalidad? .....	225

4.2.3 Normas de derecho internacional que integran el parámetro del control difuso de convencionalidad.....	226
4.3 Procedimiento para realizar el control difuso de convencionalidad .....	229
4.3.1 Interpretación conforme en sentido amplio .....	231
4.3.2 Interpretación conforme en sentido estricto .....	231
4.3.3 Inaplicación de la Ley .....	232
4.4 El control del control difuso de convencionalidad.....	235
4.5 Propuestas metodológicas para un control difuso de convencionalidad .....	236

## **CAPÍTULO 5**

<b>ANÁLISIS DE CASOS EN LOS QUE SE EJERCITÓ UN CONTROL DIFUSO .....</b>	<b>243</b>
5.1 Análisis de casos de Control Difuso sobre Derechos Humanos.....	247
5.1.1 Sinopsis del amparo directo 810/2012. Tutela al derecho humano de la libertad con motivo de detención en flagrancia equiparada .....	247
5.1.2 Sinopsis del amparo directo 110/2015. Tutela al derecho humano de la libertad con motivo de arraigo inconstitucional .....	251
5.1.3 Sinopsis del amparo en revisión penal 1493/2013. La tutela de la inviolabilidad del domicilio .....	255
5.1.4 Sinopsis del toca penal 392/2014. La tutela del derecho humano a la igualdad por diferenciación.....	257
5.1.5 Sinopsis del amparo indirecto 10/2015. La tutela del derecho humano a la igualdad en el disfrute del beneficio de la libertad caucional .....	266
5.1.6 Sinopsis del juicio ejecutivo mercantil 27/2013-I. La proscripción de la usura y la tutela del derecho humano de propiedad .....	273
5.1.7 Sinopsis del amparo directo 54/2012. La tutela de los derechos de seguridad social de los trabajadores de confianza .....	284
5.2 Análisis de casos de control difuso sobre debido proceso .....	287
5.2.1 Sinopsis del amparo indirecto 422/2013. Interpretación conforme de los incidentes laborales como vía de acceso a la tutela judicial efectiva .....	287

5.2.2 Sinopsis del amparo directo administrativo 233/2014. La tutela del acceso a la justicia en el procedimiento contencioso administrativo federal.....	294
5.2.3 Sinopsis del amparo indirecto 735/2013. Derecho de las víctimas y ofendidos a promover medidas cautelares como vía de acceso a la justicia.....	299
5.2.4 Sinopsis del amparo indirecto 130/2013. La interpretación conforme de las medidas cautelares a la luz del principio del interés superior del menor de edad, como vía para la tutela judicial efectiva .....	306
5.2.5 Sinopsis del amparo indirecto 677/2011-2. Interpretación conforme de la guarda y custodia del menor de edad, para la tutela judicial efectiva .....	311
5.2.6 Sinopsis de la queja civil 158/2015. Interpretación conforme de la designación de un representante especial a un menor de edad en el juicio de amparo, como vía de tutela de sus derechos fundamentales .....	317
5.2.7 Sinopsis del amparo indirecto 274/2012. Los incidentes del procedimiento penal como instrumentos para la tutela judicial.....	323
5.2.8 Sinopsis del amparo indirecto 549/2013. La defensa adecuada de los extranjeros en el procedimiento penal, para la tutela judicial efectiva .....	326
5.2.9 Sinopsis del amparo indirecto penal 3/2015. Interpretación conforme de las presunciones legales relativas a la integración de los elementos del tipo penal .....	331
5.2.10 Sinopsis del Amparo Directo 395/2012. La obligación de fundamentación y motivación como exigencia de la tutela judicial efectiva en el procedimiento contencioso-administrativo local .....	336
5.2.11 Sinopsis del Amparo Indirecto 27/2015. Interpretación conforme del beneficio de suspensión condicional en el procedimiento penal del Estado de Baja California .....	340

5.2.12 Sinopsis del incidente no especificado de libertad preparatoria promovido en la causa penal 86/2013-2EP. Control difuso del incidente no especificado de libertad preparatoria, respecto del requisito del examen de personalidad .....	344
5.2.13 Sinopsis del amparo indirecto 290/2013-2. Control difuso de la norma procesal del Estado de Sonora que regula el beneficio de libertad preparatoria ... ..	348
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>353</b>
<b>PROPUESTAS PARA MEJORAR LA GARANTÍA DEL CONTROL DIFUSO .....</b>	<b>365</b>
<b>FUENTES DE CONSULTA.....</b>	<b>369</b>



**INTRODUCCIÓN**

**ELEMENTOS METODOLÓGICOS DEL CONTROL DIFUSO DE**

**CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD**



## 1. Planteamiento del problema.

En el Estado contemporáneo la diferencia entre una vida plena y autónoma, que posibilita a la persona realizar sus planes de vida, en contraste con una existencia marginada, en la que la autonomía personal<sup>1</sup> resulta una quimera, reside en la capacidad o incapacidad del Estado para respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. No importa si el Estado es unitario o federal, si su forma de gobierno es presidencial o una monarquía constitucional; lo trascendente es que los derechos humanos se disfruten y, en caso de ser vulnerados, se garantice que sean reparados.

Los derechos humanos surgen en un proceso histórico que confronta la técnica de la autoridad con la de la libertad.<sup>2</sup> Se materializan como exigencias éticas que se reconocen a través de pactos o convenios y después en constituciones, que formalizan el reconocimiento de estos derechos en favor de las personas, como un mínimo indispensable para el desarrollo de la vida humana, y que son infranqueables para el Estado, la sociedad y los particulares.

Como el reconocimiento de los derechos humanos no basta para garantizar su efectivo disfrute por los ciudadanos, surgen diversos mecanismos y procedimientos con ese fin de garantía. La eficacia de estos instrumentos depende de diversos factores, entre los cuales destacan los órganos a quienes se encomienda el control; el alcance o efectos de las determinaciones; los sistemas de nombramiento de los titulares, así como la preparación profesional de éstos.

---

<sup>1</sup> Sobre el concepto de autonomía personal, Francisco J. Laporta expone que la fundamentación moral de las normas e instituciones no es otra que una apuesta moral en favor de la autonomía personal. La considera un presupuesto de la cultura occidental que forma parte de las prácticas sociales, de las convicciones morales y de los sistemas jurídicos. Consiste en una visión del ser humano como artífice de sus propios pensamientos, actos y decisiones, como dueño de sí mismo. Laporta, Francisco J., *El imperio de la ley. Una visión actual* (Madrid, Ed. Trotta, 2007), pp. 18-19. Sobre el mismo tema, consúltese a Santiago Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos* (Buenos Aires, Ed. Astrea, 2007), pp. 199-236. La autonomía personal se relaciona con los principios de inviolabilidad de la persona y dignidad humana, que también desarrolla Carlos Santiago Nino en la obra citada, pp.237-304.

<sup>2</sup> Hauriou, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas* (Barcelona, Ed. Demos, 1980), pp. 42-43.

En México, el medio de control tradicional para garantizar los derechos humanos ha sido el juicio de amparo, en vigor a partir del Acta de Reformas de 1847, que incorporó este medio de control en su artículo 25, para amparar a los habitantes de la República en la conservación de sus derechos contra los ataques de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la federación o de los Estados.<sup>3</sup> A pesar de que junto al juicio de amparo, las constituciones de 1857 y 1917, reconocieron la facultad de los jueces de los Estados para desaplicar las normas constitucionales de las mismas entidades federativas, cuando resultaran contrarias a la Constitución Federal, se debatió si realmente los jueces ordinarios tenían esa facultad para ejercer un control constitucional, que la doctrina identifica como control difuso, conforme al cual todo juez debe desaplicar en los procesos en que interviene, las normas que contradigan la Constitución.<sup>4</sup>

Para despejar dudas que aún persistían respecto al llamado control difuso de la constitucionalidad, prescrito por el artículo 133 de la Constitución, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en lo sucesivo Suprema Corte), estableció jurisprudencia por medio de la cual interpretó que los jueces locales no tenían la facultad de inaplicar normas jurídicas de sus Estados, por contradecir la Constitución Federal. La Suprema Corte consideró que los artículos 103 y 107 de la Constitución facultan a los tribunales federales para controlar la constitucionalidad de las leyes, de tal manera que sólo los jueces federales podían realizar esa función.<sup>5</sup>

El anterior criterio jurisprudencial fue superado con las determinaciones que tomó la Suprema Corte en el expediente “Varios 912/2010”. Esas determinaciones

---

<sup>3</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-1999* (México, Ed. Porrúa, 1999), p. 475.

<sup>4</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano* (México, Ed. Porrúa, 2004), pp. 543-551.

<sup>5</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, p. 5, Agosto de 1999, 9ª Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, P./J. 74/99, rubro: *CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.*

se relacionan con la sentencia emitida por la Corte Interamericana, en el caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos.<sup>6</sup> La Corte Interamericana condenó al Estado Mexicano a cubrir diversas reparaciones con motivo de la desaparición de Rosendo Radilla Pacheco, ocurrida en la entidad federativa de Guerrero, en 1974. La reforma constitucional sobre derechos humanos de 10 de junio de 2011, que obliga a las autoridades a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, resultó fundamental para que la Suprema Corte reconociera que todos los jueces nacionales deben aplicar el control difuso.<sup>7</sup>

Conforme a los criterios adoptados por la Suprema Corte en el citado expediente, los jueces deben interpretar las normas del orden jurídico de acuerdo con los derechos humanos. Esta obligación tiene su fundamento en el artículo 1º, constitucional, segundo párrafo conforme al cual, las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de la materia, en los que México es parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas para brindarles la protección más amplia.

A la anterior exigencia hermenéutica se le conoce como interpretación conforme. De acuerdo con ella, en caso de que existan varias interpretaciones jurídicamente sustentables, el juzgador debe de preferir la que brinde la mayor protección. Si no es posible eludir una interpretación que viole un derecho humano, la norma debe desaplicarse<sup>8</sup>. Esto convierte a los juzgadores de todas las

---

<sup>6</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009). En [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_209\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.doc) (fecha de acceso: 22 de mayo de 2015).

<sup>7</sup> El impacto de la reforma constitucional en el ejercicio del control difuso, descansa en varias razones: la incorporación del principio hermenéutico de la interpretación conforme; el reconocimiento constitucional del principio *pro homine*, sumado a las obligaciones impuestas a las autoridades del Estado, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. No podría realizarse un adecuado control difuso de convencionalidad sin tomar en cuenta esos mandatos constitucionales.

<sup>8</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p .552, 10ª Época, Pleno

jurisdicciones, ordinaria o extraordinaria, en jueces constitucionales, garantes de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en las Convenciones internacionales sobre derechos humanos.

El control difuso representa un nuevo paradigma en la forma de aplicar el derecho. En lo esencial, este control se materializa con la facultad que se le confiere a todos los jueces para desaplicar normas que contravengan derechos humanos. Este nuevo paradigma obliga a los jueces ordinarios y de amparo, a revisar todo el marco normativo de los derechos humanos y sus garantías, mediante el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, (en lo sucesivo control difuso constitucional y convencional o control difuso).

Los retos que presenta el nuevo paradigma en la aplicación del derecho obligan a superar la visión del positivismo jurídico, en la que la ley ocupa el lugar central del razonamiento judicial, para enfocar ahora la acción judicial en las normas constitucionales e internacionales de derechos humanos. Por estas razones es urgente realizar estudios investigativos formales con el rigor teórico y metodológico que exige esta nueva forma de aplicar el derecho mediante un control difuso. Es en esta dirección en la que se enfocó el presente trabajo, para conocer la forma en que los operadores jurídicos, particularmente las autoridades jurisdiccionales federales, han aplicado esta garantía de tutela de los derechos humanos.

El problema de la investigación se enfocó al análisis de las resoluciones en que los juzgadores federales aplicaron el control difuso constitucional y convencional, para examinar si ha sido eficaz o ineficaz esta nueva garantía. Para ello se estimó necesario identificar las dificultades y los problemas a los que se

---

de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis aislada P. LXIX/2011 (9a.), rubro: *PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.*

han enfrentado los juzgadores federales con motivo de la aplicación del control difuso, asimismo, para identificar los retos que enfrentan para mejorar y perfeccionar su tarea protectora de los derechos humanos mediante el control difuso, especialmente en materia de interpretación y argumentación constitucional.

## **2. Pregunta general y preguntas específicas**

Han transcurrido varios años desde la reforma de derechos humanos y de las determinaciones tomadas por la Suprema Corte en el expediente Varios 912/2010, que dieron lugar a que se implementara el control difuso, como un medio de tutelar los derechos humanos. Por ello, es pertinente investigar en qué medida se aplica este medio de control por parte de los jueces federales, y qué tan efectivo ha resultado en la tutela de los derechos humanos. En esa perspectiva, la pregunta general se planteó en los siguientes términos:

¿Cómo han protegido los jueces federales en Mexicali, Baja California, los derechos humanos mediante el control difuso, en el periodo 2011 a 2015? Para obtener la respuesta a esta pregunta, se utilizó la técnica investigativa de estudio de caso en la sede del Décimo Quinto Circuito, en Mexicali, Baja California, dirigido a identificar los derechos humanos que en el citado periodo se han protegido por los referidos juzgadores a través del control difuso. Asimismo, la investigación se enfocó en examinar y evaluar las herramientas jurídicas utilizadas en esta función de control. A fin de lograr esos objetivos se formularon preguntas específicas, encaminadas a indagar la forma en que los jueces federales en Mexicali, Baja California, han protegido los derechos humanos. Estas preguntas se enfocaron a investigar el rol que ha jugado la interpretación conforme en el control difuso; asimismo, identificar y analizar los argumentos que han influido en las resoluciones judiciales, y el uso del test de proporcionalidad y el juicio de ponderación, ello con el fin de evaluar la forma en que han justificado sus

resoluciones protectoras de derechos humanos. Una última pregunta específica se encaminó a identificar y evaluar los problemas y los retos que han enfrentado los juzgadores federales en la aplicación del control difuso.

En materia de justificación, la doctrina distingue el contexto de descubrimiento y el de justificación en las decisiones judiciales. De acuerdo con Manuel Atienza, el primer concepto consiste en el proceso psicológico, sociológico, mediante el cual un juez llega a tomar una decisión en un caso, y el contexto de justificación consiste en la fundamentación que se ofrece de la decisión. El contexto de descubrimiento permite explicar por qué el juez tomó la decisión, y el de justificación se refiere las razones que sustentan la decisión.<sup>9</sup>

Por lo que se refiere al contexto de justificación, se distingue justificación interna y externa. La primera es de carácter lógico, alude a los mecanismos de inferencia que se establecen en las premisas; el criterio de corrección es formal, por lo que no garantiza la verdad material de la conclusión. En cambio, la justificación externa se pregunta por la validez de las premisas, es decir, por su correspondencia con la realidad. Para lograr este objetivo se requiere de un juez independiente e imparcial. El juez imparcial tiene un compromiso ético en la construcción de las premisas normativa y fáctica, puesto que de ello depende que la conclusión de la que deriva la solución del caso sea correcta y justa.

Para lograr la corrección y justicia del fallo no basta utilizar los recursos que proporciona la lógica formal.<sup>10</sup> Lo que importa es que se proporcionen buenas razones, que de acuerdo con Atienza, se puedan conducir en un razonamiento práctico, en el que no se excluyen razones morales, con una concepción material y

---

<sup>9</sup> Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación* (Barcelona, Ed. Ariel Derecho, 2006), p. 99.

<sup>10</sup> Sobre el razonamiento formal y lógico, consúltese a Ghirardi, Olsen A., *El control de logicidad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación* (Córdoba, Ed. Advocatus, 2008).

pragmática de la argumentación.<sup>11</sup> Es por esto que Rodolfo Luis Vigo enfatiza que tanto el saber jurídico como el saber práctico, implican la rehabilitación de la filosofía práctica en la que se marginan las pretensiones juristicistas que intentan explicar el derecho sólo desde el derecho, evitando contaminaciones políticas y éticas.<sup>12</sup>

De acuerdo con los anteriores planteamientos y conceptos, la investigación se enfocó a contestar las siguientes preguntas específicas:

Primera pregunta: ¿Qué rol desempeña la interpretación conforme en la protección de los derechos humanos por parte de los jueces federales en Mexicali, Baja California, mediante el control difuso?

Segunda pregunta: ¿Cuáles son los argumentos que más se utilizan en la tutela de los derechos humanos mediante el control difuso?

Tercera pregunta: ¿Qué papel desempeñan el juicio de ponderación y el test de proporcionalidad en los casos examinados?

Cuarta pregunta: ¿Cuáles son los problemas y retos que enfrentan los juzgadores federales en la aplicación del control difuso?

El orden de las preguntas específicas no fue casual, sino que se determinó con un propósito de sistematización. Una primera fase del control difuso consiste en realizar una interpretación conforme, es decir congruente, con la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que México es parte. En una segunda fase, que se denominó interpretación conforme en sentido estricto, consiste en elegir entre varias opciones interpretativas, la que es conforme o

---

<sup>11</sup> Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, pp. 8, 197-199.

<sup>12</sup> Vigo, Rodolfo Luis, *interpretación jurídica. Del modelo iuspositivista, legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Editores, 1999), p.28.

coherente con la Constitución y los tratados sobre derechos humanos y dejar de lado la interpretación o interpretaciones que se opongan a la propia Constitución y tratados. Una tercera y última fase consiste en desaplicar la norma cuando no es posible realizar una interpretación conforme o una interpretación conforme en sentido estricto. Esta es la razón que justificó que la primera pregunta específica se hubiese orientado a analizar el rol desempeñado por la interpretación conforme, en sentido amplio y en sentido estricto, en la protección de los derechos humanos, por parte de los juzgadores federales, a través de la garantía conocida como control difuso.

La segunda pregunta específica pretendió indagar cuáles fueron los argumentos que más se utilizaron en esta forma de control por parte de los juzgadores federales, en cualquiera de las fases del control difuso, a saber: interpretación conforme en sentido amplio, interpretación conforme en sentido estricto, y desaplicación de la norma, esta última cuando no es posible realizar una interpretación conforme.

La tercera pregunta específica se orientó a investigar cómo utilizaron los jueces federales los principios o técnicas de ponderación y proporcionalidad en sus resoluciones protectoras de los derechos humanos, mediante el ejercicio del control difuso. La cuarta y última pregunta específica se enfocó a identificar los problemas derivados de la aplicación del control difuso, con miras a precisar los retos que enfrentan los juzgadores federales en el ejercicio de esta garantía protectora de los derechos humanos.

### **3. Objetivo general y objetivos específicos**

El objetivo general consistió en identificar y analizar los derechos humanos que se han protegido mediante el control difuso por parte de los jueces federales en el periodo 2011 a 2015.

A su vez, se fijaron los objetivos específicos siguientes:

Primer objetivo específico:

Analizar el rol que jugó la interpretación conforme en la protección de los derechos humanos por parte de los jueces federales, mediante el control difuso.

Segundo objetivo específico:

Identificar y analizar los argumentos que más se utilizaron en la tutela de los derechos humanos por parte de los jueces federales, mediante el control difuso.

Tercer objetivo específico:

Analizar el papel que desempeñaron el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad en los casos examinados.

Cuarto objetivo específico.

Identificar y evaluar los problemas y retos que enfrentan los juzgadores federales en la aplicación del control difuso.

### **4. Hipótesis o supuesto**

Tomando en cuenta que la investigación realizada es de naturaleza cualitativa, en tanto que tuvo por objeto analizar la actividad desplegada por los jueces federales durante el periodo 2011-2015, por medio de análisis de sus resoluciones, el supuesto se formuló a partir de una explicación tentativa del fenómeno a investigar, como una actividad novedosa de control constitucional. En

este sentido, el supuesto se planteó hipotéticamente en los términos siguientes: El control difuso se ha aplicado sólo en algunos casos para tutelar un número restringido de derechos humanos. Aún no constituye una práctica generalizada entre los jueces federales, por lo que es necesario emprender estudios para evaluar el grado de eficacia de esta garantía tutelar de los derechos humanos.

## **5. Justificación**

La justificación radica en la importancia de saber si los jueces federales cumplen su deber constitucional de proteger y garantizar los derechos humanos, mediante el control difuso, cuando éstos han sido violados por las autoridades, incluso por los particulares, en sus relaciones jurídicas.

El control difuso de los derechos humanos constituye una herramienta novedosa que puede ser sumamente efectiva para proteger los derechos fundamentales, sin necesidad de acudir a mecanismos de tutela específicos, como el juicio de amparo. A varios años de distancia de la reforma constitucional de diez de junio de 2011, así como de las determinaciones tomadas por la Suprema Corte en el citado expediente, que dieron lugar a que se implementara el control difuso por todos los jueces del país, se considera pertinente y trascendente analizar la actuación que han desplegado los jueces federales, respecto de este medio de control constitucional.

Los derechos humanos se han convertido en una exigencia ineludible para el Estado, en el marco de sus obligaciones generales de respetar, promover y garantizar los derechos fundamentales, para favorecer el desarrollo del ser humano en los ámbitos personal, familiar y social. Su respeto, protección y garantía son necesarios para lograr una vida digna que permita realizar la autonomía de las personas, en lo material, lo moral y lo espiritual, a fin de que realicen sus planes

de vida. Conocer si los jueces federales, tienen la estatura profesional y moral para proteger los derechos humanos y garantizar su autonomía personal, en todos sus ámbitos, resulta fundamental para los gobernados, la sociedad y el Estado.

## **6. Metodología**

El análisis sobre la forma de aplicar el control difuso de los derechos humanos, por parte de los juzgadores federales en Mexicali, Baja California, puede presentar problemas empíricos y teóricos. Los problemas empíricos están relacionados con la forma de aplicar el control difuso por parte de los juzgadores, especialmente si saben o no cómo ejercerlo y cómo repercute el desconocimiento de este medio de control en la tutela de los derechos humanos.

Los problemas teóricos están relacionados con el uso de los principios y las técnicas involucradas en el control difuso, particularmente la regla hermenéutica de la interpretación conforme, el principio pro persona y los principios y técnicas de ponderación y proporcionalidad. Asimismo, están relacionados con el análisis de conceptos y teorías que fundamentan la protección de los derechos humanos, que explican su dimensión internacional y la dinámica que se genera en una protección multinivel, que supera el concepto Estado-nación, en la forma de tutelar los derechos humanos.

La investigación se enfocó a analizar y evaluar la forma en que los juzgadores federales protegen los derechos humanos. Un aspecto importante de esta evaluación se orientó a identificar y analizar las técnicas de interpretación y argumentación utilizadas por los juzgadores federales al aplicar el control difuso. Asimismo, se dirigió a determinar si los juzgadores aplican la regla hermenéutica de la interpretación conforme y el principio *pro homine*, a fin de proteger a las personas de la forma más amplia posible.

Estas pretensiones revelaron la necesidad de realizar un estudio cualitativo y con uso del método hermenéutico. Es un lugar común en la metodología de las ciencias sociales distinguir entre los enfoques cuantitativo y cualitativo. De acuerdo con el primer enfoque, la forma confiable para conocer la realidad es a través de la recolección y el análisis de datos, siguiendo ciertas reglas lógicas. Si se siguen las reglas y además los datos generados poseen estándares de validez y confiabilidad, entonces las conclusiones derivadas tendrán validez.<sup>13</sup>

Los estudios cualitativos involucran la recolección de datos, utilizando técnicas que no pretenden medir ni asociar las mediciones con números, tales como la observación no estructurada, entrevistas abiertas, revisión de documentos, discusión en grupo, evaluación de experiencias personales, inspección de historias de vida, análisis semántico y de discursos cotidianos, interacción con grupos o comunidades, e introspección.<sup>14</sup>

En términos de metodologías, de perspectivas y estrategias, se considera que la investigación cualitativa es un vocablo comprensivo que se refiere a diferentes enfoques y orientaciones. Estas diversas concepciones acerca de la realidad y la forma de conocerla determinan que no pueda afirmarse que exista una sola forma legítima de hacer investigación cualitativa, ni una única posición o cosmovisión que la sustente.<sup>15</sup> Al respecto, Irene Vasilachis de Gialdino expone que los presupuestos teóricos y conceptuales acerca de la realidad determinan la orientación metodológica y agrega: “Quien investiga construye una imagen

---

<sup>13</sup> Hernández Sampieri, Roberto, Fernández Collado, Carlos y Bactista Lucio, Pilar, *Metodología de la Investigación* (México, Ed. McGraw Hill, 1991), p. 11.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>15</sup> Vasilachis de Gialdino, Irene, “La Investigación Cualitativa”. En *Estrategias de Investigación Cualitativa*, coordinado por Vasilachis de Gialdino, Irene, (Barcelona, Ed. Gedisa, 2006), p. 24.

compleja y holística, analiza palabras, presenta detalladas perspectivas de los informantes y conduce el estudio en una situación natural”.<sup>16</sup>

Por lo que se refiere al método hermenéutico, Rafael Echeverría expone que a pesar de que el término “hermenéutica” data del siglo XVII, puesto que el primero que usó el término en un libro fue J. C. Dannhauer, en 1654, la tradición hermenéutica de dar cuenta de las operaciones de exégesis de textos y de las teorías de la interpretación, es más antigua, y explica: “Ella remite a las prácticas de exégesis bíblica que se desarrollaron en los tiempos del Antiguo Testamento, en las que se fijaban determinados cánones para la adecuada interpretación del Torah”.<sup>17</sup>

Antes de entrar de lleno a la filosofía, explica Rafael Echeverría, la hermenéutica recogía una importante tradición en el campo de la teología; sin embargo, aclara que no era la única tradición de la cual se nutría. Sobre este punto, añade: “Lo mismo sucedía con los campos de la interpretación literaria, del análisis jurídico e incluso de la filosofía clásica. En todos ellos resultaba esencial establecer procedimientos que permitieran interpretar adecuadamente el sentido de un texto o el sentido de la palabra”.<sup>18</sup>

Respecto a lo que significa comprender el sentido de un texto, Héctor Cárcamo Vásquez cita a M. Baeza para exponer que la hermenéutica sugiere un posicionamiento distinto con respecto a la realidad. Se trata de adoptar una actitud distinta de empatía profunda con el texto, con lo que allí se ha expresado a través del lenguaje; no se trata de suprimir o inhibir su propia subjetividad, con sus implícitos prejuicios, sino de asumirla. La búsqueda de sentido en los documentos sometidos a análisis se ve afectada por un doble coeficiente de incertidumbre: “La

---

<sup>16</sup> *Ibíd.*, p. 24.

<sup>17</sup> Echeverría, Rafael, *El Búho de Minerva* (Chile, Ed. J. C. Sáez, 1997), p. 106.

<sup>18</sup> *Ibíd.*, p. 106.

interpretación es relativa al investigador, así como al autor de los textos en cuestión”.<sup>19</sup>

Las anteriores reflexiones doctrinales perfilan este trabajo como de carácter cualitativo y hermenéutico, puesto que los objetivos no están encaminados a recopilar y analizar datos para someter a prueba una o varias hipótesis, sino más bien generar información a partir del actuar de los sujetos representados por los jueces federales, mediante el análisis de sus resoluciones judiciales, con base en una interpretación del texto, orientada a identificar los elementos del contexto que se produce.

La investigación se realizó como caso de estudio, enfocado al análisis del control difuso ejercido por los jueces federales en Mexicali, Baja California, pertenecientes al Décimo Quinto Circuito, en el periodo 2011 a 2015. Esta delimitación espacial se hizo considerando la experiencia jurisdiccional del tesista en el mencionado Circuito, aproximadamente de veinte años. A pesar de su límite espacial, cabe indicar que de acuerdo a los principios epistemológicos, los asuntos seleccionados para su examen y análisis crítico, son generalizables a todos los casos afines, independientemente del lugar en que se hubiesen emitido. La referencia temporal atendió primordialmente a dos aspectos: La Reforma Constitucional sobre derechos humanos de diez de junio de dos mil once, y la emisión de los criterios de la Suprema Corte sobre el control difuso, emanados del expediente Varios 912/2010, de fecha catorce de julio de dos mil once.

En este trabajo se consideró importante analizar la forma que los jueces emiten sus resoluciones, si lo hacen con una visión del problema o desde el derecho, visto como sistema normativo. Al respecto fue de interés analizar la

---

<sup>19</sup> Héctor Cárcamo Vásquez, “Hermenéutica y Análisis Cualitativo”. En *Cinta de Moebio* No.23, Septiembre 2005 (Chile: Universidad de Chile), p. 204.

forma de comprender la realidad a la que se aplica el derecho, y la manera en que conciben los derechos humanos, como formulaciones jurídicas o como normas que expresan exigencias éticas para concretar la autonomía personal y realizar los planes de vida.

Para ello fue necesario seleccionar los asuntos relevantes de cada juzgado y tribunal, en que se aplicó un control difuso en cualquiera de sus formas. En la selección de los asuntos lo determinante fue que se hubiesen realizado pronunciamientos sobre interpretación conforme, en sentido amplio o estricto o bien que inaplicaran normas jurídicas por razones de inconstitucionalidad o inconvencionalidad, mediante la vía del control difuso. Asimismo, como complemento, se incluyeron algunos asuntos en los que el objeto de control difuso no fue directamente una norma, sino actos de autoridad administrativa o judicial, o bien actos de particulares.

La fuente de consulta de los expedientes analizados fue el archivo del sistema integral de seguimiento de expedientes (SISE). El método para seleccionar los asuntos consistió en consultar el sistema mediante el uso de palabras clave relacionadas con el control difuso constitucional y convencional. Las frases más utilizadas fueron: “derechos humanos, derechos fundamentales, control difuso, control de constitucionalidad, control de convencionalidad, Convención Americana sobre Derechos Humanos, tratados internacionales, Corte Interamericana, interpretación conforme, principio pro persona, principio de interés superior del niño, debido proceso, tutela judicial efectiva, obligaciones generales de los Estados, promover, respetar, proteger y garantizar”. Asimismo, se utilizaron otras voces afines.

## **7. Estructura**

El trabajo se estructuró para su presentación en una parte introductoria, cinco capítulos y las conclusiones y propuestas de mejora. En la introducción se presentan los elementos relacionados con el problema de la investigación, la pregunta general y las específicas; el objetivo general y los específicos, la justificación, la metodología y la estructura.

Por lo que concierne al contenido sustantivo, en el capítulo 1 se examinó el marco teórico de los derechos humanos y del control difuso. El primer aspecto tratado fue el relativo al concepto de los derechos humanos, que resultó una tarea compleja por los diferentes enfoques teóricos y filosóficos que han dado lugar a una amplia nomenclatura de los derechos humanos. En primer lugar, se examinó el concepto de los derechos humanos como derechos naturales, que se remonta a la cultura griega, 700 años antes de Cristo. Se analizaron sus dos vertientes: el iusnaturalismo teológico y el iusnaturalismo racionalista; en conexión con este último se analizaron los derechos humanos como derechos morales, que compromete al orden jurídico con principios de justicia y moralidad social, involucrados en los derechos individuales básicos.

Las exigencias de justicia llevaron a concebir a los derechos humanos como derechos subjetivos públicos, que implican el reconocimiento por parte del Estado de la potestad de la persona, y que se complementa con un deber jurídico correlativo. Cuando este reconocimiento del Estado se constitucionalizó, se desarrolló el concepto de los derechos humanos como derechos fundamentales, articulando un sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, por medio de estos derechos y sus garantías.

Un segundo aspecto que se examinó en el capítulo 1, es el referente al fundamento de los derechos humanos. En el estudio realizado se advirtió que existen diversas clasificaciones doctrinales que pretenden explicar y justificar el fundamento de los derechos humanos. En el análisis respectivo se tomaron como referente las clasificaciones doctrinales de Javier Saldaña, Maurizio Fioravanti y Antonio Enrique Pérez Luño. En estas opiniones doctrinales se advirtió que permanece el debate entre el iuspositivismo, conforme al cual el fundamento de los derechos humanos radica en su reconocimiento por parte del Estado, y el iusnaturalismo, que fundamenta los derechos humanos en la naturaleza de la persona, como ser racional, por lo que es anterior al Estado. Asimismo, se puntualizó que el fundamento de los derechos humanos no puede ser de carácter jurídico, sino metajurídico, por los problemas que plantea el funcionamiento de los derechos humanos, que más que jurídicos, son de índole filosófico.

Asimismo, en el capítulo 1, al presentar el marco teórico de los medios de control constitucional y convencional, se analizó el debate en torno a quién debe ser el guardián de la Constitución, sostenido por Carl Schmitt y Hans Kelsen. Para el primero, el control se debe realizar por un órgano político; para el segundo, el control debe recaer en un órgano jurisdiccional, particularmente en un tribunal constitucional. Una vez que se impuso la tesis de Kelsen, surgió un diverso debate, ahora en el seno del control constitucional por órgano jurisdiccional. El nuevo debate se produce respecto de los modelos de control constitucional: el concentrado, a cargo de un tribunal constitucional y el difuso, de origen norteamericano, que deposita el control en todas las autoridades jurisdiccionales.

En la última parte del capítulo 1 se analizaron dos corrientes teóricas que han favorecido el control jurisdiccional de los derechos humanos: El neoconstitucionalismo y el garantismo. La primera corriente aportó un fundamento

teórico a la tutela de los derechos humanos, en su vertiente de neoconstitucionalismo ideológico, de acuerdo con el cual subsiste un deber moral de obedecer a la Constitución. El garantismo, desarrollado por Luigi Ferrajoli, designa una filosofía política que impone al Derecho y al Estado la carga de justificar los bienes e intereses. Esta corriente exige una legitimación formal y material de las normas jurídicas y propone una democracia substancial, en la que se respeten y garanticen los derechos humanos.

En el capítulo 2 se examinó el marco normativo nacional e internacional de los derechos humanos. En lo que atañe al orden jurídico interno, el análisis se dio a partir de la disputa de los justos títulos de los españoles sobre los indios y el debate sobre la naturaleza humana de estos últimos, lo que dio lugar a que se dictaran normas de protección en su favor. Igualmente se analizó la Constitución de Cádiz de 1812, por el impacto que produjo en el constitucionalismo mexicano.

En un apartado siguiente se examinaron los principales documentos preconstitucionales, de los que se advirtió la preocupación de la época por suprimir la esclavitud, lograr la independencia y darse una Constitución propia. Tal fue el proyecto de Constitución de Apatzingán de 1814. Enseguida se analizaron las constituciones de 1824, 1836, 1857 y 1917, que definieron la vida política del país. Lo más característico del constitucionalismo mexicano es la tendencia liberal que predominó en 1857 y la social en 1917.

En una segunda parte del capítulo 2, se analizó el proceso de internacionalización de los derechos humanos, que dio lugar a lo que se conoce como el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se complementa con el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional del Trabajo, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Penal Internacional.

En un diverso apartado se examinó el sistema universal de los derechos humanos a partir de la Carta de las Naciones de 1945, que situó a estos derechos en la esfera del Derecho internacional. Se analizaron las fuentes del sistema universal, integradas por los tratados internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho, las decisiones judiciales y la doctrina.

En el mismo capítulo 2 se analizaron los sistemas regionales de protección a los derechos humanos y su relación con el sistema universal, destacando que de acuerdo con la doctrina, el universalismo y regionalismo en materia de protección internacional de los derechos humanos no son formas antitéticas ni opciones contrapuestas, sino fórmulas que se deben coordinar y armonizar para defender y garantizar los derechos humanos.

Los sistemas regionales que se examinaron son el europeo y el americano, que presentan características comunes. Se pudo advertir la influencia del sistema regional europeo en el sistema regional americano, con la salvedad de que en el sistema europeo se suprimió la Comisión Europea de Derechos Humanos, a diferencia del sistema americano, en que aún subsiste la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Esta comisión es el conducto para que las denuncias se reciban y los asuntos se presenten ante la Corte Interamericana (en lo sucesivo Corte Interamericana, Corte IDH, o Corte), en tanto que en el Sistema Regional Europeo, el acceso al Tribunal Europeo de Derechos Humanos es individual y directo.

En el capítulo 3 se analizó la literatura jurídica nacional e internacional respecto al control difuso constitucional y convencional de los derechos humanos. Al analizar el estado de arte en la materia, en primer lugar se examinaron las obras jurídicas nacionales de carácter general y posteriormente las que se ocuparon de temas concretos del control convencional. En tercer lugar se analizaron las obras

jurídicas colectivas. Después de analizar la literatura nacional, se examinó la internacional, siguiendo el mismo orden. Los aspectos analizados en la literatura consultada consistieron en los problemas que plantearon los autores, en la teoría que utilizaron, en la metodología que siguieron y los resultados o conclusiones a que llegaron.

La revisión del estado del arte permitió formular algunas conclusiones. La principal es que los estudios realizados sobre control de constitucionalidad y convencionalidad son de carácter teórico conceptual. Esto permitió orientar el trabajo a una investigación cualitativa con apoyo en el método hermenéutico, tendiente a indagar cuáles son los derechos humanos que han protegido los jueces federales en el periodo comprendido del año 2011 al 2015, mediante el control difuso. El ejercicio de este control se revela como una actividad judicial compleja, porque el juzgador no actúa únicamente como intérprete de las normas jurídicas. Más importante aún es la forma de acercarse a los hechos y de interpretarlos, con el bagaje sociocultural que sirve de referencia para dar sentido a sus resoluciones.

En el capítulo 4 se analizó el procedimiento de control difuso. Al respecto se examinó cuáles son los órganos a los que les corresponde aplicar el control difuso; cuáles son las normas que sirven de base para realizar el control de regularidad constitucional y convencional, a las que se identificó como normas controlantes; las normas que son objeto de control. Asimismo, en este capítulo se examinó la cuestión referente a si las normas constitucionales y los tratados internacionales pueden ser objeto de control difuso. Otro tema analizado en el capítulo 4 fue el relacionado con el procedimiento para realizar el control difuso, en el que se precisaron los pasos a seguir y los efectos del control. Igualmente, se expuso la forma de revisar o controlar la aplicación de la garantía jurisdiccional del control difuso. Asimismo se analizaron algunos criterios jurisprudenciales

relacionados con el control difuso constitucional y convencional. Por último, en este capítulo se propusieron algunos aspectos metodológicos para aplicar el control difuso.

En el capítulo 5 se emprendió el estudio de los asuntos seleccionados en los que se aplicó un control difuso, ya de constitucionalidad, de convencionalidad o ambos. En el estudio de los casos se aplicó un método de análisis que comprende los siguientes aspectos: delimitación del tema; exposición de los antecedentes; análisis de la resolución y, observaciones. En la delimitación del tema se expone en forma breve cuál es el esquema bajo el cual se emprendió el ejercicio del control difuso. Al respecto, se indicó si el juzgado o el tribunal emprendió una interpretación conforme, o bien una interpretación conforme en sentido estricto, o en su caso se determinó que procedía desaplicar la norma.

En la parte relativa a los antecedentes, se expuso el origen del asunto y su evolución a través de las instancias jurídicas correspondientes, hasta llegar a la resolución que dio origen al ejercicio del control difuso. Por lo que se refiere al análisis de la sentencia en que se aplicó el control difuso, se examinó el acto o la norma que es objeto de control y las normas constitucionales o convencionales sobre derechos humanos que se consideraron infringidas. Asimismo, se analizaron las consideraciones fundamentales que dieron lugar a que se aplicara el control difuso.

En el apartado correspondiente a las observaciones, se precisaron cuáles son los derechos humanos tutelados mediante el control difuso. Asimismo, se analizaron los argumentos aplicados que sustentaron el ejercicio de este mecanismo de control de los derechos humanos. En su caso, se expuso si en la resolución se aplicó el principio de proporcionalidad, si se realizó un juicio de ponderación, y si se detectaron problemas prácticos o teóricos.

Los diversos elementos jurídicos, expresos o implícitos en las resoluciones protectoras de derechos humanos mediante el control difuso constitucional y convencional, que fueron objeto de análisis, permiten concebir a este medio de control como una maquinaria compleja de delicado engranaje que se mueve al ritmo de los tiempos. Es como el río de Demócrito que fluye en un movimiento que no tiene fin. Así como un hombre no se baña dos veces en el mismo río, los problemas sobre derechos humanos no encuentran una misma solución, aun cuando se enfrenten los mismos derechos, porque el juzgador, como el ser humano, está inmerso en una vida social multifacética, que una y otra vez debe ser pensada, y reinterpretada.

## **CAPÍTULO 1**

# **MARCO TEÓRICO DE LOS DERECHOS HUMANOS. UN DIÁLOGO ENTRE LAS DOCTRINAS, LOS DERECHOS Y SUS GARANTÍAS**



Investigar los derechos humanos y su garantía mediante el control difuso por parte de los jueces federales en Mexicali, Baja California, requiere de un marco teórico y conceptual que oriente y respalde la investigación. Por lo que es necesario analizar, a partir de las diferentes propuestas teóricas, los elementos conceptuales de los derechos humanos y de los medios de control constitucional y convencional, particularmente el control difuso. En principio, se examina el concepto y el fundamento de los derechos humanos, desde una perspectiva filosófica, como también desde las teorías, el garantismo y el neoconstitucionalismo. Posteriormente, se procede al análisis de la doctrina y los conceptos relacionados con el control difuso, a partir de los principios enmarcados en la justicia constitucional, que determinan el papel del Estado en la protección de los derechos humanos.

### **1.1 El concepto de los derechos humanos**

Definir los derechos humanos o expresar un concepto sobre los mismos, es una tarea compleja, se trata de un concepto que ha estado desarrollando desde diferentes disciplinas de las ciencias sociales. Para Amartya Sen, es importante cuestionar la naturaleza y el fundamento de los derechos humanos; se pregunta si realmente los derechos humanos pueden considerarse como derechos<sup>20</sup> y advierte la necesidad de no confundir los derechos humanos con las exigencias legales. Afirma que los derechos humanos “son vigorosos pronunciamientos éticos sobre lo que debe hacer”. Destaca el enfoque de los derechos humanos como reivindicaciones éticas constitutivamente vinculadas a la importancia de la libertad humana, por lo que “la fuerza de un argumento sobre una reivindicación particular que pueda ser considerada como un derecho humano tiene que ser evaluada a

---

<sup>20</sup> Sen, Amartya, *La idea de la justicia* (Madrid, Ed.Taurus, 2010), p. 389.

través del escrutinio del razonamiento público, que implica la imparcialidad abierta”.<sup>21</sup>

En esa idea evaluativa de derecho humano por medio de la razón, resulta importante entender que no sólo es una tarea teórica, sino de un gran alcance práctico. Por ello es necesario comprender la praxis lingüística. En esta dimensión analítica del lenguaje jurídico, Peces-Barba Martínez considera que existen distintas palabras que expresan el concepto de derechos humanos, tales como derechos naturales, derechos públicos subjetivos, libertades públicas, derechos morales o fundamentales, derechos individuales y derechos del ciudadano.<sup>22</sup> Para Peces-Barba, ninguno de estos términos es una expresión pura de una decisión lingüística, sino que contienen conexiones culturales e históricas que expresan intereses, ideologías y posiciones científicas o filosóficas. Considera que todos tienen su raíz común en el mundo moderno y responden a una cultura individualista y antropocéntrica frente a la cultura objetivista y comunitaria de la edad media.<sup>23</sup>

Al respecto, Luigi Ferrajoli expone que gran parte de los problemas y divergencias que surgen para comprender el concepto de derechos fundamentales, depende de la diversidad de los enfoques teóricos o filosóficos, descriptivos o prescriptivos, y de las disciplinas jurídicas, éticas, sociológicas o historiográficas que se ocupan de ellos. Por eso, añade el autor, existe una variedad de significados que se asocian a la expresión derechos fundamentales o humanos, públicos, constitucionales, personalísimos, morales o de ciudadanía, que se refieren a

---

<sup>21</sup> *Ibíd.*, p. 398.

<sup>22</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general* (Madrid, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, 1999), pp. 21-22.

<sup>23</sup> *Ibíd.*, p. 22.

elementos distintos y heterogéneos, como los valores o fines ético-políticos que persiguen con ellos.<sup>24</sup>

Por lo común, manifiesta Ferrajoli, a la pregunta ¿qué derechos son fundamentales?, se suelen dar dos respuestas, según se interprete en el sentido de cuáles son o en el sentido de cuáles deben ser esos derechos. Una primer respuesta, que califica como iuspositivista, que es aquella en la que los derechos fundamentales están basados en el derecho italiano y se refieren a las libertades y derechos establecidos en la Constitución Italiana. La segunda respuesta la califica de tipo axiológico o iusnaturalista, que considera que los derechos fundamentales son aquellos como:

El derecho a la vida, la libertad de conciencia, las otras libertades civiles, los derechos a la subsistencia y otros similares, gracias a los cuales se aseguran la dignidad de la persona, o la igualdad, la paz u otros valores ético-políticos que se decida, precisamente, asumir como “fundamentales”.<sup>25</sup>

Para Ferrajoli ninguna de estas respuestas pertenece a la teoría del derecho; por lo que considera que la primera respuesta es una tesis jurídica de dogmática positiva, en tanto la segunda es una tesis moral o política de la filosofía de la justicia; por lo que discurre que las dos respuestas tienen en común el hecho de decirnos no qué son sino, respectivamente, cuáles son y cuáles deben ser los derechos tutelados o que deben tutelarse como derechos fundamentales. Ferrajoli explica que las respuestas a estas interrogantes no le corresponden a la teoría; por tanto, no son tesis teóricas. El mismo autor considera que lo que le corresponde a la teoría es explicar que se entiende con la expresión derechos fundamentales por medio de un concepto teórico, lo que estima puede obtenerse mediante:

---

<sup>24</sup> Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid, Ed.Trotta, 2005), p. 287.

<sup>25</sup> *Ibíd.*, p. 289.

a) una definición que no es verdadera ni falsa, sino solamente adecuada en relación con cualquier ordenamiento, y b) una definición formal, esto es dirigida a identificar los rasgos estructurales que en función de esa finalidad, se asocian a esta expresión, y que determinan la extensión de la clase de derechos denotados por ella.

En opinión de Ferrajoli las tres cuestiones anteriores, relativas a cuáles son, cuáles deben ser y qué son los derechos fundamentales, así como sus respectivas respuestas, pertenecen a tres tipos distintos de discurso:

a) *La ciencia jurídico positiva*, entendida como análisis empírico de las normas de derecho positivo de un determinado ordenamiento, sea estatal o internacional; b) *la filosofía política* o de la justicia, entendida como doctrina normativa entorno a valores ético-políticos que merecen o requieren ser tutelados como derechos fundamentales; y c) *la teoría del derecho*, entendida como sistema de conceptos y afirmaciones idóneos para denotar y explicar las formas y estructuras del derecho positivo<sup>26</sup>. [Cursivas del autor]

A partir de lo anterior Ferrajoli propone la siguiente definición: “son *derechos fundamentales* aquellos *derechos subjetivos* que las *normas* de un determinado ordenamiento jurídico atribuyen universalmente a todos en cuanto a *personas, ciudadanos* y/o personas capaces de obrar”<sup>27</sup> [Cursivas del autor]. Con base en esa definición, los rasgos que distinguen a estos derechos de todos los demás, son tres: a) la forma universal de su imputación; b) su estatuto de reglas generales y abstractas y, c) su carácter indisponible e inalienable.<sup>28</sup>

En un sentido semejante, Peces-Barba explica que el término derechos humanos expresa por lo menos dos cosas diferentes: “Por un lado, se refieren a una pretensión moral fuerte que debe ser atendida para hacer posible una vida humana digna [...] Por otro lado, se utiliza el término para identificar un sistema

---

<sup>26</sup> *Ibíd.*, p. 290.

<sup>27</sup> *Ibíd.*, p. 291.

<sup>28</sup> *Ibíd.*, p. 292.

de derecho positivo...”.<sup>29</sup> Por eso añade que al utilizar el término derechos humanos puede aludirse a una pretensión moral o a un derecho subjetivo protegido por una norma jurídica.<sup>30</sup> Por tanto, considera que existe un uso ambiguo que en la historia del pensamiento jurídico han expresado un enfrentamiento permanente, que consiste en los puntos de vista iusnaturalista y positivista. Por esa razón descarta el concepto de derechos humanos. Al respecto expone:

Si descartamos como lenguaje base para uso más riguroso el término <<derechos humanos>> habrá que ver si alguno de los otros términos utilizados es adecuado o si se tiene que estipular un término, o un sentido específico a un término preexistente para poder continuar nuestra indagación.<sup>31</sup> [Símbolos del autor]

En esa búsqueda de sentido, se procederá enseguida al análisis de los términos que se han utilizado para referirse a los derechos humanos, a fin de establecer cuál es el más adecuado, a la situación actual de acuerdo con las características de esta clase de derechos.

### **1.1.1 Los derechos humanos como derechos naturales**

Uno de los términos que examina Peces-Barba respecto de los derechos humanos es el de derechos naturales, mismos que identifica con una posición iusnaturalista, que considera anticuada por el predominio actual del término derechos morales. La expresión derechos naturales, que define Peces-Barba, considera:

- a) Unos derechos previos al poder y al derecho positivo, que como el derecho natural es derecho, tiene una dimensión jurídica.
- b) Se descubren por la razón en la naturaleza humana.

---

<sup>29</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, p. 23.

<sup>30</sup> *Ibíd.*, p. 24.

<sup>31</sup> *Ibíd.*, p. 25.

- c) Se imponen a todas las normas del derecho creado por el Soberano y con un límite a su acción.<sup>32</sup>

La expresión derechos naturales de acuerdo con Alf Ross se remonta a las creencias populares griegas alrededor del año 700 antes de Cristo. La característica principal del derecho natural, expone Alf Ross, es que se trata de un modo de pensamiento que en todas sus fases mágica, religiosa y filosófica-metafísica difiere radicalmente del punto científico. Para el autor: “El factor fundamental en todas las manifestaciones de esta línea de pensamiento es un temor a la existencia y a los poderes que dominan al hombre, y la necesidad de buscar refugio en algo absoluto, algo que esté por encima de todo cambio y pueda ofrecer paz y seguridad”. Lo absoluto, explica Ross, tiene tanto naturaleza cósmica como naturaleza moral; es a la vez orden del cosmos y ley moral.<sup>33</sup>

La idea anterior de lo absoluto permite explicar que conforme al derecho natural, la ley es eterna y su origen es divino. Cuando el ser humano hace suya la ley de Dios, se transforma en derecho natural. Por tanto, el derecho natural es la idea humana del derecho divino. Así lo expresa Santo Tomás de Aquino al explicar los distintos tipos de ley y la relación entre la ley natural y la eterna. Al respecto, aclara que la ley natural no es otra cosa sino la participación de la ley eterna en la criatura racional.<sup>34</sup>

Esta participación de la ley eterna en el ser humano, en opinión de John Finnis, significa dos conceptos unidos, a saber, causalidad y semejanza o imitación. El autor refiere que la noción de Tomás de Aquino sobre la ley natural como una participación de la Ley Eterna, no es más que una aplicación directa de su teoría general sobre la causa y la actividad del pensamiento humano. Manifiesta

---

<sup>32</sup> *Ibíd.*, p. 26.

<sup>33</sup> Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia* (Buenos Aires, Ed. Eudeba, 2006), p. 283.

<sup>34</sup> De Aquino, Tomás, *Tratado de la ley. Tratado de la justicia. Gobierno de los Príncipes* (México, Ed. Porrúa, 1975), p. 11.

que las bases para su inferencia son el poder de la comprensión humana y la imperfección de la inteligencia del ser humano. Finnis añade: “Tomás de Aquino especifica la forma básica en que la razón eterna es participada en nosotros: a través de nuestra “inclinación” natural hacia el acto debido [*debitum*] y el fin debido”.<sup>35</sup> [Corchete y cursiva del autor].

La idea de participación es relevante para comprender el concepto de derecho natural de Santo Tomás. La participación, conforme a John Finnis solamente puede ser entendida como una irradiación de la ley eterna. Lo explica al retomar a Santo Tomás, en los términos siguientes “es de Dios de quien la mente humana participa una luz intelectual, como dice el Salmo 4, versículo 7: “La luz de tu rostro, oh señor, está impresa sobre nosotros”. Esta idea del aquinatense invocada por John Finnis, es similar al idealismo platónico representado por el mito de la caverna. Unos prisioneros en una caverna se forman las ideas con base en las sombras que proyectan en ella los seres y objetos del mundo exterior.<sup>36</sup> De la misma manera, el ser humano establece un derecho natural con la idea que recibe de la justicia divina.

Explica Alf Ross que el derecho natural se fue secularizando en la medida en que fue declinando la influencia teológica. Expone que los siglos XVII y XVIII fueron la era del racionalismo y del iluminismo y, al mismo tiempo marca el esplendor del derecho natural. Al respecto expone:

El derecho natural llegó a ser la filosofía práctica y fundamental de toda una época, el pensamiento dominante no solo los estudios jurídicos y en la filosofía moral, sino también en la economía y en la política. Se despojó de su atuendo teológico y adoptó el ropaje de la

---

<sup>35</sup> Finnis, John, *Ley Natural y derechos naturales* (Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1992), pp. 423-425.

<sup>36</sup> Sobre el mito de la caverna, consúltese a González Escudero, Santiago, *La oscuridad radiante: lecturas del mito de la caverna de Platón [En homenaje al profesor Santiago González Escudero]*, editado por Vicente Domínguez, (Madrid, Ed. Biblioteca Nueva Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2009).

ciencia pura, auxiliada por el método matemático-deductivo, que fue el gran descubrimiento de la época.<sup>37</sup>

En el siglo XX se dio un renacimiento del derecho natural que en palabras de Alf Ross no consiste en una resurrección de los sistemas racionalistas del siglo XVIII. Explica que el contenido ideológico se aleja del liberalismo individualista en dirección a una ideología social y colectivista.<sup>38</sup> Un ejemplo que invoca el autor es el positivismo sociológico continuado por el francés Duguit, quien trata de derivar el derecho de la solidaridad, por el hecho de que el hombre sólo puede existir en comunidad con sus semejantes. Alf Ross expone que a pesar de que Duguit se comporta como enemigo del derecho natural, es obvio que su solidaridad es un ideal disfrazado y que el derecho que identifica como objetivo, no es más que un nuevo nombre para el derecho natural.<sup>39</sup>

Los derechos naturales, apunta Peces-Barba, aparecieron en el origen de la historia de los derechos humanos con las primeras Declaraciones liberales del siglo XVIII, en los modelos americano y francés. La expresión derechos naturales, expone Peces-Barba, aparece en el preámbulo de la declaración francesa de los derechos del hombre y ciudadano y en el artículo segundo, y agrega: “Ésta será la terminología del iusnaturalismo racionalista de Locke y de la ilustración”.<sup>40</sup>

Una vez agotada la concepción naturalista de los derechos del hombre, surgió la corriente de los derechos humanos que los concibe como derechos morales, es decir, como exigencias éticas. Enseguida se procederá a su análisis.

---

<sup>37</sup> Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, pp. 302-303.

<sup>38</sup> *Ibíd.*, pp. 312-313.

<sup>39</sup> *Ibíd.*, p. 314.

<sup>40</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, pp. 25-26.

### 1.1.2 Los derechos humanos como derechos morales

El concepto de derechos morales, explica Carlos Santiago Nino, es producto de la literatura anglosajona, al respecto expone:

Mientras en la literatura anglosajona ha habido una enorme concentración de atención en los llamados *moral rights* por autores de muy diversas posiciones tanto normativas, deontológicas, éticos, conservadores y progresistas, utilitaristas, comunitaristas, marxistas – como metaéticas-realistas, convencionalistas, constructivistas, escépticos–, en la literatura española se ha formado un fuerte movimiento de resistencia a reconocer el concepto de derechos morales.<sup>41</sup>

El autor analiza diversos argumentos que se oponen para reconocer los derechos morales, dado que la mayoría de quienes cuestionan la categoría conceptual de derechos morales son escépticos en materia ética. Nino considera que se podría sostener que lo que se impugna por ellos es que son normas inexistentes. Rechaza este argumento por absurdo y expone: “si las normas morales fueran inexistentes haría en todo caso también inexistentes a las relaciones que ellos establecen (y no sólo a los derechos sino también a los deberes...)”<sup>42</sup> [Paréntesis del autor]

Otro argumento en contra de los derechos morales, examinado por Nino, es el que sostiene que hay una característica distintiva de las normas jurídicas, que hace que sólo ellas sean generadoras de derechos: que las normas jurídicas regulan y están respaldadas por sanciones. El mismo autor combate este argumento con dos razones básicas. La primera, que muchas normas jurídicas no prescriben sanciones. La segunda, que las normas morales contienen sanciones como el

---

<sup>41</sup> Santiago Nino, Carlos, *Los escritos de Carlos S. Nino, Derecho Moral, Política II* (Buenos Aires, Ed. Gedisa, 2007), p. 113.

<sup>42</sup> *Ibíd.*, p. 115.

reproche, incluso por sanciones coactivas del Estado, sin que por ello se conviertan en normas jurídicas.<sup>43</sup>

Un diverso argumento que analiza Nino es el que sostiene que una teoría ética plausible no puede estar basada en derechos, sino en deberes, ideales de lo bueno o virtudes. En palabras de Nino: “Esta es una vieja controversia que se remonta a Jeremías Bentham, cuando consideraba a los derechos como: “sin sentidos en zancos”, pero obviamente aceptaba una teoría ética –el utilitarismo– que está basada en una concepción de lo bueno”.<sup>44</sup>

Juan Antonio Cruz Parceró expone el argumento de la ineficacia de los derechos morales. Este argumento deriva también de los escépticos, para quienes de nada sirve tener derechos morales si no están protegidos y no se pueden hacer cumplir. Cruz Parceró explica que este argumento escéptico valdría igualmente contra los derechos positivos, que suelen adolecer de eficacia y de garantías adecuadas. El problema de este argumento, explica el citado autor, es no poder diferenciar entre lo que es un derecho y sus formas de garantía.<sup>45</sup>

Al evaluar las posturas escépticas de los derechos morales, Nino expone que los escépticos a estos derechos en el marco de la cultura de habla española se distinguen de los que rechazan tales derechos en la cultura de habla inglesa, porque no quieren entrar a la discusión sustantiva de si deberíamos aceptar un sistema moral basado en deberes, virtudes o concepciones de lo bueno. La razón es porque su escepticismo se extiende acerca de la posibilidad de una discusión racional sobre tales cuestiones.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> *Ibíd.*, pp. 115-116.

<sup>44</sup> *Ibíd.*, p. 116.

<sup>45</sup> Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos* (Madrid, Ed. Trotta, 2012), p. 45.

<sup>46</sup> Santiago Nino, Carlos, *Los escritos de Carlos S. Nino, Derecho Moral, Política II*, pp. 116-117.

A pesar del escepticismo sobre la existencia de derechos morales, Nino destaca su importancia para la teoría y la práctica jurídicas. Considera que la actitud y el curso de acción que debe adoptarse frente a un orden jurídico o ante determinada norma, es una cuestión práctica que no se puede resolver sin comprometerse con principios de justicia y moralidad social, como los que establecen los derechos individuales básicos<sup>47</sup>. Para Nino “Las proposiciones acerca de lo que el derecho dispone sí expresarían razones para justificar decisiones, pero ello es así porque en la identificación del derecho ya se ha acudido a los principios de justicia que estarían presupuestos en tales proposiciones”.<sup>48</sup>

De acuerdo con estas ideas de Nino, es posible encontrar en los derechos morales razones para la acción humana, orientados por fines prácticos. Estas acciones pueden tener una doble perspectiva: Una de carácter sustantivo, expresada como poder o facultad para exigir algo a otro y una perspectiva basada en los deberes y que se expresa en la construcción a obrar de acuerdo al derecho de otro, por el valor moral que su derecho representa.

Estas ideas conducen al fundamento de los derechos morales, puesto que sería lo que podría justificar a los derechos morales como razones perentorias para la acción, es decir, razones que no se pueden evadir. Nino encuentra el fundamento de los derechos morales en tres principios básicos: El principio de autonomía, que consiste en la elección y materialización de planes de vida, con la prohibición al Estado y los individuos de interferir en esos planes; el principio de inviolabilidad de la persona, que prohíbe imponer a los hombres, contra su voluntad, sacrificios y privaciones que no redundan en su propio beneficio; y el

---

<sup>47</sup> Santiago Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación* (Buenos Aires, Ed. Astrea, 2007), p. 21.

<sup>48</sup> *Ibíd.*, p. 21.

principio de dignidad humana, que ordena que los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento.<sup>49</sup>

Si lo antes expuesto revela la trascendencia y el fundamento de los derechos morales, cabe indagar cuál es su origen. Es en este punto en el que los derechos morales se vinculan al iusnaturalismo, en sus dos vertientes, clásica y racionalista. Al respecto Cruz Parceró expone:

Las doctrinas clásicas del derecho natural le atribuían a Dios la creación de ciertas leyes naturales de donde se podían desprender derechos naturales o, en versión racionalista las leyes naturales eran extraídas de la naturaleza humana y de ahí que el individuo contara con derechos inherentes a su naturaleza [...] La negación de la existencia de un Derecho natural proveniente de Dios o de la naturaleza humana implicaba negar la “existencia” de aquellos derechos naturales que le pertenecían al ser humano.<sup>50</sup> [Comillas del autor].

La conexión entre los derechos morales y el derecho natural también la invoca Peces-Barba. Explica que en el origen de la historia de los derechos humanos, estos aparecieron como derechos naturales. Por ello, el uso del término derechos naturales se identifica con una posición iusnaturalista; que también en el iusnaturalismo contemporáneo se conocen como derechos morales.<sup>51</sup> Peces Barba confirma la idea de que la expresión derechos morales ha alcanzado últimamente una gran difusión, originada en la cultura anglosajona, y extendida rápidamente a la cultura de lengua castellana. A este respecto Peces-Barba expone que: “El sentido de esta concepción es que estamos ante unos derechos previos al Estado y a su Derecho, que son triunfos frente al Estado, en la terminología de uno de sus grandes impulsores R. Dworkin. Se trata de un concepto de derechos que se puede

---

<sup>49</sup> *Ibíd.*, pp. 229-287.

<sup>50</sup> Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, p. 46.

<sup>51</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, p. 25.

esgrimir frente al poder, incluso frente al poder democrático, que sobrevive a las leyes y sentencias contrarias”.<sup>52</sup>

En ese sentido, Ronald Dworkin, quien ha contribuido al desarrollo de los derechos morales, afirma que: “Nuestro sistema constitucional descansa sobre una determinada teoría moral, a saber que los hombres tienen derechos morales en contra del Estado. Las cláusulas difíciles del “Bill of Rights”, como las cláusulas de *igual protección y debido proceso*, deben ser entendidas como apelaciones a conceptos morales...”.<sup>53</sup> [Comillas y cursivas del autor]. Por consiguiente, opina que un tribunal que asuma la carga de aplicar plenamente tales cláusulas, debe ser un tribunal activista, preparado para formular y resolver cuestiones de moralidad política. Dworkin enfatiza que el derecho constitucional no podrá avanzar en tanto no aísle el problema de los derechos en contra del Estado y no haga de él parte de su programa. Añade que ello requiere una fusión del derecho constitucional y la teoría de la ética, una vinculación que, por increíble que parezca, considera que todavía está por establecerse y recomienda que los abogados no desempeñen un papel pasivo en la estructuración de una teoría de los derechos morales en contra del Estado.<sup>54</sup>

Al examinar el tema de los derechos humanos como derechos morales, Germán J. Bidart Campos, analiza la perspectiva ética de los derechos. Expone que los derechos de la persona humana cuentan con un fundamento ético que no es discutible, salvo para los escépticos de la moral. Explica que en algunas líneas ius filosóficas, los derechos morales significan una negación de todo fundamento jurídico de los derechos del hombre fuera o por arriba del derecho positivo.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> *Ibíd.*, pp. 31-32.

<sup>53</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* (Barcelona, Ed. Ariel, 2002), pp. 230-231.

<sup>54</sup> *Ibíd.*, p. 233.

<sup>55</sup> Bidart Campos, Germán J., *Teoría General de los derechos humanos* (México, Ed. IJ UNAM, 1989), p. 93.

Antes de ser incorporados al derecho positivo, los derechos humanos serían derechos morales, es decir, exigencias de la ética a las que la filosofía de los derechos humanos concedería llamar derechos, porque el derecho positivo no puede crear a su voluntad su propio sistema de derechos fundamentales.<sup>56</sup>

En palabras de Eusebio Fernández, citado por Bidart Campos, con el término derechos morales pretende describir la síntesis entre los derechos humanos entendidos como exigencias éticas o valores y los derechos humanos entendidos paralelamente como derechos. Para este autor el calificativo “morales” aplicado a los derechos, representa tanto la idea de fundamentación ética como una limitación en el número y contenido de los derechos humanos y considera que solo los derechos que tienen que ver estrechamente con la idea de dignidad humana, pueden ser considerados como derechos humanos fundamentales.<sup>57</sup>

El iusnaturalismo considerado como la fuente de los derechos morales, se puede caracterizar, de acuerdo con Nino, por la defensa de dos tesis fundamentales:

a) que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos, independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos e individuos; b) que un sistema normativo, aun cuando sea efectivamente reconocido por órganos que tienen acceso al aparato coactivo estatal, no puede ser calificado como derecho si no satisface los principios aludidos en el punto anterior.<sup>58</sup>

Nino se pregunta si los derechos humanos son de índole jurídica o moral, si corresponden a la categoría del derecho natural, o si pueden ser a la vez morales, jurídicos y jurídico-naturales. Para ello, Nino parte de la idea de que las

---

<sup>56</sup> *Ibíd.*, p. 94

<sup>57</sup> *Ibíd.*, p. 94.

<sup>58</sup> Santiago Nino, Carlos, *Ética y Derechos humanos. un ensayo de fundamentación*, p. 16.

proposiciones acerca de derechos en general y de derechos humanos en especial son equivalentes a proposiciones acerca del contenido de reglas o principios de un sistema normativo. Aclara que según sea el carácter moral, jurídico o de derecho natural del sistema normativo aludido por las proposiciones, así será la índole de los derechos referidos por los enunciados originarios.<sup>59</sup>

El mismo autor indica que parece obvio que cuando se habla de derechos humanos se alude a situaciones normativas estipuladas en el derecho positivo internacional y nacional. Estima que bajo esta interpretación los derechos humanos serían primordialmente derechos jurídicos. Sin embargo, en los contextos en que la alusión a derechos humanos adquiere una importancia radical para cuestionar leyes, instituciones, medidas o acciones, Nino advierte que esos derechos no se identifican con las normas del derecho positivo, sino que se entiende que los derechos así creados constituyen solo la consagración y reconocimiento de derechos que son independientes de la recepción jurídica.<sup>60</sup>

Uno de los problemas que presenta el uso de la expresión derechos morales se refiere a su concepto. Juan Antonio Cruz Parceró explica que muchos filósofos definen los derechos morales: “como pretensiones, como títulos morales, como poderes, como libertades, como expectativas, incluso en términos de deberes, de modo que tener un derecho frente a otro es lo mismo que otro tenga un deber respecto al titular del derecho”.<sup>61</sup>

Joel Feinberg, citado por Cruz Parceró, sostiene que un hombre posee un derecho moral cuando tiene una pretensión cuyo reconocimiento es requerido por principios morales y no necesariamente por reglas jurídicas. Añade que las

---

<sup>59</sup> *Ibíd.*, p. 14.

<sup>60</sup> *Ibíd.*, p. 15.

<sup>61</sup> Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, p. 62.

pretensiones han de ser válidas, esto es, justificadas. Tener una pretensión no es hacer una reclamación sino estar en posición de hacer una reclamación.<sup>62</sup> Para Mc Closkey, también citado por Cruz Parceró, un derecho es un título moral que origina una autoridad moral para realizar aquello a lo que los individuos están autorizados por el título. Por tanto, considera que los derechos morales son títulos que contienen libertades a sus poseedores para hacer, demandar o disfrutar, dependiendo de la naturaleza o base de ese derecho.<sup>63</sup>

Los anteriores conceptos doctrinales que conciben a los derechos morales como poderes o pretensiones que legitiman a su titular para exigir de otro el deber correlativo, constituyen elementos que, han tenido su asiento primario en la doctrina de los derechos subjetivos públicos. Esta relación justifica que enseguida se emprenda el análisis de los derechos humanos en su vertiente de derechos subjetivos públicos.

### **1.1.3 Los derechos humanos como derechos subjetivos públicos**

La categoría de los derechos públicos subjetivos, expone Antonio Enrique Pérez Luño, fue elaborada por la dogmática alemana del derecho público a finales del siglo XIX, a fin de inscribir los derechos humanos en un sistema de relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares.<sup>64</sup> Los derechos subjetivos públicos, añade Pérez Luño: “surgieron como un decidido intento de situar la teoría de los derechos humanos dentro de un marco estrictamente positivo, al margen de cualquier contaminación ideológica iusnaturalista”.<sup>65</sup>

Bidart Campos destaca que lo público de los derechos subjetivos emplaza a estos derechos en el orbe del derecho público, fundamentalmente el constitucional

---

<sup>62</sup> *Ibíd.*, p. 62.

<sup>63</sup> *Ibíd.*, p. 63.

<sup>64</sup> Pérez Luño, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución* (Sevilla, Ed. Tecnos, 2010), p. 35.

<sup>65</sup> *Ibíd.*, p. 35.

y respecto al vínculo entre el Estado y el hombre, expone: “Es cierto que la categoría de los derechos subjetivos públicos se forjó cuando el constitucionalismo moderno y el llamado Estado de derecho asignaron al hombre un *status* jurídico-político que lo hizo portador y titular de derechos subjetivos solamente frente o contra el Estado”<sup>66</sup>

En relación a esta oponibilidad de los derechos subjetivos frente al Estado, Peces-Barba puntualiza: “...este término se circunscribe a los derechos, como límites al poder y sólo esgrimibles, por consiguiente, ante los poderes, autoridades y funcionarios, pero no en las relaciones entre particulares”<sup>67</sup>.

Esta concepción de los derechos subjetivos públicos, explica Humberto Nogueira Alcalá, presenta la limitación de que los derechos no podrían ser exigibles entre particulares, por lo que no tendrían efectos vinculantes *erga omnes*, es decir, frente a todos. Esa concepción está superada en el derecho constitucional latinoamericano, que reconoce a los derechos fundamentales efectos *erga omnes*.<sup>68</sup>

La referida limitación conceptual del término derecho subjetivo público, tampoco la comparte Bidart Campos. Para él, los derechos subjetivos públicos incluyen los derechos que se dan en una relación de alteridad entre hombre y hombre, porque esta relación también es de naturaleza pública.<sup>69</sup> Para sostener esa conclusión, Bidart Campos explica que los derechos humanos son derechos subjetivos públicos porque se subjetivizan en la persona humana, como titular del derecho. Expone que antes de su positivización los derechos humanos son derechos subjetivos morales y una vez que son positivizados se convierten en derechos subjetivos jurídicos.

---

<sup>66</sup> Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, p. 163.

<sup>67</sup> Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, p. 28.

<sup>68</sup> Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales* (México, Ed. IJ UNAM, 2003), p. 56.

<sup>69</sup> Bidart Campos, German J., *Teoría general de los derechos humanos*, p. 163.

Este cambio o mutación de los derechos subjetivos morales en jurídicos, lo explica citando a Jean Dabin: “de una parte, el derecho subjetivo en el sentido moral [...] pasa a la regla social garantizada; se trata de los ‘derechos del hombre’, convertidos, gracias a esa mutación, en derechos subjetivos jurídicos”.<sup>70</sup> [Comillas del autor]. La mutación, enfatiza Bidart Campos, es obra del derecho público, de ahí el adjetivo de público.<sup>71</sup> De acuerdo con esta idea de Bidart Campos, la expresión derechos subjetivos públicos es válida tanto frente al Estado como frente a los particulares.

Los derechos humanos como derechos subjetivos públicos requieren para su mejor comprensión el análisis del concepto de derecho subjetivo, que sería el género respecto del cual los derechos humanos serían una especie. Cuando se discute el origen del término derecho subjetivo se suele acudir a Michael Villey, quien lo ubica en la Baja Edad Media, en la obra de Guillermo Ockham. Villey, citado por Cruz Parceró, sostiene que una controversia entre franciscanos y dominicos en torno a la legitimidad de la propiedad privada y la pobreza evangélica, fue el origen del concepto moderno de los derechos. Explica que una bula del Papa Juan XXII, puso en entredicho la licitud del uso de los bienes por la comunidad franciscana que hacía voto de pobreza; el monje Guillermo de Ockham se opuso a la bula papal y usa, en opinión de Villey, el concepto de *ius* en sentido subjetivo, como potestad.<sup>72</sup> La bula papal atacaba la concepción que tenían los franciscanos de la propiedad colectiva. Para esto, los franciscanos se inspiraban en Santo Tomás de Aquino, para quien la propiedad era de derecho natural: “el *dominium* de Dios sobre la Tierra era conceptualmente el mismo que el *dominium*

---

<sup>70</sup> *Ibíd.*, pp. 140-164.

<sup>71</sup> *Ibíd.*, p. 164.

<sup>72</sup> Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, p. 23.

del hombre sobre sus posesiones; todas las relaciones del hombre con el mundo material eran ejemplo de ese *dominium*”.<sup>73</sup> [Cursivas del autor]

La intervención de Ockham, en opinión de Juan Ramón de Páramo: “...introduce un nuevo punto de vista sobre la idea del derecho subjetivo: se abandona la concepción objetivista y externa del derecho [...] y se sustituye por la acepción del derecho como poder del sujeto o *potestas*, estableciendo la distinción entre el poder para usar una cosa y el poder para reivindicarla como propia ante la jurisdicción”.<sup>74</sup> [Cursivas del autor]

Este poder o potestad del sujeto se convierte en un elemento central de la teoría del derecho subjetivo. Autores como Hans Kelsen, Wesley Newcomb Hohfeld, Jeremy Bentham y H. L. A. Hart, estructuran sus análisis del derecho subjetivo a partir del poder del sujeto titular del derecho subjetivo. Este elemento se complementa con otros conceptos como el de norma jurídica y deber jurídico, en tanto no se puede constituir un derecho sin una norma del sistema jurídico que lo reconozca y sin un deber correlativo al derecho, en una relación de alteridad.

El derecho es siempre relación a otro, explica Rodolfo Luis Vigo. Cita a Santo Tomás, quien precisa: “Lo propio de la justicia, entre las demás virtudes, es ordenar al hombre en las cosas relativas a otro”, “la justicia es la raíz de toda ordenación a otro.”<sup>75</sup> Hans Kelsen precisa: “El concepto de deber suele ser contrastado con el de derecho [...] cuando el derecho tiene carácter subjetivo, es

---

<sup>73</sup> Cruz Parceró, Juan Antonio, *El concepto del derecho subjetivo en la teoría contemporánea del derecho* (México, Ed. Distribuciones Fontamara, 2004), pp. 16-17.

<sup>74</sup> De Páramo, Juan Ramón, “Derecho subjetivo”. En *El derecho y la justicia*, editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, pp. 367-393 (Madrid, Ed. Trotta, 2000), p. 372.

<sup>75</sup> Vigo, Rodolfo Luis, *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho* (Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008), p. 16.

necesariamente un derecho a la conducta ajena, o sea, a la conducta a que otro está jurídicamente obligado”.<sup>76</sup>

Estos conceptos de derecho subjetivo, norma jurídica y deber jurídico se encuentran expresos o implícitos en los seis usos de derecho subjetivo analizados por Kelsen, según la siguiente síntesis de Juan Ramón de Páramo:

- 1) Derecho como equivalente a no prohibido, en el sentido de que no existe en el ordenamiento jurídico una norma que sancione la conducta.
- 2) Derecho como equivalente a autorización, en el sentido de que existen normas que permiten o autorizan la conducta.
- 3) Derecho como correlativo de una obligación activa.
- 4) Derecho como correlativo de obligaciones pasivas, de no hacer.
- 5) Derecho como acción procesal, que permite la posibilidad de recurrir a los órganos judiciales para exigir el cumplimiento de la obligación correlativa.
- 6) Derecho político, tanto en el sentido electoral como en el de las garantías constitucionales.<sup>77</sup>

Por su parte, en la teoría de Wesley Newcomb Hohfeld, Juan Ramón de Páramo destaca el uso que el citado autor propone del término derecho, que se puede emplear en múltiples situaciones normativas, tanto jurídicas como morales: “A la idea central de pretensión, Hohfeld añade las de privilegio, potestad e inmunidad”.<sup>78</sup> Juan Ramón de Páramo explica que la clasificación de Hohfeld es seguida por la mayor parte de las versiones sobre el concepto de derecho subjetivo. La explica en los siguientes términos:

---

<sup>76</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado* (México, Ed. IJ UNAM, 1979), p. 87.

<sup>77</sup> De Páramo, Juan Ramón, “Derecho subjetivo”, pp. 374-375.

<sup>78</sup> *Ibíd.*, pp. 375-376.

- 1) **A** tiene una *pretensión* frente a **B** cuando **B** está en la situación correlativa de tener un *deber* frente a **A**. cuando no se tiene esa pretensión la situación de **A** es de <<no derecho>>.
- 2) **A** tiene un *privilegio* frente a **B** cuando **B** está en la situación correlativa de *no-derecho* a cierta conducta. Lo opuesto a la situación de privilegio es la de *deber*.
- 3) **A** tiene una *potestad jurídica* frente a **B** cuando puede modificar sus relaciones jurídicas. El sujeto **B** está en la situación correlativa de sujeción frente **A**. lo opuesto a la *potestad* es una situación de *incompetencia*.
- 4) **A** tiene *inmunidad* frente a **B** cuando **B** está en la situación correlativa de *incompetencia* para alterar su *status*. **A** su vez, la inmunidad implica ausencia de *sujeción*, que es el concepto opuesto.<sup>79</sup>

A su vez, el propio Hohfeld advierte:

Uno de los obstáculos mayores a la comprensión clara, enunciación aguda y solución verdadera de los problemas jurídicos, surge con frecuencia de la suposición expresa o tácita de que todas las relaciones jurídicas pueden ser reducidas a “derechos” (subjetivos) y “deberes”, y de que estas últimas categorías son, por lo tanto, adecuadas para analizar los intereses jurídicos más complicados...”.<sup>80</sup> [Comillas y paréntesis del autor]

Hohfeld considera que por esa razón los conceptos de definición formal son insatisfactorios y propone como línea de ataque para evitar esos resultados, exhibir las diversas relaciones en un esquema de opuestos y correlativos, para luego ejemplificar su alcance y aplicación.<sup>81</sup> El esquema de Hohfeld es el siguiente:

---

<sup>79</sup> *Ibíd.*, p. 376.

<sup>80</sup> Wesley Newcomb, Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales* (México, Ed. Fontamara, 2004), p. 47.

<sup>81</sup> *Ibíd.*, p. 49.

Opuestos jurídicos	}	Derecho (subjetivo)	Privilegio	Potestad	Inmunidad
		No- derecho	Deber	Incompetencia	Sujeción
Correlativos jurídicos	}	Derecho (subjetivo)	Privilegio	Potestad	Inmunidad
		Deber	No derecho	Sujeción	Incompetencia

Hohfeld no desarrolla expresamente la parte de su esquema relativa a los opuestos jurídicos. Sin embargo, se puede acceder a los conceptos que integran las relaciones de oposición, como son los de derecho subjetivo y no derecho, privilegio y deber, potestad e incompetencia, inmunidad y sujeción, por medio del examen que hace el autor de los correlativos jurídicos, puesto que los citados conceptos están incluidos en las relaciones jurídicas de correlación.

Al exponer los correlativos jurídicos, Hohfeld lamenta que exista ambigüedad en el uso amplio y discriminado del uso de la expresión derecho subjetivo, que suele utilizarse como sinónimo de privilegio e inmunidad.<sup>82</sup> Por ello, el autor indica que cabe preguntar qué indicio o pista del lenguaje jurídico puede sugerir un significado definido y apropiado. El mismo brinda la respuesta: “Esa pista o indicio consiste en el ‘deber’ correlativo...”.<sup>83</sup> Hohfeld explica la anterior correlación un ejemplo: “si X tiene el derecho de excluir a Y de un

<sup>82</sup> *Ibíd.*, pp. 50-51.

<sup>83</sup> *Ibíd.*, p. 52.

inmueble del primero, la situación correlativa (y equivalente) es que Y tiene el deber de permanecer fuera del lugar”<sup>84</sup> [Paréntesis del autor]

Este ejemplo le sirve a Hohfeld para aclarar la correlación entre privilegio y no derecho, en los siguientes términos: “mientras que X tiene un *derecho o pretensión* a que Y no entre en el inmueble del primero, X tiene el *privilegio* de entrar en el inmueble...”.<sup>85</sup> [Cursivas del autor] De esta manera, se puede apreciar que la noción derecho subjetivo se correlaciona con el deber del sujeto pasivo de la relación jurídica; en cambio, el privilegio alude a la posición en que se coloca el titular del derecho frente al objeto material de ese derecho, en este caso el bien inmueble.

Respecto a la correlación jurídica que se produce entre potestad y sujeción, para Hohfeld una potestad es una competencia jurídica del titular de un derecho, de cambiar la relación jurídica en juego. Por ejemplo, puede abandonar una cosa mueble y extinguir de este modo su interés jurídico en la cosa y, simultánea y correlativamente, tiene la potestad de crear en otras personas privilegios e inmunidades referentes al objeto abandonado, mediante la apropiación de la cosa.<sup>86</sup>

Puede advertirse que la potestad, en Hohfeld, es equivalente a la facultad o poder de disposición sobre la cosa. Es similar al concepto de privilegio. La diferencia es que el privilegio implica una facultad para disfrutar de la cosa; en cambio, en la potestad, se trata de una facultad de disponer jurídicamente de la cosa, es el poder no de usarla materialmente, sino en forma jurídica, abandonando la cosa o disponiendo de ella. De ese acto de disposición jurídica, derivado de su potestad para disponer legalmente de ella, Hohfeld va a desprender el concepto

---

<sup>84</sup> *Ibíd.*, p. 52.

<sup>85</sup> *Ibíd.*, p. 53.

<sup>86</sup> *Ibíd.*, p. 71.

correlativo de sujeción, que no es sino el autosometimiento del titular del derecho a las consecuencias jurídicas que surgen del ejercicio de su potestad. El autor ejemplifica esta relación entre potestad y sujeción en el campo de los contratos. Explica que si A ofrece en venta a B un inmueble en un determinado precio y por cierto tiempo, A está obligado a mantener la oferta por el tiempo fijado. La sujeción de A subsistirá durante ese plazo.<sup>87</sup>

En el mismo campo de los contratos, Hohfeld especifica el concepto de inmunidad y correlativo de incompetencia. Expone que una inmunidad es la libertad de una persona frente a la potestad jurídica de otro, con respecto a una relación jurídica.<sup>88</sup> Expone el autor: “X propietario de un inmueble, tiene [...] la potestad de enajenarlo a Y o a cualquier persona. Por otra parte, X tiene también varias inmunidades frente a Y y todos los demás. Porque Y está limitado, por una incompetencia [...] en lo que concierne a desplazar el interés jurídico de X en dirección a sí mismo o de un tercero”.<sup>89</sup>

De acuerdo con este ejemplo de Hohfeld, la inmunidad es la posición de libertad en que se encuentra el titular de un derecho para entrar o no en relación jurídica con otro u otros, para disponer de su derecho, es decir, es inmune ante terceros que no pueden obligarlo a entrar en relación jurídica con ellos; esta imposibilidad de los terceros es lo que el autor denomina incompetencia, o ausencia de potestad.

El examen de los anteriores conceptos de Hohfeld en torno al derecho subjetivo, estructurado a través de las relaciones de oposición y correlación que surgen de los conceptos de derecho, privilegio, potestad e inmunidad, representa un avance significativo para comprender aquel concepto.

---

<sup>87</sup> *Ibíd.*, p. 79.

<sup>88</sup> *Ibíd.*, p. 88.

<sup>89</sup> *Ibíd.*, p. 88.

A pesar del avance en la conceptualización del derecho subjetivo por Hohfeld y los autores previamente citados, Robert Alexy lamenta que la discusión sobre el concepto de derecho subjetivo no ha conducido a un consenso. Una razón que invoca es precisamente la falta de un cuestionamiento correcto y preciso.<sup>90</sup>

Esta falta de corrección y precisión en el cuestionamiento del derecho subjetivo puede deberse no solamente a las diversas teorías elaboradas, sino a los diversos enfoques que las orientan. Así por ejemplo, la visión del derecho subjetivo es muy distinta de autores formalistas y positivistas como Kelsen y Hohfeld a las de los autores realistas, como Alf Ross. Este autor, citado por Juan Ramón de Páramo expresa la siguiente noción de derecho subjetivo:

“el término Tú-Tú [...] simboliza en una tribu imaginaria la violación de un tabú, lo cual conlleva unas determinadas consecuencias, como el exorcismo de quien lo viola, pero es una expresión que no corresponde a la realidad [...] de modo similar, el concepto de derecho subjetivo simboliza una pretensión equivalente a la expresión Tú-Tú, que tampoco corresponde a los hechos de la realidad. De las obligaciones que contraen las personas mediante un contrato se derivan ciertas consecuencias: el derecho subjetivo es un poder imaginario que tiene la función de reforzar la producción de esas consecuencias...”<sup>91</sup>

Una razón adicional que invoca Alexy en la correcta comprensión del concepto de derecho subjetivo y que menciona que aún es parte de la discusión actual, se refiere a diversas interrogantes que dan lugar a problemas normativos, empíricos y analíticos. Un ejemplo que menciona Alexy como problema normativo, de carácter ético filosófico se presenta: “...cuando, independientemente de la validez de un ordenamiento jurídico positivo, se pregunta por qué los individuos tienen derechos y qué derechos tienen [...] como Consecuencia, el

---

<sup>90</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), p. 151.

<sup>91</sup> De Páramo, Juan Ramón, “Derecho subjetivo”, p. 371.

objeto de los problemas ético-filosóficos puede jugar un papel también dentro del marco de la dogmática de los derechos fundamentales”.<sup>92</sup>

Respecto a los problemas empíricos Alexy expone: “...pueden distinguirse, por ejemplo, enunciados acerca del surgimiento de derechos subjetivos, sobre la historia del concepto de derecho subjetivo y sobre la función social de los derechos subjetivos, por ejemplo, sobre su función específica para la organización y legitimación de las relaciones de dominación”.<sup>93</sup>

Alexy expone que en una teoría estructural de los derechos fundamentales lo importante son los problemas analíticos, que formula en tres aspectos: “(a) razones para los derechos subjetivos, (b) derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas y (c) la posibilidad jurídica de hacer efectivos los derechos subjetivos”.<sup>94</sup>

Puede advertirse que son varios y relevantes los problemas que derivan del concepto de derecho subjetivo. Tal vez eso explica que el concepto, en su vertiente de derechos subjetivos públicos, no sea de uso corriente. Peces-Barba explica que las dificultades de comprensión del término impiden una comunicación generalizada y que su acción puede ser eficaz en la cultura jurídica interna que se produce en las relaciones entre operadores jurídicos.<sup>95</sup>

Por otra parte, se ha indicado que la expresión de derechos subjetivos públicos se circunscribe a los derechos propios del Estado liberal, lo que lo convierte en un concepto restringido, no adecuado a la realidad actual, porque lo que los derechos, económicos, sociales y culturales no tienen cabida.<sup>96</sup>

---

<sup>92</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), p. 152.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p. 154.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 156.

<sup>95</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, p. 27.

<sup>96</sup> Escalona Martínez, Gaspar, “La naturaleza de los derechos humanos”. En *Pasado, presente y futuro de los*

Un análisis que debe emprenderse para determinar si es conveniente usar la expresión derechos subjetivos públicos para aludir a los derechos humanos, es, por una parte, las repercusiones del uso de un concepto que surge de la dogmática jurídica civilista, que es el de derecho subjetivo, que se hace extensivo al campo de las relaciones del derecho público entre el Estado y los gobernados y, por otra, a las transformaciones de esos vínculos políticos con motivo del tránsito del Estado liberal al social y del Estado de derecho al Estado constitucional o neoconstitucional, que extiende los efectos de los derechos humanos a la sociedad y a los particulares; todo ello en el marco de una visión histórica del Estado.

Precisamente una visión histórica del Estado y también una visión sociológica, resultan indispensables para entender conceptualmente los derechos humanos. Esto implica que el Estado debe analizarse en estas dimensiones histórica y sociológica, para desprender de la vida de los Estados la forma en que surgen y se conciben los derechos humanos frente al poder del Estado.

Kelsen analiza si el Estado es una entidad real, sociológica o una entidad jurídica. Expone que: “De acuerdo con la opinión tradicional, no es posible comprender la esencia de un orden jurídico nacional, su *principium individuationis*, a menos de presuponer la existencia del Estado como realidad social subyacente”.<sup>97</sup> Kelsen también examina otras concepciones sociológicas del Estado, como la de unidad o cuerpo social, que tiene lugar entre los individuos de un mismo Estado y que se constituye con la acción recíproca de esos individuos, por su voluntad común o por intereses comunes. Asimismo, examina la teoría del

---

*derechos humanos*, coordinado por Yolanda Gómez Sánchez, pp. 127-158 (México, Ed. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2004), p. 137.

<sup>97</sup> Kelsen, Hans, *Teoría General de Derecho y del Estado*, p. 216.

Estado como organismo natural, a la que se opone por su propósito de asegurar el valor de la institución política y confirmar la autoridad de los órganos estatales.<sup>98</sup>

Asimismo, analiza el Estado como dominación, en virtud del cual el Estado se define como una relación en la que alguien manda y gobierna y otros obedecen y son gobernados. El autor explica que la descripción sociológica del Estado, como fenómeno de dominación, es incompleta si solamente se funda en el hecho de que ciertos hombres obliguen a otros a observar cierta conducta, por lo que añade que la dominación debe de ser legítima, y sobre este punto expone: “la dominación es legítima solo en el caso de que se realice en concordancia con un orden jurídico cuya validez es presupuesta por los individuos que en aquella intervienen, y este orden es el orden jurídico de la comunidad cuyo órgano es el “gobernante del Estado”.<sup>99</sup> [Comillas del autor].

Al examinar el concepto jurídico y sociológico del Estado, Kelsen explica: “Mientras que para el jurista es el Estado un complejo de normas, un orden, a los ojos del sociólogo aparece, según Max Weber, como un complejo de acciones o “procesos de conducta social efectiva”.<sup>100</sup> Precisamente Max Weber entiende al municipio como una organización vecinal que representa el nivel intermedio de las sociedades básicas humanas: familia, municipio, Estado. Para Weber, el municipio tiene su base en la comunidad que cubre la necesidad de bienes y trabajo de la vida cotidiana. La ayuda de la vecindad está condicionada por la proximidad espacial en la que surge la acción comunitaria. La comunidad de vecinos, sostiene Weber, constituye la base primaria del Ayuntamiento, institución que solo llega a

---

<sup>98</sup> *Ibíd.*, pp. 218-220.

<sup>99</sup> *Ibíd.*, p. 223.

<sup>100</sup> *Ibíd.*, p. 224.

constituirse en su pleno sentido en relación con una actividad política comunitaria, que abarque una pluralidad de vecindades.<sup>101</sup>

Esta pluralidad de vecindades, unidas por lazos materiales y espirituales es lo que va a dar lugar a la nación. André Hauriou destaca como elementos importantes de la Nación, los de carácter ético, como el parentesco racial, lengua y religión. Sostiene que también hay que tener en cuenta los elementos espirituales. Sobre ellos expone: “en primer lugar, los acontecimientos históricos: las guerras, las calamidades, y en sentido inverso los años de prosperidad, los éxitos comunes; El alma nacional se hace de recuerdos compartidos, de sufrimiento o de felicidad. En segundo lugar, la comunidad de intereses principalmente de orden económico, que, en gran parte resulta de la convivencia sobre un mismo territorio”.<sup>102</sup>

André Hauriou explica que la nación es una agrupación humana anterior al Estado. Se consideraba como el resultado de un proceso histórico que terminaba antes del nacimiento del Estado, y añade: “éste aparece en último lugar, para centralizar política y jurídicamente a la Nación. Y, de hecho, en la mayor parte de los países europeos, la formación de la Nación ha precedido a la del Estado”.<sup>103</sup>

El concepto de Estado-nación se perfecciona cuando los Estados se organizan por medio de una Constitución. André Hauriou expone que el significado del derecho constitucional y su misión: “*es la de organizar, en el marco del Estado-nación, una coexistencia pacífica del poder y de la libertad*”.<sup>104</sup> [Cursivas del autor]. El mismo autor explica que el derecho constitucional aparece ligado a la contradicción fundamental de la condición humana, de ser a la vez, individual y colectiva. Esta contradicción le permite definir el derecho

---

<sup>101</sup> Weber, Max, *Economía y Sociedad Tomo-1* (Madrid, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2002), pp. 293-294.

<sup>102</sup> Hauriou, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, p. 119.

<sup>103</sup> *Ibíd.*, p. 122.

<sup>104</sup> *Ibíd.*, p. 41.

constitucional en los siguientes términos: “*la técnica de la conciliación de la autoridad y la libertad en el marco del Estado*”.<sup>105</sup>

Esta conciliación implica el reconocimiento de los derechos humanos de los gobernados. Al examinar los fundamentos del Estado Nacional, J. Alberto del Real Alcalá cita a Friedrich Meinecke, para quien el Estado nacional, en cuanto a expresión del devenir de la Nación va a ser considerado el mejor instrumento para la realización humana.<sup>106</sup> Es precisamente en el marco del Estado-nación, en el que, como producto del derecho constitucional clásico, emergen los derechos y libertades individuales en las constituciones escritas y en las declaraciones de derechos. Al respecto, André Hauriou manifiesta que la tradición de las declaraciones de derechos nace en América del Norte. Expone que había precedentes ingleses como la Petición de derechos de 1628, el Acta de *habeas corpus* de 1679, el *bil* de derechos de 1689, que tenían un carácter más particular y concreto que las declaraciones americanas y francesas; Hauriou identifica como la primera declaración americana la de Virginia de 1776. Como consecuencia del ejemplo americano, se desarrolla en Francia la práctica de las declaraciones de derechos, que luego de finalizar la primera guerra mundial se extienden a las nuevas constituciones europeas.<sup>107</sup>

Las transformaciones que ha sufrido el Estado-nación a lo largo de los años y que han perfilado a un Estado moderno democrático de derecho, no han variado la posición central que ocupa la persona y que se manifiesta en el reconocimiento de sus derechos frente al Estado. No importa que estos derechos se conceptualicen o no como derechos subjetivos públicos; lo relevante a destacar es la importancia

---

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>106</sup> Del Real Alcalá, J. Alberto, “Estado Cosmopolita y Estado Nacional: I Kant vs F. Meinecke”. En *Revista de la Facultad de Derecho de México*, número 247, enero-junio (México, Ed. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 2007), p. 186.

<sup>107</sup> Hauriou, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, pp. 228-229.

que tiene la persona en el marco del Estado, organizado por una Constitución, que reconoce y protege los derechos humanos de sus gobernados.

#### **1.1.4 Los derechos humanos como derechos fundamentales**

El término derechos fundamentales, explica Pérez Luño: “aparece en Francia hacia 1,770 en el movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789”<sup>108</sup>. El mismo autor añade: “la expresión ha alcanzado luego especial relieve en Alemania, donde bajo el título de los *Grundrechte* se ha articulado el sistema de relaciones entre el individuo y el estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico político”.<sup>109</sup>

Es por ello, explica el autor, que gran parte de la doctrina entienda que los derechos fundamentales son los derechos humanos positivizados en las constituciones estatales.<sup>110</sup> En este sentido, Robert Alexy expone, citando a Carl Schmitt, que la definición de derecho fundamental vincula elementos materiales y estructurales. De acuerdo con esta definición los derechos fundamentales son: “solo aquellos derechos que pertenecen al fundamento mismo del estado y que, por lo tanto, se reconocen como tales en la Constitución”.<sup>111</sup> Por esta razón, Miguel Carbonell expresa que todos los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados.<sup>112</sup>

Martín Borowski propone tres conceptos de derecho fundamental: concepto formal, concepto material y concepto procedimental. El concepto formal atiende al criterio de pertenencia de un derecho al catálogo al derecho incluido en la Constitución. Borowski no está de acuerdo con este criterio porque también

---

<sup>108</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 32.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>110</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>111</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 46.

<sup>112</sup> Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México* (México, Ed. Porrúa, 2009), p. 9.

existen algunos derechos fundamentales fuera del catálogo que establece la Constitución. Por esto considera decisivo atender un criterio material de derecho fundamental.<sup>113</sup>

El concepto material de derecho fundamental Borowski lo explica como un intento de transformar los derechos humanos en derecho positivo. De acuerdo con esta idea: “puede considerarse como contenido de los derechos fundamentales a aquella sustancia normativa que antes del proceso de transformación ya formaba parte del contenido de los derechos humanos y que aún lo hace”.<sup>114</sup> En opinión de Borowski este concepto material presenta el inconveniente de la discusión política acerca del contenido de los derechos humanos, la cual se debe a la existencia de diversas cosmovisiones, y que también se convierte en una discusión sobre el contenido de los derechos fundamentales.<sup>115</sup>

De acuerdo al concepto procedimental, lo decisivo del derecho fundamental es si son tan importantes para que la opción entre garantizarlos o no garantizarlos pueda ser confiada a la mayoría parlamentaria. El criterio es procedimental porque se refiere a la forma de decidir los derechos por medio del constituyente o del legislador ordinario. Borowski objeta este criterio porque no hace explícito aquello que pueda ser tan importante para que se reserve a la decisión exclusiva del constituyente.<sup>116</sup> En suma, el concepto de derechos fundamentales descansa sobre el concepto de derechos humanos, como derechos fundantes de una sociedad política, que se constitucionalizan y se protegen mediante normas específicas de garantía. Estas ideas las sintetiza Manuel Aragón cuando expresa:

---

<sup>113</sup> Borowski, Martín, *La Estructura de los Derechos Fundamentales* (Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2003), pp. 34-35.

<sup>114</sup> *Ibid.*, pp. 35-36.

<sup>115</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>116</sup> *Ibid.*, pp. 36-37.

Los derechos de los ciudadanos son “fundamentales” no sólo porque sin ellos no serían ciudadanos, es decir, hombres libres, ni el pueblo soberano, esto es, pueblo libre, sino además, porque tales derechos se reconocen en la norma fundamental, esto es, en la propia Constitución. La consecuencia de ello es la eficacia jurídica de tales derechos constitucionales, su aplicación directa por los jueces y la inaplicación de la ley o del acto de los poderes públicos que los vulneren.<sup>117</sup> [Comillas del autor].

Para comprender mejor el concepto de los derechos humanos, es necesario analizar su fundamento. Una vez analizadas las principales acepciones de los derechos humanos, es necesario abordar su fundamento. Esto permitirá que los derechos humanos sean mejor comprendidos, lo anterior debido a que existe una relación estrecha que condiciona recíprocamente el modo de entender el concepto y el fundamento de los derechos humanos. En el siguiente apartado se examinarán las principales corrientes o doctrinas del pensamiento que explican el fundamento de los derechos humanos.

## **1.2 El fundamento de los derechos humanos**

Existen muchas opiniones doctrinales de diversos autores en relación con este tema. Por esa razón, solamente se examinarán algunas de ellas, para ofrecer un panorama general sobre los conceptos y problemas sobre el fundamento de los derechos humanos.

Carlos Ignacio Massini, citado por Javier Saldaña, expone que la palabra fundamentación, parece que denota el sustento objetivo de las cosas; fundamentar en el orden de un conocimiento práctico, es la justificación racional que sostiene una afirmación.<sup>118</sup> Javier Saldaña explica que en el caso del derecho, la

---

<sup>117</sup> Aragón, Manuel, “Constitución y Derechos Fundamentales”. En *Teoría de la Constitución Ensayos Escogidos*, compilado por Miguel Carbonell, pp. 205-245 (México, Ed. Porrúa, 2005), p. 219.

<sup>118</sup> Saldaña, Javier, “Notas sobre la Fundamentación de los Derechos Humanos”. En *Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 96 (México, 1999), p. 1.

fundamentación no se puede hallar en lo sustancialmente jurídico, es decir, en el derecho positivo, porque es una regla lógica que nada se apoya sobre sí misma, sino en otra realidad ajena que le sirve de sustento. Añade que reconocer que la explicación de los derechos humanos se agota en la letra de la ley, es asumir una visión parcial del fenómeno jurídico.<sup>119</sup>

La anterior explicación de Javier Saldaña es importante porque los derechos humanos se han tratado de fundamentar desde el punto de vista de positivismo jurídico. Esta postura sostiene que los derechos humanos se fundan en el sistema jurídico que los crea. No obstante, el positivismo no puede ser el fundamento de los derechos humanos, en tanto implica una falacia conocida como petición de principio o razonamiento circular, que no resuelve el problema. Esta falacia se manifestaría en un razonamiento expresado en los siguientes términos: “Los derechos humanos establecidos en la ley, tienen su fundamento en la ley”. De admitir este razonamiento, no habría lugar para seguir alimentando el viejo debate entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, que se atribuyen el fundamento de los derechos humanos.

Excluido el del positivismo como fundamento de los derechos humanos, Javier Saldaña enumera cuatro grandes intentos por fundamentar los derechos humanos: “Un intento iusnaturalista; otro historicista, uno más: ético; y finalmente el consensualista”.<sup>120</sup>

El intento iusnaturalista por fundamentar los derechos humanos considera que el derecho natural constituye ese fundamento y que en caso de conflicto con el derecho positivo, debe prevalecer sobre él. El derecho natural se basa en que hay bienes atribuidos a la persona en virtud de su misma naturaleza, de la cual extrae

---

<sup>119</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 2.

su fundamento. La propuesta historicista niega la existencia de la naturaleza humana y se apoya en las necesidades sociales y en la exigencia de satisfacerlas como contenido y fundamento de los derechos humanos. Para la propuesta historicista los derechos no son naturales, sino variables y temporales de acuerdo a las necesidades sociales. Javier Saldaña considera que este fundamento puede aplicar algunos derechos pero no a otros como la vida o la integridad física.<sup>121</sup>

La fundamentación ética de los derechos humanos descansa en la concepción de éstos como derechos morales. Es en una moralidad básica en la que radica el fundamento de los derechos humanos. Es por tanto una fundamentación axiológica. La fundamentación no es el derecho positivo, sino un dato previo a éste. Por otra parte, la propuesta consensual se debe en parte a Norberto Bobbio. Sostiene que la fundamentación de los derechos humanos descansa en el consenso intersubjetivo al que se llegue. En opinión de Javier Saldaña, el fundamento de los derechos humanos apoyados en el consenso de los miembros de la sociedad, relativiza los derechos y los ideologiza.<sup>122</sup>

En otra visión sobre el fundamento de los derechos humanos, Maurizio Fioravanti sostiene que hay tres formas de fundamentar las libertades en el plano teórico doctrinal y de propugnar su reconocimiento y garantía por parte del ordenamiento, y expone que la aproximación al problema de las libertades puede ser de tipo *historicista, individualista, o estatalista*. Aclara Fioravanti que de acuerdo con los acontecimientos que se desarrollan a partir de las revoluciones de finales del siglo XVIII, ninguno de los tres modelos tiende a permanecer aislado respecto a los otros, sino que más bien se combinan. Para comprender esas

---

<sup>121</sup> *Ibid.*, pp. 6-7.

<sup>122</sup> *Ibid.*, pp. 8-10.

combinaciones estima necesario entender cómo se ha desarrollado la cultura de las libertades, desde la edad de las revoluciones hasta los umbrales del presente.<sup>123</sup>

A través del modelo historicista, se sitúan las libertades en la historia para sustraerlas lo más posible a las intromisiones arbitrarias de los poderes constituidos. Para el autor, esta aproximación tiende a privilegiar las libertades civiles, “las negativas”, que se traducen en la capacidad de obrar en una esfera delimitada y autónoma en relación con el poder político.<sup>124</sup>

El modelo individualista se construye a partir de una fractura con la época medieval, basada en los estamentos, para construir en el individuo la teoría y la práctica de las libertades y derechos.<sup>125</sup> Se trata de edificar un nuevo orden político que se funde sobre la voluntad de los individuos. Este individualismo se manifiesta en las teorías contractualistas y se reafirma en la declaración francesa de 1789. Este modelo se basa en la libertad del individuo que se materializa en un poder constituyente autónomo y en el pacto social con el que nace la sociedad civil, que es una sociedad de individuos políticamente activos.<sup>126</sup>

El modelo estatalista destaca la autoridad del Estado, como condición necesaria para que las libertades y los derechos nazcan y sean reconocidos como situaciones jurídicas subjetivas de los individuos. La doctrina de Tomás Hobbes influye en este modelo con su concepción del estado de naturaleza, en el que la lucha de todos contra todos, el individuo difícilmente podrá ser considerado como titular de derechos.<sup>127</sup>

---

<sup>123</sup> Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales* (Madrid, Ed. Trotta, 2000), p. 25.

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>125</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>126</sup> *Ibid.*, pp. 35-42.

<sup>127</sup> *Ibid.*, pp. 46-48.

Pérez Luño distingue una fundamentación objetivista de una fundamentación subjetivista de los derechos humanos. Este autor expone: “se incluirán en la justificación objetivista el conjunto de posturas doctrinales que afirman la existencia de un orden de valores, reglas, o principios que poseen validez objetiva, absoluta y universal con independencia de la experiencia de los individuos, o de su conciencia valorativa”.<sup>128</sup>

El referido autor refiere que esta teoría se inspira en la *materiale Wertehik*, fundada por Max Scheler, bajo la inspiración de la fenomenología de Edmund Husserl. Sus características consisten en que los valores son esencias ideales existentes *per se*, independientes a la razón y a la experiencia, que conforman un conjunto de principios absolutos e invariables. Se captan por el sentimiento y la intuición, por la constitución ontológica del espíritu que es privativo del hombre.<sup>129</sup> Pérez Luño muestra las deficiencias de esta teoría en la que sus máximos defensores no se ponen de acuerdo sobre los valores que integran la tabla objetiva y absoluta de valores y su orden de prioridad.

La fundamentación subjetiva, expone Pérez Luño, supone la reivindicación de la autonomía humana como fuente de todos los valores, y añade, citando a Friedrich Meinecke: “La concepción subjetivista, entendida como autoconciencia racional de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, se halla en la base de la mejor tradición del iusnaturalismo humanista y democrático sobre el que se construye la fundamentación moderna de los derechos humanos”.<sup>130</sup> La orientación subjetivista, explica Pérez Luño: “corre el riesgo de desembocar en una concepción individualista e insolidaria de los derechos básicos; que pueden llegar a traducirse en instrumentos para la defensa de los intereses de determinadas

---

<sup>128</sup> Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 139.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 140.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 147.

categorías de ciudadanos, antes que en valores para la emancipación de la sociedad en su conjunto”.<sup>131</sup>

Considero que las anteriores visiones de fundamentación de los derechos humanos revelan que el problema no es jurídico, sino filosófico. En este problema convergen diversos elementos que deben ser objeto de análisis más profundo. Tal es el caso de la visión historicista de los derechos humanos que ha cobrado auge a partir de la escuela histórica alemana. Igual ocurre con la teoría consensual de los derechos humanos, que revela la importancia de conciliar la moral positiva de la sociedad con la moral crítica, para establecer consensos que faciliten la definición y el contenido de los derechos humanos.

Estimo que también es importante destacar que existe una correlación entre el concepto y el fundamento de los derechos humanos. Así, un concepto basado en el derecho natural, extrae de la naturaleza humana el fundamento de estos derechos. Una concepción moral de los derechos humanos encuentra su fundamento en consideraciones éticas como la autonomía personal, la inviolabilidad de la persona y la dignidad humana. Un concepto de los derechos humanos como derechos subjetivos, extrae su fundamento de las relaciones jurídicas que se establecen entre el titular del derecho y el sujeto o sujetos pasivos que se encuentran vinculados por el deber correlativo al derecho. El fundamento se extrae del propio sistema normativo a través de propuestas analíticas sobre los conceptos jurídicos básicos relacionados con el derecho subjetivo, como lo son sujeto titular, sujeto pasivo, deber jurídico, privilegios, inmunidades y poderes.

A la luz de las opiniones doctrinales expuestas, se concluye que el fundamento de los derechos humanos representa un problema complejo, evolutivo,

---

<sup>131</sup> *Ibid.*, pp. 155-156.

de múltiples facetas, en la que los ajustes son necesarios para una mejor construcción de los derechos humanos, que se modifican y afinan en el seno de la sociedad, de acuerdo con las fuerzas políticas, sociales, morales y religiosas que la modelan.

Si los problemas sobre el concepto y el fundamento de los derechos humanos son variados y complejos, al grado de que no existe un consenso doctrinal, el tema del control constitucional, específicamente de los derechos humanos, tampoco resulta pacífico. La razón principal de las divergencias doctrinales surge por la variedad de procedimientos de control, jurisdiccionales y no jurisdiccionales, concentrados y difusos, así como por la forma de implementarlos y por los alcances de sus efectos. Enseguida se analizarán algunos de estos temas, con especial referencia al control difuso de convencionalidad.

### **1.3 El origen del control constitucional**

El control difuso de convencionalidad surge del control difuso de la constitucionalidad, este último producto de la jurisprudencia norteamericana. Se implementó recientemente en México por la influencia de la Corte Interamericana. Esta corte fue creada dentro del sistema regional americano en la Convención Americana, celebrada en San José de Costa Rica, que implementa el sistema de justicia interamericana de derechos humanos. Este sistema se instituyó para resolver conflictos sobre violaciones de estos derechos que promueve la Comisión Interamericana, con motivo de las denuncias presentadas ante ella.

El control difuso de convencionalidad representa en México la última etapa de un largo camino recorrido en torno al control constitucional. Un camino que en sus inicios se nutrió con un enriquecedor debate respecto a quien debe ser el custodio de la Constitución.

### 1.3.1 ¿Quién debe ser el guardián de la Constitución?

Fix-Zamudio menciona como fecha del inicio de la revisión no rigurosa de los instrumentos de efectividad de las disposiciones constitucionales, la famosa polémica suscitada entre dos destacados juristas. Por una parte, Carl Schmitt, con su libro *Der Hüter der Verfassung* (el Protector de la Constitución), publicado en Alemania en 1931. Por la otra, Hans Kelsen, con su obra *Wer soll der Hüter der Verfassung sein* (¿Quién debe ser el Protector de la Constitución?)<sup>132</sup>

Hans Kelsen expone que la aplicación de las reglas constitucionales relativas a la legislación, únicamente puede hallarse efectivamente garantizada, si un órgano distinto del legislativo tiene a su cargo la tarea de comprobar si una ley es inconstitucional. Estima que puede existir un órgano especial establecido para este fin, por ejemplo, un tribunal especial llamado “tribunal constitucional”.<sup>133</sup>

Respecto a la postura de Carl Schmitt, refiere Carlos Miguel Herrera, que es la obra *La teoría de la Constitución* en la que pueden reconducirse con mayor precisión conceptual los presupuestos teóricos de las tesis schmittianas del “guardián de la Constitución” y sus embates contra la doctrina kelseniana. En la teoría kelseniana, según el jurista alemán, el concepto de Constitución es absoluto, la Constitución es el Estado, entendido como unidad de normas jurídicas, como algo normativo, un simple “deber ser”. Para Schmitt, por el contrario, hay que distinguir entre las normas jurídicas y la existencia política del Estado. La Constitución no se apoya en una norma como fundamento de validez, sino en una decisión política surgida de un ser político.<sup>134</sup>

---

<sup>132</sup> Fix-Zamudio, Héctor, “Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano”. En *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica*, número 12 (México, Ed. IJ UNAM, 1998), p. 21.

<sup>133</sup> Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 186.

<sup>134</sup> Herrera, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen, sobre el guardián de la Constitución”. En *Revista de estudios políticos (Nueva Época)*, número 86, 195-227 (Madrid, Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales,

Al examinar las clases de efectividad de una Constitución, Schmitt, expresa que una Constitución es legítima cuando la fuerza y autoridad del poder constituyente en que descansa su decisión, es reconocida. La decisión política adoptada sobre el modo y forma de la existencia estatal es válida, porque la unidad política de cuya Constitución se trata, existe, y el poder constituyente puede fijar esa existencia. No necesita justificarse en una norma ética o jurídica.<sup>135</sup> Schmitt expone que retóricamente pueden existir dos tipos de legitimidad. La legitimidad histórica que se apoya en la permanencia histórica de una familia vinculada al Estado; en la continuidad de la dinastía y, en la sucesión hereditaria. La legitimidad democrática que se apoya en la unidad política de un pueblo. El Estado es el *status* político de un pueblo.<sup>136</sup> Estos elementos políticos y de legitimidad democrática servirán para fijar la postura de Schmitt de un guardián político para la Constitución, y la falta de legitimación de un tribunal constitucional para desempeñar esta función.

Rafael Jiménez Ascencio considera que a partir del concepto de que la Constitución tiene un núcleo permanente, caracterizado por la idea de un principio supremo que determina el orden Estatal y la esencia de la comunidad constituida por ese orden, es que la tesis de Kelsen se construye sobre dos bases iniciales. Por un lado, desde la idea de que la función política de la Constitución es poner límites jurídicos al ejercicio del poder y garantizar que no serán transgredidos. Es decir, que para evitar que la Constitución sea violada, hay que garantizar su contenido.<sup>137</sup>

Añade Jiménez Ascencio, que tal como lo ha expuesto Eliseo Aja, la tesis de Kelsen plantea las conexiones estrechas que existen entre *federalismo y justicia*

---

1994), p. 202.

<sup>135</sup> Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución* (Madrid, Ed. Alianza, 2009), p. 104.

<sup>136</sup> *Ibid.*, pp. 104-106.

<sup>137</sup> Jiménez Ascencio, Rafael, *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamento del derecho constitucional* (Madrid, Ed- Marcial Pons, 2005), p. 133.

*constitucional*. Esto porque las experiencias de justicia constitucional concentrada en Europa, se hicieron a partir de modelos constitucionales de estructura compuesta, federal o regional. Por esta razón, Kelsen construye la idea de que el guardián de la Constitución no debe residir en ninguno de los tres poderes clásicos, sino que se debe configurar un órgano constitucional *ad hoc* que lleve a cabo las funciones de control de la constitucionalidad de las leyes de la federación y de los Estados miembros. Un órgano que actúe jurisdiccionalmente, como un tribunal cualquiera, aunque con una función que se aproxima a la legislativa, que actúa exclusivamente como legislador negativo, que expulsa del ordenamiento jurídico las leyes que considera inconstitucionales.<sup>138</sup>

Al respecto, Kelsen expone que, anular una ley equivale a establecer una norma general, puesto que la anulación de una ley tiene el mismo carácter de generalidad que su confección. La anulación de una ley es una función legislativa y el tribunal que tiene el poder de anular las leyes es, por consiguiente un órgano del Poder Legislativo.<sup>139</sup> En este punto se advierte una ambigüedad de Kelsen, puesto que, en su opinión, el parlamento no puede, por su propia naturaleza, ser obligado de manera eficaz para anular los actos irregulares que él mismo ha realizado. Expone que no es el Parlamento con quien puede contarse para realizar su subordinación a la Constitución. Es un órgano diferente a él, independiente de él y por consiguiente, también de cualquier otra autoridad estatal.<sup>140</sup> Lo que debe destacarse es que Kelsen desea expresar que la función del tribunal constitucional no es distinta de la que desempeña el órgano legislativo; lo importante será garantizar la independencia del tribunal, también su imparcialidad, como un tercero ajeno a la controversia y, por tanto, neutral. Un control de la

---

<sup>138</sup> *Ibid.*, pp. 133-134.

<sup>139</sup> Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*, traducido por Rolando Tamayo y Salmorán (México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2001), p. 54.

<sup>140</sup> *Ibid.*, pp. 51-52.

constitucionalidad por el Parlamento sobre las leyes que emite, no sería tal, sino un autocontrol, que es lo que Kelsen desea evitar.

Comenta Carlos Miguel Herrera, que para Schmitt, la solución propuesta por Kelsen, de un tribunal constitucional que concentra y monopoliza el control de la Constitución, trae aparejada “una politización de la justicia”, más que “una judicialización de la política”. Schmitt considera que esa propuesta es producto de una teoría que trabaja con fricciones, sin tener en cuenta los contenidos. La teoría kelseniana sería, según Schmitt, deudora de la tradicional doctrina de la separación de poderes. A un juez no se le puede transferir la decisión en materia política sin alterar su posición constitucional.<sup>141</sup>

El mismo autor expone que un aspecto básico en la disputa sostenida por Kelsen y Schmitt es la distinta visión que tienen sobre el Parlamento y su función en la democracia. Para Kelsen, los críticos del parlamentarismo como Schmitt se equivocan sobre la esencia que le atribuyen. Rechaza que la idea del Parlamento sea deudora de una metafísica del principio de armonía preestablecida. Es por ello que éste no busca verdades definitivas o absolutas, como lo sostenía Schmitt, sino una verdad relativa que permita instaurar un compromiso, que es la esencia de la democracia. Para Kelsen, el Parlamento y la democracia son producto de una ideología relativista y crítica, que busca un justo medio entre todas las posiciones enfrentadas. El valor del Parlamento está dado en cuanto medio específico de carácter técnico-social para la producción del orden estatal, no como representante de la soberanía popular. La libertad del compromiso consiste en posponer lo que separan los asociados en favor de lo que los une, y el Parlamento es la técnica que mejor permite alcanzar esa vía intermedia.<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> Herrera, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen, sobre el guardián de la Constitución”, p. 203.

<sup>142</sup> *Ibid.*, pp. 200-201.

Kelsen sostiene que el destino de la democracia moderna depende en gran medida de una organización sistemática de todas las instituciones de control; la democracia sin control no puede durar. Se opone al control constitucional por miembros elegidos por el Parlamento. Conforme a las ideas kelsenianas, el órgano encargado del control de la Constitución, debe ser distinto e independiente del Parlamento y el gobierno, que son los principales sujetos a controlar.<sup>143</sup> En cambio, de acuerdo con su concepción decisionista de la política, Schmitt sostiene que no es posible transferir al juez la decisión política. La propuesta de Schmitt termina con su recetario de *soluciones fuertes*, que también se apoya en una crítica del parlamentarismo y ofrece la solución al problema de quién es el guardián de la Constitución, al indicar que, en calidad de poder neutro, reside en el Presidente del Reich.<sup>144</sup>

En el fondo de la disputa entre Kelsen y Schmitt se ubica como manzana de la discordia una oposición a la capacidad creadora de la jurisdicción constitucional. Al respecto, Kelsen sugiere evitar una terminología ambigua y difusa al redactar los enunciados constitucionales, para no generar un desplazamiento del poder y una infraordenación del Parlamento en relación con el tribunal constitucional. Otra vía que propone es evitar la libre discrecionalidad que las leyes conceden en su aplicación. Como expone Jiménez Ascencio, en el fondo de la disputa subyace el poder creativo de las cortes constitucionales y su configuración como legislador negativo.<sup>145</sup>

¿Quién ganó la disputa entre Kelsen y Schmitt? La respuesta la brindan los sistemas de justicia constitucional implementados en Europa y América,

---

<sup>143</sup> *Ibid.*, pp. 195-227.

<sup>144</sup> Jiménez Ascencio, Rafael, *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamento del derecho constitucional*, p. 136.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 137.

principalmente después de la segunda guerra mundial, así como el fracaso de Adolf Hitler por lograr una hegemonía mundial. Jiménez Ascencio resalta tres grandes oleadas que implementaron en Europa la jurisdicción constitucional: la primera, después de la segunda posguerra, que se produce en países que habían salido de regímenes totalitarios: Austria restablece su tribunal constitucional en 1945, Italia y Alemania lo crean en la Constitución de 1947 y en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, respectivamente. La segunda oleada tiene lugar en la década de los setenta, con Portugal que combina el poder concentrado y el difuso, con un Tribunal constitucional con diversas modalidades de control (preventivo, abstracto y concreto). En España se crea el Tribunal constitucional de 1978, con un control abstracto a través del recurso de inconstitucionalidad y uno concreto por medio de la *cuestión de inconstitucionalidad*, y se le añadió una jurisdicción de *conflictos constitucionales*. La tercera oleada se produce en los países de Europa del Este, con las nuevas constituciones que surgen con la caída de los regímenes del “*socialismo real*”. En los noventa, se crean los tribunales constitucionales en estos países, inspirados en el modelo de jurisdicción concentrada.<sup>146</sup>

La conclusión en esta disputa, es que las ideas de Kelsen sobre la noción de una Constitución normativa, encuentra más respaldo en el control de su regularidad, en una jurisdicción constitucional, autónoma al poder político. Esta jurisdicción, instalada en un tribunal constitucional, aparece más coherente y funcional para garantizar el “compromiso relativo” a que se refiere Kelsen, propio de una democracia constitucional.

Las ideas de Kelsen sobre las funciones del Parlamento, que debe consensar este compromiso de sus integrantes, se respalda con las ideas de Gustavo

---

<sup>146</sup> *Ibid.*, pp. 147-153.

Zagrebelsky relativas a la ductibilidad constitucional; el derecho dúctil que propone, exige que cada uno de los valores y principios de la Constitución, se asuman con carácter no absoluto, que sean compatibles con aquellos con los que deben convivir. Solamente asume el carácter absoluto el metavalor que se expresa en el doble imperativo del pluralismo de los valores (en el aspecto substancial), y la lealtad en su enfrentamiento, en lo que se refiere al aspecto procedimental.<sup>147</sup> Como bien lo expresa Zagrebelsky, los términos en los que hay que asociar la ductibilidad constitucional, son la coexistencia y el compromiso. La visión de la política que está implícita no es la de exclusión e imposición por la fuerza (en el sentido del amigo-enemigo hobbesiano y schmittiano), sino la inclusiva, a través de la red de valores y procedimientos comunicativos.<sup>148</sup>

Asimismo, Ferdinand Lassalle también considera a la Constitución como la suma de los factores reales del poder. Cuando a esos factores se les da expresión escrita en el documento constitucional, se han erigido en derecho sancionable.<sup>149</sup> Esos factores reales del poder de Lassalle, expresan el compromiso de la sociedad plural conformada por una variedad de intereses, incluso contrapuestos. La función del Parlamento consistirá entonces en encausar en una vía comunicativa del diálogo, los compromisos no absolutos de los individuos y grupos que conforman la sociedad. Al tribunal constitucional como órgano independiente e imparcial le corresponderá velar por el cumplimiento de esos compromisos cuando el órgano legislativo se aparte de ellos.

En el fondo del debate se advierte la preocupación del Gobierno y del Parlamento, de que el poder creativo del Tribunal constitucional, asuma indirectamente, como guardián de la Constitución las funciones que a aquellos les

---

<sup>147</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Madrid, Ed. Trotta, 2007), pp. 14-15.

<sup>148</sup> *Ibíd.*, p. 15.

<sup>149</sup> Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?* (México, Ed. Colofón, 1997), p. 19.

corresponden, lo que en su concepto genera una violación al principio de división de poderes. Por otra parte, consideran que la función del tribunal constitucional carece de legitimidad democrática.

Ahora bien, no se advierten razones que justifiquen la objeción democrática. De entrada, la legitimación del tribunal constitucional y, en general, del control de la regularidad constitucional por órganos jurisdiccionales se puede explicar en dos ámbitos o esferas: la legitimación *ex ante* y la legitimación *ex post*. La primera legitimación deriva de los propios mandatos constitucionales que crean a los órganos controladores de la regularidad constitucional. Los tribunales constitucionales están legitimados con los actos de decisión política plasmados en las normas constitucionales que los crean.

La legitimación *ex post* deriva del recto ejercicio de la función de control de los tribunales constitucionales. Su legitimación, de acuerdo con Ferrajoli, se encuentra en la corrección y el fundamento de las decisiones como presupuesto legales de su ejercicio. Ferrajoli menciona tres fundamentos de la legitimidad de la jurisdicción. El primero es su tendencia cognitiva, claramente reconocible por la motivación de hecho y de derecho. Para el citado autor, la naturaleza cognitiva de la jurisdicción vale como afirmación de la ley. Por otra parte, considera que la jurisdicción se vincula con la voluntad popular, porque es aplicación de esa voluntad política. El segundo fundamento consiste en la garantía de los derechos vinculada al principio de división de poderes. El tercer fundamento descansa en la separación e independencia de los poderes políticos. Esta separación debe ser orgánica y funcional.<sup>150</sup>

---

<sup>150</sup> Ferrajoli, Luigi, *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción* (México, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010), pp. 28-41.

No obstante que las reflexiones sobre legitimidad que formula Ferrajoli, no se refieren específicamente a la legitimidad de la jurisdicción constitucional, los fundamentos que expone pueden aplicarse a ella, con la salvedad de que la función cognitiva de los hechos no se despliega en la jurisdicción constitucional abstracta, en la que se carece de una controversia. Sin embargo, el fundamento cognitivo permanece respecto del contenido de la norma que se contrasta con la Constitución, y la interpretación que se formula respecto de esa norma y la Constitución.

En relación con el fundamento cognitivo, relativo a la motivación de hecho y derecho, es importante tomar en cuenta las peculiaridades de una motivación constitucional. Jorge Ulises Carmona Tinoco explica que en el caso de los órganos jurisdiccionales que tienen a su cargo el control de constitucionalidad, la exigencia de motivación es aún mayor, entre otras razones: porque se trata de las normas de más alto rango del ordenamiento, que admiten sentidos diversos y requieren de una especial concreción; porque la justificación no sólo demuestra lo acertado de la decisión, sino también expresa la independencia e imparcialidad. Esto a su vez por tres razones: porque la motivación deja constancia de la eficacia de la Constitución; porque la motivación de los órganos superiores, al aplicar las normas de más alto nivel reflejan la cultura jurídica de una nación y, porque puede elevar la calidad del nivel del debate jurídico.<sup>151</sup>

En relación con el mismo tema, Carmona Tinoco distingue el contexto descubrimiento y el de justificación al aplicar la norma constitucional. En relación al contexto de descubrimiento, advierte del riesgo de la politización de los asuntos;

---

<sup>151</sup> Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Panorama sobre la incidencia de la interpretación y la argumentación jurídicas en la aplicación judicial de la constitución”. En *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, pp. 99-154 (México, Ed. IJ UNAM, IMDPS, Marcial Pons, 2008), pp. 104-105.

es decir, que la toma de decisiones se dé a partir de factores políticos por encima de los jurídicos. Respeto al contexto de justificación, distingue la interna y la externa y destaca la trascendencia de esta última, para aportar las razones adicionales que apoyen cada una de las premisas que dan lugar a la decisión. Esta labor la considera problemática por la necesidad de justificar adecuadamente acerca del sentido y alcance de los preceptos constitucionales implicados. Asimismo enfatiza la importancia de la elección de las premisas en el silogismo o en el entimema judicial de tipo constitucional. Esto porque involucra elementos políticos, económicos, sociales y culturales, que sólo pueden percibirse a través de la experiencia y sensibilidad del juez constitucional.<sup>152</sup>

Sobre el mismo tema de interpretación constitucional, Luis Prieto Sanchís se pregunta: ¿determina el neoconstitucionalismo una nueva teoría de la interpretación jurídica? Expone que algunos han respondido afirmativamente por la diferencia de interpretación que requieren los principios, con la que reclaman las reglas. Su opinión es que se impone una respuesta más cauta, porque no existe una sólo teoría de la interpretación anterior al neoconstitucionalismo, ni tampoco una sola fundada en el mismo. Considera que desde el positivismo se ha mantenido tanto la tesis de la unidad de respuesta correcta como la tesis de la discrecionalidad (Kelsen, Hart); y desde el constitucionalismo también encuentra defensores de la unidad de solución correcta (Dworkin), de la discrecionalidad débil (Alexy) y de la discrecionalidad fuerte (Guastini y Comanducci).<sup>153</sup>

Puede advertirse de las anteriores reflexiones doctrinales que tanto la interpretación como la argumentación constitucional representan actividades complejas, por la densidad material de la Constitución integrada por valores,

---

<sup>152</sup> *Ibid.*, pp. 106-114.

<sup>153</sup> Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación constitucional”. En *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell, pp. 123-158 (Madrid, Ed.Trotta, 2005), p. 135.

principios y derechos fundamentales que requieren nuevas técnicas para interpretar y argumentar, como el juicio de ponderación, y los principios de proporcionalidad y racionalidad.

### **1.3.2 Los modelos de control constitucional**

Es conveniente precisar algunos conceptos relacionados con la defensa de la Constitución. Fix-Zamudio distingue la defensa de la Constitución de la protección de la Constitución. El primer concepto está integrado por todos los instrumentos jurídicos y procesales establecidos para preservar la normativa constitucional, como para prevenir su violación y lograr el desarrollo y evolución de las propias disposiciones constitucionales. La defensa de la Constitución se escinde en dos categorías fundamentales: la protección de la Constitución, integrada por todos los factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica incorporados a las normas constitucionales que tienen el propósito de limitar el poder y someterlo a la carta fundamental. La segunda categoría son las garantías constitucionales, entendidas como los medios jurídicos de naturaleza predominantemente procesal, dirigidos a reintegrar el orden constitucional cuando ha sido desconocido o violado.<sup>154</sup>

#### **1.3.2.1 El modelo de Kelsen sobre el control concentrado**

En su Teoría General del Derecho y del Estado, Hans Kelsen expone que la aplicación de las reglas constitucionales relativas a la legislación, únicamente puede hallarse efectivamente garantizada, si un órgano distinto del legislativo tiene a su cargo la tarea de comprobar si una ley es inconstitucional. Estima que

---

<sup>154</sup> Fix-Zamudio, Héctor, Introducción al estudio de la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano. (En *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica 12*, pp. 24-26.

puede existir un órgano especial establecido para este fin, por ejemplo, un tribunal especial llamado “tribunal constitucional”.<sup>155</sup>

### **1.3.2.2 El modelo norteamericano de control difuso**

El modelo norteamericano de control difuso se basa en que cualquier juez tiene el deber de desaplicar las normas del legislador que contradigan la Constitución. Este control difuso tiene su origen en la práctica judicial inglesa de desaplicar las normas que fueran contrarias al derecho común. La garantía del control difuso se encuentra enraizada en la supremacía del derecho común inglés, que se traslada a la supremacía de las normas constitucionales del sistema jurídico norteamericano.

Un papel fundamental en la implementación del control difuso en México lo desempeñan los procesos de integración regional de los derechos humanos, que dan lugar al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este proceso se caracteriza por dos aspectos esenciales: el fortalecimiento sustancial de los derechos fundamentales y el fortalecimiento de su garantía mediante procedimientos de diversa naturaleza, convencionales y no convencionales. Destacan los instrumentos de garantía jurisdiccional, tanto en el sistema universal como en los regionales, entre ellos el interamericano, del que México forma parte. En este sentido, resulta indudable el fortalecimiento de los estatutos objetivo y subjetivo, entendido el primero como la positivación constitucional de los derechos fundamentales y, el segundo, como la posibilidad que se otorga al individuo de poner en funcionamiento una controversia mediante un procedimiento de garantía.<sup>156</sup>

---

<sup>155</sup> Kelsen, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, p. 186.

<sup>156</sup> López García, José Antonio, “Los derechos fundamentales como subsistema normativo dentro del ordenamiento jurídico”. En *Programa docente curso 2011-2012, Master en Derechos Fundamentales y tutela judicial efectiva*

Peces-Barba considera imposible identificar los derechos humanos sin atender la dimensión internacional con la que se presentan. Esta idea es relevante si tomamos en cuenta que en la definición y contenido de los derechos fundamentales tiene un papel preponderante la jurisdicción internacional, por los efectos vinculantes de su jurisprudencia. Es precisamente la jurisprudencia de la Corte Interamericana el factor determinante para el resurgimiento del control difuso en México, que adquiere un perfil propio respecto del control difuso norteamericano. Lo que hace peculiar al control difuso que emerge de la jurisprudencia de la Corte Interamericana es que procede de oficio, a diferencia del modelo norteamericano, que se aplica por vía de excepción.

Es pertinente mencionar que las causas del proceso de internacionalización de los derechos fundamentales son variadas. Una de ellas, la indica el mismo autor, quien la identifica como la toma de conciencia de la insuficiencia de la protección estatal, que siempre puede encontrar su límite en la razón de Estado.<sup>157</sup> En el mismo sentido, Villán Durán destaca la insuficiencia de la protección nacional como uno de los factores que concurrieron al final de la Segunda Guerra mundial, a la internacionalización definitiva de los derechos humanos.<sup>158</sup> También destaca como otros factores el repudio contra los crímenes nazis, el deseo de paz, la afirmación de la supremacía de los valores democráticos, la re-fundación de la sociedad internacional y, sobre todo, la voluntad decidida de los Estados fundadores de la ONU en conseguir un consenso político que hiciera posible la construcción de un sistema universal de protección de los derechos humanos, aún en contra de los intereses inmediatos de esos mismos Estados.<sup>159</sup>

---

(España, Consejo General del Poder Judicial de España y Universidad de Jaén, 2011-2012), pp. 2-5.

<sup>157</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, p. 178.

<sup>158</sup> Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Madrid: Trotta, 2006), p. 69.

<sup>159</sup> *Ibíd.*, p. 69.

Para Hitters y Fappiano,<sup>160</sup> la dimensión transnacional del derecho de la justicia persigue el respeto de las prerrogativas humanas en un nivel metanacional, a través de organismos colocados fuera de las fronteras. Para los referidos autores, esta dimensión transnacional constituye una superación de la dimensión constitucional y de la protección de los derechos humanos por los tribunales constitucionales, en tanto se fortalece con la garantía espacial que permite su efectividad en cualquier territorio en que se encuentre el titular del derecho, superando así el cambio de destino que sufrían con el paso de las fronteras.

Al examinar la justicia constitucional y supranacional, Mauro Cappelletti<sup>161</sup> explica que la indagación de las causas de expansión de estos sistemas de justicia remite al problema o necesidad que comparten las sociedades modernas y que se manifiesta bajo dos aspectos principales: 1) como la necesidad de poner límite y control al poder político; un control que se hace necesario a fin de prevenir la inevitable corrupción que, tarde o temprano, deriva de un uso incontrolado y, por tanto arbitrario, del poder. 2) la necesidad, cada vez más notoria en las sociedades modernas, de tutelar, frente al poder político y, por consiguiente, también frente al poder legislativo y a las propias mayorías, algunos *minimum standards* y derechos fundamentales.

Estas necesidades sociales convergen en la idea de un proceso de humanización que, en palabras de Peces-Barba,<sup>162</sup> erosionan la soberanía de los Estados, que hace que en el marco internacional se pugne por el advenimiento de un mundo en el que los seres humanos estuviesen liberados del temor y la miseria.

---

<sup>160</sup> Hitters, Juan Carlos y L. Fappiano, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (Buenos Aires, Ed. Ediar, 2007), Tomo 1, Volumen 1, p. 78.

<sup>161</sup> Cappelletti, Mauro, *Obras: La Justicia Constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo* (México, Ed. Porrúa, 2007), p. 383.

<sup>162</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, p. 78.

Villán Durán,<sup>163</sup> coincide en que este elemento de humanización habría de condicionar decisivamente las relaciones internacionales en las décadas siguientes, puesto que hasta 1945 dominaba una concepción prácticamente absoluta de la soberanía de los Estados como principio regulador de sus relaciones, en la que la categoría de los derechos humanos era extraña al sistema. Como indica Corcuera Cabezut,<sup>164</sup> por un lado, el principio de no intervención en asuntos internos reconocido desde 1648 en la Paz de Westfalia y, por otro, el hecho de que el derecho internacional se ocupó primordialmente de regular las relaciones entre Estados, hizo que el derecho internacional se mantuviera al margen de la protección de los derechos humanos. Empero, las atrocidades que se perpetraron durante la Segunda Guerra mundial, por parte de la Alemania nazi, dieron lugar a que se considerara a los derechos humanos como un asunto susceptible de ser tratado por el derecho internacional.

Hitters y Fappiano,<sup>165</sup> exponen que precisamente de esa conflagración mundial se produce un fenómeno de universalización y de internacionalización de los derechos humanos, entendida la universalización como un movimiento tendiente a darle a las prerrogativas del hombre un marco sin límites fronterizos y, la internacionalización, como la asunción por parte del derecho internacional de los temas sobre prerrogativas del hombre, dando vida al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Para estos autores, la evolución representada por la dimensión transnacional de los derechos humanos provoca que el clásico control de la constitucionalidad realizado dentro de los países (concentrado o difuso) es a partir de entonces más fascinante y abarcador. La razón es que se lleva a cabo por

---

<sup>163</sup> Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p. 70.

<sup>164</sup> Corcuera Cabezut, Santiago, *Derecho constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (México, Ed. Oxford University Press, 2002), pp. 49-50.

<sup>165</sup> Hitters, Juan Carlos y L. Fappiano, Oscar. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tomo 1, Volumen 1, pp. 79-80.

cuerpos transnacionales que conforman lo que ha dado en llamarse *la justicia constitucional supranacional*.<sup>166</sup>

Esta justicia internacional, en opinión de Linde Paniagua, se inspira en el espíritu de la Revolución francesa, que en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, contiene una afirmación fundamental para entender la historia contemporánea del continente europeo y que consiste en la centralidad de los derechos fundamentales en la concepción misma de los sistemas políticos.<sup>167</sup>

### **1.3.3 Corrientes doctrinales que favorecen el control jurisdiccional de los derechos humanos**

#### **1.3.3.1 El neoconstitucionalismo**

Se atribuye a Sussana Pozzolo el primer uso de la rúbrica *neoconstitucionalismo*. La jurista italiana identifica con este nombre las tesis de algunos juristas que comparten un modo de acercarse al derecho. Esta forma de comprender al derecho ofrece un fundamento para proponer la autonomía hermenéutica de los textos constitucionales.<sup>168</sup> El *garantismo* es una teoría jurídica que surge en el ámbito del derecho penal, que después evoluciona al derecho constitucional.<sup>169</sup>

El desarrollo de los derechos humanos se identifica con el constitucionalismo moderno, que en palabras de Paolo Comanducci, despliega diversas connotaciones. Explica que *constitucionalismo* y *neoconstitucionalismo*,

---

<sup>166</sup> *Ibid.*, pp. 79-80.

<sup>167</sup> Linde, Paniagua, "La universalización de los derechos fundamentales: ¿El sistema europeo como modelo?". En *Revista de Derecho de la Unión Europea*, número. 2 primer semestre (2002): p. 36.

<sup>168</sup> Núñez Leiva, José Ignacio, *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley: ¿el constitucionalismo del derecho libre?* (México, Ed. Porrúa, 2013), pp. 44-45.

<sup>169</sup> Salazar Ugarte, Pedro, "El garantismo y el neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción". En *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 34 (2011), pp. 293-294.

designan una teoría y/o una ideología y/o un método de análisis del derecho. En opinión de Comanducci, el constitucionalismo moderno presenta varias dicotomías. Una de ellas se produce entre el constitucionalismo en sentido amplio y el constitucionalismo en sentido restringido. El primero consiste en la ideología de crear cualquier Constitución que limite al poder y prevenga contra el despotismo. El segundo está orientado a crear un tipo específico de Constitución para lograr esos fines.<sup>170</sup>

En una diversa dicotomía, Comanducci, distingue entre un constitucionalismo de contrapoderes, y un constitucionalismo de reglas. El constitucionalismo de contrapoderes propone limitar los poderes para garantizar los derechos fundamentales mediante un sistema de contrapesos (*checks and balances*). El constitucionalismo de reglas propone reconocer una esfera de libertades individuales frente al Estado.<sup>171</sup> En cambio, para Nicola Matteucci, lo original del constitucionalismo consiste en su estructura de una Constitución escrita de normas orgánicamente relacionadas. Este constitucionalismo se contrapone a la forma medieval que se expresaba por medio de normas consuetudinarias. Otra característica destacada por Matteucci es la rigidez de la Constitución, que la doctrina identifica como una nota distintiva del constitucionalismo.<sup>172</sup>

Por otra parte, el neoconstitucionalismo ideológico es una corriente jurídica que aporta un fundamento teórico a la tutela efectiva de los derechos. Comanducci lo distingue de la ideología constitucionalista, porque ubica en un segundo plano el objetivo de limitar al poder estatal. Esta idea predominó en el

---

<sup>170</sup> Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. En *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell, (Madrid, Ed. Trotta, 2005), pp. 76-77.

<sup>171</sup> *Ibid.*, pp. 76-77.

<sup>172</sup> Matteucci, Nicola, *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo Moderno* (Madrid, Ed. Trotta, 1998), p. 25.

constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX. El neoconstitucionalismo ideológico coloca en primer plano el objetivo de garantizar los derechos fundamentales. Este neoconstitucionalismo enfatiza el interés en crear mecanismos institucionales que los protejan. El mismo autor expone que el neoconstitucionalismo ideológico entiende que subsiste un deber moral de obedecer a la Constitución; se asemeja a la ideología positivista del siglo XIX, que predicó el deber moral de obedecer la ley.<sup>173</sup>

En esta relación de semejanza, Comanducci clasifica los términos *constitucionalismo* y *neoconstitucionalismo*, en sus acepciones de teoría, ideología y método, conforme al modelo de Norberto Bobbio. Este último, se refiere a los tres aspectos que el positivismo jurídico ha presentado históricamente: 1) el positivismo que expresa un modo de acercarse al estudio del derecho; 2) el positivismo que formula una determinada teoría del derecho; 3) el positivismo que pregona una determinada ideología de lo que se considera justo. Estas formas de entender el positivismo jurídico son autónomas.<sup>174</sup> Bobbio explica el modo de acercarse al estudio del derecho, en los siguientes términos: “está caracterizado por una clara distinción entre derecho real y derecho ideal [...] entre el derecho que es y el derecho que debe ser”.<sup>175</sup> Este modo de acercarse al estudio del derecho se fundamenta en la tesis positivista que separa el derecho de la moral. Las normas jurídicas son válidas aunque no remitan a contenidos morales.

Bobbio aclara que el modo de acercarse al estudio del derecho no produce necesariamente la teoría del positivismo jurídico. Por *teoría* entiende un conjunto de aseveraciones sobre fenómenos interpretados a un alto nivel, en un sistema

---

<sup>173</sup> Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico”. En neoconstitucionalismo(s), p. 85.

<sup>174</sup> Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico* (México, Ed. Distribuciones Fontamara, 1992), pp. 39-40.

<sup>175</sup> *Ibid.*, p. 41.

coherente. Es el modo en que se entienden, describen, y explican esos fenómenos que atañen al mundo real. La teoría positivista vincula el fenómeno jurídico con el poder soberano y coactivo del Estado. Por otra parte, el positivismo en su vertiente ideológica, asevera que el derecho representa ciertos valores porque contribuye al orden y la paz. En esos valores descansa el deber de obedecer las normas jurídicas.<sup>176</sup>

Esta distinción del constitucionalismo en la triple dirección apuntada, se sigue por Prieto Sanchís,<sup>177</sup> en tres acepciones principales: en primer lugar, como un cierto tipo de Estado de Derecho. En segundo término, como una teoría del derecho que explica las características del modelo constitucional; finalmente, como la ideología que justifica o defiende la fórmula política así designada. Estas vertientes representan construcciones o parcelas del neoconstitucionalismo o constitucionalismo fuerte, que plantean sus propias líneas de defensa.

A pesar del uso de una terminología conceptual común entre positivistas y de iusnaturalistas, los resultados no son los mismos. Los modelos que resultan son paradigmáticos, por cuanto implican cambios sustanciales en la forma de concebir y aplicar el derecho. Prieto Sanchís,<sup>178</sup> destaca esos cambios al sostener que el neoconstitucionalismo es una forma política inédita en el continente europeo; una nueva cultura en la teoría del derecho, que se caracteriza por las siguientes tesis atinentes a la Constitución y su interpretación:

1. La Constitución es material, con un denso contenido sustantivo.
2. La Constitución está garantizada. Su protección se encomienda a los jueces.

---

<sup>176</sup> *Ibid.*, pp. 46-47.

<sup>177</sup> Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, p. 123.

<sup>178</sup> Citado por Bernal Pulido, Carlos. *Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho* (Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2009), pp. 79-80.

3. La Constitución es omnipresente. Los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva que irradia todo el sistema jurídico.
4. La Constitución establece una regulación principialista que produce una pluralidad de mundos constitucionalmente posibles. La Constitución es abierta.
5. La Constitución se aplica mediante la ponderación, que es una forma de argumentación. Mediante ella se determina cuál principio debe prevalecer en las circunstancias del caso concreto, en casos de colisión.

Susana Pozzolo, autora de la expresión “neoconstitucionalismo” refiere que sus rasgos característicos son los siguientes:

En primer lugar, la adopción de una noción específica de constitución que ha sido denominada “modelo *preceptivo* de la Constitución concebida como *norma*” En segundo lugar, la defensa de la tesis según la cual el Derecho consta (también) de principios, de modo tal que siempre debe ser interpretado. En particular, en tercer lugar, debe ser interpretado a través de aquella metodología denominada “ponderación” o “equilibrio”, que se extiende a la interpretación del Derecho en su conjunto; y, en cuarto lugar, se requiere la labor que algunos definirían creativa y otros, quizás integrativa de la jurisprudencia, a la que la doctrina también debe ver con favor.<sup>179</sup>

Por su parte, Luigi Ferrajoli destaca otros aspectos del constitucionalismo; representa un nuevo paradigma del derecho positivo. Lo define como un sistema de vínculos sustanciales, de prohibiciones y obligaciones impuestas a todos los poderes públicos por las cartas constitucionales. Estos vínculos tienen su origen en los principios y derechos fundamentales establecidos en las constituciones. Expone que la garantía jurídica de efectividad de este sistema, descansa en dos elementos: en la rigidez de las constituciones y en el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes. Para Ferrajoli, la legalidad está limitada no

---

<sup>179</sup> Pozzolo, Susana, Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico (Lima, Ed. Palestra Editores, 2011, p. 25

solamente por la rigidez constitucional, sino también por vínculos substanciales del legislador a la Constitución. Al respecto, expone:

De esta manera, el derecho resulta positivizado, no solamente su “ser”, es decir, su existencia o vigor, sino también su “deber ser”, es decir, sus condiciones de “validez”; ya que no solamente los vínculos formales relativos al “quién” y al “cómo” de las decisiones, sino también los vínculos de contenidos relativos al “qué cosa”, de las decisiones mismas y que no son más que los principios y los derechos fundamentales: los derechos de libertad, que no pueden ser lesionados, y los derechos sociales cuyo cumplimiento es obligatorio...<sup>180</sup>

De este modo, el constitucionalismo como teoría supera al iuspositivismo con el tránsito de un Estado legislativo o legal al Estado constitucional. Este cambio se garantiza en la supremacía y la rigidez de la Constitución. Por virtud de la supremacía se subordina la ley a la Constitución, tanto desde un punto de vista formal como material. La supremacía de la Constitución se sustenta en valores y principios, entre ellos, los derechos fundamentales. La vertiente del constitucionalismo ideológico, propugna por la garantía de los derechos fundamentales mediante la sumisión de los poderes públicos. Su ideología se basa en su modelo axiológico que descansa en una conexión necesaria entre derecho y moral. Por tanto, sostiene una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes con ella.

En el aspecto ideológico antes mencionado, el positivismo jurídico como ideología le confiere al derecho, por el sólo hecho de existir, un valor positivo. Prescinde de consideraciones de tipo moral. El derecho vale por ser idóneo para obtener los fines deseables, como el orden, la paz, la certeza y la justicia legal.<sup>181</sup> En cambio, el neoconstitucionalismo ideológico incorpora un deber de obedecer al

---

<sup>180</sup> Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales” En *teoría del neoconstitucionalismo*. Ensayos escogidos (Madrid, Ed. Trotta, UNAM, 2007), p. 71-72

<sup>181</sup> Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, pp. 46-47.

derecho en sentido fuerte. A diferencia del positivismo jurídico, se produce una conexión necesaria entre el constitucionalismo teórico o metodológico y el ideológico. Al concebir el derecho como “ser” y como “deber ser”, genera el deber de obediencia.

Estas consecuencias, en opinión de Ferrajoli,<sup>182</sup> implican un cambio de paradigma que se ha extendido al menos en el plano jurídico y normativo y en el Derecho Internacional, con una limitación de la soberanía estatal externa, por la sujeción de los Estados al imperativo de la paz y a la garantía de los derechos humanos establecidos en las cartas internacionales. El propio Ferrajoli<sup>183</sup> considera a la democracia constitucional como un nuevo paradigma por el cambio radical del papel del derecho producido en los últimos cincuenta años, a raíz de la derrota del nazismo y del fascismo. A partir de la nueva regulación internacional se comprende que el consenso de masas sobre el cual estaban fundadas las dictaduras, no puede ser ya la única fuente de legitimación del poder. El nuevo constitucionalismo con su garantía de rigidez y la sujeción a los principios de justicia, ante todo de sometimiento a los derechos fundamentales, desempeña un rol importante en el nuevo paradigma.

### **1.3.3.2 El garantismo**

El garantismo constituye una corriente teórica que fortalece el sistema de tutela de los derechos fundamentales. Es obra del pensamiento de Luigi Ferrajoli, quien brinda tres acepciones de “garantismo”. Según una primera acepción, el garantismo designa un modelo normativo de derecho. Respecto al Derecho Penal es el modelo de estricta legalidad que se confronta con el funcionamiento del sistema. El resultado, explica Ferrajoli, es que el grado de garantismo ha

---

<sup>182</sup> Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”. En *Teoría del neconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, editado por Miguel Carbonell, pp. 71-89 (México, Ed. Porrúa, 2005), p. 72.

<sup>183</sup> Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo* (Madrid, Ed. Trotta, 2010), pp. 27-29.

descendido a niveles bajísimos. La razón es que se carece de técnicas o garantías que permitan el control del poder y del derecho ilegítimo. En una segunda acepción, el garantismo designa una teoría jurídica de la validez y de la efectividad de las normas. Para comprender esta acepción se debe separar y distinguir entre el ser y el deber ser en el Derecho. En una tercera acepción, designa una filosofía política que impone al Derecho y al Estado la carga de justificar los bienes e intereses. Por otra parte, su tutela y garantía constituye la finalidad de ambos.<sup>184</sup> Como lo explica Ferrajoli, la teoría del garantismo se basa en separar los siguientes elementos: entre el derecho y la moral; entre el ser y el deber ser; entre la normatividad y la efectividad. El objetivo de este método de separar los elementos consiste en facilitar el análisis de los fenómenos normativos.<sup>185</sup>

De acuerdo con Juan Carlos González Ibarra, el garantismo de Ferrajoli utiliza elementos de la epistemología, la axiología y la lingüística. Esto le permite sostener que todo derecho, institución y acción jurídica emerge de los derechos humanos para su protección. Utiliza un fundamento kantiano, basado en la dignidad humana; la persona nunca es medio, sino fin en sí mismo por su naturaleza humana. Así, el garantismo es un modelo ideal, una meta que perseguir, aunque no se alcance o no pueda ser alcanzada completamente. Sus componentes son:

- a) Un modelo normativo positivista apegado a la estricta legalidad.
- b) Un Estado de Derecho democrático y social al servicio de la garantía de los derechos fundamentales.

---

<sup>184</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid, Ed. Trotta, 2005), pp. 851-853.

<sup>185</sup> *Ibíd.*, pp. 854-855

- c) El dominio de la ley del más débil, por oposición a la ley del más fuerte en el estado de naturaleza. Este dominio se sustenta en los derechos fundamentales como entes fundantes de lo jurídico.
- d) Un sistema normativo que limita el poder discrecional del Estado, sus instituciones públicas y sus funcionarios. Este control se ejercita por medio de garantías que controlen y neutralicen el poder y el derecho ilegítimo.
- e) Una ciudadanía única y universal en un constitucionalismo mundial.
- f) La implicación cognitiva de una teoría crítica formal del derecho y de la ciencia jurídica contra el absolutismo del mercado.
- g) En lo epistémico privilegia la metarazón de los derechos humanos fundantes.
- h) Una filosofía del derecho y una crítica de la política.<sup>186</sup>

El garantismo de Ferrajoli se desarrolla a la par de su concepción neoconstitucionalista de la democracia sustancial, propia del Estado constitucional de derecho. El paradigma del Estado constitucional propuesto por Ferrajoli, es el modelo garantista que significa una doble sujeción al Derecho; la legitimación formal exige la sustancial y ambas condicionan la validez de las normas jurídicas.

<sup>187</sup> La garantía de los derechos fundamentales representa la dimensión sustancial de la democracia; esto en razón de que los derechos fundamentales configuran vínculos sustanciales que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Mientras que a una concepción procedimental de la democracia le corresponde una validez formal de las normas jurídicas, en cambio, la concepción sustancial de la democracia se manifiesta en la garantía de los derechos fundamentales.<sup>188</sup>

---

<sup>186</sup> González Ibarra, Juan de Dios, *Metodología jurídica epistémica* (México, Ed. Fontamara, 2006), pp. 77-78.

<sup>187</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Madrid, Ed. Trotta, 2006), p. 20.

<sup>188</sup> *Ibid.*, pp. 23-25.

Ferrajoli identifica tres fundamentos de la legitimación de la jurisdicción: la tendencia cognitiva de la función judicial, que proviene del principio de legalidad al que se somete su ejercicio; la garantía de los derechos, aun en contra de las mayorías, y la separación e independencia de los poderes públicos; esto último como presupuesto para la búsqueda de la verdad. Los jueces no deben de alimentar ni esperanzas ni temores por el mérito de sus decisiones.<sup>189</sup>

Las ideas de Ferrajoli y en general de los teóricos de los derechos humanos, van a generar un impacto en el orden jurídico de las naciones, así como en el concierto internacional. Una de las principales contribuciones de la teoría de los derechos humanos es la visión de un nuevo constitucionalismo, denominado neoconstitucionalismo, que pregona la centralidad de los derechos fundamentales con base en la dignidad de la persona; lo que favorece la constitucionalización de los derechos humanos y el fortalecimiento de los mecanismos de garantía.

Considero que las aportaciones de la teoría de los derechos humanos en torno al concepto y el fundamento van a reflejarse en la denominación y caracterización de estos derechos, tanto en las Constituciones de los Estados como en los instrumentos internacionales de protección a los derechos humanos. Así, por ejemplo, la teoría de los derechos subjetivos públicos repercute en el Estado neoconstitucional por la correlación que implica el derecho humano frente al Estado, como sujeto de derecho público obligado a respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Estos deberes tienden a plasmarse en las constituciones y en los tratados y convenios internacionales, dando lugar a lo que se conoce como obligaciones generales de los Estados.

---

<sup>189</sup> Ferrajoli, Luigi, *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*, pp. 29-42.

Asimismo, estimo que los mismos derechos en su vertiente colectiva, que se produce con el tránsito del Estado, liberal al Estado social, también va a influir significativamente en el orden jurídico nacional e internacional. En México, la Constitución de 1857, será fiel reflejo de la concepción liberal de los derechos humanos, en tanto la Constitución actual de 1917, se convertirá en la primera Constitución del mundo en reconocer los derechos sociales. En el orden internacional, esta dicotomía se manifestará en la implementación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Por otra parte, considero que la concepción de los derechos humanos como derechos naturales en su vertiente del iusnaturalismo racionalista, va a influir en el reconocimiento y la incorporación de los derechos de la persona en Declaraciones Universales y Constituciones de los Estados.

En el devenir del constitucionalismo, la teoría de los derechos humanos estará presente, de manera constante, dando pauta a grandes transformaciones de la vida jurídica de los Estados y de la comunidad internacional. Estas transformaciones se reflejarán en el orden jurídico interno y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En el apartado siguiente analizaré el marco normativo nacional e internacional de los derechos humanos y del control constitucional y convencional. En este análisis se podrán advertir las aportaciones del neoconstitucionalismo y el garantismo en la protección de los derechos humanos.



## **CAPÍTULO 2**

# **MARCO NORMATIVO DE LOS DERECHOS HUMANOS. DE LA IDEA DE LOS DERECHOS A SU CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL**



El marco normativo de los derechos humanos se puede examinar a partir de los diversos órdenes, como son el interno y el internacional. Cada uno de ellos presenta a la vez dos modalidades normativas. El orden interno, en un Estado federal, coexisten los órdenes jurídicos, federal y de los Estados. En un Estado unitario, los derechos humanos se positivizan en un único sistema normativo. En el orden internacional existe un sistema normativo universal y varios sistemas regionales.

Esta diversidad de órdenes normativos no se encuentra desvinculada, forman una unidad que representa el marco normativo de los derechos humanos. Por esta razón, es importante conocer los instrumentos normativos nacionales e internacionales que reconocen los derechos humanos para estar en condiciones de ejercerlos y exigir su respeto y garantía.

Los derechos humanos, como producto histórico enmarcado en la lucha por las libertades civiles y políticas, se entienden mejor desde una perspectiva nacional. Sólo después de la segunda guerra mundial los derechos humanos se desarrollan internacionalmente. Por esta razón histórico-cronológica se analizará en primer lugar el marco normativo nacional de los derechos humanos.

## **2.1 El marco normativo de los derechos humanos en la Nueva España**

La llegada de los españoles a América y los excesos cometidos por los conquistadores y colonos en estas tierras, explica Rosa María Álvarez de Lara, suscitó en España una importante polémica acerca de los justos títulos de los españoles en América y del trato que debían recibir los indios; añade que en este debate destacaron Bartolomé de las Casas y Francisco de Vitoria: “quienes enunciaron una serie de principios entre los que se encontraba el reconocimiento de que todos los hombres nacen igualmente libres, y , por ello poseen la capacidad

para elegir a sus gobernantes, quienes siempre deben actuar en interés del pueblo”.<sup>190</sup>

La influencia de estas ideas, explica Álvarez de Lara, permitió que se aprobaran leyes protectoras de los derechos de los indios y favorecieron el reconocimiento de otras libertades en España, que luego quedaron plasmadas en México en diferentes documentos constitucionales decimonónicos.<sup>191</sup>

En relación con las normas protectoras de indios, expone Rodolfo Lara Ponte, que después de numerosos intentos por unificar todas las disposiciones promulgadas en los dominios españoles en América, a partir de su descubrimiento, el Rey Carlos II promulgó en 1681, la conjunción de todas estas disposiciones en un solo cuerpo legal, conocido como Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias. Comenta el autor que en la referida recopilación se observa una clara tendencia para proteger a los indios contra los abusos y arbitrariedades de los peninsulares y criollos; añade que algunos derechos humanos consignados en las disposiciones indianas fueron: “La regulación jurídica de la familia, el establecimiento de la condición jurídica de la mujer, el derecho de propiedad y su correlativo a la sucesión, y el derecho de las obligaciones”.<sup>192</sup>

Lara Ponte explica que la mujer en la Colonia era considerada libre, sin que pudiera existir ninguna causa jurídica por virtud de la cual perdiera su estado de libertad, incluso en casos de guerra. Al respecto expone: “La condición jurídica de la mujer fue declarada en varias Cédulas Reales, como las de 1553, 1563 y 1675,

---

<sup>190</sup> Álvarez de Lara, Rosa María, “Panorama de las Garantías Individuales en las constituciones mexicanas del siglo XIX”, En *La Génesis de los Derechos Humanos en México*, coordinado por Margarita Moreno-Bonett y María del Refugio González Domínguez, pp. 27-41 (México, Ed. IJ UNAM, 2006), p. 27

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>192</sup> Lara Ponte, Rodolfo, *Los Derechos Humanos en el constitucionalismo mexicano* (México, Ed. Porrúa, 1998), pp. 39-40.

donde se estableció que, a pesar del aprisionamiento de las mujeres por causa de guerra, éstas deberían de gozar de su libertad”.<sup>193</sup>

Después de la Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias, el documento jurídico más importante en la Colonia y que influyó en el constitucionalismo mexicano, es la Constitución de Cádiz, jurada y promulgada en España el 19 de marzo de 1812 y en la Nueva España el 30 de septiembre del mismo año.<sup>194</sup> Explica Lara Ponte que la Constitución de Cádiz adolece de una solemne declaración de derechos, sin embargo, en sus diferentes capítulos reconoce derechos a la persona humana, como se corrobora de la lectura del artículo 4º, que establece: “La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen”.<sup>195</sup>

Considera Lara Ponte que quizás la intención del constituyente de 1812 fue la de no incluir una fórmula similar a la Constitución Francesa de 1761, para darle al texto Gaditano un toque de originalidad. No obstante, aclara el autor, en repetidas ocasiones se ha considerado a la de Cádiz como una Constitución afrancesada.<sup>196</sup>

Esta influencia francesa la explica Ignacio Burgoa al apuntar que la Constitución de Cádiz de 1812 fue confeccionada bajo la influencia de las corrientes ideológicas que dejaron un sello preceptivo indeleble en la Declaración francesa de 1789. Burgoa considera que la Constitución de Cádiz representa la primera carta constitucional Española y en ella se consagraron los principios torales sobre los que se levantó el edificio del constitucionalismo moderno, tales

---

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>194</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>196</sup> *Ibid.*, p. 42.

como la soberanía popular, la división de poderes y la limitación normativa de los actos de las autoridades estatales. Para Burgoa, la Constitución de Cádiz originó una de las tendencias ideológicas de las postrimerías de la Colonia y que influyó en la estructuración jurídico-constitucional del México independiente.<sup>197</sup>

Esta influencia de la Constitución de Cádiz tuvo una de sus primeras repercusiones en los documentos libertarios y constitucionales que se emitieron durante el periodo de independencia. Enseguida se analizarán someramente los principales documentos libertarios.

## **2.2 Los primeros documentos preconstitucionales**

### **2.2.1 El Bando de Hidalgo**

El primer documento sin rango constitucional del México independiente se conoce como Bando de Hidalgo, que Don Miguel Hidalgo y Costilla promulgó en Guadalajara el 6 de diciembre de 1810. Este Bando, explica Felipe Tena Ramírez, apenas esboza el programa social de Hidalgo y fue promulgado a menos de tres meses después del Grito de Dolores y poco más de un mes antes del desastre del Puente de Calderón.<sup>198</sup> La aportación más valiosa de este Bando es que declara la abolición de la esclavitud. Para Hidalgo, expone Álvarez de Lara: “resultaba imprescindible conceder a los súbditos de la nueva nación su derecho máspreciado, el de la libertad, tal como la nación misma había reivindicado ese mismo derecho para sí mediante su movimiento independentista”.<sup>199</sup>

---

<sup>197</sup> Burgoa, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano* (México, Ed. Porrúa, 2003), p. 73.

<sup>198</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1999*, p. 21.

<sup>199</sup> Álvarez de Lara, Rosa María, “Panorama de las Garantías Individuales en las constituciones mexicanas del siglo XIX”, p. 29.

### **2.2.2 Elementos Constitucionales de Ignacio López Rayón**

Este documento preconstitucional fue expedido por Ignacio López Rayón, quien sucedió a Hidalgo en la dirección del movimiento insurgente e instaló en Zitácuaro la Suprema Junta Nacional Americana, encargada de gobernar a la Nueva España. López Rayón se preocupó por formar una Constitución, para lo cual elaboró el documento de título: “Elementos Constitucionales”. Tena Ramírez refiere que Rayón censuró su propio proyecto y le manifestó a Morelos que era preferible esperar a que se pudiera dar una Constitución verdadera. Sin embargo, los Elementos Constitucionales influyeron en Morelos y sirvieron para expedir una ley fundamental.<sup>200</sup>

Los derechos humanos que se reconocen en las bases constitucionales son el de la libertad, que se manifiesta al proscribirse la esclavitud, la libertad de imprenta, la inviolabilidad del domicilio y la integridad física mediante la prohibición de la tortura (artículos 24, 29, 31 y 32, respectivamente).<sup>201</sup>

### **2.2.3 Sentimientos de la Nación de José María Morelos y Pavón**

Un tercer documento preconstitucional es el documento de 23 puntos que con el nombre: “Sentimientos de la Nación” presentó José María Morelos y Pavón en el Congreso instalado en Chilpancingo el 14 de septiembre de 1813. En el punto quince se proscriben la esclavitud y la distinción de castas, quedando todos iguales; en el punto 17 se ordena que a cada uno se le guarden las propiedades y respete en su casa como en un asilo sagrado, y en el punto 18 se dispone que la

---

<sup>200</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1999*, p. 23.

<sup>201</sup> *Ibid.*, pp. 26-27.

legislación no admitirá la tortura.<sup>202</sup> Puede advertirse en este documento la influencia de los “Elementos Constitucionales” de López Rayón.

#### **2.2.4 La Constitución de Apatzingán**

Exponen Fix-Zamudio y Valencia Carmona, que la Constitución de Apatzingán, que oficialmente llevó el título: “Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana”: “constituye un documento que se debe ya enteramente a los patriotas mexicanos, que al calor de la guerra de independencia recogían en él las inquietudes políticas y constitucionales que se habían manifestado poco antes en los “Elementos Constitucionales” de Rayón y en los “Sentimientos de la Nación” que había formulado Morelos”.<sup>203</sup>

Al decir de Miguel de la Madrid, citado por Lara Ponte, la Constitución de Apatzingán de 1814:

Marca una pauta indeleble en el Constitucionalismo Mexicano. Significa, ante todo, la introducción del ideal constitucional desde los prolegómenos del Estado Mexicano, y refleja el anhelo de la nueva nación soberana de fundar su organización política en un sistema de derecho, protector de la libertad y de la igualdad. En el ideario de Apatzingán encontramos ya el principio central de la filosofía política de la historia de México: organizar una sociedad libre y justa, bajo los dictados y la gestión del pueblo mismo.<sup>204</sup>

Lara Ponte explica que la Constitución de Apatzingán fue el primer documento de carácter constitucional que se elaboró en la patria mexicana; el primero en formular un catálogo de los derechos del hombre, fundados en una tesis democrática y liberal.<sup>205</sup> Álvarez de Lara, confirma que esta Constitución es uno de

---

<sup>202</sup> *Ibid.*, pp. 28-30.

<sup>203</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado* (México, Ed. Porrúa, 2003), p. 81.

<sup>204</sup> Lara Ponte, Rodolfo, *Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano*, p. 49.

<sup>205</sup> *Ibid.*, p. 49.

los documentos más avanzados de su época al establecer un catálogo de derechos del hombre. Añade que en el punto duodécimo de la Constitución de Apatzingán se concreta el pensamiento del hombre comprometido con las causas sociales y que, un siglo después, el constituyente de 1917 hace suyo en los artículos como el 27 y 123 de la Constitución vigente. El referido punto duodécimo disponía lo siguiente: “Que como la buena ley es superior a todo hombre, las que dicte nuestro congreso deben ser tales, que obliguen a constancia y patriotismo, moderen la opulencia y la indigencia, y de tal suerte se aumente el jornal del pobre, que mejore sus costumbres, alejando la ignorancia, la rapiña y el hurto”.<sup>206</sup>

### **2.3 Los derechos humanos en las constituciones mexicanas**

Los documentos preconstitucionales antes invocados, así como la Constitución de Apatzingán, preparan el camino para la promulgación de la primera Constitución del México independiente, que se expide en 1824, pero antes, en el Acta Constitutiva de la Federación, expedida el 31 de enero de 1824, se estableció un conjunto de principios políticos y libertades y se reconoció una serie de derechos humanos. El artículo 30 del Acta Constitutiva de la Federación, impuso a la nación el deber de proteger mediante leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano, por su parte, el artículo 30 reconoció el derecho de los habitantes de la federación para escribir y publicar sus ideas políticas.<sup>207</sup>

#### **2.3.1 La Constitución Federal de 1824**

Álvarez de Lara considera que: “las tres etapas históricas fundamentales que condicionaron la evolución de nuestro país y que dieron lugar a la agitada y paulatina conformación del Estado Mexicano a saber: la Independencia, la

---

<sup>206</sup> Álvarez de Lara, Rosa María, *El Panorama de las garantías individuales en las constituciones mexicanas*. En *la génesis de los derechos humanos en México*, p.30.

<sup>207</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1999*, pp. 153 y 159.

Reforma y la Revolución, produjeron las tres cartas más relevantes de nuestra historia constitucional”.

Estas cartas, opina Álvarez de Lara, son la Constitución de 1824, con la cual nace la nacionalidad mexicana, por ser la primera Constitución del México Independiente. La Constitución de 1857 que consolida la nacionalidad, a lado de la reforma liberal que la complementó; esta Constitución se convirtió en un símbolo patrio a raíz de la intervención francesa. La Constitución de 1917, que instauro en el mundo entero una nueva corriente denominada el Constitucionalismo Social Mexicano.<sup>208</sup>

Explica Ignacio Burgoa que el pueblo mexicano, sociológicamente hablando, como elemento poblacional de la Nueva España, logra su emancipación el 27 de septiembre de 1821, por tanto, dejó de pertenecer al Estado español, pero sin convertirse aún en el elemento de un nuevo Estado. Para ello fue necesario instaurar un derecho fundamental primario mediante la Constitución Federal de 1824, que es la fuente creativa del Estado Mexicano. El ser estatal de México arranca con la referida Constitución.<sup>209</sup>

Añade Ignacio Burgoa que la Constitución de 1824 fue un ensayo estructural para dar a México su primera organización jurídico político fundamental. Explica que para nadie es desconocida la circunstancia de que las condiciones reales de nuestro país en la época en que se expidió, no formaban la situación adecuada para que los principios y las reglas del nuevo Código tuviesen su aplicación natural.<sup>210</sup>

---

<sup>208</sup> Álvarez de Lara, Rosa María, *El Panorama de las garantías individuales en las constituciones mexicanas. En la génesis de los derechos humanos en México*, p.28.

<sup>209</sup> Burgoa, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, p. 87.

<sup>210</sup> *Ibid.*, pp. 88-89.

La Constitución Federal de 1824 no contiene una parte dogmática con un catálogo de derechos humanos. Una razón que puede explicar la ausencia de una parte dogmática en la Constitución de 1824 la expone Mario de la Cueva, citado por Lara Ponte. De la Cueva expone que los constituyentes del 23-24 fueron influidos notablemente por la Constitución norteamericana en su versión original, que no contenía las primeras diez enmiendas, tal vez por la creencia del constituyente norteamericano, de que una Constitución Federal se debía limitar a fijar la estructura de los poderes, dejando las constituciones de las entidades federativas la emisión de una declaración de derechos.<sup>211</sup>

La anterior idea la confirma Lara Ponte por el hecho de que una vez promulgada la Constitución Federal de 1824, las entidades federativas expedieron sus respectivas Constituciones en las que incluyeron verdaderas declaraciones de derechos humanos. Algunos ejemplos que menciona Lara Ponte son las Constituciones de Yucatán y Zacatecas, que establecieron catálogos de derechos humanos, a las que luego siguieron las Constituciones de 1825 de los Estados de Chiapas, Michoacán, San Luis Potosí, Oaxaca y Occidente (Sonora y Sinaloa).<sup>212</sup>

### **2.3.2 La Constitución centralista de 1836**

Este documento constitucional también es conocido como la Constitución centralista de 1836 o Constitución de las Siete Leyes. Este último nombre, en razón de que la nueva ley fundamental se dividió en siete estatutos. La Constitución centralista de 1836 significó un triunfo político para el partido conservador, que promovió el centralismo y la oligarquía, e incluso se pronunció en favor de la forma monárquica de gobierno.<sup>213</sup>

---

<sup>211</sup> Lara Ponte, Rodolfo, *Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano*, p. 60.

<sup>212</sup> *Ibíd.*, pp. 64-65.

<sup>213</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1999*, pp. 199.

La primera ley constitucional, promulgada el 15 de diciembre de 1835, estableció en su artículo 2° los derechos de los mexicanos, sin denominarlos derechos humanos o fundamentales y sin organizarlos en una parte dogmática de la Constitución, sino que aparecen dispersos en varias leyes constitucionales. Uno de los derechos más discutidos fue el de la libertad de expresión, que prevaleció frente a la corriente que pretendía restringirlo. También reconoció el derecho a la inviolabilidad del domicilio, y algunas garantías del debido proceso legal, entre ellas, la de no ser juzgado sino por tribunal previamente establecido, ni por leyes que no hubiesen sido dictadas con anterioridad al hecho.<sup>214</sup> Explica Lara Ponte que los derechos humanos establecidos en la Primera Ley Constitucional se complementaron con la Tercera y Quinta Leyes Constitucionales, ésta última en materia de administración de justicia. De acuerdo con Lara Ponte, el derecho humano a la libertad de expresión tuvo un carácter limitativo al circunscribir este derecho a la expresión de las ideas políticas, por lo que no se podía ejercitar en cualquier otra materia. Estima que este límite se impuso con el fin de proteger el dogma cristiano, debido a que la Constitución de 1836 estableció el principio de intolerancia religiosa.<sup>215</sup>

La Constitución centralista de 1836 es importante en la historia política y jurídica del país, entre otras razones porque constituye la primera Constitución del México independiente que reconoció derechos humanos a su población. Otro aspecto relevante de la Constitución centralista de 1836 es que su Segunda Ley Constitucional instituyó al Supremo Poder conservador como órgano de control constitucional. Este poder, explica Tena Ramírez, constituía en opinión de la Asamblea Constituyente, el árbitro que mantendría a los poderes públicos dentro del marco de sus atribuciones. Añade que el General Antonio López de Santa Ana

---

<sup>214</sup>Ibíd., pp. 206.

<sup>215</sup>Lara Ponte, Rodolfo, *Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano*, p. 77.

fracasó en su intento para evitar que se creara el Supremo Poder conservador, puesto que no deseaba tener un poder regulador que lo controlara.<sup>216</sup> Otra consecuencia derivada del establecimiento de un órgano político para el control de la Constitución es que no logró consolidarse como un mecanismo protector de los derechos humanos.

A pesar de las críticas doctrinales que se han formulado contra esta Constitución, Lara Ponte justifica su estudio por haber estado vigente durante siete años y porque su vigencia forma parte del desarrollo histórico constitucional de México y nos ayuda a entender el pensamiento conservador mexicano del siglo XIX.<sup>217</sup>

Por su parte, Alfonso Noriega, citado por Lara Ponte, estima que las siete Leyes Constitucionales de 1836, concretamente la Primera y la Quinta, configuran una amplia declaración de derechos cuyo texto doctrinal encierra un gran valor y tiene un gran mérito.<sup>218</sup> Para algunos autores, entre ellos Lara Ponte, la Constitución centralista de 1836 condicionó los derechos políticos a requisitos que hacían nugatorio su ejercicio. Para ser ciudadano mexicano se exigía una determinada renta anual; por otra parte, para ser candidato a cargos políticos se requería una renta mayor. El autor considera que estas cláusulas, contrarias al igualitarismo, tendían a favorecer a ciertas clases sociales.<sup>219</sup>

Las críticas formuladas contra la Constitución centralista de 1836 no demuestran su valor jurídico constitucional en el devenir histórico de la nación mexicana. Se trata del primer ordenamiento constitucional que reconoció derechos humanos y si bien estableció importantes restricciones, fundamentalmente de

---

<sup>216</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1999*, pp. 202

<sup>217</sup> Lara Ponte, Rodolfo, *Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano*, p. 75.

<sup>218</sup> *Ibíd.*, p.74.

<sup>219</sup> *Ibíd.*, p. 74 y 75

orden político, debe tomarse en cuenta que corresponden a la época y conservadurismo que predominaba. Asimismo, le corresponde a la visión que en ese entonces se tenía del sujeto titular del derecho representaba al hombre blanco, con estatus económico adecuado.

### **2.3.3 La Constitución liberal de 1857**

El Congreso Constituyente de 1857 estuvo dividido por los bandos liberal y conservador. Emilio Rabasa, citado por Lara Ponte, expone que una tarea de los constituyentes de 1857 consistía en el intento por aniquilar al bando conservador, acabar con la influencia del clero en los asuntos políticos y hacer la reforma social.<sup>220</sup> Es precisamente Emilio O. Rabasa quien expone: “Ni los más conservadores del ‘57’ se opusieron a consignar a las libertades humanas en la Constitución. Lo realizado en Inglaterra, Estados Unidos y Francia, significaba materia insoslayable, ‘cuño corriente’ en todo el mundo ilustrado del siglo XIX”<sup>221</sup> [Comillas del autor].

Tanto los conservadores como los liberales, indica Rabasa, deseaban, ya fuera por razones de derecho natural o positivo, un catálogo especial y claro sobre libertades, y lo lograron en los primeros 29 artículos de la Constitución de 1857, que recogen la mayor y mejor parte de las libertades prevalecientes en la época.<sup>222</sup>

José María Lozano, al referirse a la Constitución de 1857 que consagra en su artículo 1º, que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales, expone:

Hubo un tiempo en que los pueblos se consideraron como patrimonio de sus gobernantes. Semejante aberración produjo, como era natural,

---

<sup>220</sup> *Ibíd.*, p. 93.

<sup>221</sup> Rabasa, Emilio O., *El pensamiento político del constituyente de 1856-1857* (México, Ed. Porrúa, 1991), pp. 95-96.

<sup>222</sup> *Ibíd.*, p. 96.

sistemas de gobierno en armonía con aquel principio. En vano buscaremos en esos sistemas los medios a propósito para llenar los altos fines de la sociedad; en ellos el hombre era nada; el poder público era todo [...] pero en el día es una verdad universalmente reconocida, que los hombres no son patrimonio de otros hombres, que tienen por la misma naturaleza derechos innegables, que esos derechos no son creaciones de la ley humana [...] Tal es la declaración que contiene la primera parte del artículo 1° de nuestra ley fundamental. *‘El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y objeto de las instituciones sociales.’*<sup>223</sup> [Cursivas del autor]

Si los derechos del hombre son la base y objeto de las instituciones sociales, entonces explica José María Lozano, es evidente que el poder público que es la primera de las instituciones, tiene el doble deber de respetar y sostener las garantías otorgadas por la Constitución para hacer efectivos y seguros aquellos derechos. Esto justifica, de acuerdo con el mismo autor, lo dispuesto por la segunda parte del artículo 1° de la Constitución de 1857, que dispone: “...en consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución”.<sup>224</sup>

Este deber público para garantizar los derechos humanos descansa en la idea misma que se tiene de ellos como derechos naturales. Al respecto, Lara Ponte expone que se puede apreciar en las crónicas de las sesiones del constituyente de 1857, la influencia de la filosofía iusnaturalista que fue dominante durante los debates de todo el capítulo de los derechos de la persona humana.<sup>225</sup> Para Emilio O. Rabasa, el artículo 1° de la Constitución de 1857, es el más bello, producto del romanticismo político y el idealismo que va aparejado a toda la revolución en la que Ayutla no fue excepción, y era fiel reflejo de la ideología individualista de ese tiempo, el mismo autor añade: “ese artículo 1°, pienso yo, debiera ser siempre la

---

<sup>223</sup> Lozano, José María, *Estudio del derecho constitucional patrio en lo relativo a los derechos del hombre* (México, Ed. Porrúa, 1987), pp. 117-118.

<sup>224</sup> *Ibíd.*, p. 120.

<sup>225</sup> Lara Ponte, Rodolfo, *Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano*, p. 97.

inspiración y el propósito de nuestra vida institucional, política, económica y social”.<sup>226</sup>

Los derechos individuales no fueron los únicos que se trataron por el constituyente de 1857. También los derechos sociales fueron objeto de análisis y discusión. Al respecto, expone Lara Ponte que el artículo 12 del proyecto constitucional consagraba la libertad económica en materia de trabajo, al establecer que nadie podía ser obligado a prestar servicios personales sin la justa retribución y libre consentimiento. Asimismo, disponía que ningún contrato podía tener por objeto la pérdida de la libertad del hombre.<sup>227</sup> Estos derechos quedaron consagrados en el artículo 5 de la Constitución de 1857.<sup>228</sup>

Lara Ponte indica que la problemática agraria también afloró en el constituyente de 1857. Explica que el constituyente Ponciano Arriaga expuso algunas ideas para combatir los abusos al ejercicio del derecho de propiedad y para repartir la tierra entre el mayor número de personas. Estas ideas de Ponciano Arriaga, al igual que las ideas de Ignacio Ramírez, constituyen, en opinión de Lara Ponte, un significativo antecedente para el seguimiento de nuestro constitucionalismo social. Por eso explica:

“...la declaración de derechos estampada en la Constitución de 1857 es de lo más completa, y significó la cristalización de la evolución constitucional de los derechos humanos en nuestro país a lo largo del siglo XIX, y años más tarde influyó de manera considerable en la redacción de nuestra actual Carta Magna de 1917, primera en el mundo en consagrar los derechos sociales”.<sup>229</sup>

---

<sup>226</sup> Rabasa, Emilio O., *El pensamiento político del constituyente de 1856-1857*, pp. 28-29.

<sup>227</sup> Lara Ponte, Rodolfo, *Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano*, p. 105.

<sup>228</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1999*, pp. 819-820.

<sup>229</sup> Lara Ponte, Rodolfo, *Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano*, pp. 106-109.

### 2.3.4 La Constitución social de 1917

La Constitución de 1917 marca un hito en la historia constitucional de México y del mundo. La razón es que se trata de la primera Constitución que recoge los derechos sociales, que sintetizan las aspiraciones del movimiento revolucionario mexicano de 1910. Al examinar las constituciones, Trueba Urbina distingue las que son puramente políticas, de las sociales. Explica que son constituciones políticas, las que organizan al Estado, distribuyen sus facultades y consignan derechos a favor del individuo y, añade:

“Todas nuestras Constituciones, desde la de Apatzingán de 24 de octubre de 1814 hasta la de 1857, se inspiran en las Constituciones políticas de Estados Unidos de Norteamérica y Europa; crearon un constitucionalismo eminentemente político para arreglar las funciones del gobierno y garantizar los derechos del hombre frente al Estado”<sup>230</sup>

Las constituciones políticas que prevalecieron en México con anterioridad a la Constitución de 1917, no fueron suficientes para lograr la justicia social. Trueba Urbina expone que en México existía un desajuste entre la ley fundamental y la realidad social, por efecto de la subsistencia de las constituciones puramente políticas.<sup>231</sup> Trueba Urbina refiere que a fin de romper la estructura clásica de las constituciones políticas para incluir los derechos sociales en la Constitución de 1917, destacaron las intervenciones del General Heriberto Jara y de los obreros Héctor Victoria, Zavala, Von Versen y de los constituyentes Monzón, Manjarrez, Cravioto y José N. Macías. Expone que en sus intervenciones vibra un nuevo derecho social con sentido humano y reivindicador de los trabajadores y

---

<sup>230</sup> Urbina, Trueba, *La primera constitución político-social del mundo* (México, Ed. Porrúa, 1971), p. 39.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 40.

campesinos, que se plasma en un proyecto de derechos sociales que fue aprobado por la Asamblea Legislativa de la Revolución.<sup>232</sup>

Son conocidas las palabras inspiradoras de Cravioto, quien vaticinó:

Así como Francia, después de su revolución, ha tenido el alto honor de consagrar en la primera de sus Cartas Magnas los inmortales derechos del hombre, así la Revolución Mexicana tendrá el orgullo legítimo de mostrar al mundo que es la primera en consignar en una Constitución los sagrados derechos de los obreros.<sup>233</sup>

Al comentar las garantías sociales, Lara Ponte expone que éstas se incorporaron en el texto de los artículos 3º, 27 y 123 de la Constitución. Explica que el artículo 3º, estableció en su texto original la garantía de otorgar educación básica a todos los que la demanden. Ratificó el principio de que sería laica la educación, orientada a luchar contra la ignorancia, las servidumbres y el fanatismo.<sup>234</sup>

Asimismo, expone Lara Ponte, el artículo 27 organiza las modalidades de la propiedad, pública, privada y social, a partir del principio de propiedad originaria de la nación. Destaca el autor que en cuanto a la propiedad social el precepto constitucional aborda cuatro aspectos fundamentales como son, la dotación de tierras; la confirmación de las dotaciones de tierras; el reconocimiento del derecho de los pueblos y congregaciones que de hecho por derecho hubieran guardado el estado comunal, y la declaración de nulidad de los actos que hubieran privado a las comunidades de sus tierras, bosques y aguas.<sup>235</sup>

Por lo que se refiere al artículo 123, relativo al trabajo y a la previsión social, Lara Ponte refiere que da paso a las garantías de los trabajadores, que

---

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>233</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>234</sup> Lara Ponte, Rodolfo, *Los Derechos Humanos en el Constitucionalismo Mexicano*, p. 162.

<sup>235</sup> *Ibid.*, pp. 163-164.

resumen cuatro rubros, como son las garantías referidas a la prestación individual del trabajo; las garantías colectivas, entre las que destacan el derecho a la asociación profesional y a la huelga; las garantías procedimentales y jurisdiccionales, relativas a la conciliación y al arbitraje, y las garantías administrativas y sociales, referidas a la mediación del Estado a favor del trabajador, mediante las actividades de las instituciones del sector público.<sup>236</sup>

Los derechos humanos individuales y sociales consagrados por la Constitución política y social de 1917, constituyen el principal marco normativo de los derechos humanos, pero no el único, porque también habrá que tomar en cuenta los derechos humanos consignados en otras fuentes, como las constituciones de las entidades federativas, pero particularmente, los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales.

Por lo anterior, es importante tomar en cuenta la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, que en su artículo 1º dispone que las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección. Por esta razón, es necesario emprender enseguida el análisis de los instrumentos internacionales que consagran derechos humanos, lo que se hará examinando en primer lugar el Sistema Universal y en segundo término los Sistemas Regionales de derechos humanos, particularmente del Sistema Regional Americano, pero antes se expondrán algunas reflexiones que explican la proyección de los derechos humanos en el plano internacional.

---

<sup>236</sup> *Ibid.*, pp. 164-165.

## **2.4 La evolución de los derechos humanos. Su tránsito del ámbito interno al internacional**

Los derechos humanos han sido objeto de interés desde antes del surgimiento de los modernos Estados de Derecho, pero es una idea comúnmente aceptada por la doctrina de que su expansión y el establecimiento de mecanismos internacionales de protección es un fenómeno que se presenta después de la segunda guerra mundial. Fix-Zamudio y Valencia Carmona indican que hasta hace algunos años en la mayoría de los países del mundo se consideraban a los derechos humanos un asunto doméstico, eran cuestiones reservadas a cada gobierno respecto de sus nacionales. El panorama ha cambiado radicalmente, ya que como lo exponen los mencionados autores, las naciones se han sumado de una manera abrumadora a la causa de los derechos humanos, misma que ha logrado provocar efectos muy importantes tanto en el orden jurídico interno como en el internacional. Exponen que la internacionalización de los derechos del hombre, que sigue a la segunda guerra mundial, ha penetrado las más férreas barreras nacionales.<sup>237</sup>

La evolución de los derechos humanos, tanto en el ámbito interno como en el internacional presenta dos fases progresivas, que son el reconocimiento y la garantía. A través de la fase del reconocimiento, los derechos humanos son positivizados en los ordenamientos constitucionales internos, como derechos fundamentales de las personas, que se erigen como un coto vedado al poder público, que no debe traspasar, porque representan el mínimo de derechos de los individuos que el Estado se encuentra obligado a respetar. Esto para garantizar un espacio de libertad y seguridad, en el cual las personas puedan actuar en la

---

<sup>237</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, p. 415.

consecución del proyecto de vida que elijan, y que no tiene más límites que aquellos que impone el orden público, el interés social y los derechos de los demás. Estos derechos fundamentales al ser consignados en las constituciones estatales, han dado lugar a lo que se conoce como la parte dogmática de la Constitución, precisamente, porque se imponen como un dogma al Estado.

Sin embargo, como el reconocimiento de los derechos no basta para garantizar su respeto por parte del poder público, ha sido necesario establecer en las mismas constituciones los instrumentos de garantía, ordinariamente de corte jurisdiccional, para remediar la violación a los derechos fundamentales de las personas, para que sean restituidas en sus derechos, cuando las autoridades hubiesen incurrido en actos violatorios de esos derechos.

Podría pensarse que al implementar en las constituciones nacionales, instrumentos de garantía para preservar los derechos humanos, sería suficiente para garantizar su respeto por parte del Estado y que por lo mismo, ninguna necesidad habría de establecer mecanismos de tutela internacional de los derechos humanos. Sin embargo, la realidad ha demostrado la insuficiencia de los mecanismos internos para garantizar que se preserven los derechos humanos, puesto que en la práctica, en no pocos Estados, se han producido graves violaciones a los derechos humanos, que en ocasiones se dan de manera sistemática y que generalmente obedecen a problemas relacionados con la lucha por el control del poder político, y que se manifiestan en gobiernos inestables, que no garantizan los derechos humanos. Otras veces el problema radica en gobiernos militaristas o dictatoriales, que se encuentran lejos de hacer efectivas las normas constitucionales que plasman los derechos humanos y sus instrumentos de garantía, produciéndose también fenómenos de suspensión de los derechos humanos, que atentan gravemente contra la vida y la libertad de las personas.

Además, también se producen violaciones de derechos humanos en Estados de derecho políticamente estables, por diversas razones, por lo cual el derecho internacional ha tomado un partido abiertamente favorecedor a la tutela de los derechos humanos. Opina Robert K. Goldman que la principal razón de la internacionalización de la tutela de los derechos humanos ha sido precisamente la insuficiencia o la deficiencia de la protección interna o doméstica.<sup>238</sup>

Por esta razón, Peces-Barba entiende la internacionalización como un intento de afrontar una protección integral de los derechos humanos. Explica que este proceso de internacionalización inició con la Declaración Universal de las Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948; con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 2 de mayo de 1948, y con los Tratados Internacionales Multilaterales, con carácter universal como el pacto sobre Derechos Civiles y Políticos de 16 diciembre de 1966, y el de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la misma fecha, así como los Tratados Regionales, como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, o la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 7 de abril de 1970.<sup>239</sup>

Peces-Barba indica que el proceso de internacionalización se produjo desde diversas dimensiones complementarias, que expresaron un cambio en el Derecho internacional: la primera implica formas técnico-jurídicas del derecho internacional clásico, sin ruptura de la soberanía estatal y como cooperación internacional; la segunda, considera insuficiente la protección estatal, que siempre encuentra su límite en la razón de Estado.

---

<sup>238</sup> Goldman, Robert K., “Breve Historia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. En *Repertorio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1971 a 1995*, sistematizado y comentado por Oscar L. Fappiano y Carolina Loayza T., pp. 23-44 (Buenos Aires, Ed. Ábaco de Rodolfo de Palma, 1998), p. 24.

<sup>239</sup> Peces-Barba Martínez, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, pp. 175-176.

Esta reflexión de Peces-Barba es compartida por José María Serna de la Garza, quien expresa que el derecho constitucional descansa sobre una forma de entender el concepto de Constitución, como idea vertebrada respecto al concepto del Estado nacional. En opinión de Serna de la Garza, la globalización ha provocado transformaciones importantes en las concepciones tradicionales del derecho constitucional.

La visión del derecho constitucional centrada en el Estado nación es insuficiente para comprender la dimensión internacional de los derechos humanos. Una comprensión positivista y estatal del derecho, no es idónea para brindar una protección efectiva a los derechos humanos. Explica José María Serna de la Garza que existe un desplazamiento del control del poder estatal, de la esfera interna a la internacional. Espacios normativos externos al Estado, determinan la solución de conflictos sobre derechos humanos que no tuvieron protección en el derecho interno.<sup>240</sup>

Un concepto relacionado con la globalización y su impacto para superar la idea de un derecho constitucional basado en el concepto de Estado-nación, es el de gobernanza global, que de acuerdo con Serna de la Garza responde a la necesidad de generar orden, coordinación y conducción de la comunidad internacional, y que involucra complejas interacciones entre estados, organizaciones intergubernamentales y actores no estatales de diversa índole, como las Organizaciones no gubernamentales.<sup>241</sup>

Las anteriores reflexiones doctrinales relacionadas con la proyección internacional de los derechos humanos, generan la necesidad de emprender el análisis de estos derechos en esa perspectiva internacional, por lo que se procederá

---

<sup>240</sup> Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano* (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2012), p. 317.

<sup>241</sup> *Ibid.*, p. 318.

al análisis del sistema universal de los derechos humanos, así como al examen de los sistemas regionales, enfocado esto último al sistema regional americano.

## **2.5 El Sistema Universal de los derechos humanos**

Para una mejor comprensión del Sistema Universal de los derechos humanos es conveniente conocer su origen y sus fines. Asimismo, es importante determinar cómo se conforma el sistema internacional de las normas de protección de los derechos humanos, así como las fuentes del sistema universal que integran su marco normativo, y los instrumentos de garantía.

### **2.5.1 Origen y fines del Sistema Universal de los derechos humanos**

En el plano internacional, los abusos generalizados de los derechos humanos y libertades fundamentales durante el decenio de 1930, que culminaron en las atrocidades de la segunda guerra mundial, pusieron fin a la idea de que cada Estado por su cuenta tenía la última palabra en el trato que daba a las personas que se encontraban dentro de su territorio. En junio de 1945, la Carta de las Naciones Unidas situó a los Derechos Humanos en la esfera del Derecho Internacional; de manera que, todos los estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas acordaron adoptar medidas para proteger los derechos humanos.<sup>242</sup>

Sobre este aspecto, Juan Carlos Hitters y Óscar L. Fappiano explican que recién a partir de la segunda guerra mundial se advierte una gran transformación en la concepción de las pautas jurídicas imperantes en la época, y anotan: "...el real proceso de internacionalización de los derechos humanos, se origina en 1948, con las dos declaraciones (Universal y Americana) y los pactos y convenciones posteriores, al renacer el movimiento iusnaturalista con la influencia del

---

<sup>242</sup> OACNUDH-México, *20 claves para conocer y comprender mejor los derechos humanos* (México, Ed. OACNUDH, 2011), p. 5.

cristianismo[...] pautas éstas-no pocas-volcadas en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).<sup>243</sup> [Paréntesis y guiones de los autores].

Los mismos autores exponen que las declaraciones de derechos humanos en el siglo XX, surgen como consecuencia de la evolución interna de los Estados y de las profundas transformaciones de las relaciones internacionales. Explican que estas declaraciones evidencian la necesidad de la paz como valor esencial a protegerse por la acción internacional; igualmente enfatizan la toma de conciencia de la necesidad de protección internacional de los derechos humanos y la creación de organismos internacionales con la finalidad específica de protegerlos.<sup>244</sup>

Es entonces la insuficiencia de la protección de los derechos humanos por parte de los Estados lo que explica el origen de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que tiene como fin su reconocimiento universal y su protección internacional. Al respecto, es importante distinguir el fenómeno de universalización y de internacionalización. En el primer caso, precisan los autores mencionados: “observamos todo un movimiento tendiente a darle a las prerrogativas del hombre un marco sin límites fronterizos, cuyo mejor ejemplo lo encontramos en la Declaración Universal de 10 de diciembre de 1948”.<sup>245</sup> En cambio, respecto a la internacionalización, los autores en cita, exponen: “significa la asunción por parte del derecho internacional de los temas sobre prerrogativas del hombre, dándole vida, a lo que se ha dado en llamar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.<sup>246</sup> Tomando en cuenta esta distinción, se abordará enseguida el sistema internacional de protección de la persona humana.

---

<sup>243</sup> Hitters, Juan Carlos y L. Fappiano, Óscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tomo 1, Volumen 1, p. 178.

<sup>244</sup> *Ibid.*, pp. 179-180.

<sup>245</sup> *Ibid.*, p. 80.

<sup>246</sup> *Ibid.*, p. 80.

### 2.5.2 El Sistema Internacional de protección de los derechos humanos

En el marco del derecho internacional público existe un importante desarrollo de diferentes sistemas normativos que buscan proteger a la persona humana a partir del reconocimiento de derechos y obligaciones garantizados mediante mecanismos especializados y organismos competentes. Destaca principalmente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de manera complementaria otros sistemas como el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional del Trabajo, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Penal Internacional. Estas normas en su conjunto dan contenido y alcance al derecho internacional de protección de los derechos humanos.<sup>247</sup>

Existen otros tratados que no son parte del derecho internacional de protección a la persona humana, pero que reconocen derechos humanos. Son tratados que celebran los Estados entre sí, que no tienen por objeto proteger a la persona humana, sino reconocer derechos y obligaciones mutuas. Empero, algunos de estos tratados reconocen derechos humanos. Es en este amplio orden normativo en el que se debe entender el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que protege los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, sin distinguir el tipo de tratados.<sup>248</sup>

El derecho internacional de protección a la persona humana se consolida en el marco de la humanización del derecho internacional, en el que la persona humana adquiere reconocimiento como titular de derechos y deberes. Como sujeto

---

<sup>247</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Compilación de Instrumentos Internacionales sobre Protección de la Persona aplicables en México. I Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (México, Ed. Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Naciones Unidas, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012), pp. XXXV- XXXVI.

<sup>248</sup> *Ibid.*, p. XXXVI.

de derechos, abandona su estatus de objeto de regulación interestatal.<sup>249</sup> Antonio Boggiano explica que en el siglo XIX, bajo la influencia dominante del positivismo jurídico, sólo los Estados fueron considerados sujetos del derecho internacional, pero que no siempre fue así y expone que bajo la influencia del derecho natural es obvio que la persona humana es sujeto del derecho internacional.<sup>250</sup>

De acuerdo con Matthias Herdegen, en la doctrina moderna del derecho internacional se ha impuesto la idea de que las reglas del derecho internacional pueden generar derechos y deberes directamente a los individuos. Considera respecto a si los tratados pueden otorgar derechos individuales o, si por el contrario, los tratados solo vinculan a los Estados Parte, en la relación inter estatal para proteger a los individuos, que ello depende de la interpretación del respectivo tratado, y expone: “La personalidad jurídica de derecho internacional del individuo se da especialmente cuando un tratado internacional le atribuye a los individuos la posibilidad de hacer valer por sí mismos los derechos contemplados en un tratado ante un tribunal internacional o simplemente en el plano internacional.”<sup>251</sup>

Por tanto, la principal manifestación de ese *estatus* de la persona humana en el concierto internacional se refleja en la facultad que se le reconoce para acceder a los organismos internacionales en defensa de sus derechos humanos. El modo más eficaz de garantizar una protección del individuo en contra del Estado, propio o ajeno, opina Modesto Seara Vázquez, es precisamente permitiéndole el acceso a

---

<sup>249</sup> *Ibid.*, p. LXXIX.

<sup>250</sup> Boggiano, Antonio, *Derecho Internacional, Derecho de las Relaciones entre los ordenamientos jurídicos y Derecho Humanos* (Buenos Aires, Ed. La Ley, 2001), p. 37.

<sup>251</sup> Herdegen, Matthias, *Derecho Internacional Público* (México, Ed. IIJ UNAM, Fundación Konrad Adenauer, 2005), p. 108.

tribunales internacionales para plantear jurídicamente sus posibles reclamaciones.<sup>252</sup>

Para que los individuos puedan acceder a la jurisdicción internacional, es necesario conocer el sistema de fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que definen e interpretan estos derechos y sus garantías. En esa perspectiva, se procederá enseguida al análisis de esas fuentes.

### **2.5.3 Las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

Antes de emprender el estudio de las fuentes, es necesaria una apreciación conceptual concerniente a lo que se entiende por Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sobre este tópico Villán Durán explica que una aproximación a este concepto es forzosamente tributaria del concepto de derecho internacional público, toda vez que se trata de un sector de éste, por lo que es dependiente y se interacciona íntimamente con su tronco común.<sup>253</sup>

Este vínculo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el derecho internacional público obliga a atender el concepto de este último derecho. Seara Vázquez expone que el derecho internacional público es el conjunto normativo destinado a reglamentar las relaciones entre los sujetos internacionales. Aclara que internacionalmente se había hablado de Estados, en lugar de sujetos internacionales, lo que era explicable porque eran los únicos sujetos, pero hoy ya no es así, por lo que es más exacto hablar de sujetos internacionales, procediendo luego a delimitar ese término.<sup>254</sup>

Congruente con la anterior idea, Matthias Herdegen expone: “El Derecho Internacional Público se puede *definir* como la totalidad de las reglas sobre las

---

<sup>252</sup> Seara Vázquez, Modesto, *Derecho Internacional Público* (México, Ed. Porrúa, 1994), p. 129.

<sup>253</sup> Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p. 85.

<sup>254</sup> Seara Vázquez, Modesto, *Derecho Internacional Público*, p. 25.

relaciones soberanas de los estados, Organizaciones Internacionales, y otros sujetos del derecho internacional entre sí, incluyendo los derechos o deberes de los individuos relevantes para la comunidad estatal...”.<sup>255</sup> [Cursivas del autor]. El mismo autor explica: “El concepto de ‘Derecho Internacional’ amerita adicionalmente una justificación especial. Por una parte, el ordenamiento internacional sirve no solo al equilibrio de los intereses entre los Estados o de los gobiernos que actúan en ellos, sino también a los pueblos y seres humanos individualmente” [Comillas del autor].

De acuerdo con las anteriores ideas, principalmente la relativa a que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es parte del derecho internacional público, Villán Durán propone la siguiente definición de aquel derecho:

*Sistema de principios y normas que regula un sector de las relaciones de cooperación institucionalizada entre estados de desigual desarrollo socioeconómico y poder, cuyo objeto es el fomento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidos, así como el establecimiento de mecanismos para la garantía y protección de tales derechos y libertades, los cuales se califican de preocupación legítima y, en algunos casos, de intereses fundamentales para la actual comunidad internacional de Estados en su conjunto.*<sup>256</sup> [Cursivas del autor]

El sistema de principios y normas a que se refiere la definición anterior, no se agota en los tratados internacionales de derechos humanos, sino que, como lo explica el mismo autor, se completa con otros instrumentos internacionales de derechos humanos, que adoptan la forma de declaraciones, reglas mínimas, principios, recomendaciones, resoluciones o decisiones.<sup>257</sup> Esta multiplicidad de instrumentos es precisamente la que conduce a la necesidad de emprender el

---

<sup>255</sup> Herdegen, Matthias, *Derecho Internacional Público*, p. 3.

<sup>256</sup> Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, pp. 85-86.

<sup>257</sup> *Ibid.*, pp. 209-210.

análisis de las diversas fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo que enseguida será objeto de análisis.

Si se atiende a que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es un desarrollo normativo que forma parte del derecho internacional público, debe admitirse la coincidencia de sus fuentes normativas.<sup>258</sup> En este sentido, el artículo 38 de la Corte Internacional de Justicia establece como fuentes del derecho internacional público las siguientes:

- a) Las convenciones internacionales (tratados internacionales);
- b) La costumbre internacional;
- c) Los principios generales de derecho;
- d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.<sup>259</sup>

En el caso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aclara Loretta Ortiz Ahlf, sin perjuicio de las fuentes a que se refiere el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, hay que considerar dos elementos adicionales: “La obligatoriedad universal y regional de la norma que constriñe a los Estados a respetar y garantizar los derechos humanos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el carácter del *ius cogens* que posee dicha norma.”<sup>260</sup> [Cursivas de la autora]. En relación con la característica del *ius cogens*, Antonio Boggiano la explica en los siguientes términos:

---

<sup>258</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Compilación de Instrumentos Internacionales sobre Protección de la Persona aplicables en México. I Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p. XL.

<sup>259</sup> *Ibid.*, p. XL.

<sup>260</sup> Ortiz Ahlf, Loretta, “Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, compilado por Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara B., pp. 23-47 (México, Ed. Distribuciones Fontamara, 2004), p. 24.

Las normas imperativas o de *ius cogens* del derecho internacional general han sido definidas por el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 como normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de los Estados, como una norma inderogable y que solo puede modificarse por una norma subsiguiente del derecho internacional general que tenga el mismo carácter.<sup>261</sup> [Cursivas del autor].

Pese a que la comunidad internacional no cuenta con un listado taxativo que defina cuales son aquellas normas imperativas del derecho internacional, son los tribunales internacionales los llamados a declarar su existencia. Así, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia, en el caso Barcelona Traction, desarrolla la jurisprudencia de las obligaciones que los Estados tienen hacia la comunidad internacional en su conjunto, como obligaciones *erga omnes*, que se derivan del *ius cogens*. Asimismo, la Corte Internacional de Justicia señaló en este caso, que los principios y reglas relativas a los derechos fundamentales representan obligaciones *erga omnes* de los Estados ante la comunidad Internacional.<sup>262</sup>

Esta cualidad reconocida en favor de las normas internacionales de derechos humanos, como normas de *ius cogens*, es decir, imperativas e inderogables, que generan para los Estados obligaciones *erga omnes*, fortalece la posición de los derechos humanos en los derechos internos. De esta manera, los derechos fundamentales conforman un subsistema en el derecho interno de los Estados. A la vez, constituyen un subsistema en el derecho internacional público. Por estas razones resulta importante conocer las diversas fuentes normativas internacionales de los derechos humanos. Enseguida se procederá a su análisis.

---

<sup>261</sup> Boggiano, Antonio, *Derecho Internacional. Derecho de las Relaciones entre los ordenamientos jurídicos y Derecho Humanos*, pp., 52-53

<sup>262</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Compilación de Instrumentos Internacionales sobre Protección de la Persona aplicables en México. I Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, pp. XL-XLI.

### 2.5.3.1 Tratados internacionales

Debido a la importancia que adquirió el derecho convencional, explica Ortiz Ahlf, en 1949 la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, decidió codificar la materia de los tratados. El proyecto concluyó en 1966 y se adoptó como tratado en la Conferencia de Viena de 23 de mayo de 1969, con el nombre de Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.<sup>263</sup>

Esta Convención establece el concepto de los tratados internacionales, que constituyen la primera fuente del derecho internacional público que reconoce el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, define al tratado como un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular. Así, los tratados internacionales no se definen por consideración a su *nomen iuris*, sino respecto a la formalidad a la cual son adoptados, las partes que en él intervienen y su contenido.<sup>264</sup>

De acuerdo con el número de participantes, expone Matthias Herdegen, los tratados pueden ser bilaterales o multilaterales. Adicionalmente, explica el autor, se distinguen los tratados que crean derechos y los acuerdos contractuales. Los primeros crean derechos, por ejemplo, los tratados sobre derechos humanos o los acuerdos del orden comercial mundial. Los acuerdos contractuales se limitan a reglamentar obligaciones bilaterales de derecho privado.<sup>265</sup>

---

<sup>263</sup> Ortiz Ahlf, Loretta, “Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, p. 28.

<sup>264</sup> *Ibid.*, pp. XLII-XLIII.

<sup>265</sup> Herdegen, Matthias, *Derecho Internacional Público*, p. 119.

Los tratados que forman parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos son, por tanto, convenciones internacionales que crean derechos humanos, pero además, se caracterizan por establecer mecanismos para protegerlos, entre los que se incluye la creación de comisiones y órganos jurisdiccionales. El primer reconocimiento internacional en forma expresa de los derechos humanos, no se formuló en los tratados, sino que se produjo en la Carta de las Naciones Unidas, que carece de un cuerpo jurisdiccional específico para protegerlos, ya que su tarea fundamental es la promoción de esos derechos.<sup>266</sup>

Un reconocimiento posterior de los derechos humanos, de singular importancia, y que tampoco constituye un tratado, es la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Este instrumento, explican Hitters y Fappiano, se erige en un patrón que debe inspirar a los pueblos a promover por medio de la enseñanza y la educación, el respeto y las libertades del hombre. Asimismo, exponen que la Declaración intentó mostrar una concepción universal en un mundo dividido, elevándose por encima de las distintas ideologías imperantes en aquella época. El preámbulo, en opinión de estos autores, refleja la desacralización del derecho, ya que no se hace referencia al Creador, ni al Ser Supremo, a diferencia de las Declaraciones francesa y estadounidense.<sup>267</sup>

Hitters y Fappiano exponen que la Declaración Universal de Derechos Humanos puso énfasis en los derechos civiles y políticos y en los económicos, sociales y culturales, sin hacer enumeración taxativa, para que pudieran incorporarse nuevas posibilidades.<sup>268</sup> En el mismo proceso de elaboración de la

---

<sup>266</sup> Hitters, Juan Carlos y L. Fappiano, Óscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tomo 1, Volumen 1, p. 191.

<sup>267</sup> *Ibid.*, pp. 317-320.

<sup>268</sup> *Ibid.*, p. 320.

Declaración Universal, se decidió que este instrumento se continuara por uno o varios textos de tipo convencional, que concretara la obligación jurídica de respetar los derechos humanos y estableciera los procedimientos internacionales de promoción y protección.<sup>269</sup>

Este propósito de concretar los derechos humanos con efecto vinculante entre los Estados, lo explica Villán Durán, por el gran valor moral de la Declaración Universal, así como por su relevancia política, pero también por su nulo alcance jurídico inicial. Por esto, añade que los Estados continuaron los trabajos codificadores en el seno de las Naciones Unidas con la idea de transformar los principios de la Declaración Universal en disposiciones convencionales, lo que se demoró dieciocho años por la confrontación ideológica producida por la Guerra Fría.<sup>270</sup>

Atemperada esta diferencia ideológica, en 1966 se aprueban el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entró en vigor el 3 de enero de 1976, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que entró en vigor el 23 de marzo de 1976.<sup>271</sup> En relación con el primer Pacto, Hitters y Fappiano destacan la obligación esencial de los Estados, por virtud de la cual se comprometen a adoptar medidas económicas y técnicas con el máximo de los recursos que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos.<sup>272</sup>

En relación con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los mismos autores precisan que entre los derechos civiles sobresalen el derecho a la

---

<sup>269</sup> Gros Spiell, Héctor, *Estudios sobre derechos humanos II* (Madrid, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, 1988), p. 33.

<sup>270</sup> Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p. 211.

<sup>271</sup> Hitters, Juan Carlos y L. Fappiano, Óscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tomo 1, Volumen 1, pp. 327-329.

<sup>272</sup> *Ibid.*, p. 328.

vida, a la libertad y a la seguridad personal. Respecto a los derechos políticos, se reconocen el derecho a la participación, al voto universal, el derecho a ser elegido a los cargos públicos. Ambos Pactos y el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que creó al Comité de Derechos humanos, crean instituciones, que en opinión de los autores mencionados, son de gran trascendencia para la promoción y defensa de los derechos humanos.<sup>273</sup>

### 2.5.3.2 La costumbre internacional

De acuerdo con Ortiz Ahlf: “El derecho consuetudinario fue tradicionalmente la principal fuente del derecho internacional. Debido a la falta de un legislador internacional, las relaciones entre los Estados se regían por normas no escritas aceptadas por ellos.”<sup>274</sup> Matthias Herdigen corrobora esta idea al exponer que el consuetudinario es en cierta forma la primera piedra del derecho internacional. Para este autor, conforme al artículo 38, inciso b), de la Corte Internacional, este derecho se define con base en sus dos elementos: “como expresión de práctica general aceptada como ley (*a general practice accepted as law*). Se trata por tanto de unos preceptos legales que se fundamentan en una práctica general (*consuetudo*) –objetiva– y del correspondiente reconocimiento legal de esa práctica (*opinio iuris*) –subjetiva–”<sup>275</sup> [Cursivas y paréntesis del autor].

El derecho consuetudinario, expone Herdigen, se aplica en forma universal, esto es, a la totalidad de la comunidad de Estados. Sin embargo, aclara que se puede pensar también en un derecho consuetudinario regional.<sup>276</sup> En relación con el número de Estados necesarios para formar una norma consuetudinaria

---

<sup>273</sup> *Ibid.*, pp. 331-332.

<sup>274</sup> Ortiz Ahlf, Loretta, “Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, p. 24.

<sup>275</sup> Herdegen, Matthias, *Derecho Internacional Público*, p. 145.

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 146.

internacional, Herdigen explica que se requiere una amplia mayoría; es lo que la doctrina conoce como la fórmula de la cuasiuniversalidad.<sup>277</sup>

Un problema difícil que apunta Herdigen se suscita con la duración que requiere una práctica estatal para consolidar una norma consuetudinaria. Expone que la comunidad de Estados permite reducir los requisitos temporales y puntualiza que para ello existe una estrecha relación de intercambio entre el elemento de la práctica y el elemento de la convicción legal.<sup>278</sup>

En esta interacción juega un papel importante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas. Al respecto, expone Ortiz Ahlf que la Asamblea y las organizaciones de protección de los derechos humanos, favorecen con sus resoluciones la tarea de comprobar la práctica y la *opinio iuris* de los Estados.<sup>279</sup> Como ejemplos menciona la cristalización de normas consuetudinarias de derechos humanos, la Declaración Universal y la Americana, producidas por las respectivas Asambleas. Estos instrumentos, expone la autora, inicialmente carecían de obligatoriedad, pero fueron incorporados al *corpus* del derecho consuetudinario por la práctica de los Estados.<sup>280</sup> La interacción que se produce entre el derecho consuetudinario y las declaraciones y tratados no es única. En realidad, todas las fuentes presentan puntos de relación que originan una influencia recíproca. A este fenómeno no escapan los principios generales del derecho, que se examinarán en el siguiente apartado.

### **2.5.3.3 Los principios generales del derecho**

Los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, conforman la tercera fuente del derecho internacional. En opinión de

---

<sup>277</sup> *Ibid.*, p. 146.

<sup>278</sup> *Ibid.*, p. 147.

<sup>279</sup> Ortiz Ahlf, Loretta, “Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, p. 26.

<sup>280</sup> *Ibid.*, pp. 26-27.

Herdegen: “complementan las normas del derechos de los tratados y del derecho consuetudinario.”<sup>281</sup> Estos principios, expone Ortiz Ahlf, son comunes a los distintos sistemas jurídicos y no deben confundirse con los principios del derecho internacional. Explica que su función no se restringe a cubrir lagunas legales que pudieran presentarse por falta de norma legal o consuetudinaria aplicable, sino que sirven de instrumento para la debida aplicación e interpretación de los tratados y de la costumbre.<sup>282</sup>

En esta línea de aplicación de los tratados, Herdegen expone que determinados principios que se utilizan para la solución de controversias jurisdiccionales, se encuentran también dentro de los principios generales. Menciona como ejemplos los efectos vinculantes de las decisiones y el reconocimiento de la prueba por vía de indicios en el caso de dificultades para obtener pruebas de manera directa.<sup>283</sup>

Los anteriores ejemplos revelan una característica importante de los principios generales del derecho como fuentes del derecho internacional público, particularmente de los derechos humanos. Esta característica se refiere a su carácter procesal que se manifiesta en la mayoría de ellos, puesto que directa o indirectamente inciden en el proceso que debe seguirse para obtener la reparación de los derechos humanos violados.

Un principio que se relaciona con las reparaciones y que surge del derecho privado, lo menciona Herdegen. Se trata del principio general de la responsabilidad por violación del deber de compensar los daños causados. Este principio, que recoge el artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos

---

<sup>281</sup> Herdegen, Matthias, *Derecho Internacional Público*, p. 156.

<sup>282</sup> Ortiz Ahlf, Loretta, “Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, pp. 40-41.

<sup>283</sup> Herdegen, Matthias, *Derecho Internacional Público*, p. 157.

Humanos, ha dado lugar a una rica jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de reparaciones.

La jurisprudencia clásica, explica Sergio García Ramírez, entiende que la reparación deseable consiste en la *restitutio integrum*. El mismo autor expone que es conveniente procurar la mayor aproximación a la *restitutio*, suprimiendo los efectos de la violación. Asimismo, manifiesta que la jurisprudencia interamericana ha examinado una reparación que se aproxima a la *restitutio* y que consiste en la reposición del proyecto de vida dañado por la violación de derechos humanos; en opinión del autor, constituye una reparación que desborda el daño material e inmaterial.<sup>284</sup>

García Ramírez enuncia el elenco de las reparaciones en el sistema interamericano, entre las cuales sobresalen, la sentencia misma, que constituye una forma de reparación; el reconocimiento público de responsabilidad por parte del Estado; la restitución de tierras ancestrales a las comunidades indígenas; atención médica y psicológica en instituciones públicas o privadas; programas específicos de desarrollo comunitario independientes a las acciones regulares de desarrollo social; inversiones a favor de las comunidades indígenas y elaboración de políticas públicas.<sup>285</sup>

Existen otros principios generales del derecho que sin estar ligados a las reparaciones tienen una repercusión procesal y orientan el sentido de las resoluciones. Ortiz Ahlf indica como ejemplos lo que la doctrina conoce como interpretación conforme y principio *pro homine*. En este punto expone: “los derechos y deberes consagrados en la Constitución deberán interpretarse de

---

<sup>284</sup> García Ramírez, Sergio, *Reparaciones de fuente internacional por violación de derechos humanos (Sentido e implicaciones del párrafo tercero del artículo 1o. Constitucional bajo la reforma de 2011)*, pp. 181-182.

En <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/8.pdf> (fecha de acceso: 14 de mayo de 2015).

<sup>285</sup> *Ibíd.*, p. 188.

conformidad con los tratados internacionales o aplicando el criterio que resulte más benéfico para el individuo.<sup>286</sup>

En la tarea jurisdiccional de solución de conflictos por los órganos y tribunales internacionales, va a surgir la última fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, estrechamente ligada a las demás. Se trata de la jurisprudencia derivada de la acción de los órganos y tribunales creados por la normativa internacional, que se funda en la interpretación del resto de las fuentes jurídicas. Enseguida se procede al examen de esta fuente.

#### **2.5.3.4 Las decisiones judiciales y la doctrina**

La jurisprudencia y la doctrina emanada de los órganos y tribunales creados por el Sistema Internacional de los derechos humanos, son considerados como medios auxiliares para la determinación de las reglas del derecho.<sup>287</sup>

Para establecer cuál es el derecho vigente y la interpretación de las normas del derecho internacional, se puede acudir tanto a las decisiones de los tribunales nacionales como internacionales.<sup>288</sup> Empero, es preciso tomar en cuenta que en el derecho internacional público no existe un mecanismo de configuración específico de la jurisprudencia, como ocurre en el derecho interno mexicano, puesto que en el ámbito internacional de los derechos humanos cada decisión judicial es fuente de jurisprudencia.<sup>289</sup>

Esta diferencia con el derecho interno, que suele exigir la reiteración de un mismo criterio en una serie no interrumpida de fallos judiciales, dimensiona la

---

<sup>286</sup> Ortiz Ahlf, Loretta, “Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, p. 41.

<sup>287</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Compilación de Instrumentos Internacionales sobre Protección de la Persona aplicables en México. I Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p. XLVII.

<sup>288</sup> Herdegen, Matthias, *Derecho Internacional Público*, p. 165.

<sup>289</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Compilación de Instrumentos Internacionales sobre Protección de la Persona aplicables en México. I Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, pp. XLVII-XLVIII.

importancia de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, lo que obliga a estar pendientes de todas sus decisiones, por su efecto vinculante para los Estados, es decir, obligatorio.

La doctrina, a diferencia de la jurisprudencia, no tiene ese efecto vinculante, lo que no significa que carezca de efecto alguno. Los aportes de los organismos especializados en vigilar el cumplimiento de los derechos humanos, han realizado importantes aportaciones que orientan y sirven de consulta a los Estados. Tanto la Organización de las Naciones Unidas como la Organización de Estados Americanos, por medio de relatorías, mecanismos especializados y expertos, han generado valiosas aportaciones doctrinales en temas y problemas vinculados a los derechos humanos.<sup>290</sup>

El Sistema Universal de los derechos humanos antes examinado, coexiste con los Sistemas Regionales, entre los que destacan el Sistema Regional europeo y el Sistema Regional americano. Esta coexistencia es importante en materia de interpretación sobre las normas que determinan la aplicación del Sistema Universal o de alguno de los Sistemas Regionales. En el siguiente apartado, se analizarán algunos aspectos referentes a las relaciones entre esos sistemas y enseguida se procederá a examinar los Sistemas Regionales, de manera especial el Sistema Regional Americano, también conocido como sistema interamericano.

## **2.6 Los sistemas regionales de protección de los derechos humanos y su relación con el sistema universal**

Los sistemas regionales de protección a los derechos humanos no pueden comprenderse si no se les relaciona con el sistema universal. Así lo explica Gros

---

<sup>290</sup> *Ibid.*, pp. XLVIII.

Spiell, cuando alude específicamente a la necesidad de comprender el Sistema Regional Americano, y sobre este tema expone:

Universalismo y regionalismo en materia de protección internacional de los derechos humanos no son formas antitéticas u opciones contrapuestas, sino fórmulas que deben coordinarse y armonizarse en función del objetivo de lograr el imperio del derecho y la mejor defensa y garantía de los derechos humanos.<sup>291</sup>

En opinión de Hitters y Fappiano, cuando se trata de analizar la integración de los sistemas universal y regional, parece innecesario resaltar que al existir dos sistemas de protección, surgen zonas de fricción relacionadas con la vigencia territorial de los mismos, y estiman que la preeminencia de un modelo sobre otro, depende de la posición e interés que tenga el observador.<sup>292</sup>

Los mismos autores resumen la postura de la Corte Interamericana y su primera Opinión Consultiva del año de 1982, de acuerdo con la cual, el fondo mismo de la materia, que son los derechos del hombre, se oponen a una distinción radical entre universalismo y regionalismo. La unidad de naturaleza del ser humano y el carácter universal de los derechos y libertades que merecen garantía, están en la base de todo régimen de protección internacional.<sup>293</sup> La Opinión Consultiva 1/82, de 24 de septiembre de 1982, se formó con motivo de la solicitud formulada por el Gobierno del Perú, para definir cuáles son los tratados que pueden ser objeto de interpretación por la Corte Interamericana, en aplicación de las atribuciones que le confiere el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

---

<sup>291</sup> Gros Spiell, Héctor, *Estudios sobre derechos humanos II*, p. 202.

<sup>292</sup> Hitters, Juan Carlos y L. Fappiano, Óscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tomo 1, Volumen 1, p. 123.

<sup>293</sup> *Ibid.*, pp. 123-124.

La mencionada Corte consideró que existe un propósito de integración del sistema regional con el universal, producto de la práctica de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que ha invocado en sus determinaciones, tratados sobre derechos humanos, sin importar que se hayan adoptado o no dentro del marco del sistema interamericano. La misma Corte, concluyó:

48. De todo lo anterior puede concluirse que el propio texto del artículo 64 de la Convención, el objeto y fin de la misma, las normas de interpretación consagradas en el artículo 29, la práctica de la Comisión y los trabajos preparatorios, están todos orientados unívocamente en el mismo sentido. No existe ninguna razón para excluir, previa y abstractamente, que pueda solicitarse de la Corte, y ésta emitir, una consulta sobre un tratado aplicable a un Estado americano en materia concerniente a la protección de los derechos humanos, por el solo hecho de que sean también partes de dicho tratado, Estados que no pertenecen al sistema interamericano, o de que no haya sido adoptado dentro del marco o bajo los auspicios de éste.<sup>294</sup>

La Opinión Consultiva 1/82 brinda como primer testimonio, en opinión de German Bidart Campos, el que el marco normativo del sistema interamericano de derechos humanos es muy amplio y abierto, por lo que tiene una aptitud abarcativa, de crecimiento progresivo, con una tendencia favorable a la maximización y optimización. En opinión del autor, esto se extiende *ratione materiae*, por el núcleo de los derechos humanos, que permite extender la competencia consultiva de la Corte Interamericana a un eventual tratado que no teniendo como contenido general la protección de esta clase de derechos, ha incorporado una norma sobre esa protección.<sup>295</sup>

---

<sup>294</sup> Corte IDH. (Ser.A), N° 1 (1982), “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). En *Derechos Humanos, Corte Interamericana, opiniones consultivas, textos complementarios*, coordinado por Germán Bidart Campos y Calogero Pizzolo, pp. 39-61 (Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000), p. 58.

<sup>295</sup> Bidart Campos, German J., “La lección derivada de la Opinión Consultiva 1 de 1982”. En *Derechos Humanos, Corte Interamericana, opiniones consultivas, textos complementarios*, coordinado por Germán Bidart Campos y Calogero Pizzolo, pp. 63-69 (Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000), p. 63.

En esta visión abarcativa y de maximización en la tutela de los derechos humanos, se advierte una tendencia integracionista en la cual, explican Hitters y Fappiano, no se le da preeminencia a ningún campo en particular, y destacan que los deben funcionar armoniosa y funcionalmente, teniendo como fin último la protección de los derechos humanos.<sup>296</sup>

La tendencia integracionista permite, de acuerdo con Gros Spiell, una suma coordinada de los procedimientos y fórmulas universales y regionales que ha permitido en América resultados positivos para aumentar la eficacia de la protección internacional en los casos de diversos países latinoamericanos, en los que han actuado representantes y relatores especiales de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.<sup>297</sup>

Una vez expuestas en líneas generales las relaciones entre el sistema universal de derechos humanos y los sistemas regionales, se procederá al análisis de los sistemas regionales de protección a los derechos humanos, examinando en primer lugar el Sistema Europeo, que es pionero en la materia, para culminar el análisis con el sistema interamericano, que toma del europeo elementos importantes para su funcionamiento.

## **2.6.1 El Sistema Regional Europeo de los derechos humanos**

### **2.6.1.1 La importancia del convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en el Sistema Regional Europeo**

Expone María Encarnación García Jiménez que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo el Convenio Europeo, Convención o

---

<sup>296</sup> Hitters, Juan Carlos y L. Fappiano, Óscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p. 125.

<sup>297</sup> Gros Spiell, Héctor, *Estudios sobre derechos humanos II*, pp. 202-203.

Convenio) fue el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que contempló una serie de derechos civiles y políticos inspirado en la Declaración Universal y estableció un sistema de control internacional de la aplicación de los mismos en el ámbito estatal.

La propia autora explica que se trata de un convenio originariamente minimalista, por cuanto que en el convenio se incluyeron derechos que parecían de aplicación inmediata y lo suficientemente precisos para ser objeto de recurso, es decir, derechos que parecían fáciles y baratos de proteger por no exigir prestaciones activas por parte del Estado, como los llamados derechos sociales. Sin embargo, como lo apunta la autora, las previsiones no se han cumplido, puesto que los derechos contemplados no son fáciles de proteger, ni baratos, ni son derechos que no exijan acciones concretas por parte de los Estados.<sup>298</sup>

Cabe indicar que se han añadido otros derechos humanos a la Convención mediante Protocolos, que también han servido para modificar aspectos de carácter procedimental. Al respecto, expone el doctor Francisco Javier Díaz Revorio, que desde la aprobación del Convenio Europeo se han redactado además 14 nuevos Protocolos. Entre ellos, Díaz Revorio destaca el Protocolo número 11, que reestructura de forma prácticamente global el sistema de garantías y modifica el texto del citado Convenio y alguno de los Protocolos anteriores. Como lo precisa el autor, a partir del Protocolo número 11 existe un acceso directo de los ciudadanos al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (en lo sucesivo el Tribunal Europeo o Tribunal), para reclamar la vulneración de sus derechos establecidos en el Convenio Europeo, ello sin perjuicio del examen de

---

<sup>298</sup> García Jiménez, María Encarnación, *El Convenio Europeo de los Derechos Humanos en el Umbral del siglo XXI* (Valencia, Ed. Tirant lo blanch, Universitat de Valencia, 1998), pp. 106-107.

admisibilidad por parte del Tribunal Europeo, lo que supone un avance al considerar al individuo como sujeto de derecho internacional.<sup>299</sup>

### **2.6.1.2 La función del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Sistema Regional Europeo**

Como lo explica Díaz Revorio, el Sistema de Protección del Convenio Europeo giraba en torno a tres órganos: la Comisión Europea de Derechos Humanos (en lo sucesivo la Comisión), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité de Ministros (en lo sucesivo el Comité). Los dos primeros, creados en el propio Convenio Europeo y el tercero por el Consejo de Europa. De estos tres órganos, solamente el Tribunal tiene el carácter de órgano jurisdiccional. Expone el citado autor que en el sistema anterior al Protocolo número 11, no todas las demandas o peticiones de los ciudadanos llegaban al Tribunal, puesto que debían presentarse ante la Comisión, la que decidía pasar el asunto al conocimiento del Comité de Ministros, como órgano político, o bien turnarla al Tribunal para su solución, por lo que el individuo no podía optar por una u otra vía.<sup>300</sup>

El Tribunal Europeo se encuentra regulado en los artículos 38 a 46 de la Convención Europea, y comprende aspectos tales como su integración, funcionamiento, estructura, competencia y trámite de asuntos. La competencia del Tribunal Europeo, conforme al artículo 45 de la referida Convención, se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del convenio que las altas partes contratantes o la Comisión les sometan. Es parte contratante aquella que además de firmar y ratificar la Convención Europea, reconoce como

---

<sup>299</sup> Díaz Revorio, Francisco Javier, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Significado y Trascendencia* (Lima, Ed. Palestra, 2004), pp. 4-5.

<sup>300</sup> *Ibíd.*, 8.

obligatoria de pleno derecho la jurisdicción del Tribunal Europeo, según lo dispone el artículo 46 del propio Convenio Europeo.

La competencia del Tribunal Europeo es de carácter subsidiario. Al respecto, expone Josep Casadevall Medrano, que el referido Tribunal, tal como lo ha declarado en multitud de resoluciones, y según se desprende del mismo texto convencional, tiene un carácter subsidiario, de tal forma que nadie puede dirigirse a Estrasburgo (sede del Tribunal Europeo) si antes no ha dado la oportunidad a los Tribunales internos de reparar la situación y el daño derivado de la presunta violación. Se trata, conforme al citado autor, del conocido principio del agotamiento de los recursos internos, íntimamente vinculado al hecho de que el primer destinatario natural para aplicar la Convención es el Juez y los Tribunales de cada Estado miembro y que el control internacional es por tanto subsidiario.<sup>301</sup>

Otra característica importante del Tribunal Europeo, que conviene tener presente y que incide en el acceso a la tutela de los derechos humanos que brinda este Tribunal es, como lo indica Casadevall Medrano, que el Tribunal de Estrasburgo no constituye una tercera o cuarta instancia, ni una especie de casación europea y que el Convenio Europeo no le otorga competencia para anular una decisión de las autoridades judiciales nacionales ni para derogar una disposición legislativa.<sup>302</sup>

En igual sentido, Diego Rodríguez-Pinzón, indica que el Sistema Europeo ha desarrollado mecanismos similares al americano para asegurar que los organismos de supervisión de los tratados de los derechos humanos no actúen como cortes de apelación. Expone que la Comisión Interamericana desarrolló la

---

<sup>301</sup> Casadevall Medrano, Josep, “El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Análisis Teórico Práctico de su Funcionamiento)”. En *La Protección Internacional de los Derechos Humanos a los Cincuenta Años de la Declaración Universal*, coordinado por Antonio Blanca Altemir, pp. 129-146 (Madrid, Ed. Tecnos, 2001), p. 133.

<sup>302</sup> *Ibíd.*, p. 133.

llamada fórmula de la cuarta instancia, mediante la cual se considera que las decisiones de Tribunales domésticos e imparciales no se encuentran sujetas al escrutinio de la propia comisión, según lo sostuvo en el caso *Marzioni vs. Argentina*, en el que sostuvo que la comisión no puede revisar las sentencias dictadas por los Tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías individuales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención. De manera análoga, expone el referido autor, que la Comisión europea rechazaba de manera consistente aquellas comunicaciones que alegaban que una Corte doméstica había interpretado su legislación de manera errónea o había fracasado la investigación de los hechos y valoración de las pruebas, a menos que tales errores pudieran constituir una violación del Convenio Europeo.<sup>303</sup>

### **2.6.1.3 El acceso a la protección de los derechos humanos en el Sistema Regional Europeo anterior al Protocolo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos**

En el examen de las condiciones de acceso a la protección de los derechos humanos en el Sistema Regional Europeo, se debe distinguir el procedimiento que se realizaba de acuerdo con el Convenio Europeo, antes de que entrara en vigor el Protocolo número 11 de la Convención, el 1° de noviembre de 1998, del diverso procedimiento que se instaura con el Protocolo, que marca un parteaguas en el sistema procedimental de protección a los derechos humanos dentro del Sistema Regional Europeo. Se caracteriza porque se suprime la Comisión Europea y por el monopolio que se le concede al Tribunal para recibir demandas por los ciudadanos o por los Estados miembros del Convenio Europeo, calificar la admisibilidad de

---

<sup>303</sup> Rodríguez-Pinzón, Diego “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. En *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, compilado por Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara B, pp. 173-208 (México, Ed. Fontamara, 2004), pp. 200-201.

manera exclusiva, determinar su competencia y decidir los casos. Lo anterior con exclusión del Comité de Ministros, que como órgano político estuvo facultado para resolver los asuntos que le turnaba la Comisión, antes de la entrada en vigor del Protocolo número 11, en los supuestos en que la propia comisión no había decidido turnar el asunto al Tribunal Europeo.

Como explica Alejandro Saiz Arnaiz, en el sistema de garantía resultante del texto original del Convenio Europeo, los órganos encargados de decidir sobre las demandas individuales eran, con competencias lógicamente distintas, la Comisión Europea de Derechos Humanos, el Tribunal y el Comité de Ministros. La Comisión decidía sobre la admisión de la demanda que se planteaba ante el Secretario General del Consejo de Europa, y si el pronunciamiento era favorable, fijaba los hechos y proponía un arreglo amistoso a las partes, que de fracasar llevaba a la Comisión a emitir un “rapport” sobre el fondo (artículo 31 del Convenio). Tras este informe, el caso pasaba al Comité de Ministros si el Estado demandado no había aceptado la competencia del Tribunal, de acuerdo con el artículo 46 del Convenio, o en caso de que el Tribunal no fuera llamado a pronunciarse, después de tres meses desde la elaboración del rapport, por la Comisión o por el Estado. En estas hipótesis, expone Saiz Arnaiz, la decisión final le correspondía al Comité de Ministros, con lo que se tiene que un órgano político con composición intergubernamental fallaba sobre la eventual vulneración de alguno de los derechos regulados en el convenio. En cambio, si el Tribunal era competente, por haberlo aceptado así el Estado demandado, y por haberse solicitado su intervención (por la Comisión), emitía su sentencia.<sup>304</sup>

---

<sup>304</sup> Saiz Arnaiz, Alejandro, “El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la garantía internacional de los derechos”. En *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, número 7, julio-septiembre 2004 (Madrid, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derecho Público Comparado, 2004), pp. 24-25.

Por lo que se refiere las condiciones de admisibilidad de las demandas, el artículo 25 del Convenio Europeo facultaba a la Comisión para conocer de cualquier demanda dirigida al Secretario General del Consejo de Europa por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considerara víctima de una violación, por una de las altas partes contratantes, de los derechos reconocidos por el Convenio, si la alta parte contratante había reconocido la competencia de la Comisión.

En relación con este precepto es pertinente mencionar que la doctrina exige como una condición de admisibilidad de una demanda individual, la existencia de una víctima. Al respecto, Rodríguez-Pinzón expone que conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, para que la Comisión Interamericana, pueda conocer de un caso individual, es necesario presentar dentro del plazo de seis meses, una comunicación o petición que contenga una denuncia o queja de una violación concreta de derechos humanos, respecto de individuos determinados, de acuerdo con la opinión consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994.<sup>305</sup> Este término de seis meses que se concedía para acudir a la Comisión, respondía al criterio temporal conforme al cual se debe limitar a un término razonable el derecho de acudir a la instancia internacional de tutela de los derechos humanos, una vez agotado los recursos internos.

Félix Laviña, destaca que la Comisión Europea tenía facultades para determinar de oficio la existencia o ausencia de circunstancias particulares que justificaran se prescindiera del requisito del agotamiento de los recursos internos. Expone el mismo autor, que el procedimiento ante la Comisión no admitía el

---

<sup>305</sup> Rodríguez-Pinzón, Diego, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, p. 199.

La citada opinión consultiva puede consultarse en la obra: *Derechos Humanos, Corte Interamericana, opiniones consultivas, textos completos y comentarios*, tomo II, coordinado por Germán Bidart Campos y Calogero Pizzolo, pp. 733-753, comentada por Sussana Albanese, en el artículo denominado “Interacción entre los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos y el Ámbito Interno. Funciones de los Órganos de Control” (Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000), pp. 761-771.

principio de contradicción en la etapa de admisibilidad, pero sí en el resto del procedimiento y que la carga de la prueba del agotamiento del recurso interno era del demandante.<sup>306</sup>

Respecto a las condiciones de admisibilidad de las demandas, de acuerdo con el anterior artículo 27 del Convenio Europeo, la Comisión no podía tomar en consideración una demanda formulada en términos del artículo 25 del mismo Convenio, en las siguientes hipótesis:

a) Que fuera anónima.

b) Que fuera esencialmente la misma a otra demanda anteriormente examinada por la Comisión o ya sometida a otra instancia internacional de investigación o de arreglo y no contuviera hechos nuevos.

Asimismo, el citado precepto establecía la inadmisibilidad de cualquier demanda presentada por aplicación del artículo 25 cuando la estimara incompatible con las disposiciones del convenio, manifiestamente mal fundada o abusiva. Cabe indicar que de acuerdo con el artículo 29 del Convenio Europeo, la aceptación de una demanda presentada con arreglo al artículo 25 del mismo Convenio, no causaba estado, ya que podía rechazarse si se comprobaba uno de los motivos de no admisibilidad previstos en el artículo 27.

De acuerdo con el anterior examen de las normas del Convenio relativas a la presentación de demandas individuales ante la Comisión, se puede advertir que los ciudadanos se encontraban legitimados para formular sus peticiones ante la Comisión, y que ésta podía remitir el asunto al Comité de Ministros y someter o no el asunto al Tribunal Europeo, sin que el particular estuviese legitimado para

---

<sup>306</sup> Laviña, Félix, *Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos* (Buenos Aires, Ed. Depalma, 1987), pp. 60-61.

acudir directamente a ese Tribunal. Esta regulación procedimental en el Convenio Europeo implicó una limitación de acceso directo por parte de los ciudadanos al Tribunal Europeo, al depender de la decisión que adoptara la Comisión Europea.

Pese a lo anterior, el número de asuntos que llegaban a la Comisión, así como al Tribunal Europeo, se habían incrementado significativamente, antes de que entrara en vigor el Protocolo número 11, según se desprende de los datos que nos proporciona Saiz Arnaiz, relativos al funcionamiento del sistema de garantía antes del 1 de noviembre de 1998. Expone el autor que desde 1955, fecha en la que se constituyó en la Comisión, se registraron algo más de 144,000 demandas, de ellas 5,000 en los primeros meses de 1998. Por su parte, el Tribunal Europeo, que había dictado una media de menos de dos sentencias por año en el período 1960-1979 pasó a dictar casi 400 entre 1994 y 1998. La duración media de los procedimientos desde el registro de demanda en la Comisión hasta el pronunciamiento del Tribunal, se calcula en torno a 65 meses, por lo cual, explica Saiz Arnaiz, el sistema, en definitiva, estaba a punto de bloquearse, con más de 7,000 asuntos pendientes ante la Comisión en el momento de entrada en vigor del Protocolo.

#### **2.6.1.4 El acceso directo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Expone Casadevall Medrano que las primeras reflexiones y estudios para iniciar el procedimiento de reforma de los mecanismos de control establecidos por el Convenio Europeo, se iniciaron y desarrollaron durante los años ochenta y primeros de los noventa, como consecuencia del constante y singular crecimiento de las demandas registradas por la Comisión y el consecuente riesgo de desbordamiento que podría sufrir el sistema, posiblemente víctima de su propio

éxito. Fue en 1993 que el Comité de Ministros, en sesión de 14 de mayo, constató la necesidad y urgencia de iniciar una reforma.<sup>307</sup>

Como lo indica el propio autor, uno de los primeros y más importantes aspectos a destacar de la reforma, que se materializa con el Protocolo número 11, es que soluciona la cuestión de la legitimación activa o *ius standi* del demandante individual. Opina Casadevall Medrano que fueron la Comisión y el Tribunal Europeos quienes por la vía de la jurisprudencia y con sus reglamentos internos dieron paso a este cambio al permitir al individuo una mayor participación en la práctica procesal. Conforme a la nueva redacción del artículo 34 del Convenio Europeo, se reconoce y establece de manera concluyente el derecho de acceso al Tribunal, a título de demandante, a la persona individual, organización no gubernamental o grupo de individuos, que se estima víctima de una violación por parte de uno de los Estados contratantes, con la obligación añadida de que: “Las altas partes contratantes se comprometen a no obstaculizar en ningún modo el ejercicio efectivo de este derecho.”<sup>308</sup>

Respecto a la transformación del Sistema de protección del Tribunal Europeo, explica Díaz Revorio, que fueron varios factores los que hicieron recomendable una reforma, destacando entre ellos el notable incremento de asuntos que llegaban a la Comisión, que de 404 demandas presentadas en 1981 se pasó a 4750 en 1997, año anterior a la entrada del Protocolo. Las demandas que llegaron al Tribunal crecieron proporcionalmente, pasando de 7 en 1981 a 119 en 1997.

Díaz Revorio, expone que el crecimiento se debió en parte al incremento notable del número de Estados que ingresaron en el Consejo de Europa, tras la caída del muro de Berlín. De 15 Estados que habían ratificado el Convenio en

---

<sup>307</sup> Casadevall Medrano, Josep, “El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Análisis Teórico Práctico de su Funcionamiento)”, pp. 137-138.

<sup>308</sup> *Ibid.*, pp. 140-141.

1970, la cifra se incrementó a 39 en la última década del siglo XX. Por ello, expone el autor, parecía conveniente profundizar los mecanismos de garantía, permitiendo a los individuos el acceso directo al Tribunal, lo que precisaba una profunda reorganización del Tribunal, unida a una fase de admisión más flexible para el propio Tribunal, es decir, más rígida para el demandante, como lo aclara el mismo autor, quien expone que a partir de la reforma citada, todo el sistema de garantías establecido en el Convenio Europeo gira en torno a un único órgano, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.<sup>309</sup>

Explica Díaz Revorio, que el Protocolo 11 hace desaparecer la Comisión, con lo que se posibilita el acceso directo de los particulares al Tribunal. Expone que la unificación orgánica se completa con la supresión de la competencia decisoria (jurisdiccional) del Comité de Ministros, que mantiene sin embargo su competencia para velar por la ejecución de las sentencias (artículo 46.2), por lo que el juicio sobre la admisión y sobre el fondo corresponderá en todos los casos al Tribunal que ahora se hace permanente, por lo que cambia la composición y la estructura del Tribunal, así como el procedimiento.<sup>310</sup>

De acuerdo con las nuevas normas del Convenio Europeo, incorporadas con el Protocolo número 11, toda alta parte contratante puede someter al Tribunal cualquier incumplimiento de lo dispuesto con el Convenio y sus Protocolos que a su juicio pueda ser imputado a otra parte contratante. Asimismo, cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que alegue ser víctima de una violación por una de las altas partes contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos, puede presentar una demanda directamente ante el Tribunal (artículos 33 y 34 del Convenio).

---

<sup>309</sup> Díaz Revorio, Francisco Javier, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Significado y Trascendencia*, pp. 10-11.

<sup>310</sup> *Ibid.*, p. 25.

Las demandas presentadas se someten al control de admisibilidad del Tribunal Europeo por medio de Comités integrados por 3 Jueces o en Salas de 7 Jueces o en una gran Sala de 17 Jueces. De acuerdo con el artículo 28 del Convenio, un Comité podrá declarar inadmisibile o archivar por unanimidad una demanda individual, cuando pueda adoptarse una resolución en ese sentido, sin tener que proceder a un examen complementario. Esta resolución será definitiva. Conforme al artículo 29, si el Comité no adopta resolución de inadmisibilidad en términos del artículo 28, la Sala deberá pronunciarse sobre la admisibilidad y las demandas individuales. También le corresponde pronunciarse sobre la admisibilidad y fondo de las demandas de los Estados. Las resoluciones acerca de la admisibilidad se toman por separado, salvo decisión en contrario del Tribunal en casos excepcionales.

Se advierte que la función que desempeñaba la Comisión para admitir o inadmitir las peticiones, se desempeña ahora por los Comités, que sirven como filtro para depurar las demandas presentadas ante el Tribunal. De igual forma, las Salas pueden pronunciarse sobre la inadmisibilidad, cuando los Comités no adoptan una resolución de inadmisibilidad.

Asimismo, como lo expone Díaz Revorio, se aprecia con la reforma la idea de reorganizar el Tribunal Europeo, por medio de una admisión más flexible para el Tribunal y más rígida para el demandante. Al respecto, el autor expone que si bien se mantiene en el nuevo texto del Convenio la regulación de las causas de inadmisión previstas originalmente, la competencia de los Comités permite una declaración de inadmisibilidad más flexible para el Tribunal, puesto que no está

obligado a un examen complementario aunque para ello se requiere la unanimidad de los 3 miembros del Comité.<sup>311</sup>

En el supuesto de que el Tribunal declare admisible una demanda se debe proceder al examen contradictorio del caso, con los representantes de las partes, procurando un arreglo amistoso del caso, que de concretarse dará a lugar de que el Tribunal archive el asunto mediante una resolución que deberá contener una relación de los hechos y de la resolución adoptada, según lo dispone el artículo 39 del Convenio.

Si no se llega a un arreglo amistoso y después del examen contradictorio el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos, se emitirá sentencia definitiva por la Sala correspondiente, la que podrá ser remitida a la gran Sala a solicitud de las partes, en términos del artículo 43 del Convenio. A pesar de que la reforma, de acuerdo con los datos que proporciona Díaz Revorio, permitieron que en el año 2003, de un total de 18,034 demandas, 17,272 fueron inadmitidas, se revela un incremento notable en el volumen de asuntos ingresados y atendidos por el Tribunal.

Como conclusión de este apartado se puede decir que el Sistema Regional Europeo de protección a los derechos humanos, presenta un interesante y dinámico desarrollo, en el cual los protocolos facultativos, especialmente el número 11, aparecen como un hilo conductor que nos muestra hacia dónde se mueve el sistema. Superado el procedimiento que existía con la Comisión Europea, aparecen nuevos elementos que indican que el diverso procedimiento del Protocolo número 11, está cerca de agotarse y que es necesaria una nueva reforma al sistema para asegurar su permanencia.

---

<sup>311</sup> *Ibid.*, p. 13.

A pesar de los obstáculos superados y los retos por asumir, el Sistema Regional Europeo perfila los otros Sistemas Regionales de protección a los derechos humanos, entre ellos el Americano, que será objeto de examen en el apartado que sigue.

### **2.6.2 El Sistema Regional Interamericano de protección de los derechos humanos**

El Sistema Regional Americano de promoción y protección de los derechos humanos resulta muy similar y, en algunos aspectos, paralelo al Sistema Regional Europeo; esto último por cuanto a los instrumentos internacionales que lo perfilan y los órganos encargados de velar por la eficacia del sistema.

Félix Laviña, indica que en la conferencia de México (Chapultepec) de 1945, sobre problemas de guerra y la paz, fue donde por primera vez se trató la necesidad de establecer un sistema internacional de los derechos humanos, culminando con la resolución XV, que encomendó al Comité Jurídico Interamericano, redactar un Anteproyecto de Declaración de Derechos y Deberes Internacionales del Hombre. Expone el propio autor que en la Novena Conferencia Internacional Americana de Bogotá, se firmó el 2 de mayo de 1948 la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y que fue en esta conferencia en la que se recomendó elaborar un proyecto de estatuto para crear una Corte Interamericana. Por el Protocolo de Buenos Aires de 27 de febrero de 1967 se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo la Comisión Interamericana o la Comisión), con la función de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización de los Estados Americanos.<sup>312</sup>

---

<sup>312</sup> Laviña, Félix, *Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos*, pp. 68-70 y pp.74-75.

El 22 de noviembre de 1969, se suscribe en San José de Costa Rica la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo la Convención Americana o Convención), la que establece como órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de la misma, a la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana, regulando en la propia Convención Americana, las funciones, competencia y procedimientos de esos órganos, que serán examinados en lo que concierne a las condiciones de acceso de los individuos a la Comisión y la Corte, en tutela de sus derechos humanos.

### **2.6.2.1 La Comisión Interamericana de Derechos Humanos**

La Comisión Interamericana se ha definido como organismo internacional de carácter administrativo. Esta es la opinión de Felix Laviña, quien expresa que si bien su actividad se desarrolla conforme a procedimientos similares al ámbito judicial, sus decisiones no adquieren eficacia de cosa juzgada.<sup>313</sup>

En relación con las condiciones de acceso, un aspecto que es importante considerar es el relativo al reconocimiento de la competencia de los Estados que forman parte de la Convención Americana. Este reconocimiento se encuentra regulado tanto para la competencia de la Comisión, como para la de la Corte, de acuerdo con los artículos 45 y 62 de la Convención, respectivamente.

Tratándose del reconocimiento de la competencia de la Comisión, solamente se exige para los casos en que un Estado Parte alega que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la Convención, no así por lo que se refiere a las demandas individuales de una o más personas físicas o de una entidad no gubernamental, según se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 44 y 45 de la propia Convención. En ese sentido, no

---

<sup>313</sup> *Ibíd.*, p. 129.

existe esa limitante para el acceso a la Comisión de las referidas personas y entidades no gubernamentales, puesto que no se requiere que el Estado denunciado acepte la competencia de la Comisión Interamericana. En cambio, tratándose de la Corte, no opera ninguna distinción, ya que se requiere que el Estado Parte declare que reconoce como obligatoria de pleno derecho la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana.

Las normas del Convenio relativas a la competencia de la Comisión y las reglas de admisibilidad de las peticiones que formulen las personas o entidades no gubernamentales y que contengan denuncias o quejas de violación por un Estado Parte de los derechos humanos que reconocen la Convención, se encuentran reguladas por los artículos 44 a 47 del referido instrumento interamericano. En lo general, la Comisión Interamericana se rige por los mismos criterios de admisibilidad del Sistema Regional Europeo, relativos al agotamiento interno de los recursos; un plazo de seis meses para presentar la petición y que la misma no esté pendiente de resolución en otra instancia internacional.

Puede advertirse de los preceptos anteriores que la Comisión es el órgano a quien le corresponde de origen el control de la admisibilidad de las denuncias o peticiones, por lo que en la etapa inicial del procedimiento la Comisión debe de establecer si la denuncia o petición es de su competencia atendiendo diversos criterios, como el relativo al lugar en que se cometieron los hechos, el tiempo en que ocurrieron, la materia o contenido), el Estado o Estados demandados y los sujetos demandantes.

Si la Comisión encuentra que la petición individual es admisible, solicitará la información correspondiente al gobierno denunciado como responsable, a quien le transcribirá la petición individual. Procurará una solución amistosa del asunto

fundada en el respeto de los derechos humanos reconocidos en la Convención. De no llegar a una solución amistosa redactará un informe, formulando recomendaciones con el objeto de solucionar el caso de sede interna. Si dentro de un plazo de tres meses el Estado no soluciona el asunto y si en ese plazo la Comisión no lo ha sometido al conocimiento de la Corte ni el Estado interesado ha promovido ante la Corte, la Comisión redactará un segundo informe con recomendaciones al Estado, fijando un plazo para su cumplimiento, y una vez vencido, la Comisión decidirá si se ha solucionado o no el asunto y si procede publicar o no su informe.

Robert K. Goldman, expone que la mayoría de las veces el caso no es llevado al pronunciamiento de la Corte, sino que concluye en el seno de la Comisión, y como no existen en la Convención Americana y en el Reglamento de la Comisión, normas acerca de cuáles casos debe someter a la jurisdicción de la Corte Interamericana y cuáles no, la decisión queda a la razonable discreción de la Comisión. Asimismo, manifiesta que cada vez son más los Estados que acatan las recomendaciones de la Comisión o que solucionan amistosamente el conflicto, antes de que se emitan recomendaciones.<sup>314</sup>

Es importante indicar que para la solución de los asuntos, la Comisión distingue entre Estados que son parte de la Convención Americana, por haberla ratificado y aceptado su competencia, y Estados que no lo son, y respecto de los cuales no puede asumir jurisdicción. Tampoco puede asumir jurisdicción si no se han agotado los recursos internos. Al respecto, la Comisión Interamericana ha determinado que los recursos internos que deben ser agotados tienen que ser adecuados, eficaces y disponibles.

---

<sup>314</sup> Goldman, Robert K., “Breve Historia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, pp. 38-39.

Expone Goldman que de acuerdo a los criterios sustentados por la Comisión, consultables en su informe anual correspondiente al año 1993, se considera que un recurso es adecuado cuando es idóneo para proteger la situación jurídica infringida; que un recurso es eficaz, cuando es capaz de producir el resultado para la cual ha sido creado y que un recurso es disponible cuando puede ser utilizado para proteger el derecho violado.<sup>315</sup>

Por otra parte, tocante a la exigencia del agotamiento de los recursos internos, en la opinión consultiva OC-11/90, formulada por la Comisión Interamericana ante la Corte, en relación al artículo 46, 1.a) y 2 de la Convención, sobre la cuestión de admisibilidad de una denuncia, cuando un reclamante no puede agotar los recursos domésticos por razones de indigencia económica o porque ningún abogado está dispuesto a representarlo por temor a represalias, la Corte determinó que en estos supuestos no resulta exigible el agotamiento de los recursos internos.<sup>316</sup>

Por lo que se refiere a la causa de inadmisibilidad relacionada con denuncias anteriores, la Comisión aplica el principio *res iudicata* conforme al cual ningún Estado puede ser sometido nuevamente al juicio de la Comisión, ya examinadas por ésta, o cuando se encuentran sometidas a otra instancia internacional, de acuerdo con los artículos 47 de la Convención Americana y el artículo 39 de su reglamento.

### **2.6.2.2 La Corte Interamericana de Derechos Humanos**

La Corte Interamericana fue creada en la Convención Americana suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 y entró en vigor el 28 de julio de

---

<sup>315</sup> *Ibid.*, pp. 71-72.

<sup>316</sup> La citada opinión consultiva puede consultarse en la obra: *Derechos Humanos, Corte Interamericana, opiniones consultivas, textos completos y comentarios*, tomo II, coordinado por Germán Bidart Campos y Calogero Pizzolo, pp. 638-650, comentada por María Teresa Flores (Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000), pp. 651-663.

1978, al ser ratificada por once Estados, de conformidad por lo dispuesto por el artículo 74.2 de la Convención. Otras normas que lo regulan son el Estatuto de la Corte Interamericana (en lo sucesivo el Estatuto), aprobado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en octubre de 1979 y que entró en vigor a partir del 1° de enero de 1980 y el reglamento de la Comisión, aprobado en el año de 1980. Un posterior reglamento se aprobó en el año de 1991.

La Convención y el Estatuto no contienen normas aplicables a la Corte Interamericana sobre la admisibilidad de las demandas presentadas por la Comisión o por los Estados miembros de la Convención. El reglamento establece el funcionamiento de la Corte y la regulación del proceso, el que se refiere de manera sucinta a la presentación de las demandas, sus requisitos, su examen preliminar y las excepciones preliminares, mismas que de acuerdo con el artículo 36 del citado reglamento, sólo serán oponibles dentro de los dos meses siguientes a la notificación de la demanda; deben presentarse ante la Secretaría y contener la exposición de los hechos referentes a las mismas, los fundamentos de derecho, las conclusiones y documentos que las apoyen, así como el ofrecimiento de medios de pruebas respectivos.

Cabe precisar que sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter a un caso a la decisión de la Corte, de acuerdo con el artículo 61 de la Convención. Para esto, la Comisión debe agotar previamente los procedimientos de solución amistosa del conflicto con el Estado denunciado, previstos en los artículos 48 y 50 de la Convención. Por tanto, los particulares no tienen acceso directo a la Corte Interamericana, sino indirecto, por medio de la Comisión, que decide discrecionalmente.

Una vez que se presenta una petición, las cuestiones referentes a su inadmisibilidad por parte de los Estados denunciados, debe plantearse ante la Corte

en el capítulo de excepciones preliminares. Fix-Zamudio y Valencia Carmona consideran que los problemas relativos a las excepciones preliminares son complejos. La razón es que dentro de ellas pueden quedar comprendidas cuestiones procesales de diferente naturaleza, como son las relativas a la competencia de la Corte, las condiciones de admisibilidad, los presupuestos procesales y otras que pueden estar relacionadas con el fondo, como el problema del agotamiento de los recursos internos, que es uno de los requisitos esenciales para la procedencia de las reclamaciones individuales y que la Corte tiene libertad para examinar, con independencia con lo que hubiere apreciado la Comisión.<sup>317</sup>

No han sido muchos los casos contenciosos planteados ante la Corte Interamericana. Desde el año de 1986 en que la Comisión planteó el caso Velásquez Rodríguez en contra del Estado de Honduras hasta el año 2014, en que se planteó el caso de la masacre de Mapiripán, en contra del Estado de Colombia, sumaban 291 los casos sometidos al conocimiento de la Corte, de los cuales ocho corresponden al Estado Mexicano.<sup>318</sup>

---

<sup>317</sup> Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, p. 253.

<sup>318</sup> Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los que México es parte. Consultado en la página de internet: <http://corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos>

Corte IDH. Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 273

Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220

Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216

Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros. vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010 Serie C No. 215

Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209

Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205

Corte IDH. Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184

Corte IDH. Caso Alfonso Martín del Campo Dodd vs. México. Excepciones Preliminares. Sentencia de 03 de septiembre de 2004. Serie C No. 113

El análisis de las resoluciones dictadas por la Corte Interamericana revela que en todos los casos los Estados demandados oponen excepciones preliminares, muchas de ellas de carácter temporal, se fundan en el principio de irretroactividad en la aplicación del Convenio, algunas de las cuales han prosperado. Tal es el caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, así como el caso Alfonso Martín del Campo Dodd vs. Estados Unidos Mexicanos. Asimismo, es frecuente el planteamiento de excepciones preliminares en las que se invoca la falta de agotamiento de los recursos previstos en la legislación interna del Estado demandado, que generalmente son desestimadas por la Corte, con motivo de que los recursos no resultan adecuados, eficaces y admisibles, o bien porque a pesar de haberse tramitado, no se respetaron las garantías del debido proceso legal.

### **2.6.3 Reflexiones sobre los sistemas regionales europeo e interamericano de protección a los derechos humanos**

La comparación de los sistemas regionales europeo y americano de protección internacional de los derechos humanos, permite advertir algunas semejanzas y diferencias que ameritan varias reflexiones, a manera de conclusión. Las semejanzas se dieron de una forma notable entre ambos sistemas cuando funcionaba la Comisión en el Sistema Regional Europeo, antes de que entrara en vigor el Protocolo número 11. Precisamente por seguir ese modelo, el sistema interamericano crea su propia Comisión, la cual actualmente subsiste; por lo cual, el Sistema Regional Europeo se aparta del modelo original con el procedimiento instaurado en el citado Protocolo, con el que desaparece la Comisión Europea, cuyas funciones asume el Tribunal Europeo. Este cambio es trascendente porque legitima a las víctimas para acudir directamente al tribunal.

El acceso directo de los particulares y de los organismos no gubernamentales en el Sistema Regional Europeo, una vez desaparecida la Comisión, marca la

principal diferencia con el sistema americano. El individuo en el Sistema Regional Europeo se erige en sujeto de derecho internacional público y desempeña un papel protagónico, lo que no ocurre con el sistema americano, en el que los particulares no asumen ese rol, al depender de la Comisión Interamericana, la que discrecionalmente determina, una vez comprobada ante ella la violación de los derechos humanos, si lo turna a la Corte Interamericana o publica el informe relativo a dicha violación, con la recomendación de su cumplimiento al Estado infractor. Fuera de esta diferencia estructural, las normas de competencia y las causas de inadmisibilidad son prácticamente las mismas, con la salvedad de que su aplicación es exclusiva del Tribunal Europeo, a diferencia del sistema americano de protección, que es compartido por la Comisión y la Corte Interamericana.

Un problema que recarga las funciones del Tribunal Europeo es la existencia de un recurso contra las sentencias de las Salas. La segunda instancia ante los tribunales internacionales de derechos humanos, no es un derecho humano reconocido por el derecho internacional, sino que surge del Convenio Europeo y de la Convención Americana, por lo que no es exigencia que deba mantenerse, ya que el recurso efectivo es un derecho humano en las jurisdicciones internas, por lo cual conviene analizar su subsistencia, a fin de atender diversos principios de la administración de la justicia internacional de los derechos humanos, como la expeditéz, funcionabilidad y eficacia, que posibiliten atender otras demandas, agilizar y resolver los asuntos en trámite.

Estos principios también afectan por el problema del notorio incremento de asuntos planteados ante el Tribunal Europeo que no sólo está relacionado con el acceso directo de los particulares al tribunal, sino también con el ámbito competencial de este último, que debe conocer de todos los asuntos en los que se les reclamen por los particulares una violación a los derechos humanos

reconocidos en la Convención, lo cual resulta francamente ambicioso, a menos que se establezcan limitaciones competenciales, sin contrariar el espíritu que anima a la Convención. Resulta una verdad incontrastable que no va a ser posible atender satisfactoriamente todos los casos que se le presenten, los que siguen creciendo en forma significativa.

En cambio, el Sistema Regional Americano de protección internacional a los derechos humanos, no presenta el riesgo de ser desbordado, porque la Comisión decide qué asuntos somete a la Corte Interamericana, de tal manera que en gran medida, la protección en este sistema sigue en manos de la referida Comisión. Lo anterior presenta la desventaja de que en el sistema americano existe una menor protección a los derechos humanos, como lo revela el reducido número de casos planteados al Tribunal. A la vez, presenta la ventaja de que el sistema, en lo que se refiere a la Corte Interamericana, no plantea problemas de reorganización o reestructuración.

Podría pensarse en materia de reorganización del sistema interamericano, que es tiempo de implementar el acceso directo a la Corte Interamericana. Sin embargo, el alto índice de violaciones a derechos humanos en América Latina, seguramente daría lugar a un colapso del sistema, máxime si se considera que la Corte Interamericana no es un tribunal permanente. Debe tomarse en cuenta que lo relevante es que la Corte Interamericana marque las pautas generales de actuación de las autoridades, sin necesidad de recargar el sistema, para preservar su operatividad.

Esta función de la Corte será útil también para que los jueces nacionales realicen el control difuso de convencionalidad de los derechos humanos. Lo que

evitará una responsabilidad internacional y reducirá las cargas de trabajo de la Corte. Enseguida se examinará el marco normativo de ese control difuso.

## **2.7 El marco normativo del control difuso**

### **2.7.1 Modelos de control de la constitucionalidad de las leyes**

Existen dos modelos típicos de control judicial de la constitucionalidad de las leyes: El modelo norteamericano o difuso de la revisión judicial y el modelo austriaco o concentrado. El sistema americano, de acuerdo con Fix Zamudio y Valencia Carmona: “Se caracteriza, en forma abstracta, como la facultad atribuida a todos los jueces para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de las disposiciones legales secundarias que sean contrarias a la Constitución y con efectos sólo para las partes que han intervenido en esa controversia.”<sup>319</sup>

El modelo austriaco, en cambio: “Se caracteriza por encomendar a un órgano especializado, denominado Corte o Tribunal Constitucional [...] para debatir las cuestiones relativas a la constitucionalidad de las leyes [...] cuestiones que no pueden ser resueltas por los jueces ordinarios [...] en la inteligencia de que el fallo dictado por el tribunal especializado, cuando declara la inconstitucionalidad, tiene efectos generales...”<sup>320</sup>

El modelo de control constitucional difuso, se ha calificado como americano, exponen Fix Zamudio y Carmona Valencia, no sólo por haber establecido sus lineamientos esenciales en la Constitución de Estados Unidos de 1787, con antecedentes en las colonias inglesas, sino también por haber servido de paradigma

---

<sup>319</sup> Zamudio, Fix y Carmona Valencia *derecho constitucional mexicano y comparado*, (México, Editorial Porrúa, UNAM, 2003. p. 200

<sup>320</sup> *Ibid.*, p. 201.

a la abrumadora mayoría de los países americanos.<sup>321</sup> En cambio, el modelo de control constitucional austriaco, ideado por Kelsen, sirvió de ejemplo a la mayoría de las naciones europeas y se basó en un control concentrado de la Constitución por un órgano especializado que controla por vía de acción las leyes y demás actos de las autoridades, y sus resoluciones tienen efectos generales.<sup>322</sup>

Además del control por vía de acción, el órgano especializado, sea una corte o tribunal constitucional, suele ejercer en el ámbito europeo un control por vía incidental. Esto procede en los casos en que se plantee ante un juez ordinario la inconstitucionalidad de una ley; el juez tiene el deber de remitir el asunto en vía de incidente al tribunal constitucional, para que se pronuncie al respecto.

El origen y el desarrollo de los modelos americano y austriaco son diversos; también los procedimientos son distintos, con efectos que también difieren. No obstante, tienen en común un basamento que da unidad y coherencia a sus órdenes normativos: la supremacía de las normas fundamentales. En este concepto de norma suprema se encuentra el origen de los sistemas de control de la inconstitucionalidad de las leyes, según se verá enseguida.

### **2.7.2 El origen del modelo americano o difuso**

La revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes conocida como *judicial review* tiene su origen en Inglaterra, a partir de cartas o leyes fundamentales que limitaban el poder del Rey. Este proceso se produce a partir de

---

<sup>321</sup> *Ibid.*, p. 200.

<sup>322</sup> González Compeán, Miguel y Baver, Peter, *Jurisdicción y democracia. Los nuevos rumbos del Poder Judicial en México* (México, Ed. Cal y Arena, 2002), p. 293.

la Carta Magna de 1215 y otros documentos como la *petition of rights* de 1628 y el *Bill of rights* de 1688.<sup>323</sup>

Estos instrumentos que establecían derechos humanos dieron lugar a una distinción entre documentos fundamentales, con validez obligatoria superior, y documentos inferiores. Los documentos legales fundamentales estaban inspirados en el derecho natural y por ello eran superiores al derecho positivo.<sup>324</sup>

Esta idea la comparte Oscar Rabasa quien expone que en Inglaterra se originó la institución por virtud de la cual los jueces ejercen la facultad de suspender o impedir la ejecución de leyes o actos de la autoridad, con fundamento en leyes superiores, como son el derecho común, la Carta Magna impuesta por los varones al Rey Juan en 1215, que reconoce el derecho del ser humano a no ser detenido arbitrariamente; la *petition of rights* de 1628 que, entre otras, instituyó el derecho al debido proceso legal; la ley del *habeas corpus*, que protege a los apresados para que obtengan su libertad o sean presentados al tribunal, y el *Bill of rights* de 1689, que establece prohibiciones a las autoridades y reconoce derechos a las personas.<sup>325</sup>

El origen concreto de la institución lo expone Oscar Rabasa, en los términos siguientes:

El magistrado Edward Coke, presidente de la “Corte de *Common Pleas*”, en el primer cuarto del siglo XVIII, invocando la teoría del derecho natural como norma suprema de toda ley o autoridad y fundamentándose en las cuatro cartas mencionadas, así como en el “derecho común” inglés, ya que había adquirido la jerarquía de ley

---

<sup>323</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El constituyente de Filadelfia de 1787 y la judicial review* (México, Ed. Dirección General de Coordinación y Sistematización de Tesis, 2005), p. 16.

<sup>324</sup> *Ibid.*, p. 14.

<sup>325</sup> Rabasa, Oscar, *El derecho angloamericano. Estudio expositivo y comparado del Common Law* (México, Ed. Porrúa, 1982), pp. 620-622.

superior en esa época, sostenía el principio de que estas leyes y normas del reino inglés estaban por encima de la voluntad del rey que eran superiores a las leyes del Parlamento.<sup>326</sup>

Si el origen del modelo difuso se dio en Inglaterra, su desarrollo y consolidación se produce en Estados Unidos, con la teoría de la supremacía constitucional. Sobre el particular, explica Oscar Rabasa, que las bases de esta teoría radica en los artículos III, sección 2, párrafo 1, y artículos sexto, párrafo 2, que conceden al poder judicial, el primero de ellos, jurisdicción en todos los casos de ley y equidad, y en el segundo, el deber de someterse a la Constitución, a pesar de lo que en contrario hubiese en las constituciones o leyes de los Estados.<sup>327</sup>

Si bien las bases normativas de la supremacía constitucional se regulan en los citados preceptos, sus bases doctrinales las desarrolla John Marshall, Presidente de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el célebre caso *Marbury vs. Madison*. En su resolución, Marshall sostiene que, resolver si una ley expedida por el poder legislativo está de acuerdo con la Constitución, es una cuestión judicial. Asimismo, Marshall expuso que la Constitución lo mismo rige para el poder legislativo que para el judicial y que no puede ser atribución del Congreso determinar la constitucionalidad de las leyes que el mismo dicta.<sup>328</sup>

La doctrina de Marshall posiciona al Poder Judicial como un poder político. Así lo pregona Eduardo Laboulaye, quien expone: "...en donde los Estados Unidos han hecho un verdadero descubrimiento es cuando consideraron a la justicia como un poder político."<sup>329</sup> Asimismo, Laboulaye sostiene: "La América ha dado en esto un peso gigantesco: ha creado un poder judicial independiente, que colocado entre

---

<sup>326</sup> *Ibid.*, pp. 622-623.

<sup>327</sup> *Ibid.*, p. 612.

<sup>328</sup> *Ibid.*, p. 631.

<sup>329</sup> Laboulaye, Eduardo, *Historia de los Estados Unidos* (México, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1870), p. 316.

las leyes del Congreso y la Constitución tiene el derecho de decir: *esta ley es contra la Constitución, u como tal es nula.*”<sup>330</sup> [Cursivas del autor].

El mismo autor añade: “La gran reforma realizada en América consiste en haber puesto entre la Constitución y el Congreso un poder que dice al legislador: “la Constitución es tu ley la mía, ni tú ni yo podemos violarla” en la *lex lejum.*”<sup>331</sup> [Comillas y cursivas del autor]. A pesar del entusiasmo de Laboulaye, en Estados Unidos se produjo una fuerte oposición a la revisión judicial de las leyes. En relación con este tópico, Alexander Hamilton expone:

El derecho de los tribunales a declarar nulos los actos de la legislatura, con fundamento en que son contrarios a la Constitución, ha suscitado ciertas dudas como resultado de la idea errónea de que la doctrina que lo sostiene implicaría la superioridad del poder judicial frente al legislativo. Se argumenta que la autoridad que puede declarar nulos los actos de la otra necesariamente será superior a aquella de quien proceden los actos nulificados.<sup>332</sup>

Hamilton responde a esa crítica, manifestando que todo acto de una autoridad delegada, contrario al mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo y añade:

Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben.<sup>333</sup>

El propio Hamilton, al respaldar la función jurisdiccional del control de las leyes, va a coincidir con Laboulaye al exponer que resulta más razonable entender

---

<sup>330</sup> *Ibid.*, p. 319.

<sup>331</sup> *Ibid.*, p. 319.

<sup>332</sup> Hamilton, Madison y Jay, *El federalista*, (México, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2012). p.332.

<sup>333</sup> *Ibid.*, p. 332.

a los tribunales como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad de mantenerla dentro de los límites asignados a su autoridad.<sup>334</sup>

Esa función del poder judicial en el control de la constitucionalidad de las leyes, la han desempeñado los jueces norteamericanos; con su ejercicio han desarrollado una importante jurisprudencia en la tutela de los derechos humanos. Por eso, no extraña la influencia que ejerció la revisión judicial norteamericana en el control de la constitucionalidad de las leyes: México no escapó a esa influencia, puesto que su constitucionalismo del siglo XIX recoge este modelo, como se verá a continuación.

### **2.7.3 La implementación en México del modelo difuso de revisión judicial de la Constitucionalidad de las leyes y su ineficacia en el siglo XX**

El modelo americano de control difuso se implementó en México en el artículo 126 de la Constitución de 1857. Conforme al mencionado precepto los jueces de cada estado debían ajustarse a la Constitución, leyes y tratados que eran la Ley Suprema de la Unión, a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las Constituciones o leyes de los estados. Una norma análoga se presentó al Congreso Constituyente de 1917 por la Comisión de Constitución, en la 54ª sesión ordinaria celebrada el 21 de enero de 1917. La Comisión justificó su propuesta con el siguiente dictamen:

La ley americana, en un precepto análogo, hace uso de la expresión enérgica, diciendo que leyes como estas son la ley suprema de la tierra. Así es entre nosotros también, y el artículo [...] además de esa grandiosa declaración, constituye la salvaguardia del pacto federal y su lugar preferente respecto de las constituciones locales, pues

---

<sup>334</sup> *Ibid.*, p. 332.

autoriza a los jueces para ceñirse a aquél, a pesar de disposiciones en contrario que pueda haber en éstas.<sup>335</sup>

A pesar de su fundamento constitucional, el control difuso no prosperó en la práctica judicial. Una razón la explica Tena Ramírez, quien expone que en Estados Unidos pudo justificarse este modelo, que tuvo éxito en una época en la que el sistema federal contaba con numerosos adversarios y porque la defensa jurisdiccional de la Constitución se inicia ante los jueces locales y pasa después a la justicia federal mediante el recurso de alzada. Agrega que en México esto no era posible porque el constituyente del 57 tuvo buen cuidado de impedir la intervención de la justicia local en la defensa de la Constitución. De aquí que el artículo 133, en su opinión no sirva en la práctica y solo suministre tema abundante para discusiones teóricas.<sup>336</sup>

Una diversa razón de la ineficacia del control difuso en México, la expone Oscar Rabasa, para quien, gracias al tino y perspicacia en materia constitucional del autor del juicio de amparo, Mariano Otero, reprodujo la teoría norteamericana que atribuye al poder judicial al función de juzgar sobre la constitucionalidad de las leyes, pero apartándose del modelo americano, por medio de la creación de un juicio extraordinario, que es el juicio de amparo.<sup>337</sup>

Es precisamente la existencia del juicio de amparo lo que llevó al Pleno de la Suprema Corte a establecer jurisprudencia en el sentido de que el artículo 133 de la Constitución no autoriza el control difuso de la constitucionalidad de normas generales, considerando que el juicio de amparo es el medio de defensa creado por

---

<sup>335</sup> Patiño Manffer, Ruperto, "Comentario al artículo 133". En *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, tomo XII, coeditado por Cámara de Diputados de la LVIII Legislatura del Congreso de la Unión, pp. 1175-1188 (México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003), p. 1176.

<sup>336</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, pp. 546-547.

<sup>337</sup> Rabasa, Oscar, *El derecho angloamericano*, p. 615.

el constituyente en los artículos 103 y 107 constitucionales, para declarar la invalidez de las leyes que se oponen a la Constitución.<sup>338</sup>

#### **2.7.4 El resurgimiento del control difuso en México. Su fundamento jurisprudencial y normativo, nacional e internacional**

El control difuso de la constitucionalidad de las leyes se replantea y adopta en el país con motivo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Expone Eduardo Ferrer Mac-Gregor, que la nueva doctrina jurisprudencial fue establecida por primera vez en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*, resuelto el 26 de septiembre de 2006. Explica que en este fallo se avanza hacia un nuevo tipo de control, al establecer la Corte que si el Poder Legislativo falla en su tarea de suprimir leyes contrarias a la Convención Americana, el judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma, y consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.<sup>339</sup>

Lo anterior significa, de acuerdo con Ferrer Mac-Gregor, que los jueces no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tienen además una obligación de realizar una interpretación de convencionalidad, verificando si las leyes que aplicarán a un caso en particular, resultan compatibles con la Convención; de lo contrario, explica el autor, su proceder sería contrario a la misma, produciendo una violación internacional.<sup>340</sup>

---

<sup>338</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, p. 5, Agosto de 1999, 9ª Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, P./J. 74/99, rubro: *CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN*.

<sup>339</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano". En *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, pp. 107-186 (México, Ed. FUNDA p, 2012), pp. 134-135.

<sup>340</sup> *Ibid.*, p. 135.

Al exponer los alcances del control difuso de convencionalidad, Ferrer MacGregor, puntualiza que este control no implica necesariamente que los países que han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, deban adaptar sus sistemas de control constitucional a uno de tipo difuso, sino que apliquen este tipo de control de convencionalidad a cualquiera de los sistemas existentes, concentrado, difuso o mixto.<sup>341</sup> El mismo autor destaca la evolución de la Corte Interamericana respecto del control difuso y cita el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, en el que sostiene que todos los jueces y los órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, están obligados a ejercer ex officio un control de convencionalidad.<sup>342</sup>

En su jurisprudencia más reciente, indica Claudio Nash, la Corte Interamericana, en el caso *Gelman vs. Uruguay*, incorpora como órgano competente para realizar el control de convencionalidad a toda autoridad pública y no solo al Poder Judicial, lo que liga a la existencia de un verdadero régimen democrático, tanto formal como sustancial.<sup>343</sup>

Independientemente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, existe un fundamento legal, que Claudio Nash ubica en las fuentes normativas de las cuales emanan las obligaciones de los estados, contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. De acuerdo con el primer precepto, los Estados se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. Conforme al segundo precepto, los Estados se comprometen a adoptar las medidas

---

<sup>341</sup> *Ibid.*, p. 110.

<sup>342</sup> *Ibid.*, p. 142.

<sup>343</sup> Nash, Claudio, *Control de convencionalidad de la dogmática a la implementación* (México: Ed. Porrúa, 2013), pp. 200-201.

legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades.<sup>344</sup>

Para Claudio Nash, el control difuso de convencionalidad es, por tanto, la concreción interpretativa y especialmente jurisdiccional de la obligación de la garantía consagrada en los artículos 1.1. y 2 de la Convención Americana, lo que implica el deber que asume el Estado de organizar todo el aparato de poder público para permitir el pleno goce y ejercicio efectivo de los derechos y las libertades que se le reconocen en la Convención.<sup>345</sup>

Otro fundamento normativo del control difuso de convencionalidad lo precisa Ferrer Mac-Gregor, al invocar el artículo 29 de la Convención Americana, en la medida en que todos los poderes u órganos de los estados signatarios de la Convención, incluidos los jueces y órganos de administración de justicia, se encuentran obligados, a través de sus interpretaciones, a permitir de la manera más amplia posible, el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención y sus protocolos adicionales.<sup>346</sup>

Además del fundamento jurisprudencial y el normativo, Ferrer Mac-Gregor añade los principios del derecho internacional como fundamento del control para que los tratados internacionales sean cumplidos por parte de los Estados nacionales. Al efecto, cita los principios de buena fe, efecto útil y *Pacta Sunt Servanda*, mismos que reconoce la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.<sup>347</sup>

---

<sup>344</sup> *Ibid.*, p. 194.

<sup>345</sup> *Ibid.*, p. 194.

<sup>346</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez Mexicano”. En *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. p. 159.

<sup>347</sup> *Ibid.*, p. 158.

Es pertinente también considerar como fundamento del control difuso convencional el artículo 25 de la Convención Americana, que establece el derecho de toda persona a contar con un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la misma Convención. En relación con esta norma convencional, en su voto particular emitido en el caso *Liakat Alí Alibux vs. Suriname*, el juez de la Corte Interamericana Eduardo Ferrer Mac-Gregor, manifiesta que el derecho a la protección judicial que establece el artículo mencionado, constituye un elemento integrador de los derechos humanos de fuente nacional y convencional, orientado a la tutela de esos derechos. Se trata de lo que el autor denomina el derecho a la garantía de los derechos, que cumple una función de integración de los derechos fundamentales, para su adecuada protección en un modelo de ejercicio del control de convencionalidad.<sup>348</sup>

En el derecho interno, el fundamento del control difuso de convencionalidad también es normativo y jurisprudencial. En efecto, la Suprema Corte emitió importantes determinaciones en el expediente Varios 912/2010, a fin de cumplir la sentencia emitida por la Corte Interamericana en el caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. La Suprema Corte reconoce que los jueces nacionales se encuentran obligados a realizar el control difuso de convencionalidad, por lo que cambió el criterio que tenía sobre este medio de control.<sup>349</sup>

En el referido voto particular, Ferrer Mac-Gregor distingue dos dimensiones del derecho a la protección judicial: el deber de garantizar el acceso a un recurso

---

<sup>348</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname* (2014)

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_276\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_276_esp.pdf) (fecha de acceso junio 2015)

<sup>349</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 552, 10ª Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis aislada P. LXIX/2011(9a.), rubro: *PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS*.

judicial que sea efectivo, adecuado, rápido y sencillo, y el derecho a la protección judicial contra actos que violen derechos fundamentales. Considera que este último tiene un efecto importante en el modelo de control constitucional y convencional que adopten los Estados. Por esa razón, estima que se le debe dar un tratamiento autónomo al derecho a la protección judicial, por lo que se debe diferenciar el derecho a recurrir el fallo ante una instancia superior, con el diverso derecho a contar con un recurso que ampare contra violaciones a los derechos fundamentales.

Al examinar la dimensión integradora de los derechos, a la luz del artículo 25 de la Convención Americana, en el voto particular mencionado, Ferrer Mac-Gregor puntualiza que la Convención Americana establece la obligación de todo Estado que es parte de la misma, de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y de garantizar su libre y pleno ejercicio. Añade que de esta obligación deriva el derecho de toda persona, prescrito por el artículo 25.1 de la citada Convención, a contar con un recurso que la ampare contra los actos violatorios de sus derechos fundamentales.

Desde este esquema, el autor considera que es a través del derecho sustantivo a la protección judicial, que la legislación debe prever y los jueces efectivizar este recurso tutelador de derechos humanos. Ferrer Mac-Gregor considera que esto es lo que la Corte Interamericana ha identificado como el deber de adoptar medidas legislativas y de otro carácter para hacer efectivo el derecho a la protección judicial.

De esta manera, puede considerarse que los procedimientos de protección jurisdiccional de los derechos humanos, tienen su fundamento en estas dos dimensiones de la protección de los derechos humanos, que son la dimensión del derecho sustantivo a la tutela de los derechos fundamentales, por una parte, y la

dimensión correlativa del deber de protección de estos derechos por parte de los Estados y que se plasma en el artículo 2 de la Convención Americana en relación con el artículo 25, de la misma Convención, que establece el derecho de toda persona a contar con un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales.

Es importante mencionar respecto de la obligación de proteger los derechos humanos, lo expuesto por Sandra Serrano y Daniel Vásquez, de que la jurisprudencia internacional ha relacionado los deberes de verdad, justicia y reparación, que se traducen en la investigación de violaciones, la sanción a los culpables y la reparación para las víctimas, con la obligación de garantizar, cuando en su opinión, en realidad pertenecen a la obligación de proteger los derechos humanos, por estar más vinculados con los mecanismos de exigibilidad. Sin embargo, aclaran que, debido a que la Convención Americana solo establece en su articulado dos obligaciones (respetar y garantizar), todo el contenido de la obligación de protección lo desarrolló la Corte Interamericana en la obligación de garantizar.<sup>350</sup>

De acuerdo con las anteriores ideas doctrinales es posible considerar como fundamento del control difuso constitucional y convencional, el derecho de las personas a la protección judicial de sus derechos humanos, de fuente nacional y convencional en correlación con el deber de tutela de los Estados parte de la Convención Americana.

El marco normativo que funda el control difuso se sustenta primordialmente con la reforma constitucional sobre derechos humanos de 10 de junio de 2011, que

---

<sup>350</sup> Serrano Sandra y Vásquez Daniel, *los derechos en acción. Obligaciones y principio de derechos humanos*. Ed. Flacso México, 2013. p. 66

en su artículo 1° incorpora los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano es parte como fuente de los derechos humanos y establece el deber de todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

El artículo primero constitucional reformado es un referente ineludible en el marco normativo de los derechos humanos. Esto porque repercute en los más variados aspectos de interés en la materia, que discurren desde el nombre de los derechos y su distinción de las garantías, hasta aspectos sobre su interpretación basada en el principio pro persona, los principios que los rigen y las obligaciones que generan para las autoridades.

Este precepto constitucional fue definitivo para que la Suprema Corte, aceptara el control difuso constitucional y convencional como una obligación a cargo de todos los jueces nacionales. La reforma constitucional de 10 de junio de 2011, y las determinaciones que tomó la Suprema Corte en el expediente Varios 912/2010, que abrieron el camino para el control difuso de los derechos humanos en México, han dado lugar a una abundante doctrina en relación al control difuso, de la constitucionalidad y convencionalidad.

Esta producción jurídica abre una válvula que permaneció cerrada durante un siglo y medio en México, respecto al control difuso de la Constitución. Desde que se incorporó al sistema jurídico nacional en la Constitución de 1857 y se reprodujo en la Constitución actual de 1917, el control difuso de la Constitución no pasó de ser un tema secundario, que no trascendió ni encontró respaldo en la Suprema Corte, que proscribió este medio de control.

Ahora el control difuso convencional, favorece el control difuso de la Constitución y propicia una etapa de análisis doctrinal, que no por incipiente, deja de ser enriquecedora. Se nutre no sólo de las fuentes normativas nacionales, sino de manera especial de las fuentes internacionales, Estas fuentes conforman el sistema universal de los derechos humanos y los sistemas regionales, especialmente el iberoamericano, que con sus tratados y con las sentencias de la Corte Interamericana, abren espacios de reflexión para dar sentido y eficacia a los derechos humanos.

En esa búsqueda permanente de sentido, las aportaciones teóricas contribuyen al diseño de los derechos humanos y sus garantías. A la vez, la normatividad de los derechos retroalimenta la teoría al indicar las nuevas rutas de análisis doctrinal. Una nueva ruta es la del control difuso de convencionalidad, que se está explorando en sus variados contenidos, por lo que en el capítulo siguiente se procederá al examen de los principales estudios doctrinales realizados en la materia.

### **2.7.5 Los Protocolos de Actuación emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación**

Un referente importante que se debe tomar en cuenta en la aplicación del control difuso y que está relacionado con el marco normativo, lo constituyen los Protocolos de Actuación emitidos por la Suprema Corte. Como su nombre lo indica, estos Protocolos tienen como objetivo guiar a los juzgadores en su actividad jurisdiccional. Están diseñados para brindar una mayor protección a grupos vulnerables.

Si bien los Protocolos no constituyen instrumentos vinculantes, contribuyen al análisis y resolución de los asuntos relacionados con personas que pertenecen a

los grupos vulnerables. Se pretende que contribuyan a evitar que sus derechos sean desconocidos o mermados, mediante la aplicación de los estándares desarrollados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Constituyen una compilación de las normas y los principios de derecho internacional especializado en esos grupos o categorías de personas vulnerables y que tienen efecto vinculante para el Estado Mexicano. Por tanto, serán esos estándares, normas y principios recogidos en los Protocolos, los que fortalezcan el marco normativo aplicable a esas personas y grupos.

Los Protocolos de Actuación, y sus principales contenidos, son los siguientes:

**Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes.**

Este Protocolo, presentado el 12 de febrero de 2012, busca que se tomen en cuenta las características cognitivas, emocionales y morales, propias de la edad y desarrollo de las niñas, niños y adolescentes. Asimismo, promueve la aplicación de los principios del interés superior del niño, igualdad y no discriminación, para preservar su vida y su desarrollo.

**Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas.**

Este Protocolo fue presentado en marzo de 2013. Atiende a la composición pluricultural de la Nación Mexicana, que reconoce el artículo 2º de la Constitución Federal. La justicia indígena es fundamental en el modelo de Estado de Derecho pluricultural. Sus principales contenidos se refieren a sus derechos y los principios generales que deben atender los juzgadores. Entre los primeros destacan el derecho a la autoidentificación o autoadscripción, el derecho a la libre

determinación, el derecho de autogobierno, el derecho al disfrute de sus tierras y recursos naturales y el derecho de consulta y consentimiento libre e informado. Entre los segundos, sobresalen los principios de no discriminación, especificidad cultural y protección especial a sus territorios y recursos naturales.

**Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten a personas migrantes y sujetas a protección internacional.**

Este Protocolo fue presentado en septiembre de 2013. Tiene por objetivo reforzar el entendimiento de que los migrantes, refugiados y apátridas, son titulares de derechos. En esa comprensión, debe entenderse que los derechos de las personas no derivan de su pertenencia a un Estado, sino de su condición humana, dotada de dignidad.

El Protocolo se estructura en principios generales, derechos para hacer efectivo el acceso a la justicia y reglas generales y específicas de actuación. Los principios más importantes son los de no discriminación e igualdad, pro persona, no devolución, unidad familiar, no revictimización y presunción de inocencia. Respecto de sus derechos, se examinan el de información, asistencia legal, defensa pública, derecho a un intérprete y asistencia consular. De las reglas generales, destacan las de acceso pronto a la justicia, prontitud y prioridad, protección a la intimidad, reparación de daño y cumplimiento de medidas cautelares. Como medidas específicas de actuación, se analizan las de excepcionalidad de la detención, proporcionalidad de la privación de la libertad, asistencia y protección, entre otras.

**Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad.**

Este Protocolo se presentó en marzo de 2014. Su objetivo principal es promover el respeto a los derechos humanos de las personas que sufren discapacidad. La exigibilidad y justicialidad en el disfrute de sus derechos es fundamental para aplicar el modelo social y de derechos humanos sobre la discapacidad. Este modelo supera la visión de las personas con discapacidad como seres enfermos que deben ser rehabilitados (modelo médico-rehabilitador). Conforme al nuevo modelo, la discapacidad no tiene su origen en limitaciones físicas y funcionales, sino en las limitantes que la propia sociedad genera, en un clima de discriminación y exclusión social.

La estructura del Protocolo comprende el análisis de los derechos de las personas con discapacidad, como los de igualdad y no discriminación, igualdad de oportunidades, derecho a la participación e inclusión plena y derecho de acceso a la justicia. Asimismo, el Protocolo examina los principios como pautas de actuación para los juzgadores. Sobresalen los principios de abordaje de la discapacidad desde el modelo social y de derechos humanos; el principio pro persona, el de igualdad y no discriminación, el de dignidad, el de autonomía, el de la diferencia y el de la participación e inclusión plenas.

### **Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o la identidad de género.**

Este Protocolo fue presentado en agosto de 2014. Tiene por objetivo auxiliar en la resolución de asuntos que afecten los derechos de las personas que se ven discriminadas por razones de orientación sexual o de género. El Protocolo se estructura con el análisis de un marco conceptual y jurídico que distingue la identidad sexual y la de género. Examina los derechos básicos en juego, como son el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la igualdad y no discriminación.

Una de las herramientas que propone el Protocolo para el análisis de los casos de discriminación, consiste en identificar los estereotipos que se tienen sobre las personas lesbianas, los gays (homosexuales), los bisexuales, las personas trans, y los intersex (LGBTI). Asimismo, el Protocolo promueve el desarrollo a la libre personalidad. En ese sentido, tiene como presupuesto que la libre expresión de la orientación sexual y la identidad de género resultan protegidas por este derecho.

El Protocolo examina diversas consideraciones que se deben atender para administrar justicia, entre ellas, destacan el sexo registral, que se sustenta en un criterio cerrado y anacrónico sobre lo que debe entenderse por femenino y masculino para los efectos del registro de nacimiento; otras consideraciones atañen al respeto de estas personas en la vida familiar, el trabajo, la educación, la salud, la violencia y el acceso a la justicia, aspectos sobre los que examina pautas de actuación.

### **Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en asuntos que involucren hechos constitutivos de tortura y malos tratos.**

Este Protocolo fue presentado en diciembre de 2014. Su objetivo es ofrecer insumos a las autoridades judiciales para que cumplan con sus obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, lo que determina que deben adoptar una postura asertiva para combatir la tortura.

El Protocolo se estructura en un marco normativo de actuación que contiene consideraciones generales sobre la tortura y los malos tratos; las obligaciones de las autoridades estatales en la materia, entre ellas, de adoptar disposiciones de derecho interno y obligaciones relativas al respeto del derecho humano de la integridad personal. Dentro de esta categoría se analizan diversas violaciones, como los excesos en el uso de la fuerza, los castigos corporales, la

incomunicación, el confinamiento, el hacinamiento, la desaparición forzada y las ejecuciones extrajudiciales.

Asimismo, el Protocolo examina cómo juzgar y sancionar los hechos constitutivos de tortura; la responsabilidad del personal judicial, que incluye a las diversas autoridades jurisdiccionales en materia penal. Por último, se exponen consideraciones generales para prevenir la tortura en la substanciación de los procesos penales, que incluyen el control de la detención; la verificación de la cadena de custodia de la persona detenida, la valoración de los medios de prueba, la prueba ilícita y el efecto corruptor; el principio de inmediación procesal, y otros.

### **Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura.**

Este Protocolo fue presentado en diciembre de 2014. Su objetivo es respaldar la función jurisdiccional en el trámite y resolución de asuntos relacionados con proyectos de infraestructura. Esto en razón de que esos proyectos pueden afectar diversos derechos humanos,

El Protocolo persigue adecuar la *praxis* judicial a la exigencia constitucional de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. En cuanto a su estructura, se recogen estándares internacionales; se definen los proyectos de desarrollo e infraestructura, indicando sus efectos, que determinan la necesidad de un abordaje jurisdiccional especial, con un método interpretativo como lo es el principio de proporcionalidad.

En el documento se analizan los principios generales aplicables, entre los que sobresalen los siguientes: pro persona, progresividad, equidad intergeneracional, el de que, quien contamina paga, precautorio y de reparación de daño. También examina los principales derechos humanos que se afectan con los

proyectos de desarrollo e infraestructura, entre los que destacan, por su especificidad, los siguientes: derecho a la participación y la consulta, derecho a la libertad de expresión y a la protesta, derecho de reunión, derecho de asociación, derecho a una vivienda adecuada, derecho a una alimentación adecuada, derecho al agua y al saneamiento, derecho a la salud, derechos culturales y derecho a un ambiente sano.<sup>351</sup>

---

<sup>351</sup> Los referidos Protocolos de Actuación pueden consultarse en <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/publicaciones/protocolos-de-actuacion>.

**CAPÍTULO 3**  
**EL ESTADO DEL ARTE DEL CONTROL**  
**DIFUSO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE LOS DERECHOS**  
**HUMANOS**



### **3.1 Aspectos generales sobre la revisión del estado del arte**

El estado del arte en materia de control difuso constitucional y convencional, que comprende las obras jurídicas relacionadas con el tema, se puede examinar a partir de diversos criterios. Uno de ellos consiste en dividir las obras escritas en el ámbito interno, es decir nacional, y por otro lado las escritas en el ámbito externo o extranjero. Un diverso criterio de clasificación atiende a la forma de acercarse al tema, que puede ser desde un punto de vista general del control difuso, o bien atendiendo un aspecto específico de ese control, como puede ser, por ejemplo, el análisis de la interpretación conforme que se utiliza en el control constitucional y convencional. Dentro de esta última categoría de obras con temas específicos, se pueden ubicar las obras colectivas, en las que diversos autores abordan aspectos concretos vinculados al control difuso.

De acuerdo con esos criterios se procederá al análisis, en primer lugar, de la literatura nacional sobre el control difuso constitucional y convencional, con perspectiva general, y en segundo término, se analizarán las obras relacionadas con ese control que examinan puntos específicos del mismo. En tercer lugar se examinarán las obras colectivas, que también estudian aspectos concretos del control difuso. Posteriormente se examinarán en el mismo orden, las obras de los autores extranjeros. Los aspectos básicos que se analizarán se refieren a los problemas que se estudian por los autores; a las teorías que se analizan como sustento y, a la metodología que se utiliza. Complementariamente se examinarán, cuando proceda, los resultados obtenidos y el tipo de conclusiones a que se llega.

El objetivo del presente capítulo consiste en identificar las obras jurídicas más relevantes que se han escrito sobre el tema y los aspectos problemáticos analizados, así como las teorías y métodos que permitan precisar cuál es el estado de conocimiento producido en la materia, a fin de orientar el trabajo al examen de

nuevas áreas de conocimiento, con una metodología propia, que permita aportar nuevo conocimiento en el campo de análisis. De acuerdo con esos lineamientos se procederá enseguida al examen de las obras generales de autores nacionales que tratan el tema del control difuso constitucional y convencional.

## **3.2 Análisis de obras generales nacionales**

### **3.2.1 José Daniel Hidalgo Murillo: Juez de control y control de derechos humanos<sup>352</sup>**

#### **3.2.1.1 Problemas analizados**

El autor examina los problemas a que se enfrenta el Juez de control del nuevo sistema oral-adversarial, de justicia penal, en proceso de implementación en México, a partir de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008. Su análisis lo desarrolla en tres vertientes: como Juez de control de legalidad procesal,<sup>353</sup> como Juez de control de constitucionalidad<sup>354</sup> y como Juez de control de convencionalidad.<sup>355</sup>

Hidalgo Murillo enfatiza los problemas que surgen en el proceso oral-adversarial, derivados de una visión del ser humano desde la ley y la norma constitucional, cuando los hechos deben leerse no solo desde el derecho, sino desde la persona.

#### **3.2.1.2 Teoría utilizada**

La teoría de los derechos humanos está presente en la obra de Hidalgo Murillo. Considera que la persona es el fundamento de los derechos humanos por

---

<sup>352</sup> Murillo, José Daniel Eduardo, *Juez de control y control de derechos humanos* (México, Ed. Flores Editor y Distribuidor, 2012).

<sup>353</sup> *Ibid.*, p. 299.

<sup>354</sup> *Ibid.*, p. 189.

<sup>355</sup> *Ibid.*, p. 127.

lo que su protección es una labor supraconstitucional. En la obra también se advierten elementos teóricos constitucionales, cuando el autor examina los valores superiores del ordenamiento jurídico y los principios constitucionales, entre los que destaca el de la jerarquía normativa, el de rigidez constitucional, el de respeto al contenido esencial de los derechos humanos y el principio de sujeción del Estado y de los ciudadanos a la Constitución.<sup>356</sup> De manera especial, el autor examina un conjunto de principios en materia penal, entre ellos el de legalidad de los delitos y las penas, el de irretroactividad de las leyes penales y el de presunción de inocencia.<sup>357</sup>

Igualmente el autor desarrolla aspectos teóricos relacionados con el control constitucional, específicamente las garantías jurisdiccionales del proceso penal, entre ellas, la garantía de un juez natural y la garantía de un proceso conforme a derecho.<sup>358</sup>

### **3.2.1.3 Metodología**

El autor emprende un examen de la caracterización del Juez de control a través de las funciones que se le atribuyen por el código tipo que utiliza, que es el del Estado de Oaxaca. El autor se apoya en un método teórico documental con análisis de la normatividad internacional y nacional, la jurisprudencia interamericana y de los tribunales nacionales, así como la doctrina. De igual forma, el autor se apoya en el análisis de casos.

### **3.2.1.4 Resultados y/o conclusiones**

El autor no expone resultados ni presenta conclusiones.

---

<sup>356</sup> *Ibid.*, pp. 229-242.

<sup>357</sup> *Ibid.*, pp. 265-273.

<sup>358</sup> *Ibid.*, pp. 282-290.

## **3.2.2 Antonio Flores Saldaña. El control de convencionalidad y la hermenéutica constitucional de los derechos humanos<sup>359</sup>**

### **3.2.2.1 Problemas analizados**

El autor presenta el problema de la hermenéutica de los derechos humanos a partir de conceptualización como principios. El autor distingue las reglas y los principios y expone la complejidad hermenéutica de los derechos humanos entendidos como principios, para lo cual se requiere aplicar los principios de interpretación conforme y pro persona.<sup>360</sup>

El autor también expone el problema consistente en el derrumbe de la pirámide kelseniana derivado del nacimiento de la Constitución convencionalizada. En su opinión, el control de convencionalidad rompe con el esquema del sistema jurídico monológico, para entrar a un sistema complejo, que denomina dialógico-jurisprudencial.<sup>361</sup>

### **3.2.2.2 Teoría utilizada**

El autor desarrolla elementos de teoría de los derechos humanos, que conceptualiza como normas de principios. Por tanto, explica que esta caracterización de los derechos humanos exige una hermenéutica apropiada para la solución de los conflictos. Asimismo, el autor analiza los elementos teórico conceptuales propios del control de convencionalidad en el Estado constitucional y para ello examina la repercusión de este control en la soberanía nacional y en la supremacía de la Constitución.<sup>362</sup>

---

<sup>359</sup> Flores Saldaña, Antonio, *El control de constitucionalidad y la hermenéutica de los derechos humanos* (México, Ed. Porrúa, 2014).

<sup>360</sup> *Ibid.*, pp. 9-33.

<sup>361</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>362</sup> *Ibid.*, pp. 91-103.

### **3.2.2.3 Metodología**

La obra se funda en un análisis teórico y conceptual, respaldado con el examen de casos de la Corte Interamericana, así como en directivas de interpretación de la misma Corte. La interpretación de los derechos humanos en el control de convencionalidad es materia de análisis del autor por medio del examen de los cánones hermenéuticos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana y sus directivas hermenéuticas.

El autor considera, que lo más importante del control de convencionalidad en la hermenéutica de los derechos, no es fijar criterios interpretativos desde un aspecto unidimensional, bien de la Constitución o desde la Constitución para los jueces nacionales, o bien desde los tratados internacionales para las Cortes internacionales de derechos humanos, sino que se debe realizar una interpretación conforme y aplicar el mejor método o directiva hermenéutica en favor de la persona. El autor considera que la hermenéutica no es un método, sino la mejor elección del mismo para una adecuada concreción de las normas que contienen derechos humanos.<sup>363</sup>

### **3.2.2.4 Resultados y/o conclusiones**

El autor considera que las Cortes nacionales ya no pueden permanecer en un monólogo, al resolver los casos constitucionales respecto de los alcances y límites de los derechos humanos; expone que la justicia constitucional se encuentra necesariamente inmersa en el diálogo entre tribunales, por lo que el control de convencionalidad se desarrolla entre diálogos jurisprudenciales y sinergias

---

<sup>363</sup> *Ibid.*, pp. 263-234.

normativas. Flores Saldaña estima que se está generando un derecho común interamericano en el diálogo jurisprudencial del control de convencionalidad.<sup>364</sup>

### **3.2.3 Sergio Flores Navarro y Victorino Rojas Rivera, Control de Convencionalidad<sup>365</sup>**

#### **3.2.3.1 Problemas analizados**

Sergio Flores Navarro expone en la primera parte de la obra, un conjunto de pautas para aplicar el control de convencionalidad. En ellas se advierten los problemas relacionados con este medio de control. Uno de ellos consiste en el carácter complementario y excepcional del control de convencionalidad. Por lo tanto, no desempeña el carácter de un recurso ni realiza las funciones de una cuarta instancia.<sup>366</sup>

El citado autor expone que las omisiones y las vías de hecho también pueden constituir violaciones a los derechos humanos. Asimismo, manifiesta que existen prácticas judiciales viciosas en el trámite, resolución y ejecución de las sentencias.<sup>367</sup>

#### **3.2.3.2 Teoría utilizada**

El autor expone algunos aspectos teóricos y conceptuales relativos al control de convencionalidad. También explica el principio pro persona, las garantías jurisdiccionales de los derechos humanos y la argumentación de las sentencias.

---

<sup>364</sup> *Ibid.*, pp. 323-360.

<sup>365</sup> Flores Navarro, Sergio y Rojas Rivera, Victorino, *Control de convencionalidad* (México, Ed. Novum, 2013).

<sup>366</sup> *Ibid.*, pp. 24-28.

<sup>367</sup> *Ibid.*, pp. 38-44.

### **3.2.3.3 Metodología**

La obra utiliza un método teórico, basado en el análisis de casos relevantes de la Corte Interamericana que definen el origen y los alcances del control de convencionalidad. Igual método sigue en el análisis del control de convencionalidad ante los tribunales domésticos.<sup>368</sup>

### **3.2.3.4 Resultados y/o conclusiones**

Flores Navarro no presenta conclusiones ni resultados. Quien lo hace es Victorino Rojas Rivera. Previamente, este último autor explica el origen y fundamento del control de convencionalidad y sus reglas. De igual forma, expone diversos casos de aplicación práctica del control convencional por los tribunales federales de amparo. Su teoría y metodología coincide con la de su coautor. Sus conclusiones son:

Que la eficacia de los derechos humanos no solo actúa en el plano vertical, sino también en el horizontal, porque tales derechos constituyen un límite al ejercicio del poder público y a la autonomía de la voluntad de las partes que intervienen al celebrar los contratos.

Que en la realización de la persona como un ser humano libre, los jueces son depositarios de la responsabilidad constitucional de prevenir o reparar la infracción a los derechos humanos, mediante el control difuso de convencionalidad.

---

<sup>368</sup> *Ibid.*, pp. 68-80.

### **3.2.4 José Francisco Cilia López, Los derechos humanos y su repercusión en el control de constitucionalidad y convencionalidad<sup>369</sup>**

#### **3.2.4.1 Problemas analizados**

El autor plantea los problemas derivados de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, que cambió la forma de administrar justicia, no solo en el aspecto normativo, sino también en el estructural y procesal. En esas condiciones, plantea que los encargados de administrar justicia tienen que juzgar ahora con una nueva perspectiva de derechos y otros patrones constitucionales.

#### **3.2.4.2 Teoría utilizada**

El autor examina los principios rectores que regulan los derechos humanos: universalidad, indivisibilidad, interdependencia, progresividad y de no regresividad. Asimismo, analiza las características de los derechos humanos: su posición preferencial, la eficacia erga omnes y su fuerza expansiva. De igual forma, se ocupa de las obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.<sup>370</sup>

El autor examina los aspectos teóricos básicos sobre el control de constitucionalidad, de convencionalidad y legalidad. Al respecto, analiza la supremacía constitucional y los tratados internacionales.<sup>371</sup>

#### **3.2.4.3 Metodología**

El autor realiza un trabajo teórico conceptual con análisis de casos y jurisprudencia nacional e internacional. De manera primordial examina la

---

<sup>369</sup> Cilia López, José Francisco, “*Los derechos humanos y su repercusión en el control de constitucionalidad y convencionalidad*” (México, Ed. Porrúa, 2015).

<sup>370</sup> *Ibid.*, pp.14-37.

<sup>371</sup> *Ibid.*, pp. 39-55.

jurisprudencia de la Suprema Corte y su impacto en el diseño del control difuso de convencionalidad, particularmente en lo que se refiere a los principios que orientan este medio de control y el procedimiento para su aplicación.<sup>372</sup>

#### **3.2.4.4 Resultados y/o conclusiones**

En la parte final de su obra, el autor expone algunas inconformidades y propuestas en el ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad. Plantea el alcance de los derechos humanos frente al principio de estricto derecho. El autor advierte de la necesidad de cambiar la visión limitada en la procuración e impartición de justicia, para romper o superar paradigmas arraigados.

#### **3.2.5 Rubén David Aguilar Santibáñez, Control de convencionalidad y principio de definitividad bajo el nuevo orden constitucional de los derechos humanos<sup>373</sup>**

##### **3.2.5.1 Problemas analizados**

El autor examina el problema del acceso a la justicia, a la luz de la normatividad de la ley de amparo. De manera particular, se expone el problema relativo al principio de definitividad que rige en el juicio de amparo, que puede dar lugar a que se declare improcedente y se sobresea el juicio constitucional, con la consecuencia de que la litis planteada no será resuelta en el fondo.

##### **3.2.5.2 Teoría utilizada**

El autor expone los temas generales del juicio de amparo, en su devenir histórico, tanto legal como jurisprudencial. Asimismo, expone el régimen

---

<sup>372</sup> *Ibíd.*, pp. 137-173.

<sup>373</sup> Aguilar Santibáñez, Rubén David, *Control de convencionalidad y principio de definitividad bajo el nuevo orden constitucional de los derechos humanos* (México, IJ UABC, 2014).

constitucional de los derechos humanos. De igual forma, desarrolla los elementos teóricos y conceptuales del control de convencionalidad, concentrado y difuso.

### **3.2.5.3 Metodología**

El autor utiliza una metodología teórica conceptual, respaldada con el análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte y de los Tribunales Colegiados de Circuito, en el orden interno, y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

### **3.2.5.4 Resultados y/o conclusiones**

El autor presenta conclusiones de manera sistemática en cada uno de sus capítulos. En su parte medular, el autor propone adoptar una interpretación armónica de la legislación interna e internacional, aplicando el principio pro persona y eliminando lo que condiciona el acceso a la justicia. En los casos de falta de agotamiento de recursos, propone reencausar la acción constitucional y ampliar las excepciones al principio de definitividad, mediante reforma legislativa, para privilegiar el acceso a la justicia.<sup>374</sup>

## **3.3 Análisis de obras nacionales de temas específicos**

Una vez examinadas las obras generales relacionadas con el control difuso de convencionalidad, se procederá al análisis de las obras específicas vinculadas con este tema.

### **3.3.1 José Luis Caballero Ochoa: La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los Tratados Internacionales sobre derechos humanos y el Control de Convencionalidad<sup>375</sup>**

---

<sup>374</sup> *Ibid.*, pp. 195-206.

<sup>375</sup> Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los Tratados Internacionales sobre derechos humanos y el Control de Convencionalidad* (México, Ed. Porrúa IMDPC, 2013), p. 139.

### **3.3.1.1 Problemas analizados**

El autor examina el sentido y alcance de la interpretación conforme a partir de diversos modelos. Uno de ellos anterior a la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, tanto en la legislación federal y local, como el modelo adoptado de la Constitución. Un diverso modelo que analiza el autor es el de la interpretación conforme, como respuesta a la relevancia constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Al autor le interesan los problemas relacionados con la conceptualización de la interpretación conforme, no solo en los modelos nacionales, sino también los internacionales, que incluyen la declaración universal de los derechos humanos, así como el modelo que deriva de la interpretación conforme con respecto a los tratados internacionales.

### **3.3.1.2 Teoría utilizada**

La teoría que subyace en la obra de Caballero Ochoa, es la que el propio autor identifica como la naturaleza normativa de los derechos humanos, en los siguientes términos.

En el imaginario de una reflexión compartida con los distintos tipos de auditorios ante los que he tenido oportunidad de presentar estos temas, siempre expongo que me parece que en lo que tendríamos que profundizar en realidad, es en la naturaleza normativa de los derechos humanos; digamos, una especie de ADN o código genético, para desentrañar su carácter expansivo distinto a la sede normativa que contiene estos principios jurídicos.<sup>376</sup>

La naturaleza normativa de los derechos humanos que examina el autor, está centrada en los contenidos mínimos, en los términos siguientes:

---

<sup>376</sup> *Ibid.*, p. 139.

Estamos ante contenidos normativos mínimos que son objeto de revisión o envío interpretativo a otras normas con ese carácter de mínimos, para efecto de su expansión y la generación de pisos más amplios de protección. La interpretación conforme es la expresión, sin duda, de este reconocimiento porque, como ha señalado recientemente el Tribunal Constitucional español en relación con la disposición constitucional correspondiente: “la regla hermenéutica del art. 10.2 CE lleva asociada una regla de interpretación evolutiva...”<sup>377</sup> [Comillas y puntos suspensivos del autor]

El autor examina las normas internacionales sobre derechos humanos, en su visión normativista y al respecto cita los artículos 53 y 29 del Convenio Europeo y la Convención Americana, respectivamente, conforme a los cuales ninguna de las disposiciones de esos convenios pueden ser interpretadas en el sentido de limitar o suprimir los derechos y libertades que reconocen.

### **3.3.1. Metodología**

La metodología que se utiliza es documental, con análisis de textos relativos a casos y jurisprudencia de la Suprema Corte o de los Tribunales Internacionales de derechos humanos. Por ejemplo, cita la resolución dictada por el Pleno de la Suprema Corte en el expediente Varios 912/2010, dictada el 14 de julio de 2011, relativa a las obligaciones del Poder Judicial derivadas de la sentencia de la Corte Interamericana dictada en el caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México. De igual forma, analiza la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad 155/2007.<sup>378</sup>

---

<sup>377</sup> *Ibíd.*, p. 139.

<sup>378</sup> *Ibíd.*, pp. 184-221.

### 3.3.1.4 Resultados y/o conclusiones

El autor considera que se ha dado un paso grande con la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, al incorporar la interpretación conforme. Al efecto expresa:

Es una nueva aproximación epistemológica a los derechos humanos: un redescubrimiento de su naturaleza jurídica y de los alcances de su aplicación. Nos hemos permitido identificarlos como prerrogativas fundamentales de las personas, y no como concesiones del poder público, así como adoptar un sistema de interpretación en relación con los tratados internacionales que nos sitúa entre los países más avanzados en el tema, entre otros avances de la mayor importancia.<sup>379</sup>

Sin embargo, el autor advierte de los riesgos de una implementación deficiente, que pueda propiciar una contrarreforma expresa o tácita, limitando sus alcances: “...ante los riesgos que conlleva lo que se considera ya por parte de algunos sectores de opinión pública y de operadores jurídicos, como un desbocado activismo judicial, y una generalización subjetiva del principio pro persona” (las comillas y las cursivas son del autor)<sup>380</sup>

### 3.3.2 César Astudillo: *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*<sup>381</sup>

#### 3.3.2.1 Problemas analizados

El autor considera importante distinguir el bloque de constitucionalidad del parámetro de constitucionalidad, como herramienta conceptual que facilite aplicar un control integral y *ex officio* de constitucionalidad y convencionalidad, difuso o

---

<sup>379</sup> *Ibid.*, 233.

<sup>380</sup> *Ibid.*, 233.

<sup>381</sup> Astudillo, César: *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México* (México, IIJ UNAM, Tirant lo blanch, 2014).

concentrado. El fin es aproximarse al sentido de los derechos a partir de una hermenéutica constitucional adecuada, progresista y evolutiva.<sup>382</sup>

Al autor le preocupa determinar cuáles son los derechos humanos que comprende el bloque de constitucionalidad. Estima que no se debe limitar el contenido a su aspecto formal, sino que también se debe atender al aspecto material. En esa dirección considera que deben incluirse los derechos humanos de origen jurisprudencial; tanto la jurisprudencia constitucional interna como la interamericana. Como consecuencia, el autor incluye en el bloque de constitucionalidad, además de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, su interpretación jurídica por la Suprema Corte y por la Corte Interamericana.<sup>383</sup>

El autor plantea en problema de definir si los derechos humanos reconocidos en las constituciones de los Estados de la República Mexicana forman parte del bloque de constitucionalidad. Explica que la Suprema Corte no ha determinado la posición que guardan estos derechos respecto de la Constitución Federal y considera imperativo reconocer que forman parte del bloque de constitucionalidad. Para el autor, es trascendente reconocer que los derechos reconocidos en las constituciones estatales forman parte del bloque de constitucionalidad, por la función que desempeñan como parámetro de constitucionalidad y convencionalidad.<sup>384</sup>

### **3.3.2.2 Teoría utilizada**

El autor funda su obra en la teoría de los derechos humanos, tanto en su vertiente conceptual como de garantía de los derechos. Por lo que se refiere al

---

<sup>382</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>383</sup> *Ibid.*, pp. 98-99.

<sup>384</sup> *Ibid.*, p. 112.

aspecto sustancial, lo enfoca a la suspensión, restricción, limitación, delimitación y pérdida de los derechos humanos, con especial énfasis en la doctrina jurisprudencial de las restricciones.<sup>385</sup> En el aspecto de garantía, su análisis se centra en la caracterización de un bloque de constitucionalidad flexible, que favorezca la protección de los derechos humanos.<sup>386</sup>

### **3.3.2.3 Metodología**

El autor se basa en un análisis teórico y documental que respalda con el examen de la reforma constitucional de 10 de junio de 2011, sobre derechos humanos, y de precedentes jurisprudenciales de la Suprema Corte, en particular, la tesis jurisprudencial 293/2011, que reconoce el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, aún en los casos en que el Estado Mexicano no sea parte, pero que a la vez fija el criterio de que las restricciones a los derechos humanos establecidas en la Constitución, prevalecen sobre las convenciones internacionales de derechos humanos.<sup>387</sup>

### **3.3.2.4 Resultados y/o conclusiones**

El autor expone que el bloque de constitucionalidad no es un concepto unívoco y que su incorporación como categoría dogmática al ordenamiento jurídico mexicano, al igual que el concepto de parámetro de constitucionalidad, es reciente. Considera que estos conceptos no son expresiones sinónimas, intercambiables. Asimismo, estima que los derechos humanos de origen jurisprudencial, así como los que reconocen las normas sub constitucionales, como

---

<sup>385</sup> *Ibid.*, p. 115.

<sup>386</sup> *Ibid.*, pp. 137-138.

<sup>387</sup> *Ibid.*, pp. 167-391.

son las constituciones estatales, forman parte del bloque y del parámetro de constitucionalidad.<sup>388</sup>

El autor considera que el bloque de constitucionalidad en México se configura a través del contenido de la constitución de los derechos, que se caracterizan por su fundamentalidad, independientemente de su fuente.<sup>389</sup> El autor propugna por un concepto flexible del bloque y del parámetro de constitucionalidad y convencionalidad. Considera que la lógica de la Suprema Corte, en su construcción argumentativa que sustenta en la tesis jurisprudencial 293/2011, que determina la prevalencia de las restricciones constitucionales sobre la convencionalidad internacional de los derechos humanos, contradice la teoría y la doctrina aplicables a las restricciones de estos derechos.

### **3.4 Análisis de obras nacionales colectivas**

Una vez examinadas las obras específicas relacionadas con el control difuso de convencionalidad de los derechos humanos, se procederá enseguida al análisis de las obras nacionales coordinadas sobre este tema, que estudian diversos aspectos vinculados al control difuso de convencionalidad.

#### **3.4.1 Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coordinador) *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana y los jueces nacionales*<sup>390</sup>**

En esta obra se examinan diversos temas vinculados con el control difuso de convencionalidad. Los más recurrentes se refieren a este medio de control de la constitucionalidad y convencionalidad. Otros analizan la interpretación conforme,

---

<sup>388</sup> *Ibid.*, pp. 145-148.

<sup>389</sup> *Ibid.*, p. 149.

<sup>390</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coordinador). *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. (México, Ed. FUNDAp, 2012).

los efectos de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, así como los desafíos involucrados con el control de convencionalidad. Ante la imposibilidad de examinarlos íntegramente, se procederá al análisis de una muestra de ellos. Al respecto, se presenta enseguida un artículo que es autoría del coordinador de la obra.

#### **3.4.1.1 Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez mexicano<sup>391</sup>**

##### **3.4.1.2 Problemas analizados**

El autor expone que el control difuso de convencionalidad constituye un nuevo paradigma que deben conocer todos los jueces mexicanos. Manifiesta que este control consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales y la Convención Americana, sus protocolos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana.<sup>392</sup> Lo que se pretende con su trabajo es una aproximación a una teoría general sobre la aplicabilidad del control difuso de convencionalidad, que deja abierto un camino por recorrer a los jueces nacionales para interpretar los derechos humanos.<sup>393</sup>

##### **3.4.1.3 Teoría utilizada**

La teoría que examina el autor es la del constitucionalismo internacional de los derechos humanos. Ferrer Mac-Gregor analiza dos fenómenos: la internacionalización del derecho constitucional de los derechos humanos, que da lugar al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En opinión del autor,

---

<sup>391</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. En *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. (México, Ed. FUNDAp, 2012), pp. 107-186.

<sup>392</sup> *Ibíd.*, p. 108

<sup>393</sup> *Ibíd.*, pp. 111-112.

esto representa un transconstitucionalismo, o lo que también se conoce como constitucionalismo en red, que se materializa en un sistema universal de derechos humanos con tres sistemas regionales: el europeo, el americano y el africano, así como por el sistema comunitario europeo, que dio lugar a la Unión Europea.<sup>394</sup>

El otro fenómeno es la constitucionalización del derecho internacional, a través de diversas cláusulas constitucionales o a través del dinamismo de la jurisprudencia constitucional. Se otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos, integrando lo que se conoce como bloque de constitucionalidad, que sirve de medida o parámetro de la constitucionalidad de las leyes. Asimismo, se incorporan a la Constitución principios hermenéuticos, como lo son los principios pro hómīne y pro libertatis reconocidos en el artículo 29 de la Convención Americana. También se incorpora la cláusula de interpretación conforme.<sup>395</sup>

#### **3.4.1.4 Metodología aplicada**

El autor emprende un análisis dogmático y documental que incluye la jurisprudencia nacional y de la Corte Interamericana sobre el origen, concepto, fundamento y desarrollo de los derechos humanos, que convierte al juez nacional en un juez interamericano.<sup>396</sup>

#### **3.4.1.5 Resultados y/o conclusiones**

El autor asume que el control difuso de convencionalidad genera un diálogo entre la Corte Interamericana y las jurisdicciones nacionales, que favorecerá el derecho internacional común de los derechos humanos. Considera que es de tal trascendencia la nueva doctrina sobre el control difuso de convencionalidad, que

---

<sup>394</sup> *Ibíd.*, p. 113.

<sup>395</sup> *Ibíd.*, p. 121.

<sup>396</sup> *Ibíd.*, pp. 135-138.

probablemente en ella descansa el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y que, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los estados nacionales de la región.<sup>397</sup>

### **3.4.2 Alejandro Saiz Arnaiz y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Control de Convencionalidad, interpretación conforme Diálogo Jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa<sup>398</sup>**

En esta obra se examinan temas variados que se relacionan con los mecanismos de protección de los derechos humanos. Se analizan los sistemas europeo e iberoamericano; sus concordancias y diferencias; la jurisdicción constitucional y la internacional. En este último aspecto, se analiza la internacionalización de las constituciones iberoamericanas; el rol que desempeña el control de convencionalidad; los desafíos que representa este control para los tribunales constitucionales; y la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Para el análisis de esta obra se presenta enseguida un artículo que es autoría de Néstor Pedro Sagüés, en el que examina algunos aspectos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y las notas esenciales del control de convencionalidad. Examina aspectos vinculados al origen del control convencional, su fundamento jurídico, su instrumentación y su impacto en la construcción de un *ius commune*. Asimismo examina el sistema europeo de protección de los derechos humanos y las notas distintivas relacionadas con el control de convencionalidad practicado por los jueces nacionales.

---

<sup>397</sup> *Ibid.*, pp. 185-186.

<sup>398</sup> Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Control de convencionalidad, interpretación conforme y Diálogo Jurisprudencial, Una visión desde América Latina y Europa* (México, Ed. Porrúa, IIJ UNAM, 2012)

### **3.4.2.1 Néstor Pedro Sagüés, el “control de convencionalidad” en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo<sup>399</sup>**

#### **3.4.2.2 Problemas analizados**

El autor analiza el origen del control difuso de convencionalidad y explica que la Corte Interamericana era quien declaraba inválidas las normas del derecho local opuestas a la Convención, y que es a partir de 2006, con el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, que la Corte Interamericana va a reclamar a los jueces nacionales que inapliquen ellos mismos las normas locales opuestas a la Convención Americana y a su propia jurisprudencia. El autor considera que los jueces nacionales tendrán un vasto campo de acción para interpretar el derecho doméstico cuando no exista jurisprudencia de la Corte Interamericana, por lo que su trabajo puede ser útil para inspirar futuras decisiones de la Corte.

Asimismo, el autor analiza el control de convencionalidad practicado por los jueces nacionales en el sistema europeo, a partir del caso *Simmenthal*, que atribuyó de modo difuso a los jueces nacionales la condición de jueces del derecho comunitario, puntualizando que el control de la supremacía del derecho comunitario sobre el derecho de los Estados de la Unión Europea, no debe quedar en las manos exclusivas de las Cortes Constitucionales de los Estados. El impacto de la sentencia *Simmenthal* es evidente para el autor, al grado de que ha llegado a hablarse de la rebelión de los jueces inferiores contra sus superiores.<sup>400</sup>

---

<sup>399</sup> Sagüés, Néstor Pedro, El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo, en *Control de convencionalidad, interpretación conforme y Diálogo Jurisprudencial, Una visión desde América Latina y Europa* pp. 435-471

<sup>400</sup> *Ibid.*, pp. 436-456.

### **3.4.2.3 Teoría utilizada**

El autor expone diversos elementos teórico conceptuales de los sistemas regionales interamericano y europeo. Al respecto, precisa los orígenes del control difuso en ambos sistemas, así como la instrumentación del control. El autor refiere que está en construcción un derecho común que se contrapone al nacionalismo constitucional absoluto.

### **3.4.2.4 Metodología**

La metodología del autor se apoya en el análisis histórico y evolutivo de los sistemas regionales interamericano y europeo de protección de los derechos humanos. En respaldo de esta tarea, el autor se apoya en el análisis de los casos más relevantes que han perfilado estos sistemas de control.

### **3.4.2.5 Resultados y/o conclusiones**

El autor presenta varias conclusiones en una evaluación comparativa del control de convencionalidad. Así, por ejemplo, por lo que se refiere a los órganos que han determinado el control difuso de convencionalidad, expone que en el caso interamericano se ha postulado por la Corte Interamericana, en tanto en el caso europeo sus protagonistas y artífices son dos, aunque con distinta intensidad, como lo son el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con sede en Luxemburgo y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo.

Una diversa conclusión del autor es que el control difuso de los jueces nacionales del sistema interamericano es más parecido al demandado a los jueces nacionales de la Unión Europea, por el Tribunal de Justicia de esa Unión. Asimismo, considera el autor que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los últimos años ha tenido una penetración más acentuada y exigente del derecho

regional de los derechos humanos en los Estados nacionales, que la producida en los medios europeos. El autor considera en otra conclusión que el control de convencionalidad interamericano, en materia de derechos económico-sociales, es todavía incipiente, aunque existen avances en materia de derecho de familia, del niño y la mujer, de propiedad comunal aborigen, libertad sindical y derecho a una vida digna.

Una vez revisadas las obras nacionales, se procederá al examen de las obras jurídicas extranjeras sobre el control difuso de convencionalidad.

### **3. 5 Análisis de obras extranjeras**

#### **3.5.1. Claudio Nash: Control de convencionalidad de la dogmática a la implementación<sup>401</sup>**

##### **3.5.1.1 Problemas analizados**

Claudio Nash examina en qué consiste el control de convencionalidad de la Corte Interamericana, así como su alcance, tomando en cuenta las violaciones a los derechos humanos en que incurren los Estados. El autor examina la recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana por parte de las cortes nacionales de varios Estados, entre ellos México, Colombia y Costa Rica, así como la interacción que se da entre esas cortes, a partir de la figura del control de convencionalidad.<sup>402</sup>

El autor examina los desafíos para aplicar el control difuso en el ámbito interno de los Estados y distingue entre países que tienen sistemas de control difuso de constitucionalidad y países que tienen un control concentrado. Respecto de estos últimos, plantea el problema de determinar si un órgano de la jurisdicción

---

<sup>401</sup> Nash, Claudio, *Control de convencionalidad de la dogmática a la implementación* (México, Ed. Porrúa, IMDPC, 2013).

<sup>402</sup> *Ibíd.*, pp. 189-207

ordinaria puede inaplicar una ley interna por medio del control difuso de convencionalidad, si la ley no ha sido declarada inconstitucional. El autor también plantea el problema sobre cuál es el límite entre la obligación de los jueces de implementar el control de convencionalidad, para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional y la obligación del poder legislativo de superar las antinomias entre la legislación interna y los compromisos internacionales.

Claudio Nash también plantea el problema de determinar cuál es la jurisprudencia aplicable, en caso de haber más de un pronunciamiento, uno de la Corte Interamericana y otro interno. Otro problema que expone Claudio Nash es el riesgo que existe de que la Corte Interamericana abra un espacio a la doctrina del margen de apreciación nacional, para salvar las dificultades que surgen de aplicar el control de convencionalidad en el ámbito interno de los Estados. Considera que el peligro consiste en que el uso de esta doctrina puede llevar a la desnaturalización de las obligaciones de los Estados y, por consiguiente, puede incrementar el riesgo de incurrir en responsabilidad internacional. También considera que parece poco plausible aplicar esta doctrina desde el punto de vista de la seguridad jurídica, porque el desarrollo del control de convencionalidad puede estar sujeto a los vaivenes políticos de los Estados.

### **3.5.1.2 Teoría utilizada**

El autor acude al constitucionalismo en materia de derechos fundamentales, que pugna por una concepción fuerte de los derechos humanos y por una incorporación sustantiva de los estándares desarrollados en el ámbito internacional. Asimismo, el autor toma como modelo al Estado constitucional de derecho, para lo cual examina los distintos modelos de Estado de derecho desarrollados en los países occidentales. Analiza el Estado de derecho, su origen y concepciones. Examina el Estado liberal y su crisis que dan nacimiento al Estado social de

derecho, y a un nuevo modelo de Estado constitucional, que fortalece la democracia y los mecanismos de tutela de los derechos humanos.

### **3.5.1.3 Metodología**

La metodología del autor se basa primordialmente en el análisis documental de sentencias de la Corte Interamericana. Claudio Nash examina ciertos derechos como la vida privada, la libertad de información, la integridad personal, la orientación sexual, la igualdad y no discriminación, así como algunos derechos económicos, sociales y culturales. Análisis que emprende a partir de las sentencias de la Corte Interamericana.

### **3.5.1.4 Resultados y/o conclusiones**

El autor incluye conclusiones en cada uno de sus capítulos. Por ejemplo, respecto de la delimitación conceptual, contenido y alcance del control de convencionalidad, experiencias y dificultades en su aplicación, el autor expone que el análisis contextual, conceptual y jurisprudencial del control de convencionalidad, reafirma la importancia de este control para evitar el riesgo de que los Estados incurran en responsabilidad internacional. Manifiesta que para eso, los Estados deben incorporar estándares y aplicar directamente las normas internacionales, analizando su compatibilidad con las normas internas.

Asimismo, Claudio Nash enfatiza que el control de convencionalidad no viene a ser una obligación nueva, sino más bien representa la concepción de un deber ya existente en los Estados, de garantizar los derechos humanos, sin que para ello la Corte Interamericana imponga un determinado sistema de control de constitucionalidad.

## **3.5.2 Manuel Fernando Quinche Ramírez. El control de Convencionalidad<sup>403</sup>**

### **3.5.2.1 Problemas analizados**

El autor examina en su obra el control concentrado y en control difuso de convencionalidad. El primero a cargo de la Corte Interamericana y el segundo a cargo de los jueces y tribunales de los Estados Parte de la Convención Americana. El autor explica que el hecho problemático es que el derecho interno, local o nacional, de los distintos Estados Parte, con sus controles de legalidad y constitucionalidad, es insuficiente para la defensa de los derechos humanos; los casos fallados por la Corte Interamericana, explica el autor, bastan para evidenciar esta insuficiencia.<sup>404</sup>

### **3.5.2.2 Teoría Utilizada**

El autor expone que el control de convencionalidad no es una teoría articulada por el autor o una escuela, sino un acontecimiento que se despliega en los Estados Parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En este sentido, aclara que se está frente a un hecho que se desarrolló con distintas intensidades y no frente a una hipótesis que deba demostrarse. Los principales aspectos teóricos desarrollados por el autor se refieren a los elementos conceptuales y operativos del control de convencionalidad; los modos de recepción en los Estados Parte, su impacto en el sistema de fuentes normativas.<sup>405</sup>

---

<sup>403</sup> Quinche Ramírez, Manuel Fernando, *El control de convencionalidad* (Bogotá, Ed. Temis, 2014).

<sup>404</sup> *Ibid.*, p. 1.

<sup>405</sup> *Ibid.*, pp. 50-110.

### **3.5.2.3 Metodología**

Se trata de una obra de investigación documental y teórica. El autor toma sus elementos de las resoluciones de la Corte Interamericana más relevantes que dieron origen y desarrollo tanto al control concentrado como difuso. Con el análisis de estos fallos, define los contornos y los alcances del control difuso de convencionalidad.

### **3.5.2.4 Resultados y/o conclusiones**

A manera de conclusión el autor expone que el control de convencionalidad ha generado una tensión entre la soberanía nacional y la afirmación del principio de supremacía de la Constitución, enfrentado al control de convencionalidad, que supone que los jueces y las autoridades públicas de un Estado están obligadas a resolver los asuntos de su competencia, no solo a partir del derecho local, sino del derecho convencional.<sup>406</sup>

Quinche Ramírez expone que el control convencional enfrenta otros cuestionamientos como la objeción democrática que cuestiona la legitimidad de una Corte Interamericana integrada por siete jueces. Una de las versiones de la objeción democrática consiste en el argumento contra mayoritario, conforme al cual, al poder judicial no le corresponde asumir un papel activo en la implementación de los derechos sociales, en virtud de razones democráticas ligadas al respecto de la división de poderes.<sup>407</sup>

En relación con los logros del despliegue del control de convencionalidad por parte de los jueces locales de los Estados Parte, el autor indica que se pueden evaluar en tres niveles. El primero consiste en el despliegue directo del control en

---

<sup>406</sup> *Ibid.*, p. 164.

<sup>407</sup> *Ibid.*, p. 168.

la aplicación de la regla que prohíbe las amnistías. De acuerdo con estas reglas, las leyes de amnistía, indulto o perdón general, constituyen violaciones *per se* a la Convención Americana.

En el segundo nivel, el autor expone la manera como distintos Estados Parte de la Convención han ejercido el control de convencionalidad, adaptando interpretaciones provenientes de la Corte Interamericana y diseñando reglas jurisprudenciales que evidencian estar frente a un control activo.

El tercer nivel lo analiza el autor en relación con el despliegue del control de convencionalidad en el derecho colombiano, en cuatro escenarios. 1) El ejercicio del control de convencionalidad a partir de los derechos de las víctimas; 2) El ejercicio del control de convencionalidad sobre las leyes en Colombia; 3) El ejercicio de control de convencionalidad en la jurisdicción penal, y 4) El ejercicio del control de convencionalidad en la jurisdicción administrativa.<sup>408</sup>

### **3.5.3 Ernesto Rey Cantor, Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos<sup>409</sup>**

#### **3.5.3.1 Problemas analizados**

El autor analiza varios problemas derivados de la implementación del control de convencionalidad de las leyes. Uno de esos problemas se refiere a la soberanía de los Estados. El autor considera que si el reconocimiento de los derechos humanos era un asunto reservado a la jurisdicción exclusiva de la soberanía de los Estados, el resultado es una jurisdicción internacional a la que deben someterse. Es el criterio que asumió la Corte Interamericana en el caso

---

<sup>408</sup> *Ibid.*, pp. 173-191.

<sup>409</sup> Rey Cantor, Ernesto, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos* (México, Ed. Porrúa, 2008).

Castillo Petruzzi y otros contra Perú, en el que sostuvo que al aceptar la jurisdicción de la Corte, Perú lo hizo en ejercicio de su soberanía.<sup>410</sup>

Otro problema examinado por el autor, concierne a la responsabilidad internacional de los Estados Parte de la Convención Interamericana. Al respecto, precisa que la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana ha sido constante al establecer que un Estado que ha contraído válidamente obligaciones internacionales, está obligado a introducir en su legislación las modificaciones que sean necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos contraídos.<sup>411</sup>

### **3.5.3.2 Teoría analizada**

El autor examina los elementos teóricos y conceptuales del control de convencionalidad. En su examen incluye al principio de primacía del derecho internacional y la solución de los conflictos entre el derecho interno y el internacional. También analiza el bloque de constitucionalidad y la jurisdicción constitucional supranacional.

### **3.5.3.3 Metodología**

El autor realiza un estudio teórico conceptual que respalda con el análisis de las opiniones consultivas y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, lo que hace en forma extensiva, con el fin de fijar los alcances del control de convencionalidad. Por ejemplo, en el caso Lacayo contra Nicaragua, en el que la Corte Interamericana resolvió que su competencia contenciosa no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto, sino que es ejercida para

---

<sup>410</sup> *Ibíd.*, pp. XLII-XLV.

<sup>411</sup> *Ibíd.*, pp. LXII-LXIII.

resolver casos concretos en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención.<sup>412</sup>

### **3.5.3.4 Resultados y/o conclusiones**

El autor presenta sus conclusiones de manera sistemática, en relación con los temas tratados. Su primera conclusión es que los tratados internacionales de derechos humanos constituyen límites heterónomos al Poder Constituyente y al Poder de Reforma Constitucional. Otra conclusión del autor es la crisis jurídica de las principales teorías y principios del derecho Constitucional y del derecho Administrativo.

### **3.6 Conclusiones sobre el estado del arte**

El tesista logra generar algunas conclusiones del análisis de las obras reseñadas. En principio, los estudios realizados sobre el control de convencionalidad son de carácter teórico-conceptual, respaldados con análisis de casos y jurisprudencia nacional e internacional. No se trata, por tanto, de investigaciones cuantitativas, puesto que no examinan los temas con datos estadísticos ni contienen técnicas de encuestas y entrevistas que indiquen las opiniones y perspectivas de los operadores jurídicos que aplican el control difuso.

Los enfoques doctrinales analizados brindaron una perspectiva para realizar una investigación cualitativa orientada a determinar, desde la visión de los operadores jurídicos, cuáles son los derechos humanos que han protegido los jueces locales y federales, en un espacio geográfico específico, como lo es la ciudad de Mexicali, Baja California, en el periodo 2011 al 2015, por ser el año 2011 en el que se inició el control difuso constitucional y convencional en México, y el año 2015 por ser aquel en que concluyó el programa de doctorado.

---

<sup>412</sup> *Ibid.*, p. 68.

Además de la perspectiva metodológica, el estado del arte resultó útil para definir y construir la información empírica a partir del análisis de las resoluciones de los juzgadores federales, y con ello responder la pregunta general de la investigación y confirmar la hipótesis de la misma.

**CAPÍTULO 4**

**ELEMENTOS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES**

**SOBRE EL PROCEDIMIENTO Y LOS ALCANCES DEL**

**CONTROL DIFUSO**



El control difuso de convencionalidad en México surgió con el impulso de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En palabras de Ferrer Mac-Gregor: “Consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus Protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Corte IDH)...”<sup>413</sup>.

El control difuso, constitucional y convencional, impone un nuevo método jurídico, no sólo para los jueces en la aplicación del derecho, sino también para el legislador, en la elaboración de las normas jurídicas; el poder legislativo debe cuidar que las leyes que expida no contravengan los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales. En ese sentido, el control difuso repercute en distintas áreas, como lo son la elaboración de las normas jurídicas, su entendimiento y aplicación en un sistema de fuentes multinivel que comprende aspectos de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad internacional sobre derechos humanos.

Una metodología básica para realizar adecuadamente este control requiere determinar cuáles son los órganos jurisdiccionales a los que les corresponde aplicar el control difuso; identificar las normas que sirven de parámetro de regularidad constitucional y convencional, así como las normas que son objeto de control, precisando si las normas constitucionales y los tratados internacionales quedan incluidas en el control difuso. También requiere identificar el procedimiento de control difuso; precisar los aspectos metodológicos básicos necesarios para su aplicación y los alcances de las resoluciones en que se aplica el control difuso.

---

<sup>413</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez Mexicano”. En *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de derechos humanos y los jueces nacionales*, pp. 133-134.

## 4.1 Órganos que realizan el control difuso de convencionalidad

El control difuso convencional surge a partir del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, resuelto el veintiséis de septiembre de dos mil seis, que declaró la invalidez de un decreto que perdonaba los crímenes de esta humanidad, cometidos en la dictadura militar de Augusto Pinochet. En la sentencia se sostiene que, cuando el poder legislativo falla en su tarea de suprimir o no adoptar leyes contrarias a la Convención, el poder judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y debe abstenerse de aplicar cualquier norma contraria a ella; debe realizar una interpretación convencional, verificando si las leyes son compatibles con la Convención Americana, convirtiéndose así en guardianes de convencionalidad. La aplicación de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad para el Estado. El poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación del mismo.<sup>414</sup>

Existe una evolución en el control difuso de convencionalidad, que se puede apreciar en las sentencias dictadas por la Corte Interamericana, en los casos siguientes: *Almonacid Arellano vs. Chile*; el caso de los *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*; caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, y caso *Gelman vs. Uruguay*, en las que se han ampliado los sujetos de control para incluir a cualquier autoridad pública y no sólo al Poder Judicial, destacando además que se trata de una obligación de oficio.<sup>415</sup>

En estos fallos, la Corte IDH ha reiterado que cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos al tratado, lo que los obliga a velar a fin de

---

<sup>414</sup> *Ibíd*, pp.134-135.

<sup>415</sup> Bazán, Víctor, “Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad”, p. 18.

que las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Por eso, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados a ejercer de oficio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Para ello deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención.

A pesar de que los jueces son los órganos naturales destinatarios del referido control, queda claro que no solo ellos deben de realizarlo, sino también toda autoridad pública, en tanto que el compromiso asumido por el Estado Parte al suscribir la Convención Americana, vincula a todos sus poderes públicos. En suma, deben realizar el control difuso en México todos los jueces y órganos jurisdiccionales, los poderes legislativos de la Federación y de los Estados y la administración federal, así como los poderes públicos de las entidades federativas. Es importante destacar que si el poder legislativo y el ejecutivo no realizan sus funciones de acuerdo con los instrumentos internacionales de derechos humanos, entonces los órganos jurisdiccionales ordinarios y los de control constitucional, podrán inaplicar sus normas o invalidar sus actos, realizando así el control difuso.

#### **4.2 Normas controlantes y normas controladas**

Se distinguen dos grupos de normas en el procedimiento de control difuso constitucional y convencional de derechos humanos en el sistema americano. Un grupo de normas de derecho interno de cada Estado Parte de la Convención Americana, que en su momento pueden ser confrontadas con las normas de derecho internacional americano en materia de derechos humanos. Estas normas de derecho interno son las normas objeto de control difuso. Un segundo grupo de

normas, está conformada por la Convención y sus protocolos. Estas normas funcionan como parámetro para determinar si las normas de derecho interno respetan los derechos fundamentales reconocidos en las normas convencionales de derechos humanos. Si de esta confrontación se determina que no existe compatibilidad, se deben inaplicar las normas domésticas para preservar y garantizar el pleno ejercicio y respeto a los derechos humanos. El fundamento radica en las obligaciones que a los Estados Partes les impone el artículo 1° de la Convención.<sup>416</sup>

Al respecto, resulta orientadora la tesis sustentada por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, con residencia en el Distrito Federal, al resolver el amparo directo 505/2009, el 21 de enero de 2010, de rubro y texto siguiente:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. La Corte Interamericana ha emitido criterios en el sentido de que, cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado internacional, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus Jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las disposiciones ahí contenidas no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que contraríen su objeto y fin, por lo que se debe ejercer un "control de convencionalidad" entre las normas de derecho interno y la propia Convención, tomando en cuenta para ello no sólo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado. Lo anterior adquiere relevancia para aquellos órganos que tienen a su cargo funciones jurisdiccionales, pues deben tratar de suprimir, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o delimitar el derecho de acceso a la justicia.<sup>417</sup>

---

<sup>416</sup> “**Artículo 1.** Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

<sup>417</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI, Marzo de 2010, p. 2927, 9ª Época, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, tesis aislada I.4o.A.91 K.

#### **4.2.1 Normas controladas de derecho interno ¿Son las normas constitucionales objeto de control difuso de convencionalidad?**

Al formularse la pregunta: ¿sobre qué normas nacionales se debe ejercer la comparación? Hitters<sup>418</sup> explica que, en puridad, la Corte Interamericana no ha hecho una descripción de qué tipo de preceptos locales deben ser controlados, por lo que estima que cualquier regla de alcance general y abstracto, sea ley, decreto, ordenanza, constituciones (nacional y provincial), tiene que estar incluida en el concepto aludido.

En cambio, Ernesto Jinesta<sup>419</sup> expresa que en los casos “Almonacid Arellano c/ Chile” y “Trabajadores Cesados del Congreso c/ Perú”, la Corte Interamericana señaló que el control recae sobre las “leyes”, “normas jurídicas internas” o “normas internas”, y añade que una cuestión que puede surgir sobre las normas objeto de control, es la relacionada con actos sometidos al derecho público de efectos generales, pero que no se pueden catalogar como normas jurídicas, como la instrucción, la circular y la directriz. Considera que es posible someter tales manifestaciones de los poderes públicos al control de convencionalidad, precisamente por su eficacia general. Esta observación resulta de interés y tomando en cuenta que los actos que indica no constituyen normas jurídicas, pese a su generalidad, su control difuso debe realizarse como actos de la administración pública, y no como actos legislativos.

El mismo autor se cuestiona si las reformas a la Constitución realizadas por el poder reformador, así como las normas constitucionales pueden ser objeto de control de convencionalidad internacional de derechos humanos. Considera que el

---

<sup>418</sup>Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Revista Estudios Constitucionales* (2009): pp. 120-121.

<sup>419</sup>Jinesta Lobo, Ernesto, “Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales”. En *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, pp. 269-288, (México, Ed. FUNDAp, 2012), p. 279.

poder reformador, en cuanto órgano constituido, puede ser objeto de ese control. Respecto de las normas constitucionales, se pronuncia en favor de su control convencional y, en su defecto, propone una “cuestión prejudicial de convencionalidad”, de manera similar a la cuestión prejudicial prevista en el sistema jurisdiccional de la Unión Europea.<sup>420</sup>

Al examinar el tema sobre el material normativo objeto de control de convencionalidad, Nestor Pedro Sagüés considera que, en definitiva, cualquier regla jurídica doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etc.), está sometida al control de convencionalidad, el cual parte del supuesto de que el Pacto predomina sobre la Constitución, y no que es igual a ella. Considera que esta cuestión será probablemente el talón de Aquiles de la doctrina del control de convencionalidad. A su entender, el conflicto debe dilucidarse partiendo del supuesto axiológico de que el bien común internacional se erige como un valor superior al bien común nacional.<sup>421</sup>

En el caso “La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”,<sup>422</sup> resuelto el 5 de febrero de 2001, la Corte Interamericana determinó al interpretar el artículo 2º de la CADH, lo siguiente:

85. La Corte ha señalado que el deber general del Estado, fijado en ese precepto, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.

[...]

87. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho

---

<sup>420</sup> *Ibid.*, pp. 279- 280.

<sup>421</sup> Sagüés, Nestor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Revista Estudios Constitucionales* 1 (2010): pp. 124-125.

<sup>422</sup> Caso “La última tentación de Cristo”. En *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, coordinado por García Ramírez, Sergio, volumen I, 706-720 (México, IJ UNAM, 2006), pp. 716-717.

interno las modificaciones necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial (cfr. Caso Durant y Hugarte. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C. No. 68, párr. 137.). La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*) [efecto útil]. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas solo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.

88. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19, número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención.

En su voto concurrente, el Juez Cancado Trindade<sup>423</sup> expresó su conformidad con el párrafo 72 del fallo de referencia, conforme al cual:

(...) la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación a las normas del derecho internacional de derechos humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

Asimismo, Cancado Trindade considera en su voto concurrente que la vigencia de una norma de derecho interno, independientemente de su rango, constitucional o infraconstitucional, puede por su propia existencia y aplicabilidad, comprometer la responsabilidad de un Estado Parte respecto de un tratado de derechos humanos. Sostiene que la existencia de víctimas provee el criterio decisivo para distinguir el examen en abstracto de una disposición legal, de la determinación de la incompatibilidad de dicha disposición con la Convención

---

<sup>423</sup> Cancado Trindade, Antonio Augusto, *Derecho internacional de los Derechos Humanos. Esencia y trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006)*. (México, Ed. Porrúa, 2007), p. 224.

Americana. Considera que esta Convención, junto con otros tratados de derechos humanos fueron “concebidos y adoptados con base en la premisa de que los ordenamientos jurídicos internos deben armonizarse con las disposiciones convencionales, y no viceversa”. Por consiguiente, expone que, en su entendimiento, la existencia misma de una norma de derecho interno legitima a las víctimas de violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana a requerir su compatibilización con las disposiciones de la Convención, (...) sin tener que esperar por la ocurrencia de un daño adicional por la aplicación continuada de dicha norma.<sup>424</sup>

Los principios de buena fe, efecto útil y *pacta sunt servanda*, también abonan por el control convencional de las normas de derecho interno, sin importar que sean de rango constitucional, cuando resulten contrarias a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales o a su interpretación jurídica establecida por la Corte Interamericana. Al respecto, el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, dispone lo siguiente: “ARTÍCULO 26 Pacta Sunt Servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

Expone Ferrer Mac-Gregor: “Los principios de Derecho Internacional relativos a la buena fe y al *effect utile*, que involucra a su vez al principio *Pacta Sunt Servanda*, constituyen fundamentos internacionales para que los tratados internacionales sean cumplidos por parte de los estados nacionales...”. Asimismo, añade Ferrer Mac-Gregor, en la *Opinión Consultiva 14/94, de 9 de diciembre de 1994*, el Tribunal Interamericano ha establecido respecto a los alcances interpretativos de los artículos 1 y 2 de la Convención Interamericana, atinentes a

---

<sup>424</sup> *Ibid.*, pp. 225-227.

las obligaciones de los Estados Parte, que deben ser cumplidas de buena fe; que no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno.<sup>425</sup>

Si bien se puede considerar, de acuerdo con las anteriores opiniones doctrinales y los principios de buena fe, efecto útil y *pacta sunt servanda* y de conformidad con lo resuelto por la Corte Interamericana en el caso “La última tentación de Cristo”, que existe consenso, en términos generales, respecto al control convencional de las normas constitucionales de los Estados Parte de la Convención Americana, es pertinente aclarar que ese consenso se refiere al control concentrado que realiza la Corte Interamericana, puesto que resulta cuestionable que proceda su examen mediante el control difuso de convencionalidad, que le corresponde realizar a los jueces nacionales. Existen argumentos que se oponen a que estos juzgadores desapliquen las normas constitucionales. Sin embargo, también existen contraargumentos. Tales razones serían las siguientes:

1. Las normas constitucionales junto a los tratados internacionales sirven de parámetro para establecer la constitucionalidad y convencionalidad de las demás normas de derecho interno. Que una norma de la Constitución pueda ser inconstitucional, se presenta de inmediato como una proposición contradictoria del principio lógico de identidad, en tanto que la norma no puede ser constitucional e inconstitucional a la vez. Esto, si se admite que las normas internacionales que reconocen los derechos humanos también forman parte de la Constitución. No obstante, también existen razones para considerar, que aun en el supuesto de que estas normas no puedan ser consideradas inconstitucionales, sí podrían ser inconvencionales, puesto que si bien todas las normas internacionales de derechos

---

<sup>425</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, p. 158.

humanos forman parte de la Constitución, no necesariamente todas las normas constitucionales están de acuerdo con la Convención Americana y sus Protocolos.

Por otra parte, también es posible admitir jurídicamente que la inclusión de una norma a la Constitución no garantiza su pertenencia a la ley fundamental. Lo anterior puede explicarse atendiendo a dos criterios de pertenencia, uno formal y otro material. El primero exigiría que se cumplan las formalidades exigidas para la reforma de la Constitución. El segundo criterio exigiría la conformidad de la norma incorporada a los principios y valores de la Constitución, dentro de los cuales destacan los derechos humanos. Eventualmente, estos requisitos de pertenencia material a la Constitución, pueden ser incumplidos a juicio del órgano jurisdiccional que realice el control del órgano reformador de la Constitución.

2. Una norma constitucional expresa la voluntad del poder constituyente y no puede ser desaplicada por un poder constituido, salvo que se trate del órgano de control constitucional al que expresamente se le hubiese conferido esa facultad; por lo que un juez ordinario, como órgano constituido, no puede desaplicar una norma de la ley fundamental por razones de inconstitucionalidad, o de inconventionalidad, en tanto no está facultado por el ordenamiento jurídico interno (principio de legalidad). Puesto que los artículos 1° y 133° de la Constitución, no autorizan a los jueces ordinarios a que desapliquen normas constitucionales. Por otra parte, la Corte Interamericana, al pronunciarse a favor de que los jueces nacionales apliquen el control difuso de convencionalidad, lo ha hecho indicando que debe realizarse el control de acuerdo con las normas competenciales de derecho interno. Así lo sostuvo en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, y otros casos. Por tanto, el control de las normas constitucionales le correspondería en todo caso al órgano interno expresamente facultado, o bien al tribunal internacional al que el Estado se hubiese sometido.

Lo anterior tiene que ver con la rigidez de la Constitución y su intangibilidad. Como explica Tena Ramírez, la Supremacía de la Constitución presupone dos condiciones: el poder constituyente es distinto de los poderes constituidos, la Constitución es rígida y escrita. Considera que la separación y supremacía del poder constituyente respecto de los poderes constituidos, actúa con diferencias de tiempo y de funciones. Al respecto, expone lo siguiente:

Cronológicamente el constituyente precede a los poderes constituidos; cuando aquél ha elaborado su obra, formulando y emitiendo la Constitución, desaparece del escenario jurídico del Estado, para ser sustituido por los órganos creados. Desde el punto de vista de las funciones, la diferencia también es neta: el poder constituyente no gobierna, sino solo expide la ley en virtud de la cual gobiernan los poderes constituidos; estos, a su vez, no hacen otra cosa que gobernar en los términos y límites señalados por la ley emanada del constituyente, sin que puedan en su carácter de poderes constituidos alterar en forma alguna la ley que los creó y los dotó de competencia.

La intangibilidad de la Constitución en relación con los poderes constituidos significa que la Constitución es rígida. En ningún sistema constitucional se admite ciertamente que cualquier órgano constituido pueda poner la mano en la Constitución, pues tal cosa implicaría la destrucción del orden constitucional.<sup>426</sup>

Los argumentos contrarios a esta postura se fundan en los principios antes mencionados, de buena fe, efecto útil y *pacta sunt servanda*, en estrecha relación con el deber de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana, de conformidad con lo previsto en el artículo 1° de la CADH. Otro fundamento es el artículo 1° de la Constitución que impone a todas las autoridades la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, de conformidad con los principios de universalidad,

---

<sup>426</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano* (México, Ed. Porrúa, 2004), pp. 12-13.

interdependencia, indivisibilidad y progresividad, y que establece además el principio pro persona. Por otra parte, el poder constituyente permanente, de acuerdo con la doctrina es un órgano constituido,<sup>427</sup> por lo que no habría obstáculo para que las normas constitucionales fueran revisadas mediante el control difuso de convencionalidad. Otro argumento en favor del control difuso es que las garantías de los derechos humanos también constituyen un derecho humano, de carácter instrumental. Por tanto, se podría invocar una interpretación extensiva en favor del derecho humano de garantía para que incluya el control de las normas constitucionales, en lugar de aplicar un criterio restrictivo, que excluya ese control.

3. Las normas constitucionales, como leyes fundamentales, resultan indisponibles para los jueces ordinarios, que pueden aplicarlas, pero no desaplicarlas por razones de contravención a la propia carta fundamental. Su desaplicación por cualquier autoridad jurisdiccional interna puede provocar inseguridad jurídica y ser un factor de desestabilización del sistema normativo y democrático en el que una nación se encuentra organizada políticamente por medio de su Constitución. Un contraargumento es que todo sistema normativo tiene mecanismos que permiten mantener su unidad en la aplicación del derecho. Las contradicciones de criterios derivadas del control difuso, se resuelven por medio del sistema de contradicción de tesis, que se aplica en otros mecanismos de protección, como el juicio de amparo.

La Suprema Corte ya se pronunció sobre este tema controvertido. Sostiene que no se puede realizar el control de constitucionalidad a través del juicio de amparo ni por medio de un control difuso de constitucionalidad, debido a que las normas que integran la Constitución General de la República, constituyen la fuente

---

<sup>427</sup> Flores, Imer B., *Sobre la Reforma a la Constitución y su Control: a propósito de las implicaciones del amparo 186/2008*, en *Reforma y Control de la Constitución. Implicaciones y límites*, coordinado por César Astudillo y Lorenzo Córdova, (México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2011), p. 133.

de todo el ordenamiento jurídico y deben considerarse como mandatos inmunes a cualquier tipo de control jurisdiccional.<sup>428</sup> Por tanto, si los Estados Parte se han obligado a adecuar sus ordenamientos internos a lo acordado en la Convención Americana y demás instrumentos regionales y si se han sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, debe concluirse que la posibilidad de revisar sus constituciones para determinar si son o no compatibles con los referidos instrumentos, corresponde exclusivamente a la Corte Interamericana, por medio del control concentrado.

#### **4.2.2 ¿Son los tratados internacionales objeto de control difuso de convencionalidad?**

En relación con los tratados internacionales, cabe la posibilidad de realizar el control difuso cuando violen derechos fundamentales. Este control sería independiente del que le corresponde a los órganos de control constitucional concentrado. Ahora, cabe aclarar que no cualquier tratado podría desaplicarse por un juez ordinario en el ejercicio del control difuso de constitucionalidad o de convencionalidad internacional de derechos humanos, puesto que no cabría esa posibilidad respecto de tratados en los que uno o más Estados firmantes no formaran parte de la Convención o bien que, formando parte de ella, no hubiesen reconocido la jurisdicción de la Corte Interamericana. Esto se explica porque si no forman parte de la Convención o no han aceptado esa jurisdicción, entonces no les resulta aplicable el control concentrado de convencionalidad que realiza la Corte Interamericana, ni el control difuso que deriva de ella. Lo que se justifica porque el objeto de los citados mecanismos de control, concentrado y difuso, consiste en

---

<sup>428</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 3, Febrero de 2014, Tomo II, p. 938, 10ª Época, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2a./J. 3/2014, rubro: *CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. NO PUEDE REALIZARSE RESPECTO DE LOS PRECEPTOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.*

determinar si una norma, en el caso, una norma contenida en un tratado internacional, es compatible con los instrumentos de derechos humanos del sistema regional americano. Esta función resultaría jurídicamente inadmisibles si un Estado firmante del tratado internacional no se encontrara en alguno de los supuestos mencionados. Empero, como ya se aclaró, existe la posibilidad de examinar los tratados internacionales por medio de los órganos jurisdiccionales de control constitucional concentrado, mediante el juicio de amparo.

#### **4.2.3 Normas de derecho internacional que integran el parámetro del control difuso de convencionalidad**

Al preguntarse ¿con base en qué normas supranacionales se debe ejercer el control de convencionalidad? Juan Carlos Hitters<sup>429</sup> expone que cuando hablamos de estas normas no nos referimos sólo al Pacto de San José (Convención Americana sobre Derechos Humanos), sino a otros tratados internacionales, al *ius cogens* y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que integran el cuerpo jurídico convencional de derechos humanos.

Respecto al tema del material normativo controlante, Nestor Pedro Sagüés<sup>430</sup> considera necesario realizar ciertas explicitaciones: a) el material controlante no consiste exclusivamente en las normas del Pacto, sino también en la interpretación dada a esas reglas por la Corte Interamericana, sin distinguir entre interpretaciones vertidas en sentencias o en opiniones consultivas; b) la Corte realiza una interpretación mutativa por adición en su condición de intérprete definitivo del Pacto. El Tribunal ha agregado algo al contenido inicial del Pacto, aunque el texto literal de éste no ha variado; c) Con la doctrina del control de convencionalidad, la Corte Interamericana afirma como obligatoria una tesis,

---

<sup>429</sup> Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, p. 120.

<sup>430</sup> Sagüés, Nestor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, pp. 125-126.

semejante, de algún modo, al *stare decisis*, o valor del precedente estadounidense, en aras de uniformar la interpretación de los derechos humanos que emergen del Pacto de San José de Costa Rica. El efecto inexorable es una sensible reducción de las facultades de los jueces nacionales en la interpretación de los derechos humanos. Estos derechos deberán ser comprendidos con el significado que se les ha dado por la Corte Interamericana.

El conjunto de normas internacionales que conforman el parámetro del control difuso de convencionalidad, ha dado lugar a la expresión “bloque de convencionalidad”, de manera semejante a la expresión “bloque de constitucionalidad”. Esta última expresión, explica Edgar Carpio Marcos,<sup>431</sup> desconocida en el derecho constitucional de todo el siglo XIX y casi todo el XX, no es de cuño legislativo y jurisprudencial, sino doctrinal. Conforme a la opinión más extendida, se utilizó en la década de los 70’s por Louis Favoreau, en la Decisión D-44, de 16 de julio de 1971, emitida por el Consejo Constitucional francés. En ella se declaró la inconstitucionalidad de una ley que modificaba una disposición legislativa, que limitaba el régimen de las asociaciones. Para declarar su invalidez, el Consejo consideró que la ley cuestionada debía ser analizada no sólo a partir de la Constitución francesa de 1958, sino también tomando como norma paramétrica a la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. El Consejo estimó que tal Declaración formaba parte de las normas con *valeur constitutionnelle*.

El propio autor expone que el concepto de “bloque de constitucionalidad” es tributario de una idea análoga existente en el proceso contencioso administrativo francés. Expone que es el mismo Favoreau quien indica que se trata de una

---

<sup>431</sup> Carpio Marcos, Edgar, “Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes”. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal y Constitucional* 4 (2005): pp. 81-82.

adaptación del concepto “bloque de legalidad”, acuñado por Maurice Hauriou a principios del siglo XX. Este bloque lo utiliza el Consejo de Estado francés para realizar el control de la legalidad de los actos administrativos.<sup>432</sup>

El bloque de convencionalidad se integra, en primer lugar, con la propia Convención Americana, conocida como Pacto de San José, y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, según lo ha establecido la propia Corte. Sobre este tema, Eduardo Ferrer Mac-Gregor añade que la Corte IDH ha ido ampliando el *corpus iuris* interamericano para incluir los Protocolos adicionales a la Convención y su interpretación. Entre ellos se incluyen el Protocolo de San Salvador, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belém Do Pará para la Erradicación de Violencia contra la Mujer y la Convención sobre Desaparición Forzada. Asimismo, se incluyen otros actos internacionales de la misma naturaleza (tratados), en términos del artículo 29, inciso d), de la Convención.<sup>433</sup>

Es importante destacar que el bloque de convencionalidad enriquece el sistema de fuentes en la labor jurisdiccional del juez ordinario, al incorporar los instrumentos internacionales de derechos humanos en la solución de las controversias jurídicas. En su actividad el juez debe atender y, en su caso, interpretar diversas fuentes legales, las constitucionales y las internacionales en materia de derechos humanos. El juez de legalidad se transforma en un juez de la constitucionalidad y de convencionalidad internacional. La ley deja de ser el principal elemento en el razonamiento judicial, que se fortalece por la necesidad de proteger los derechos humanos. El juez ordinario se convierte en un garante de

---

<sup>432</sup> *Ibid.*

<sup>433</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. En *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, pp. 107-186 (México, Ed. FUNDAp, 2012), pp. 152-153.

los derechos fundamentales, lo que posibilita entender los procesos jurisdiccionales ordinarios como procesos de garantía de estos derechos. Esta dinámica fortalece el estatuto subjetivo de los justiciables, en tanto que sus derechos humanos pueden ser protegidos en las instancias comunes, sin perjuicio de que lo resuelto por los órganos judiciales ordinarios eventualmente pueda ser revisado mediante los procedimientos de control constitucional concentrado.

Asimismo, al incorporar los instrumentos internacionales de derechos humanos, que conforman el bloque de convencionalidad en el razonamiento judicial en sede ordinaria, se transforma radicalmente la metodología del trabajo judicial. Los instrumentos internacionales representan herramientas normativas que deben de ser interpretadas y contrastadas. Así, la labor interpretativa debe ser coherente y conforme, no sólo al derecho interno, sino también al derecho internacional. Es relevante establecer que el uso de estas herramientas impone superar los métodos tradicionales de razonamiento judicial: el silogismo jurídico y la subsunción. Estos métodos, propios de una visión formalista del derecho, dan paso a métodos de ponderación, racionalidad y proporcionalidad, orientados a lograr la eficacia de una Constitución material, representada por los derechos humanos.

### **4.3 Procedimiento para realizar el control difuso de convencionalidad**

Para llegar al control difuso en México, han debido superarse concepciones sobre la justicia y sobre la forma de aplicar el derecho. La primera es la legalista o positivista en la que la tarea de aplicar la ley es inexcusable, sin posibilidad de examinar su constitucionalidad. La segunda, se podría situar “entre la legalidad y la constitucionalidad”, que incorpora la idea de la Constitución como norma y permite la posibilidad de examinar la constitucionalidad de la ley. En algunos países como España se puede formular una consulta a través de un incidente o

cuestión de inconstitucionalidad, pero sin que el juez pueda desaplicar por sí mismo la norma.

De acuerdo con Manuel Aragón Reyes: “*La cuestión de inconstitucionalidad (introducida en Austria en 1929 e incluida en el modelo español en 1931) no venía a alterar sustancialmente el primitivo esquema kelseniano de que la Constitución sólo establece obligaciones jurídicas para el legislador, ya que al impedir a los jueces constatar la invalidez de la ley contraria a la Constitución, lo que significaba más bien es un refuerzo de la idea de que los jueces no podían aplicar las normas constitucionales*”.<sup>434</sup> Esto es, cuando una norma constitucional se encuentra contradicha por una norma ordinaria, el juez no puede aplicar directamente la norma constitucional, sino que previamente tiene que promover la cuestión de inconstitucionalidad a fin de que el Tribunal Constitucional lo autorice a desaplicar la norma ordinaria que contradice la Constitución.

El nuevo marco de actuación de los juzgadores se desenvuelve en una corriente neoconstitucionalista, que representa un nuevo paradigma en la protección de los Derechos Humanos, que conforma el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y que ha favorecido en México al control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad.<sup>435</sup> Este modelo enfatiza la tutela de los

---

<sup>434</sup> Aragón Reyes, Manuel, “El Juez Ordinario entre legalidad y constitucionalidad”. En *Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos*, compilado por Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro y Rodolfo Vázquez, pp. 151-175 (México, Ed. Porrúa, 2008), p. 153.

<sup>435</sup> Es probable que no todos los Estados parte de la Convención Americana asuman este control difuso. Al respecto, Ferrer Mac-Gregor sostiene que de acuerdo con la propia Corte IDH, el control difuso debe realizarse por los jueces nacionales de acuerdo con su sistema de competencias, lo que le hace colegir que en los Estados que tienen un sistema concentrado, el control sólo lo realizarán los tribunales que tengan a su cargo ese control y añade que la Corte IDH no tiene facultades para cambiar el sistema de control constitucional de los Estados que sean parte de la Convención.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez Mexicano”. En *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, pp. 107-186 (México, Ed. FUNDAp, 2012), p. 148.

derechos humanos y promueve su garantía por mecanismos diversos, entre ellos el control difuso.

En cuanto al procedimiento del control difuso constitucional y convencional, el Pleno de la Suprema Corte,<sup>436</sup> determinó que la posibilidad de inaplicar leyes por los jueces del país, en ningún momento supone eliminar o desconocer la presunción de su constitucionalidad. Es precisamente esta presunción la que permite hacer el contraste previo a su aplicación. De acuerdo con la Suprema Corte, al ejercer los jueces el control constitucional y convencional en materia de derechos humanos, deberán realizar los siguientes pasos: interpretación conforme en sentido amplio, interpretación conforme en sentido estricto y, desaplicación de la norma. Enseguida se expondrá en qué consisten estos pasos.

#### **4.3.1 Interpretación conforme en sentido amplio**

Significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano es parte. Se debe favorecer en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.

#### **4.3.2 Interpretación conforme en sentido estricto**

Significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, a partir de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la

---

<sup>436</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 552, 10ª Época, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis aislada P. LXIX/2011(9a.), rubro: *PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS*.

Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano es parte. El fin es evitar que se vulneren estos derechos.

### **4.3.3 Inaplicación de la ley**

La ley debe inaplicarse cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo. Por el contrario, fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte.

De los pasos anteriores, se puede concluir que los tribunales que materialmente ejercen funciones jurisdiccionales, al examinar cualquier acto de autoridad, ley o reglamento, deben hacerlo de tal modo que prevalezcan los valores, principios y reglas consagrados en la Constitución Federal, esto es, que en todo tiempo debe imperar el principio de supremacía constitucional. De este deber surge la técnica hermenéutica de la interpretación conforme, de acuerdo con la cual, los preceptos legales deben interpretarse de conformidad con la Constitución, desestimando las interpretaciones que se le opongan.<sup>437</sup> Representa un límite para el juez ordinario en el eventual análisis de una norma frente a los postulados constitucionales, un límite que sólo puede traspasar cuando la interpretación constitucional no resulta sostenible, como sería el caso en el que el texto expreso de la ley contravenga directa e indubitablemente una norma constitucional.

---

<sup>437</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXVII, Junio de 2008, p. 1070, 9ª Época, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, tesis I.4o.A. J/61, rubro: *CONSULTA FISCAL. A PARTIR DE SU FORMULACIÓN DEBE DECLARARSE LA NULIDAD E INEFICACIA DEL ACTO QUE CONTIENE LA RESPUESTA CUANDO LA LEY EN QUE ÉSTA SE FUNDA SEA INCONSTITUCIONAL.*

Ernesto Jinesta Lobo,<sup>438</sup> otorga una definición genérica sobre la interpretación conforme. De acuerdo con ella, el juez ordinario debe optar o acoger, entre las varias soluciones interpretativas, la que permita una interpretación de la ley, norma o acto conforme al derecho de la Constitución. Por ende, debe prescindir de las que se colocan al margen de éste. Lothar Kuhlen, coincide con ese concepto, en cuanto sostiene: “*una norma ha de ser interpretada conforme a la Constitución cuando existen varias posibilidades interpretativas de las cuales por lo menos una conduce a la conformidad de la norma a la Constitución, y por lo menos otra, a la inconstitucionalidad de la norma*”.<sup>439</sup>

De manera que la interpretación conforme supone un deber por parte del juez que interpreta y aplica una ley, norma o acto, de encontrar su concordancia con la Constitución, antes de desaplicarlos. Lo que se sustenta, como lo afirma Jinesta Lobo, en una doble presunción: subjetiva, de que el legislador realizó su función dentro de los límites constitucionales (*favor legislatoris*); y objetiva, de que la ley se ajusta a los parámetros establecidos por la Constitución (*favor legis*). Presunción que el citado autor fundamenta en el principio *favor legitimitatis*, el cual pretende conservar el derecho para evitar el denominado *horror vacui*, producido por la anulación de una ley.<sup>440</sup>

Al respecto, resulta interesante la postura que asume Carlos E. Guariglia,<sup>441</sup> cuando cuestiona toda posible vinculación entre la interpretación conforme con la Constitución y la presunción de constitucionalidad de las leyes. Considera, que si bien es cierto, la Constitución no puede contener naturalmente todo el derecho, en

---

<sup>438</sup> Jinesta Lobo, Ernesto, *Relaciones entre la jurisdicción ordinaria y justicia constitucional* (México, Ed. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006), p. 14.

<sup>439</sup> Kuhlen, Lothar, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales* (Madrid, Ed. Marcial Pons, 2012), p. 25.

<sup>440</sup> Jinesta Lobo, Ernesto, *Relaciones entre la jurisdicción ordinaria y justicia constitucional*, pp. 15-16.

<sup>441</sup> Guariglia, Carlos E., *Presunción de constitucionalidad de las leyes* (Montevideo, Ed. La ley, Uruguay, 2009), p. 121.

cambio, todo el derecho del ordenamiento jurídico debe estar guiado por un criterio tendencial, respecto a la constitucionalidad, en sus aspectos formales y materiales; el autor acota que tal inclinación hacia la constitucionalidad no puede entenderse como presunción, sino como un derivado de la coherencia o consistencia a que debe responder todo ordenamiento jurídico, por ser precisamente un orden articulado de reglas y principios.

Sobre el tema, resultan ilustrativas sus palabras cuando sostiene:

La presunción de constitucionalidad de las leyes configura un claro artilugio, puesto que deviene incompatible con la sujeción directa de la función legislativa a la Ley Fundamental. Pero en especial, porque la interpretación jurídica que llevan a cabo no sólo los jueces sino cualquier operador del Derecho, debe partir de la Constitución y no de la ley, de modo que la primera no debe entenderse sólo como un límite al poder, sino también como un instrumento idóneo de estructuración del orden social desde la concepción axiológica que de ella se desprende.

Ahora bien, entender la interpretación conforme como una consecuencia de la presunción de constitucionalidad de las normas, puede provocar un riesgo en el uso del control de convencionalidad. Es decir, desde el punto de vista metodológico, podría resultar inconveniente asumir esta postura de presunción de constitucionalidad de la ley, ante la posibilidad de que se adopte un conformismo judicial al otorgar el voto a favor del legislador, cuando lo que se debe de hacer es asumir un rol activo que contemple o considere la posibilidad amplia e irrestricta con que se cuenta, de examinar una ley o acto a la luz de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales. La interpretación conforme exige realizar *un juicio de constitucionalidad y convencionalidad* de la norma. Se trata de realizar un procedimiento de reconstrucción de la norma, algo semejante al método reconstructivo de Ronald Dworkin en la elaboración de la respuesta correcta, en el entendido de que lo que se persigue es determinar la

corrección de la norma jurídica, desde su examen constitucional. Por eso, la postura del Juez tiene que ser abierta a todas las posibilidades de inconventionalidad o inconstitucionalidad, no sólo las que las partes le plantean, sino las que surjan por la propia naturaleza de los actos controvertidos, en tanto que este control procede de oficio. En esta perspectiva, al realizar la interpretación conforme, cobra relevancia el derecho a un juez independiente e imparcial, como exigencia del derecho a una tutela judicial efectiva.

#### **4.4 El control del control difuso de convencionalidad**

Es posible distinguir dos ámbitos en que se puede realizar el control de convencionalidad internacional de derechos humanos. El primero de ellos es el interno, y se encuentra a cargo de todos los jueces y tribunales que realizan el control difuso de la constitucionalidad, ya sea que lo realicen los tribunales que tienen una función de control constitucional o bien que lo aplique la autoridad jurisdiccional ordinaria, federal o local; el segundo, que podemos denominar externo o concentrado, es el que se encuentra a cargo de la Corte Interamericana.

El control interno más usual se produce cuando un juez ordinario desaplica una norma por estimarla contraria a la Convención o a los instrumentos que conforman el sistema regional americano de derechos humanos. Este control puede a su vez ser objeto de revisión interna por un tribunal de control constitucional. La función de este tribunal será determinar si la norma jurídica fue desaplicada correctamente, por infringir un derecho fundamental reconocido por la Convención o sus Protocolos. El control externo o concentrado se aplica cuando la Comisión Interamericana somete un asunto al conocimiento de la Corte Interamericana, quien resuelve el asunto en vía jurisdiccional y en su sentencia determina si existen violaciones de derechos humanos reconocidos en la

Convención o demás instrumentos vinculantes del sistema interamericano. Asimismo, impone las reparaciones correspondientes.

En el ámbito externo, la Corte Interamericana es la última instancia de control difuso de convencionalidad, en el Sistema Regional Interamericano. No es obstáculo que el Estado Parte alegue haber realizado previamente un control interno. Así lo resolvió la Corte Interamericana en el caso *Cabrera García y Montiel Flores v. México* (2010), en el que el Estado demandado hizo valer como excepción preliminar la incompetencia de la Corte Interamericana, debido a que en México ya se había ejercido de oficio el control de convencionalidad. Como explica Ferrer Mac-Gregor,<sup>442</sup> la Corte Interamericana sostuvo su competencia para revisar, en determinados casos, las actuaciones de los jueces nacionales, incluido el correcto ejercicio del “control de convencionalidad”. Eso no implica convertir al Tribunal Interamericano en un “tribunal de alzada” o de “cuarta instancia”, ya que su actuación se limitará al análisis de determinadas violaciones de los compromisos internacionales asumidos por el Estado demandado en el caso particular, y no de todas y cada una de las actuaciones de los órganos jurisdiccionales domésticos.

#### **4.5 Propuestas metodológicas para un control difuso de convencionalidad**

La configuración de los derechos fundamentales por el legislador impacta necesariamente en su contenido. Esto en razón de que el legislador determina sus alcances y desarrolla los límites fijados por la Constitución. Asimismo, la actividad jurisprudencial de los tribunales de amparo, repercute en los mecanismos

---

<sup>442</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez Mexicano”. En *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, pp. 107-186 (México, Ed. FUNDAp, 2012), pp. 179-182.

de tutela de los derechos humanos. En una reciente tesis de jurisprudencia, la Primera Sala<sup>443</sup> estableció un límite para examinar el interés usurario en materia mercantil con motivo del pacto de intereses; sostuvo que para realizar este examen, es necesario que se haga a petición de parte. La Primera Sala se apoyó en los principios de equilibrio procesal y litis cerrada que rigen en los juicios mercantiles; consideró que no se debían examinar cuestiones distintas a las que integraron el juicio natural. De acuerdo con esa tesis, no está permitido suplir o ampliar de forma alguna la demanda.

El criterio anterior afectó la garantía del control difuso de convencionalidad, que procede de oficio; a la vez afectaba el derecho humano sustancial en juego, que es el patrimonio de las personas, objeto de la usura. El artículo 21 de la Convención Americana prohíbe la usura. Por tanto, la jurisprudencia de la Primera Sala expresaba una visión restrictiva, no garantista de la tutela judicial efectiva. Su tesis jurisprudencial no era acorde con el artículo 29, incisos b) y d) de la mencionada Convención; en efecto, ninguna disposición de la misma puede ser interpretada de manera que limite el goce, ejercicio o los efectos de cualquier derecho o libertad reconocido en las leyes de cualquier Estado Parte o los tratados internacionales relacionados con la Convención Americana. Es importante destacar que el mencionado criterio fue superado mediante la tesis de jurisprudencia 46/2014, que retoma la oficiosidad en el análisis de los intereses usurarios.<sup>444</sup>

---

<sup>443</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 1, p. 714, 10ª Época, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1a./J. 132/2012 (10a.), rubro: *INTERÉS USURARIO EN MATERIA MERCANTIL. CUÁNDO DEBE CONSIDERARSE QUE EXISTE Y EN QUÉ MOMENTO PROCESAL DEBE ESTUDIARSE.*

<sup>444</sup> Tesis consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su gaceta Tomo XXXIV, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I p. 400, con el rubro: *PAGARÉ. EL ARTÍCULO 174, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, PERMITE A LAS PARTES LA LIBRE CONVENCIÓN DE INTERESES CON LA LIMITANTE DE QUE LOS MISMOS NO SEAN USURARIOS. INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN [ABANDONO DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 132/2012 (10a.) Y DE LA TESIS AISLADA 1a.*

El control de convencionalidad *ex officio* es un mecanismo de tutela de los derechos fundamentales similar a la judicial *review* norteamericana; esta última constituye un control difuso que opera por vía de excepción en cualquier proceso judicial. La diferencia consiste en la oficiosidad del control difuso de convencionalidad, que no necesita ser opuesto como excepción. Por tanto, el control difuso de convencionalidad de los derechos humanos no está limitado por las reglas del proceso derivadas del principio de igualdad procesal y de la neutralidad e imparcialidad del juzgador.

La ruptura del control difuso de convencionalidad con los principios del derecho procesal se debe a la inviolabilidad de los derechos humanos. Asimismo, se fundamenta en su vinculatoriedad, para todos los poderes públicos y también para los particulares. Los derechos humanos representan para todos una esfera inviolable de derechos. Es lo que Luigi Ferrajoli denomina “esfera de lo indecible” y que recoge el artículo 1º de la Constitución alemana de 1949: “Los derechos humanos son intangibles”.

La intangibilidad de los derechos humanos significa que son intocables, es decir, indisponibles para todos los poderes públicos y privados; también para la sociedad en su conjunto, puesto que son inmunes a la regla de las mayorías. Esta indisponibilidad obliga a los poderes públicos a respetar y garantizar los derechos humanos en los conflictos jurisdiccionales de derecho privado. Por ello, los procesos tradicionales, de fuerte influencia liberal, deben someterse a esta exigencia de los derechos humanos. La indisponibilidad de los derechos fundamentales, debe prevalecer sobre el principio de estricto derecho. Los jueces no tienen por qué ceñirse a las pretensiones formuladas por las partes, si están en

juego los derechos humanos. En estos casos, no puede existir una litis cerrada, sino abierta para realizar el control difuso de la constitucionalidad y convencionalidad. Este control procede oficiosamente, respondiendo así a las orientaciones del constitucionalismo, como expresión del control al poder público. El neoconstitucionalismo, en su dimensión protectora de los derechos humanos, exige de mecanismos de tutela judicial efectiva, lo que supone una orientación garantista de los derechos humanos en el ámbito procesal. Configura lo que Francisco Vázquez Gómez Bisogno,<sup>445</sup> denomina “neoconstitucionalismo procesal”. Esta expresión significa que el proceso debe estar al servicio de los derechos, nunca a la inversa.

La Suprema Corte ha fijado límites para el ejercicio de control difuso para los jueces nacionales, tanto para los jueces que realizan una jurisdicción ordinaria, como los juzgadores federales. Al respecto, es pertinente destacar que la Suprema Corte ha determinado que no procede ejercer el control difuso para desaplicar normas constitucionales. Tampoco procede para desaplicar la jurisprudencia establecida por la Suprema Corte, ni para aplicar un test de proporcionalidad tratándose de restricciones establecidas en la Constitución.

Al resolver el amparo directo en revisión 1046/2012, la Suprema Corte determinó que los jueces federales, cuando ejercitan un control concentrado mediante el juicio de amparo, solamente pueden ejercer el control difuso de regularidad constitucional en el ámbito normativo de su competencia. Por tanto, solamente pueden desaplicar mediante el control difuso las normas establecidas en la Ley de Amparo, en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en la

---

<sup>445</sup> Vázquez Gómez Bisogno, Francisco, “El neoconstitucionalismo procesal y la eficacia horizontal de los derechos humanos. Su relación con las reformas constitucionales de amparo y derechos humanos en México”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* pp. 17-2012 (2012): pp. 241-242.

Ley Reglamentaria del artículo 105 Constitucional y el Código Federal de Procedimientos Civiles, cuando lo aplican supletoriamente.

Este criterio de la Suprema Corte restringe la garantía del control difuso, cuando se pudo haber asumido una interpretación extensiva en el procedimiento del control difuso, para maximizar la protección de los derechos humanos. Si se atiende a que los derechos fundamentales constituyan una materia indisponible para los poderes públicos, la sociedad y los particulares, y si además se considera la amplia experiencia de los juzgadores federales en el control de la constitucionalidad de las leyes, cabe esperar una nueva reflexión que permita superar este acotamiento al ejercicio del control difuso.

Una solución que se propone consiste en reformar el artículo 79 de la Ley de Amparo para incorporar como hipótesis para suplir la deficiencia de la queja, la violación de derechos fundamentales, dando oportunidad a las partes de ser escuchados, antes de aplicar el control difuso. De esta manera, la institución de la suplencia de la queja deficiente sería la vía adecuada para que los jueces federales aplicaran el control difuso constitucional y convencional

El control difuso representa grandes retos para los juzgadores que lo aplican. Uno de los mayores retos a los que se enfrentan los jueces para realizar el control difuso, consiste en el conocimiento y dominio de técnicas de interpretación y aplicación del derecho para resolver los conflictos entre derechos humanos. Es necesario que los juzgadores conozcan y utilicen adecuadamente la técnica o juicio de ponderación, ya que de otro modo pueden privilegiar un derecho humano indebidamente, al asignarle un mayor peso que el que realmente le corresponde, con una vulneración del derecho humano con el que se encuentra en pugna o colisión, lo que a su vez podría dar lugar a responsabilidad del Estado, por la posibilidad de que se denunciara su actuación ante la Comisión Interamericana.

Es importante destacar una dimensión moral en el razonamiento judicial, con motivo del uso de la técnica de la ponderación, en tanto que el juez se ve en la necesidad de acudir a recursos o elementos morales para determinar cuál derecho humano debe prevalecer, en las circunstancias concretas en que se encuentra enfrentado a otro derecho humano. Ciertamente, a pesar de la fórmula de Robert Alexy, por medio de la cual se atribuye un peso específico a cada derecho humano, en conflicto, resulta evidente que la aplicación de la fórmula no opera en automático. Resulta ineludible que sea el juzgador quien atribuya el peso correspondiente, para lo cual requerirá de elementos morales, que el operador jurídico deberá de ser capaz de extraer del sistema (de manera objetiva, y con independencia de la propia moralidad del juzgador).

Al introducir elementos morales en la argumentación judicial, los jueces ordinarios se encuentran ante una oportunidad histórica en México de contribuir a la configuración de los derechos fundamentales. Esto, porque al resolver los conflictos entre derechos humanos mediante la técnica de la ponderación, determinan el alcance de los derechos, lo que puede ser confirmado por los tribunales de control constitucional. Ello significa que no solo el legislador configura los derechos fundamentales, sino que en esta tarea también participan los jueces que realizan el control difuso.

Por otra parte, la noción de proporcionalidad es relevante para analizar conflictos relativos a restricciones impuestas a los derechos fundamentales, fijando de esta forma límites del desarrollo de la actividad legislativa sobre derechos humanos. Esto significa que el legislador, si bien puede limitar los derechos fundamentales con base en la Constitución, debe hacerlo de manera justificada, es decir, estableciendo una relación de proporcionalidad entre los medios y los fines que pretende alcanzar a través de la medida de intervención respectiva.

Los retos que enfrentan los juzgadores para aplicar debidamente el control difuso, exigen programas permanentes de capacitación, congresos y diálogos interinstitucionales, que involucren a todos los actores, primordialmente a los jueces federales y estatales, para un mejor diseño y aplicación de esta garantía constitucional.

**CAPÍTULO 5**  
**ANÁLISIS DE CASOS EN LOS QUE SE EJERCITÓ UN**  
**CONTROL DIFUSO**



El análisis de los expedientes en los que se aplicó un control difuso se orientó básicamente a determinar los derechos humanos protegidos por los juzgadores federales. Asimismo, se enfocó a examinar la argumentación aplicada en las resoluciones y las técnicas de interpretación constitucional, primordialmente el test de proporcionalidad y el juicio de ponderación.

El examen de los asuntos se plantea a partir de la delimitación del tema jurídico correspondiente, para exponer enseguida los antecedentes del caso, a fin de lograr una mejor comprensión; posteriormente se emprendió el análisis de la resolución, para identificar los elementos jurídicos sobresalientes, relacionados con los derechos humanos materia de protección, así como los argumentos utilizados y técnicas de interpretación aplicadas, para exponer, finalmente, las observaciones pertinentes al esquema aplicado para ejercer el control difuso constitucional o convencional, así como a la argumentación y las técnicas de interpretación utilizadas.

El orden y presentación de los asuntos se sustentó en dos criterios básicos: el primero, atiende al contenido del derecho o derechos humanos protegidos en la resolución. El examen de los asuntos reveló una estrecha conexión entre los derechos humanos y las garantías judiciales concernientes a la tutela judicial efectiva o debido proceso. En estos casos se ordenaron los asuntos dando preferencia al derecho humano de la tutela judicial efectiva cuando la norma interpretada o inaplicada forma parte del debido proceso. Para una correcta secuencia en el análisis de estos asuntos, su orden se estableció de acuerdo a la etapa procesal en que se produjo la violación. Para esto, en principio, se examinaron los supuestos relativos al acceso a la justicia, como lo es la inadmisión de una demanda, para seguir el curso del proceso hasta su etapa de ejecución. En complemento al criterio material para el análisis de los asuntos, se utilizó el criterio

cronológico, que permitió agrupar los casos examinados de acuerdo con el registro bajo el cual se tramitaron los expedientes.

## **5.1 ANÁLISIS DE CASOS DE CONTROL DIFUSO SOBRE DERECHOS HUMANOS.**

### **5.1.1 Sinopsis del amparo directo 810/2012. Tutela al derecho humano de la libertad con motivo de detención en flagrancia equiparada.**

#### **Tema**

Los Magistrados del Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, con residencia en Mexicali, Baja California, analizan la aplicación por parte de la autoridad responsable, del artículo 106 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, que establece la detención en flagrancia equiparada, a fin de determinar si es conforme con el artículo 16 Constitucional.

No obstante que la resolución no se emitió bajo un esquema de control difuso, los efectos de la resolución se traducen en la desaplicación de la norma procesal que fundó la detención en flagrancia, sin que se hubiesen expresado conceptos de violación para impugnar la inconstitucionalidad de la ley.

#### **Antecedentes**

El caso está relacionado con un proceso penal del fuero común, en el que se calificó la detención del inculpado bajo la figura de la flagrancia equiparada prevista en el artículo 106 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California. El proceso se siguió por el delito de homicidio calificado en grado de tentativa, en razón de parentesco, en el que se impuso una pena privativa de libertad al sentenciado. Esta resolución fue confirmada por el tribunal de apelación, y constituye el acto reclamado.

El quejoso esgrimió conceptos de violación referentes a la comprobación de los elementos del tipo penal y la responsabilidad en la comisión del delito de homicidio calificado en grado de tentativa, en razón de parentesco, así como la ilegalidad de las pruebas obtenidas en el proceso, pero sin impugnar la

inconstitucionalidad de la ley que se le aplicó al calificar la legalidad y constitucionalidad de su detención.

### **Resolución**

En la sentencia de amparo, los Magistrados integrantes del Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, con residencia en Mexicali, Baja California, calificaron como fundados los conceptos de violación hechos valer por el quejoso, aunque suplidos en su deficiencia.

Precisaron que en el juicio de amparo directo es procedente el análisis de las violaciones al procedimiento que se hubieren cometido durante la averiguación previa, cuando afecten los derechos fundamentales contenidos en los artículos 14 y 20 de la Constitución Federal; violaciones consistentes en la obtención de pruebas ilícitas, la negativa para facilitar los datos solicitados por la defensa, así como transgresión al derecho de defensa adecuada, además de las violaciones cometidas durante la detención del inculpado con motivo de la excepción prevista en el artículo 16 Constitucional (flagrancia o caso urgente), en términos del artículo 160, fracción XVII, de la Ley de Amparo. En apoyo de su resolución, el Tribunal Colegiado citó la jurisprudencia que estimó aplicable.

Los Magistrados expusieron que de las constancias del proceso penal se advertía que la detención del inculpado resultaba violatoria del derecho previsto en el artículo 16 Constitucional, debido a que no existió flagrancia delictiva en la detención, al no probarse que el acusado hubiera sido sorprendido en el instante de la comisión del ilícito, ni tampoco se acreditó que su detención hubiera ocurrido después de una persecución del sentenciado.

Para llegar a tal conclusión, se apoyaron en la declaración de la testigo presencial de los hechos y en el parte informativo emitido por el Agente de la Policía Ministerial del Estado de Baja California que llevó a cabo la detención; de las referidas diligencias advirtieron que la detención del quejoso vulneró el artículo

16 Constitucional, al comprobarse que fue capturado varias horas después (veinticuatro horas aproximadamente) de acontecidos los hechos que motivaron el ilícito, bajo el fundamento de lo previsto por el tercer párrafo del artículo 106 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, en el que se establece una hipótesis de detención que no es acorde con la disposición constitucional referida. Lo anterior porque no establece como supuesto autorizado para detener a una persona, la figura jurídica conocida como flagrancia equiparada, prevista en el precepto legal antes mencionado. Con ello se tuvo por demostrado que no fue detenido en flagrancia delictiva. El Tribunal Colegiado respaldó su sentencia con una tesis de ejecutoria de la Primera Sala de la Suprema Corte, en la que se pronunció sobre la inconstitucionalidad del artículo 106, párrafo tercero, del código de procedimientos Penales para el Estado de Baja California.

Como consecuencia de lo anterior, los Magistrados del Tribunal Colegiado ejercitaron un control difuso de constitucionalidad para desaplicar el artículo 106, párrafo tercero del Código de Procedimientos Penales del Estado. El tribunal de amparo concluyó que la detención del quejoso resultó ilegal, así como la declaración ministerial rendida en la averiguación previa en que el quejoso confesó los hechos, además de su declaración preparatoria en la que ratificó su declaración ministerial, motivo por el cual ordenaron su exclusión a la autoridad responsable al momento de volver a resolver la situación jurídica del quejoso. En respaldo de esta determinación el Tribunal Colegiado citó la jurisprudencia aplicable.

### **Observaciones**

El derecho humano protegido en la ejecutoria de amparo es el de la libertad personal que tutela el artículo 16 de la Constitución Federal, respecto de las personas que aparecen como probables autores de la comisión de un delito. Su libertad solo podrá restringirse excepcionalmente cuando exista flagrancia o cuasiflagrancia. Esto significa que solo pueden ser detenidas al momento de estar

cometiendo el delito, o inmediatamente después de cometido, cuando son perseguidas materialmente. Al establecer un supuesto distinto a los indicados, se determinó como inconstitucional el artículo 106 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California.

Por lo que atañe a la argumentación, la ejecutoria de amparo no desarrolla una línea argumentativa particular. Se fundamenta en un argumento de autoridad.<sup>446</sup> Al respecto, se invoca la tesis de ejecutoria sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte, en la que se sostuvo que el artículo 106 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, contraviene el artículo 16 Constitucional, párrafo tercero, posterior a la reforma constitucional de 2008.<sup>447</sup>

Es pertinente mencionar que aparece un argumento “*a contrario*”<sup>448</sup> implícito en la resolución del Tribunal Colegiado, asociado a una interpretación restrictiva, que es apropiada para el análisis de las restricciones a los derechos humanos. Este argumento se desprende de la resolución cuando se indica que el precepto procesal cuestionado, establece una hipótesis de detención que no es acorde con ninguna de las hipótesis que prevé la norma constitucional; que por esa razón no se podía sostener que había sido detenido en flagrancia.

---

<sup>446</sup> De acuerdo con Giovanni Tarello, el argumento autoritativo o *ab exemplo* es aquel por el cual se atribuye a un enunciado normativo un significado ya atribuido por alguien; para este autor se trata de un argumento que invita a atenerse a precedentes, esto es a la práctica aplicativa consistente en el resultado de la interpretación oficial o judicial, o bien a la interpretación de la doctrina. Al respecto, consúltese la obra del citado autor: *La interpretación de la ley*, Perú, Palestra Editores, 2013, p. 334

<sup>447</sup> Tesis consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, visible en el Libro XV, Tomo 1, Diciembre de 2012, p. 527.

<sup>448</sup> El argumento *a contrario*, conforme a Giovanni Tarello, es aquel por el cual, dada una norma que predica una cualificación normativa cualquiera, se debe excluir que exista o valga una diversa norma que predique esa misma cualificación. Por esta razón el referido autor explica que debe evitarse extender el significado de los términos de la norma de modo tal que llegue a comprender sujetos que no están estricta y literalmente incluidos en el enunciado normativo. De acuerdo con Tarello el argumento *a contrario* es generalmente apreciado por su fuerza persuasiva en las culturas que atribuyen gran valor a la letra documental; se tiende a rigidizar el vínculo de subordinación de los órganos de aplicación frente al órgano de producción normativa. Expone que este argumento tuvo fortuna con la codificación moderna del derecho civil, con predominio de la interpretación literal que caracterizó la Escuela de la exégesis. En relación a los enunciados formulados en términos de adscripción de libertades, derechos y poderes, Tarello explica que el argumento *a contrario* lleva a restringir el área de esas libertades, derechos y capacidades. Al respecto, consúltese la mencionada obra del referido autor: *La interpretación de la ley*, pp. 313-316.

No obstante que el Tribunal Colegiado no determina expresamente que se realizó un control difuso de constitucionalidad, ni le impone a la autoridad responsable el deber de desaplicar la norma estimada como inconstitucional, se colige esa consecuencia al invalidarse el material probatorio derivado de la detención inconstitucional. Al efecto, se invalidó la declaración ministerial del inculpado y su declaración preparatoria en la que ratificó su declaración ministerial.

Esta resolución es de interés porque involucra no solamente la desaplicación de la norma estimada inconstitucional, sino que se extienden los efectos para invalidar las pruebas que se encuentran relacionadas con la violación del derecho humano.

### **5.1.2 Sinopsis del amparo directo 110/2015. Tutela al derecho humano de la libertad con motivo de arraigo inconstitucional.**

#### **Tema**

Los Magistrados del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito con sede en Mexicali, Baja California, analizaron el acto reclamado, consistente en el arraigo decretado a una persona imputada por el delito de homicidio, con fundamento en el artículo 140 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, para determinar si procedía desaplicar la norma mediante un ejercicio de control de constitucionalidad.

#### **Antecedentes**

El asunto se originó con una denuncia presentada ante el Agente del Ministerio Público del Fuero Común, en la ciudad de Tijuana, Baja California, que dio lugar a que se iniciara una averiguación previa por la posible comisión del delito de homicidio. Durante la indagatoria el imputado rindió su declaración ministerial y ese propio día el Agente del Ministerio Público del Fuero Común, decretó su arraigo provisional en las instalaciones de un hotel de la mencionada ciudad,

fundando su determinación en el artículo 140 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, que contempla la figura del arraigo. Posteriormente, el Agente del Ministerio Público del Fuero Común solicitó su ratificación, la que concedió al siguiente día el Juez de Primera Instancia de aquella ciudad.

### **Resolución**

Los Magistrados del Primer Tribunal Colegiado de este Circuito, consideraron que el artículo 140 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, que instituyó el arraigo penal, es contrario a lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional, por lo que ejercieron un control difuso de constitucionalidad con fundamento en el artículo 1° de la Constitución Federal, a fin de desaplicar la norma en que se fundó el arraigo.

En la sentencia de amparo se analizó la figura del arraigo local contenido en el precepto antes mencionado, que se contrastó con la figura del arraigo penal previsto en el artículo 16 constitucional, en relación con los artículos 19 y 20 de la misma Constitución, en lo referente a la libertad personal. Los Magistrados realizaron un control constitucional, orientados por los criterios sostenidos en el expediente Varios 912/2010, así como la jurisprudencia derivada de la contradicción de tesis 293/2011, y con sustento además en el principio pro persona. Con ese respaldo constitucional y jurisprudencial los Magistrados Federales determinaron que procedía inaplicar la disposición normativa local, que prevé el arraigo. Para esto consideraron que el artículo 16 Constitucional únicamente prevé el arraigo para el delito de delincuencia organizada y que solamente faculta a las autoridades federales para solicitar esa medida, excluyendo a las autoridades de las entidades federativas.

En su resolución, los Magistrados del Tribunal Colegiado precisaron que el contenido del artículo 140 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, al contradecir el artículo 16 Constitucional, daba lugar a que se declarara ilegal el arraigo decretado por la autoridad local. En consecuencia, determinaron que las pruebas directamente relacionadas con la duración del arraigo debían excluirse del acervo probatorio en el proceso penal, por haber sido obtenidas ilícitamente a partir del arraigo que se fundó en una norma inconstitucional.

Los Magistrados Federales se apoyaron en la tesis de ejecutoria emitida por la Suprema Corte, sustentada al resolver la acción de inconstitucionalidad 20/2003, en la que se precisa que el artículo 122 bis, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 11, 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Federal. Asimismo, respaldaron su resolución en la acción de inconstitucionalidad 29/2012, y en el amparo en revisión 546/2012, resueltos por el Pleno de la Suprema Corte. En estas resoluciones se determinó que las legislaturas locales carecen de competencia para legislar sobre el arraigo, por ser facultad exclusiva del Congreso de la Unión. De igual forma, se sostuvo que resultan ilícitas las pruebas obtenidas en relación directa e inmediata con el arraigo.

### **Observaciones**

El derecho fundamental protegido en la ejecutoria de amparo es el de la libertad personal, que se restringe con la medida del arraigo. Esta restricción se produce de manera inconstitucional porque las legislaturas de las entidades federativas no están facultadas por el artículo 16 de la Constitución Federal para legislar sobre el arraigo. La facultad para regular el arraigo y para decretarlo se confiere exclusivamente a las autoridades federales, y de manera limitada para el delito de delincuencia organizada. De esta manera, el arraigo decretado localmente

carece de sustento constitucional e implica una invasión en la esfera de competencia de la autoridad legislativa federal. Ahora, en razón de que el arraigo limita la libertad ambulatoria de la persona arraigada, es por lo que se determinó que también se violó el artículo 11 de la Constitución Federal.

Otro derecho fundamental protegido con la ejecutoria de amparo es el del debido proceso. Por ello los Magistrados determinaron que la autoridad responsable violó los artículos 19, 20 y 21 constitucionales. Es también por esta razón que el tribunal de amparo determinó que procedía excluir la prueba ilícita obtenida directa e inmediatamente con motivo del arraigo decretado.

Por lo que atañe a la interpretación y argumentación jurídica, en la resolución se advierte claramente que los Magistrados del Tribunal Colegiado aplicaron los criterios para realizar un control difuso de constitucionalidad, con el propósito de tutelar los derechos humanos de la persona, a fin de privilegiar su derecho humano a la libertad y el debido proceso, en el que se respeten las formalidades esenciales del procedimiento y se evite que la persona sea objeto de la arbitrariedad. Es en este sentido en que se puede estimar que, aunque no se mencionan expresamente en la resolución, se privilegian los principios pro persona, el de la proscripción de la arbitrariedad de las autoridades y el de presunción de inocencia, que justifica la exclusión de la prueba ilícita.<sup>449</sup>

---

<sup>449</sup> Para Giovanni Tarello el argumento de los principios generales del derecho es un argumento productivo e interpretativo. En su opinión consiste en un argumento productivo cuando se utiliza para colmar las lagunas del derecho, y argumento interpretativo, cuando se utiliza para atribuir significados a los enunciados normativos. Tarello explica que en la cultura contemporánea existe un interesante debate sobre la naturaleza y el uso de los principios, a raíz de las recientes obras de Ronald Dworkin, que propone un modelo de positivismo jurídico que a la par de las normas, introduce los principios como elementos fundamentales que deben tomar en cuenta los operadores, particularmente los judiciales, que deben atender los principios como razón de moralidad última. Al respecto consúltese la obra ya citada de Tarello, *la interpretación de la ley*, p. 342 y 345. Consúltese igualmente a Manuel Hallivis Pelayo *teoría general de la interpretación*, México, Editorial Porrúa, p. 424 y 425. Este autor cita a Robert Alexi, quien concibe a los principios como normas que ordenan se realice algo en la mayor medida posible, tanto jurídica como fáctica, de forma que se convierten en mandatos de optimización.

### **5.1.3 Sinopsis de amparo en revisión penal 1493/2013. La tutela de la inviolabilidad del domicilio.**

#### **Tema**

Los Magistrados integrantes del Quinto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, con residencia en Mexicali, Baja California, analizan el acto reclamado bajo esquema de legalidad de la detención de un inculpado en un proceso penal.

#### **Antecedentes**

El asunto que se analiza tuvo su origen en una sentencia de segunda instancia dictada por un Magistrado de un Tribunal Unitario de Circuito, en la cual se confirmó la sentencia condenatoria a un sentenciado por la comisión del ilícito de portación de arma de fuego sin licencia, previsto y sancionado por el artículo 81, en relación con el numeral 9º, fracción II y III, ambos de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, y se impuso una pena de prisión de dos años tres días de prisión y cincuenta días multa. Inconforme con tal resolución, el quejoso promovió juicio de amparo directo en contra de la sentencia de segundo grado que confirmó la condena. El quejoso expuso en sus conceptos de violación, que su detención no se llevó a cabo en la vía pública como lo sostuvieron los agentes aprehensores en su parte informativo, sino que se llevó a cabo dentro del domicilio de un amigo suyo.

#### **Resolución**

Los Magistrados del Quinto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, con sede en esta ciudad, declararon fundados los conceptos de violación hechos valer por el sentenciado, aunque suplidos en su deficiencia, y por tanto, los consideraron suficientes para conceder la protección constitucional solicitada. En su ejecutoria de amparo, los Magistrados resolutores destacaron que se advertía una violación que afectó las defensas del quejoso y trascendió al sentido de la

resolución reclamada, debido a que fue objeto de una detención ilegal y durante ésta se obtuvo una prueba que deviene ilícita (confesión ministerial).

Al respecto, los Magistrados del Tribunal Colegiado utilizan una interpretación conforme y sistemática de la Constitución Federal, en congruencia con el principio pro persona y el debido proceso, para concluir que se faculta a la autoridad de amparo que analice las actuaciones acaecidas durante la averiguación previa. Precisaron que bajo este esquema, resultaba procedente analizar la legalidad de la detención. Expusieron que atendiendo al principio de presunción de inocencia, la Primera Sala de la Suprema Corte determinó que las pruebas obtenidas de una intromisión ilegal al domicilio carecen de validez.

Los Magistrados del Quinto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, exponen que atendiendo a una interpretación sistemática y armónica de los artículos 285, 286 y 290 del Código Federal de Procedimientos Penales, los medios de prueba distintos a las pruebas tasadas constituyen prueba indiciaria; por lo que, en atención al principio de presunción de inocencia, con los medios de prueba aportados durante la indagatoria se demostró la existencia de una intromisión ilegal a un domicilio, y por tanto, el parte informativo no tenía valor probatorio. En apoyo de su resolución citaron las tesis de ejecutoria y de jurisprudencia correspondientes.

### **Observaciones**

El derecho humano protegido es el de la inviolabilidad al domicilio que constituye una garantía de seguridad jurídica. Otro derecho humano protegido es la presunción de inocencia, que no se puede destruir mediante pruebas ilícitas. Los Magistrados se apoyan en un método de interpretación sistemático y funcional, basado en el principio pro persona y en el argumento de autoridad, al exponer que la Suprema Corte ya precisó que las pruebas obtenidas al margen de los

parámetros constitucionales, como es la inviolabilidad del domicilio, son inválidas.

#### **5.1.4 Sinopsis del toca penal 392/2014. La tutela del derecho humano a la igualdad por diferenciación.**

##### **Tema**

En un esquema de control difuso constitucional y convencional *ex officio*, el Séptimo Tribunal Unitario del Décimo Quinto Circuito, con sede en Mexicali, Baja California, examina, como Tribunal de alzada, si el tipo penal del delito contra la salud en la modalidad de introducción de narcóticos, previsto en el artículo 194, fracción II, del Código Penal Federal respeta o contraviene, a la luz de los hechos del caso, el derecho humano de igualdad.

##### **Antecedentes**

De acuerdo con el parte informativo rendido por elementos del Ejército Mexicano y por la Oficial de Comercio Exterior del Servicio de Administración Tributaria en Los Algodones, Baja California, ingresó un vehículo a la Garita Internacional “Algodones”, para internarse a México, procedente de los Estados Unidos de América; en su informe expresaron que al revisar el vehículo, localizaron un envoltorio de plástico cubierto con cinta adhesiva gris, oculto entre el piso y el tanque de gasolina, y que en su interior contenía un vegetal verde y seco, que resultó ser marihuana, la que dio un peso neto de 445.6 gramos.

En su declaración ministerial el inculpado manifestó que el envoltorio era de su propiedad y que lo tenía para su consumo personal; que él mismo lo puso en el lugar donde lo aseguraron, para dejarlo en su casa y consumirlo diariamente. El Agente del Ministerio Público de la Federación ejerció acción penal por la comisión del delito contra la salud en la modalidad de introducción al país de marihuana, previsto y sancionado por el artículo 194, fracción II, del Código Penal Federal. Se decretó auto de formal prisión en contra del procesado por el referido

delito y posteriormente se dictó sentencia condenatoria en su contra. Oportunamente se interpuso recurso de apelación, que dio lugar a que se emitiera la sentencia en análisis.

### **Resolución**

El tribunal de alzada suplió la deficiencia de los agravios, a efecto de realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. El resolutor citó los criterios de la Suprema Corte, derivados del expediente Varios 912/2010, en el que se determinan los pasos a seguir para ejercer *ex officio* este tipo de control.

El tribunal revisor consideró que el artículo 194, fracción II del Código Penal Federal, viola el derecho humano a la igualdad, en su vertiente de igualdad por diferenciación. El tribunal expuso que el tipo penal previsto en el referido precepto normativo no contiene elementos subjetivos específicos, como finalidades o intenciones. Estimó que tal omisión del legislador constituye una laguna axiológica, porque era necesario que estableciera esos fines para respetar el derecho humano a la igualdad en la vertiente mencionada.

En la resolución se expuso la diferencia entre la igualdad por equiparación, y la igualdad por diferenciación y se invocó la jurisprudencia que sustenta estos conceptos. Se puntualizó, que la igualdad como exigencia de diferenciación exige dar un trato diferenciado a las personas cuando existen situaciones relevantes para los efectos de la regulación jurídica de que se trate. Se estimó que el derecho humano a la igualdad y el principio que la sustenta, impide que el derecho trate a todas las personas y situaciones de la misma manera.

El tribunal de alzada destacó la jurisprudencia nacional e interamericana que sustenta el principio de igualdad por diferenciación. Al respecto se invocó la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, particularmente en relación con los derechos de las comunidades indígenas que no pueden ser obligadas a adoptar una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones. (caso Yatama

vs. Nicaragua) Asimismo, la Corte Interamericana reconoció la necesidad de brindar un trato diferenciado a los migrantes documentados en relación con los migrantes indocumentados, siempre cuando el trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional y que no lesione derechos humanos (caso Llor vs. Panamá).

Por su parte, la Primera Sala de la Suprema Corte, en la tesis de rubro: “IGUALDAD. CRITERIO PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”, aclaró que la igualdad es un derecho primigenio en el ordenamiento jurídico, inherente a la persona. Precisó que debe entenderse como un principio que exige tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Que para ajustarse a ello, en algunas ocasiones hacer distinciones estará vedado, pero en otras estará permitido, o incluso constitucionalmente exigido<sup>450</sup>. Esto último es lo que la doctrina conoce como igualdad por diferenciación. Por esta razón, la Suprema Corte consideró que la igualdad es un principio complejo que otorga a las personas no solamente la garantía de que serán iguales ante la ley, esto es, en su condición de destinatarios de las normas, sino también en la ley, esto es, en relación con su contenido.

En la resolución también se invocó un criterio del Tribunal Europeo de derechos humanos (caso Thlimmenos vs. Greece), en el que sostuvo que el derecho a no sufrir discriminación también se vulnera cuando los Estados, sin una razón objetiva y razonable, no tratan de modo distinto a personas cuyas situaciones difieren considerablemente. Este caso se refirió a la situación de un testigo de Jehová que fue condenado a prisión por un tribunal militar al haberse negado a portar el uniforme castrense con motivo de sus creencias religiosas; posteriormente a esta persona no se le extendió un nombramiento porque su

---

<sup>450</sup> Tesis de Jurisprudencia consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, visible en el Libro XV, Tomo 1, septiembre de 2006, p. 75

conducta previa se consideró como un crimen serio. El tribunal determinó que el Estado incumplió con su deber de no discriminación, porque no existía una justificación objetiva y razonable para no haber otorgado el nombramiento, dándole un trato distinto como resultado de sus creencias religiosas, en relación con el resto de los condenados por este tipo de crímenes.

Al analizar el artículo 194 fracción II del Código Penal Federal, en relación con los hechos del caso, el tribunal de alzada consideró que la norma presentaba una laguna axiológica. Se citó la doctrina para definir la laguna axiológica como aquella en la que la norma no ha tomado en cuenta una propiedad o distinción relevante, que de haberlo hecho, le habría dado una solución distinta. En el caso se estimó que existía esa laguna porque el citado precepto legal brinda el mismo trato a todos los autores del delito, sin atender los fines de los autores. El tribunal consideró necesario que el legislador hubiera establecido esos fines para respetar el derecho humano a la igualdad por diferenciación y con ello respetar el valor de la igualdad y así sancionar a los autores del delito de acuerdo a la conducta realizada.

Congruente con los lineamientos mencionados, el tribunal puntualizó que no podía considerarse que estuvieran en la misma igualdad de circunstancias una persona, con la calidad de farmacodependiente, que introduce al país una pequeña cantidad de narcótico con fines de autoconsumo, respecto de otra, que no tiene esa calidad y que además, introduce una gran cantidad de narcótico con fines de comercialización. El tribunal de alzada estimó que se trata de situaciones diferentes que ameritaban una respuesta distinta del Estado, de acuerdo con las acciones y los fines de los autores.

En la resolución se expuso que la necesidad de atender los fines que orientaban la conducta delictiva, es acorde con la teoría finalista del delito, de Hans Welzel, conforme a la cual el delito es una acción humana orientada a un fin,

es decir, persigue un propósito; por tanto, la acción es un ejercicio humano voluntario de actividad final. Se indicó en la resolución, que el referido autor expone en relación con el finalismo, lo siguiente:

“Acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por eso, acontecer “final”, no solamente “causal”. La “finalidad” o el carácter final de la acción se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su actividad, ponerse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a su plan, a la consecución de estos fines”.<sup>451</sup>

Así, la omisión del legislador de atender los fines del autor del delito, en el caso analizado, se estimó que constituía una laguna axiológica porque no atendía el valor humano de la igualdad, en el que se sustenta el correlativo derecho humano de igualdad, en su vertiente de igualdad por diferenciación.

El tribunal revisor también emprendió un análisis del principio de proporcionalidad en materia punitiva, estableció en su sentencia que la penalidad establecida por el legislador no era proporcional a la gravedad del hecho antijurídico y del grado de afectación al bien jurídico protegido. Consideró que la conducta desplegada por el sentenciado no revestía la misma gravedad que la introducción de una gran cantidad de narcóticos al país, desplegada con fines de comercialización, puesto que no ponían en el mismo grado de peligro la salud pública, que es el bien jurídico tutelado por la norma.

En la resolución se precisó que el test de proporcionalidad de derechos fundamentales consta de tres sub principios: El de necesidad, el de idoneidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Se indicó que los dos primeros se refieren a la optimización en relación con las posibilidades fácticas, lo que significa que una medida que limita un derecho para satisfacer otro, debe ser idónea y además necesaria. La idoneidad indicaría su cualidad para satisfacer un fin legítimo, y la

---

<sup>451</sup> Welsel, Hans, “*Derecho Penal Alemán*” (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), p. 53.

necesidad de que no existe otra medida que pudiera alcanzar el mismo fin con un menor costo. Respecto de la proporcionalidad en sentido estricto se indicó que tiene que ver con la optimización en relación con las posibilidades normativas. Este sub principio implica una ponderación, en el caso, para determinar si la pena es acorde o no en relación con el bien jurídico afectado.

En este punto, el tribunal de alzada estimó que la norma de análisis se contraponía a la corriente contemporánea del funcionalismo, desarrollado a partir de las ideas de Günther Jakobs, quien percibe al fenómeno delictivo de una forma integral, porque comprende tanto el delito como la punición, entendida ésta como la respuesta concreta del Estado ante la infracción de la norma. En este sentido, la punición debe ser únicamente la necesaria para los fines de la prevención general y especial.

Bajo otra perspectiva, el tribunal de alzada puntualizó que la norma en análisis no resultaba coherente ni consistente con el orden jurídico. Se precisó que para que una norma tenga sentido en relación con el sistema, debe satisfacer los requisitos de coherencia y consistencia. La coherencia, entendida como una cualidad de las normas que se subordinan a un conjunto de valores y principios relevantes del ordenamiento jurídico. Así, las normas secundarias deben de ser coherentes con los principios y valores establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. En este sentido se destacó la importancia del ordenamiento jurídico, no solamente como un sistema normativo, sino también como un sistema axiológico.

Respecto de la consistencia, una norma es consistente cuando no entra en contradicción con normas válidamente establecidas. Se precisó que esta exigencia se extiende a la premisa fáctica. Por tanto, la consistencia implica, por una parte, el deber de los jueces de no infringir el derecho vigente y por otra de ajustarse a la realidad en materia de prueba.

El tribunal revisor estimó que el artículo 194 fracción II, del Código Penal Federal, que tipifica la conducta ilícita consistente en introducir narcóticos al país, no es coherente, puesto que contradice el derecho humano, en su vertiente de igualdad por diferenciación. Asimismo, el tribunal revisor expuso que la norma en análisis tampoco resultaba consistente, porque existían modalidades del delito contra la salud, en las que se atendía la finalidad del autor. Se citó como ejemplo el artículo 195, párrafo primero, del Código Penal Federal, que tipifica la posesión calificada de narcóticos, cuando esa posesión es con la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194 del propio código, como las de transportar, comerciar o suministrar narcóticos. También se indicó como ejemplo el artículo 476 de la Ley General de Salud, que tipifica la posesión calificada de narcóticos; esto es, cuando sea con la finalidad de comerciarlos o suministrarlos, aun gratuitamente.

Por tanto, el tribunal consideró que el legislador no fue consistente al expedir el artículo 194, fracción II, del Código Penal Federal, ya que en los tipos penales mencionados sí tomó en cuenta los fines del autor del delito y distinguió la posesión calificada de la posesión simple, tanto en el Código Penal Federal como en la Ley General de Salud y estableció mayor penalidad en los tipos en los que existen fines de comercio de narcóticos.

Las razones apuntadas condujeron a que el tribunal de alzada determinara que en el caso procedía ejercer un control difuso constitucional y convencional *ex officio*. Por tanto el tribunal estimó que en el caso concreto procedía inaplicar el artículo 194, fracción II del Código Penal Federal.

### **Observaciones**

Del análisis de la resolución se desprende que el derecho humano tutelado es el de la igualdad de trato por el legislador. El tribunal revisor distinguió dos vertientes del derecho humano a la igualdad, como son la de equiparación y la de

diferenciación. En el caso, precisó que con su resolución protegía el derecho humano a la igualdad en la vertiente de igualdad por diferenciación, que obliga al legislador a dar un trato distinto a las personas que se encuentran en una situación también distinta. Esto revela la necesidad de que el legislador, al tipificar las conductas, tome en cuenta el contexto fáctico en que se encuentren las personas en relación con la conducta que realicen. Al efecto se deben de considerar los hechos relevantes, así como los principios y valores constitucionales. Un aspecto primordial que se debe de atender son los fines que persigue el autor del delito; esto para dar cuenta de manera objetiva de la forma en que se lesiona o se pone en peligro el bien jurídico tutelado por la norma penal.

Por lo que se refiere a la interpretación y argumentación jurídica, en la resolución se advierte que prevalece la aplicación de argumentos funcionales. Destacan los argumentos por principios, de autoridad, histórico<sup>452</sup>, teleológico y pragmático. Prevalecen los argumentos principialistas. Los principios que más se mencionan y que desempeñan una función argumentativa son: principio de igualdad ante la ley, principio de proporcionalidad, principio de coherencia y principio de consistencia.

El principio de igualdad se utilizó en sus dos vertientes de equiparación y diferenciación; este principio se expresa a través de la exigencia de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales. Para sustentar la aplicación de este principio se acudió a diversos argumentos, entre ellos el de autoridad. Este

---

<sup>452</sup> Giovanni Tarello indica que el argumento histórico también se denomina argumento de “presunción de continuidad del sistema jurídico”, o bien, “hipótesis del legislador conservador”. Comenta que este argumento permite atribuir, a falta de expresas indicaciones en contrario, el mismo significado normativo que tradicionalmente le era atribuido al enunciado normativo preexistente, que disciplinaba la misma materia. Explica que la hipótesis que funda la persuasividad del argumento histórico, expresa la creencia de que las fórmulas o ideología que siguen las normas no deben innovar su sustancia. Al respecto, consúltese su obra *la interpretación de la ley*, anteriormente citada. pp. 330 y 331. Por su parte, Hallivis Pelayo refiere que, la fuerza persuasiva del argumento histórico es exclusivamente referencial y se usa principalmente para conocer la evolución que ha tenido un determinado texto normativo y, al conocer sus antecedentes, determinar su contenido normativo y su ámbito de aplicación. Sobre este autos, consúltese su obra *teoría general de la interpretación*, Editorial Porrúa, México 2007, p. 445.

argumento se respaldó apelando a criterios jurisprudenciales de la Suprema Corte, de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Otro argumento aplicado en la resolución en respaldo de la argumentación por principios, es el argumento teleológico<sup>453</sup>. Este argumento se utilizó al invocar las teorías finalista y funcionalista del delito. Estas teorías atienden al carácter final de la acción delictiva y a la necesidad de adecuar la punición a los fines de la prevención general y especial.

En la resolución que se analiza también se aplicó un argumento histórico. Este argumento se utilizó para respaldar el diverso argumento basado en principios generales del derecho y en principios establecidos en la Constitución. El argumento histórico atiende a la forma en que distintos legisladores, a lo largo de la historia han regulado determinada institución o materia jurídica. En el caso se utilizó este argumento cuando se invocó el texto anterior al artículo 195 bis del Código Penal Federal, que estableció una modalidad de transporte de narcóticos atenuada. Esta modalidad atendía la cantidad de narcótico, las circunstancias del hecho y la calidad del sujeto activo. Con este argumento se reforzó la idea de que en la elaboración de la norma estimada como inconstitucional, el legislador había omitido aspectos relevantes en la tipificación de la conducta, que daban lugar a una violación del derecho humano a la igualdad.

---

<sup>453</sup> El argumento teleológico, que Giovanni Tarello identifica también como hipótesis del legislador provisto de fines, lo define como aquel por el cual a un enunciado normativo se le debe de atribuir el significado que corresponde al fin propio de la ley de la que el enunciado es documento. Aclara que no debe confundirse con el argumento psicológico que impone el recurso a la voluntad del legislador concreto. Para Tarello, quien usa el argumento teleológico reconstruye los fines de la ley a partir de su texto o mediante una clasificación de fines o intereses que el derecho protege, más que de los documentos relativos a los trabajos preparatorios, como expresión de la voluntad de un individuo o de una asamblea en concreto. Añade que el argumento teleológico está ligado a la escuela de jurisprudencia de intereses. Al respecto, consúltese del referido autor la obra *la interpretación de la ley*, previamente citada, pp. 332 y 333.

### **5.1.5 Sinopsis del amparo indirecto penal 10/2015. La Tutela del derecho humano a la igualdad en el disfrute del beneficio de la libertad caucional.**

#### **Tema**

Bajo un esquema de interpretación conforme en sentido estricto, el Séptimo Tribunal Unitario, del Décimo Quinto Circuito, con sede en Mexicali, Baja California, en funciones de amparo, examina los alcances de los artículos segundo y vigésimo sexto transitorio de la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas, que abrogó la ley general de instituciones y sociedades mutualistas de seguros, a fin de determinar si la autoridad responsable, al interpretar y aplicar estos preceptos, en las que se fundó para confirmar la negativa de un beneficio de libertad caucional, lo hizo o no de acuerdo con el derecho humano a la igualdad.

#### **Antecedentes**

En el capítulo de antecedentes, el tribunal indicó que al procesado se le dictó auto de formal prisión, por su probable responsabilidad en la comisión de un delito previsto en la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros. Expuso que el procesado solicitó se le concediera la libertad provisional bajo caución, con el argumento de que el precepto legal que se le aplicó para fincar su probable responsabilidad penal, se derogó con la entrada en vigor de la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas. Asimismo, se argumentó que si bien esta última ley prevé como delito la misma conducta que se le atribuye, el nuevo numeral que tipifica la conducta no se encuentra catalogado como grave en el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales.

El Juez Sexto de Distrito en el Estado, negó la libertad provisional bajo caución porque consideró que el delito previsto en el artículo 141 fracción I de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, por el cual se le decretó formal prisión al procesado, se encontraba contemplado como delito

grave en el artículo 194, fracción XI, del citado código procesal penal. Estableció que no obstante que la ley que establecía el tipo penal había sido abrogada, lo cierto era que la descripción típica se trasladó al artículo 465 de la Ley de Seguros y Fianzas; por tanto, subsistía el carácter delictivo de la conducta imputada.

Inconforme el procesado, interpuso recurso de apelación del que conoció el Décimo Tribunal Unitario del Decimoquinto Circuito, quien resolvió confirmar el auto apelado, con apoyo en las consideraciones medulares siguientes:

1.- Que el delito por el que se le dictó formal prisión al procesado aún se encontraba previsto como grave en el artículo 194, fracción XI, del Código Federal de Procedimientos Penales; por esa razón no procedía el beneficio de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20, apartado A, fracción I, de la Constitución.

2.- Que aun cuando la ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros fue derogada por la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas, del texto de la disposición Vigésimo Sexta transitoria de la nueva ley, se desprendía que si se imputaba a alguna persona haber cometido un delito antes de la entrada en vigor de la nueva ley, debían aplicarse las disposiciones vigentes en el momento de realización de la conducta reprochada.

3.- Que persistía la conducta delictiva prevista en el artículo 141 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, al tener continuidad en el artículo 495 de la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas.

4.- Que del artículo Segundo transitorio de la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas se desprendía la intención del legislador de preservar el marco jurídico que regía para el delito previsto en el artículo 141 de la citada ley. Que por tanto, el artículo Segundo transitorio no debía interpretarse en el sentido de que su aplicación solo se limitara a disposiciones regidas por el derecho administrativo, sino a cualquier cuerpo normativo,

5.- Que de acuerdo con la jurisprudencia de la Suprema Corte, cuando existían dos normas que prescribían la aplicación de más de una pena, y que se encontraban vigentes en distintos momentos, para solucionar el conflicto de leyes en el tiempo, el juzgador debía aplicar una de esas normas, sin seccionarlas. Esto es, que no debía tomar las partes de cada norma que resultaban más benéficas. Por ende, estimó que no debía aplicarse únicamente la parte que más le podía beneficiar, sino la totalidad de la norma aplicable. En este caso, la norma vigente al momento de cometer los hechos, continuaba siendo considerada como grave, puesto que el supuesto delictivo aun parecía previsto en el artículo 194, del Código Federal de Procedimientos Penales.

6.- Que no coincidía con la interpretación solicitada por el recurrente, debido a que la aplicación del principio pro persona no encontraba sustento en las normas aplicables al caso concreto, en las que de manera clara el legislador estableció las reglas para obtener la libertad provisional y cuándo no procedía, por tratarse de delitos calificados como graves.

7.-Que el análisis de los artículos 75 y 29 de la Convención Americana, en relación con el 20, apartado A, fracción I, anterior a las reformas constitucionales de 18 de junio de 2008, se advertía que la Constitución restringe el derecho humano a la libertad en los casos de delitos graves.

### **Resolución**

El tribunal de amparo declaró fundados los conceptos de violación suplidos en su deficiencia. Consideró que el acto reclamado no se encontraba debidamente fundado y motivado. Asimismo, con respaldo en una interpretación conforme en sentido estricto, determinó que se violó el derecho humano a la igualdad.

Además, puntualizó que la autoridad responsable desatendió el principio pro persona con motivo de la interpretación que realizó de los preceptos transitorios Segundo y Décimo Sexto de la Ley de Instituciones y de Seguros y Fianzas. En la

sentencia de amparo se puntualizó que el principio pro persona, acorde al cual las normas relativas a los derechos humanos deben interpretarse en la forma más favorable a las personas, determina por un lado una técnica de interpretación extensiva cuando lo que se interpreta son los derechos y, por otra, una técnica de interpretación restringida, cuando se trata de analizar restricciones a los derechos humanos.

En la resolución de amparo se consideró que el artículo 141 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, se encontraba catalogado como grave en el artículo 194, fracción XI, del Código Federal de Procedimientos Penales, en tanto, que el artículo 495 de la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas no fue incluido como delito grave. Por tanto, se estimó que se debía interpretar que la intención del legislador era considerar al delito como menos trascendental para la sociedad. Asimismo, se consideró que no era posible que existieran procesados que tuvieran derecho a la libertad provisional bajo caución, conforme a la nueva ley, y que los procesados bajo la ley abrogada no tuvieron ese derecho, si existía identidad en la tipificación del delito.

El tribunal de amparo estimó que en el caso, ante dos interpretaciones posibles de los artículos transitorios Segundo y Décimo Sexto de la nueva ley de Instituciones de Seguros y Fianzas, se debió de realizar una interpretación conforme en sentido estricto a fin de preferir la interpretación que no violara derechos humanos, en el particular el derecho humano a la igualdad, así como el de libertad.

En la resolución de amparo se consideró que también se violó el derecho fundamental de irretroactividad de la ley que establece el artículo 14 de la Constitución y que prohíbe la aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de persona alguna. Se consideró que el referido precepto constitucional contiene implícito un derecho humano, consistente en que se aplique retroactivamente una

ley cuando ello sea en su beneficio. Se estimó que la autoridad responsable confirmó la aplicación ultraactiva del artículo 194, fracción XI del Código Federal de Procedimientos Penales, en perjuicio del quejoso, cuando debió limitar la ultraactividad a la aplicación del artículo 141 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

En la sentencia de amparo se consideró que la autoridad responsable, al interpretar extensivamente las normas transitorias de la Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas, vulneró la norma hermenéutica de interpretación conforme y el principio pro persona, conforme al cual, las normas que contengan derechos humanos deben interpretarse de tal forma que brinden la protección más amplia, por lo que se concedió el amparo solicitado.

### **Observaciones**

Los derechos humanos protegidos en la sentencia de amparo son primordialmente la igualdad de trato por el legislador y la libertad del procesado, utilizando para ello el canon hermenéutico de la interpretación conforme en sentido estricto. Como lo explica Lothar Kuhlen: “ Una norma *ha de ser interpretada conforme a la Constitución* cuando existen varias posibilidades interpretativas de las cuales por lo menos una conduce a la *conformidad* de la norma *a la Constitución*, y por lo menos otra, a la *inconstitucionalidad* de la norma”.<sup>454</sup> El mismo actor concluye que el mandato de interpretación conforme a la Constitución, indica que no hay que escoger ninguna de las variantes inconstitucionales, sino una de las que son conformes con la Constitución.<sup>455</sup>

Otro derecho humano que se advierte protegido en la sentencia de amparo es el de la retroactividad penal en beneficio del procesado. Este derecho se interpretó sistemáticamente en relación con el artículo 56 del Código Penal

---

<sup>454</sup> Lothar, Kuhlen *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales* (Madrid, Ed. Marcial Ponds 2012). P. 24

<sup>455</sup> *Ibíd* P.24

Federal, que prevé excepciones al principio de retroactividad, a fin de aplicar la norma posterior, si resulta más benigna. En el asunto en análisis el beneficio se desprende del nuevo régimen aplicable a la norma punitiva, como delito no grave.

Por último, en la sentencia de amparo también se protege el beneficio de libertad provisional bajo caución, como garantía que forma parte del proceso. En efecto, al determinar la procedencia del beneficio que solicitó el procesado para disfrutar la libertad caucional, se protege materialmente la garantía prevista en el artículo 20, fracción I, de la Constitución.

Respecto de la interpretación y argumentación jurídica utilizada en la sentencia en análisis, cabe destacar que se utilizó una interpretación restrictiva, vinculada a un conjunto de principios. En la resolución de amparo se estableció que las normas sobre derechos humanos deben interpretarse de manera extensiva. En cambio, cuando se trata de límites o restricciones a los derechos humanos, las normas se deben interpretar restrictivamente. Conforme a esta interpretación se consideró que las normas transitorias analizadas debían circunscribirse a las que establecen los elementos del tipo penal y la responsabilidad penal; por tanto, debía excluirse la norma procesal contenida en el artículo 194 fracción XI del Código Federal de Procedimientos Penales.

Con esta interpretación restrictiva se favorecía la concesión del beneficio de libertad caucional. Se excluyó, por tanto, la interpretación extensiva, que había aplicado la autoridad responsable y que habría implicado, negar el amparo solicitado, y, por ende, el beneficio de libertad caucional. Al utilizar la interpretación restrictiva se aplicó de manera implícita un argumento pragmático<sup>456</sup> que atiende la consecuencia legal que se deriva de esta forma de interpretación, que es la concesión del beneficio.

---

<sup>456</sup> Sobre el argumento pragmático Ch. Perelman y L. Olbrechts-Tyteca refieren que es aquel que permite apreciar un acto o un acontecimiento con arreglo a sus consecuencias favorables o desfavorables. Explican que este

La interpretación restrictiva se encuentra enlazada con una argumentación principialista, el principio más relevante es el pro persona, que tiende a proteger de la manera más amplia, en el caso, mediante la concesión del beneficio solicitado, en lugar de su negativa. Asimismo, se aplicó en respaldo de la interpretación restrictiva el principio *in favor rei*, que pregona la interpretación más favorable al procesado y que, por tanto, tiende a lograr el mismo efecto de mayor protección.

En la sentencia que se analiza, se destacó la singular importancia que cobra el principio de presunción de inocencia, para lograr ese efecto protector que potencie la libertad del procesado. Se analizó la vertiente exógena al proceso del principio de presunción de inocencia, lo que se traduce en el derecho a disfrutar del beneficio de libertad provisional bajo caución; se pretende tratar al procesado como inocente y que la sociedad lo perciba precisamente como inocente y no como culpable.

Del análisis de la resolución se advierte que también se utilizaron los argumentos sistemático<sup>457</sup> y de autoridad. El argumento sistemático para

---

argumento desempeña un papel esencial, hasta tal punto que algunos han querido ver en ello el esquema único que posee la lógica de los juicios de valor; así, para apreciar un acontecimiento, se requiere remitirse a los efectos. Comentan que para los utilitaristas Benham, no existe otra forma satisfactoria de argumentar, para este autor, dar una razón falsa significa alegar en favor o en contra de una ley, cualquier cosa que no sean sus efectos, para bien o para mal. Perelman y L. Olbrechts-Tyteca indican que el argumento pragmático tiene una importancia directa para la acción. Explican que no requiere, para que lo admita el sentido común, de justificación alguna. El punto de vista opuesto, cada vez que se defiende, necesita, por el contrario, una argumentación. Exponen como ejemplo la afirmación de que debe preconizarse la verdad, cualquiera que sean las consecuencias, porque posee un valor absoluto, independiente de estas. Al respecto, consúltese la obra de los citados autores, *Tratado de la argumentación. La nueva retórica*. Madrid, Editorial Gredos, 1989, p. 410

<sup>457</sup> El argumento sistemático, de acuerdo con Giovanni Tarello, que también denomina “hipótesis del derecho ordenadamente dispuesto”, en general, es aquel por el cual un enunciado o un conjunto de enunciados normativos relacionados entre sí para los fines de la interpretación sistemática, se les debe atribuir el significado prescrito, o bien no se les debe de atribuir el significado impedido por el sistema jurídico. El autor aclara que no nos encontramos propiamente frente a un argumento sistemático, sino ante una serie de argumentos. Al respecto cita el argumento topográfico o de la *sedes materiae*, según el cual se debe dar a los enunciados la interpretación sugerida por su ubicación en el sistema del Código; el argumento de la constancia terminológica, conforme al cual existe una correspondencia rígida entre los conceptos normativos y los términos de los enunciados, para no variar su significado; el argumento sistemático, conceptual o dogmático que atiende a las partes del derecho, sus institutos y relaciones y conforme al cual los enunciados normativos deben interpretarse de acuerdo con los significados sugeridos por el sistema de los conceptos y principios del derecho. Tarello considera que el argumento sistemático es débil y requiere del soporte de otros argumentos. Consúltese la obra citada de Giovanni Tarello, *la interpretación de la ley*, p. 337.

interpretar armónicamente las disposiciones legales y constitucionales y el argumento de autoridad, se utilizó mediante la aplicación de tesis de ejecutoria y jurisprudencia que respaldaron la sentencia de amparo.

#### **5.1.6 Sinopsis del juicio ejecutivo mercantil 27/2013-I. La proscripción de la usura y la tutela del derecho humano de propiedad.**

##### **Tema**

El Juez Segundo de Distrito en el Estado de Baja California, con sede en Mexicali, bajo un esquema de control difuso y de una interpretación pro persona, con fundamento en el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, examina si los intereses moratorios pactados en el documento base de la acción promovida en la vía ejecutiva mercantil, resultan conformes con las normas relativas a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en la Convención Americana.

##### **Antecedentes**

La parte demandada en un juicio ejecutivo mercantil fue condenada al pago de las prestaciones deducidas en el juicio, entre ellas al pago de los intereses moratorios pactados en el documento base de la acción, en el que se estipuló un treinta por ciento de interés mensual.

##### **Resolución**

El juez de distrito consideró en su sentencia que resultaba procedente la acción cambiaria directa ejercitada por la parte actora, por haberse fundado la demanda en un título de crédito que traía aparejada ejecución. Asimismo, condenó al pago de la suerte principal, al no haber acreditado la actora que cubrió el importe del pagaré.

Por lo que se refiere a los intereses moratorios, el juez de distrito consideró que también resultaba procedente condenar a la demandada a su pago, a partir de

su incumplimiento, así como los intereses que se siguieran causando hasta la total liquidación del adeudo. Sin embargo, consideró que el pago no debía realizarse a la tasa del 1 % diario o 30% mensual, que se pactó en el documento base de la acción deducida en juicio.

El juez federal determinó que en el caso procedía aplicar un control difuso para velar por los derechos humanos de las personas, conforme al artículo 1° y 133 de la Constitución. El Juzgador Federal estimó que también procedía realizar una interpretación pro persona de conformidad con el segundo párrafo del primer precepto legal antes indicado, conforme al cual: “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”.

En la resolución se invocó el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como pauta hermenéutica en la interpretación de los derechos humanos. Conforme a esta cláusula, ningún precepto de la Convención se puede interpretar de manera que permita suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en ella o limitarlos en mayor medida a la prevista; de igual forma, no se puede interpretar para limitar o suprimir el goce de los mismos derechos que pueda estar reconocida en las leyes de cualquiera de los Estados Partes. De acuerdo con esta norma convencional, el juez de distrito consideró que no es adecuado para una interpretación actual del sistema de los derechos fundamentales, un planteamiento positivista, de tipo silogístico. En esta sentido, invocó el principio pro persona que brinda una garantía de interpretación constitucional.

Para sustentar su criterio, el juez de distrito también se apoyó en el artículo 2 de la referida Convención, conforme al cual, si en el ejercicio de los derechos y libertades que reconoce la propia Convención no estuviera ya garantizado por

disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se obligan a adoptar todas las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades. El juez de distrito puntualizó que, en cuanto al deber de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos humanos, la propia Corte Interamericana ha interpretado que se debe de concretar con la obligación del Estado de suprimir prácticas y normas contrarias a los derechos humanos.

Con el anterior fundamento e interpretación, el juzgador federal procedió al análisis del documento fundatorio de la acción, en el que se pactó un interés moratorio del 1% diario o 30 % mensual. Al respecto, el Juez de amparo consideró ese interés como desproporcionado a la suerte principal. Expuso que no advertía circunstancia alguna que justificara tal porcentaje, superior al interés previsto en la materia y que a la fecha excedía el monto de la suerte principal. El juez de distrito invocó como fundamento de su conclusión lo dispuesto por el artículo 21.3 de la Convención Americana, conforme al cual, tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre deben ser prohibidas por la ley.

De acuerdo con esas consideraciones, el juez federal concluyó que se pactó un interés usurario, por lo que, aún y cuando el legislador previó que las partes podrían establecer una sanción para el caso de que se incurriera en mora, lo cierto es que el porcentaje pactado en el documento base de la acción resultaba usurario e irreal, confrontado con el negocio que le dio origen. En este punto respaldó su criterio con la tesis jurisprudencial de rubro: “INTERÉS USURARIO EN MATERIA MERCANTIL. CUÁNDO DEBE CONSIDERARSE QUE EXISTE U EN QUÉ MOMENTO PROCESAL DEBE ESTUDIARSE”.<sup>458</sup>

El juez de distrito consideró que la prestación accesoria relativa al pago de los intereses moratorios debía de cuantificarse en razón del interés legal, a partir

---

<sup>458</sup> Tesis consultable en el semanario judicial de la federación y su gaceta, libro XVII, Febrero de 2013, Tomo I, página 714.

de la fecha correspondiente, en que se incurrió en mora. Asimismo determinó que los intereses deberían cuantificarse en el momento procesal oportuno.

### **Observaciones**

El derecho humano protegido por el juez de distrito es el derecho a la propiedad privada que se reconoce en el artículo 21.3 de la Convención Americana y que transcribió el juez en su resolución. Este precepto prohíbe la usura y cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre.

Respecto de la interpretación y argumentación de la sentencia, el juez de distrito indicó en su resolución que ya no es adecuado para una interpretación actual del sistema de los derechos fundamentales, un planteamiento positivista basado en conclusiones silogísticas, sino que es necesario que el intérprete participe en la elaboración y desarrollo del *status* de los derechos humanos.

De acuerdo con esa consideración, el juez federal realizó una interpretación pro persona, con fundamento en el segundo párrafo del artículo 1° de la Constitución, para interpretar la norma relativa a los derechos humanos de manera favorable a las personas a fin de brindarles la protección más amplia. El juzgador destacó la trascendencia del principio pro persona como una garantía de interpretación constitucional que permite el respeto y la vigencia de los derechos humanos.

El análisis de la resolución revela que el juez de distrito también aplicó una interpretación y argumentación sistemática, en la medida en que relacionó el artículo 1° de la Constitución mexicana con los artículos 2°, 21 y 29 de la Convención Americana, para respaldar la aplicación del principio pro persona y fundamentar el derecho de propiedad privada que tuteló.

Esta resolución es importante porque se compromete con una nueva dimensión de la justicia constitucional, que extiende el control de la regularidad constitucional y convencional a los actos de los particulares. Esta nueva dimensión

de la tutela de los derechos humanos se sustenta en su característica de normas *erga omnes*. Esta forma de conceptualizar a los derechos humanos repercute en el deber de respeto que se proyecta no sólo frente al Estado, sino también ante las mayorías y los particulares.

En relación con las mayorías, Ana Micaela Alterio manifiesta que Luigi Ferrajoli considera a los derechos humanos en una dimensión “*sustancial*” de la democracia, como derechos contra mayoritarios. La dimensión formal de la democracia, de acuerdo con Ferrajoli, determina el quién y el cómo de las decisiones. Es la condición necesaria para la democracia; se funda en la soberanía popular y en la regla de las mayorías. Sin embargo, para que la democracia sea predicable debe indicar también las condiciones suficientes que revelan la dimensión sustancial. Estas condiciones se encuentran expresadas en los derechos fundamentales, en tanto que de su universalidad deriva el valor de igualdad, que es el fundamento de la democracia sustancial.<sup>459</sup>

En palabras de Ferrajoli, la *esfera de lo indecible* se trata de “el conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías”. La noción incluye tanto lo que no podía decidirse nunca, como lo que no puede dejar de decidirse. Así, el ámbito de lo indecible comprende dos esferas: “la primera esfera es de las prohibiciones, esto es, la de los límites negativos impuestos a la legislación en garantía a los derechos de libertad. La segunda es la de las obligaciones, es decir, la de los vínculos positivos igualmente impuestos a la legislación en garantía a los derechos sociales”.<sup>460</sup>

De estas consideraciones, desprende Ferrajoli la connotación “sustancial” impresa por los derechos fundamentales al Estado de derecho y a la democracia

---

<sup>459</sup> Alterio, Ana Micaela. “La ‘esfera de lo indecible’ en el constitucionalismo, de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico”. En *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, número 13, (Madrid, Ed. Instituto de derechos humanos “Bartolomé de las Casas”, 2011), p. 9.

<sup>460</sup> *Ibíd.*, 10.

constitucional. Si las reglas sobre la representación y el principio de la mayoría, son normas formales en orden a lo que es *decidible* por la mayoría, los derechos fundamentales circunscriben la que el autor llama *esfera de lo indecidible*. Esta esfera se conforma por las prohibiciones determinadas por los derechos de libertad. Por su parte, lo *no decidible que no*, se refiere a las obligaciones públicas determinadas por los derechos sociales.<sup>461</sup>

El concepto de democracia sustancial de Luigi Ferrajoli no es pacífico; Ana Micaela Alterio expone que diversos autores discrepan de este concepto. Entre ellos cita a Greppi, quien afirma que la redefinición de democracia de Ferrajoli “entorpece la idea intuitiva que asociamos al término ‘democracia’, según la cual la democracia es una forma de gobierno en la que el pueblo ha de tener la última palabra”. También incluye a Bovero, para quien el contenido de las decisiones colectivas no concierne a la democracia, que se determina exclusivamente a partir de su forma. Bovero concluye que “la esfera de lo no decidible, en cuanto tal, no es (oportunamente identificable con) una esfera de la democracia, sino que queda (ubicada) fuera de ella.”<sup>462</sup> Si bien Greppi y Bovero pueden tener razón, no por ello deja de ser importante el concepto ferrajoliano de democracia sustancial, que coloca a los derechos humanos fuera del ámbito de decisión de las mayorías. Lo anterior significa que los derechos humanos no dependen de la voluntad de las mayorías, y menos de los particulares.

En efecto, la eficacia *erga omnes* de los derechos humanos vincula también a los particulares. Al respecto, con absoluta explicitud, expone Eduardo García de Enterría, es que toda Constitución tiene valor normativo inmediato y directo. Esto lo desprende del artículo 9.1, de la Constitución española, que dispone: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del

---

<sup>461</sup> Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid, Trotta, 2005), 36.

<sup>462</sup> Alterio, Ana Micaela. “La ‘esfera de lo indecidible’ en el constitucionalismo, de Ferrajoli, Luigi: un análisis crítico”, pp. 11-12.

ordenamiento jurídico”. Esta sujeción, explica el autor, es una consecuencia de su carácter normativo. Este carácter se refuerza con el artículo 53.1 de la misma Constitución, que dispone: “Los derechos universales reconocidos en el Capítulo II del presente artículo, vinculan a todos los poderes públicos”. Para García de Enterría este precepto añade un plus en la regulación de los derechos fundamentales, que consiste en que tal regulación tiene carácter de Derecho directamente aplicable, sin necesidad del intermedio de una ley.<sup>463</sup>

La vinculación de los particulares a la Constitución dio lugar en Alemania a la doctrina que han llamado *die Drittwirkung der Grundrechte* (eficacia de los derechos entre los particulares). Esta doctrina inició su desarrollo en la década de los 50 del siglo pasado. Pregona que los derechos fundamentales son oponibles no sólo frente al Estado, sino también ante los particulares, en tanto normas que vinculan no únicamente a los poderes públicos sino también a los ciudadanos. La *Drittwirkung* se erige en un límite a la libertad contractual. Las convenciones privadas con cláusulas violatorias de derechos humanos deben ceder ante el poder normativo de la Constitución.

Para los autores que rechazan la *Drittwirkung*, esta doctrina no es admisible por contradecir la autonomía de la voluntad contractual. Antonio Jiménez-Blanco y Jesús García Torres estiman que al no respetarse la autonomía de la voluntad, que convierte el derecho privado en derecho público, sometiendo a la sociedad a un nuevo y acaso definitivo totalitarismo, justamente el de los derechos fundamentales.<sup>464</sup>

Expone Pedro de Vega García, que el estatuto jurídico de la sociedad liberal y del Estado liberal de derecho clásico, tuvo Kant una formulación meritoria. “El

---

<sup>463</sup> García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional* (Madrid, Ed. Civitas, 1994), 63, 72 y 73.

<sup>464</sup> García Torres, Jesús y Jiménez-Blanco, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Madrid, Ed. Civitas, 1986), 146.

Estado civil- escribió Kant- como Estado jurídico está fundado en los siguientes principios *a priori*: 1) *La libertad de todo miembro de la sociedad como ser humano*. 2) *La igualdad del mismo respecto a todos los demás como súbdito*. 3) *La independencia de todo miembro de una comunidad como ciudadano*”.<sup>465</sup>

Explica el mismo autor que fue desde la generalidad de la ley, la igualdad formal ante la misma y la autonomía privada, desde donde se procedió a la organización jurídica de las relaciones entre particulares. De esta forma, se crearía en el campo de lo privado una legislación inspirada en esos dos dogmas indiscutibles. Sin embargo, añade el autor, el modelo de sociedad precisado por la concepción idealista y burguesa, nada tiene que ver con las formas de organización social del presente, marcada por la “sociedad corporatista”. Serán los fenómenos nuevos que en ella se producen- por ejemplo la aparición de los poderes privados- los que tendrán que constituir el ineludible punto de referencia para entender la quiebra y el fracaso histórico del modelo estatutario de las relaciones jurídicas entre particulares en que continuó operando la sociedad burguesa.<sup>466</sup>

De Vega García indica que otro tanto puede sostenerse respecto a la igualdad formal ante la ley. El poder del grupo se impondrá siempre al poder del individuo aislado. Se crean situaciones de supremacía social ante las que la declaración formal de igualdad ante la ley no pasa a ser una frase sin sentido y vacía. Es indiscutible que la sociedad corporatista del presente, como consecuencia de la quiebra del principio de igualdad, genera una situación de disparidad y asimetría entre las partes que intervienen en las relaciones contractuales y extracontractuales.

---

<sup>465</sup> De Vega García, Pedro, “La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la *Drittwirkung der Grundrechte*”. En *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, Serie B: Estudios comparativos d) Derecho latinoamericano, núm. 29, editor Miguel López Ruiz, 409-427 (México, Ed. Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM, 1992), 411.

<sup>466</sup> *Ibid.*, 412.

Solo ficticiamente cabe seguir manteniendo la tesis de que su estatuto jurídico continúa siendo el mismo que el de la sociedad liberal clásica.<sup>467</sup>

La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares, derivada del poder normativo de la Constitución, vincula a todos los juzgadores para velar por el respeto a esos derechos en el marco de las relaciones privadas. En la protección y garantía de esos derechos, los jueces están obligados, de conformidad con el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a interpretar las normas relativas a los derechos humanos, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Por otra parte, respecto a la interpretación conforme, introducida en la reforma constitucional de diez de junio de dos mil once, me parece inadecuado que su objeto se limite a las normas sobre derechos humanos. Estimo que todas las normas del ordenamiento jurídico se subordinan a la Constitución, por el poder normativo de éstas. Cualquier disposición legal que forme parte del ordenamiento jurídico, independientemente de que no se refiera a los derechos humanos, se debe interpretar conforme a la Constitución y de la forma que favorezca la mayor protección. Esto incluye tanto normas sustanciales como adjetivas; así por ejemplo las normas de derecho civil y las normas procesales que dirimen los conflictos jurisdiccionales, se deben interpretar en la forma que más favorezca la tutela judicial efectiva de los derechos humanos.

Considero que aún las convenciones de derecho privado, deben seguir el canon hermenéutico de la interpretación conforme. En este sentido, las cláusulas de los contratos deben interpretarse de manera que no vulneren derechos humanos, y si eso no es posible, entonces deben desaplicarse. Por tanto, la justicia constitucional en las relaciones privadas se perfecciona con la interpretación

---

<sup>467</sup> *Ibíd.*, 413-414.

conforme. Lothar Kuhlen refiere que la interpretación conforme a la Constitución, se ha desarrollado en Alemania de manera crucial por el tribunal constitucional federal, y que pretende tener validez en los mismos términos, en todos los ámbitos del derecho público y privado.<sup>468</sup>

La doctrina de la *Drittwirkung* ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En la opinión consultiva 18/03, planteada en mayo de dos mil doce por el gobierno de México, relativa a la condición jurídica y derechos de los migrantes, en materia de igualdad y no discriminación, la Corte Interamericana dictaminó en primer lugar, que el principio de igualdad y no discriminación puede ser calificado como norma de *jus cogens*. Comenta Javier Mijangos y González, que este concepto fue definido en el artículo 53, de la Convención de Viena de 1969, sobre el derecho de los tratados, como una norma imperativa de derecho internacional, y añade que así lo entiende la Corte Interamericana en la opinión consultiva 18/03, porque las normas de la Convención Americana representan la expresión jurídica de la propia comunidad internacional. Además, porque así lo han determinado los propios Estados miembros al establecer la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos, previsto en el artículo 1.1 de la Convención.<sup>469</sup>

La Corte Interamericana consideró que la obligación de respeto prevista en el artículo 1.1 de la Convención, se concreta en tres vertientes respecto a los poderes públicos: primera, como una responsabilidad directa en su carácter de empleador, segunda, como obligación de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la Convención y, tercera, como responsabilidad subsidiaria cuando fomenta acciones y prácticas de terceros que constituyan violaciones a los

---

<sup>468</sup> Kuhlen, Lothar, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales* (Madrid, Ed. Marcial Pons, 2012), 23-24.

<sup>469</sup> Mijangos y González, Javier, “La doctrina de la *Drittwirkung* der Grundrechte en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los derechos humanos”. En *Revista Teoría y realidad constitucional*, número 20, 583-608 (España, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2007), 600-603.

derechos fundamentales. Respecto a la relación laboral constituida por particulares, la Corte determinó que siendo el principio de igualdad una norma de *jus cogens*, acarrea obligaciones *erga omnes*, por tanto, vincula a los órganos del poder público y a los particulares.<sup>470</sup>

En el caso *El Nacional, Así es la Noticia y Globovisión contra Venezuela*, relativo al acoso sufrido por los medios de comunicación de Venezuela, a manos de simpatizantes de la *revolución bolivariana*, la Corte determinó que la libertad de expresión, como norma imperativa del sistema interamericano, es un límite directo que se impone en relación con actuaciones de terceros particulares.<sup>471</sup>

La nueva Ley de Amparo dispone en su artículo 1º: “El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley”. El artículo 5º, fracción II, segundo párrafo, complementa esa disposición en los términos siguientes: “Para los efectos de esta Ley, los particulares tendrán la calidad de autoridad responsable cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad, que afecten derechos en los términos de esta fracción, y cuyas funciones estén determinadas por una norma general”.

De las anteriores disposiciones se advierte que la Ley de Amparo no protege contra los actos de particulares que se producen en el ámbito de las relaciones privadas. La protección se limita a los actos de particulares que sustituyen las actividades que en condiciones normales realizaría la autoridad. Este límite al juicio de amparo, que lo hace improcedente en el campo de las relaciones privadas, en mi opinión, resulta prudente. Un juicio de amparo que admitiera la tutela contra actos de particulares resultaría contraproducente, puesto que desbordaría a la jurisdicción de amparo. Considero que es más adecuado el análisis de las

---

<sup>470</sup> *Ibid.*, 603-604.

<sup>471</sup> *Ibid.*, 605.

violaciones a los derechos humanos en las relaciones privadas, por medio del control difuso, en la justicia ordinaria, sin perjuicio de su posterior análisis en los juicios de amparo correspondientes, y además con la posibilidad de que los juzgadores de amparo puedan aplicar directamente el control difuso en los juicios de amparo, con las salvedades que ha establecido la Suprema Corte.

Resulta igualmente de interés destacar que el control de los actos celebrados entre particulares repercute en la visión del derecho procesal, civil y mercantil, así como del derecho procesal en estos ámbitos. Esto porque el control difuso de los actos de particulares implica limitar, por una parte, el derecho a la libre contratación, y por otra, los principios dispositivo y de estricto derecho, que determinaban una litis cerrada en los procesos privados; la razón es que la oficiosidad del control difuso, determina una litis abierta, cuando exista violación a los derechos humanos.

#### **5.1.7 Sinopsis amparo directo 54/2012. La tutela de los derechos de seguridad social de los trabajadores de confianza.**

##### **Tema**

Los Magistrados del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, analizan el acto reclamado bajo un esquema de control difuso de la constitucionalidad, a fin de determinar si la autoridad responsable Tribunal de Arbitraje del Estado de Baja California, debió de inaplicar el artículo 1 de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Gobierno y Municipios del Estado de Baja California, que excluye de los beneficios de seguridad social a los trabajadores de confianza.

##### **Antecedentes**

El juicio de amparo tuvo su origen en un juicio laboral interpuesto por una trabajadora del Estado, ante el Tribunal de Arbitraje del Estado de Baja California, quien demandó al Poder Judicial del Estado y al Instituto de Seguridad y Servicios

Sociales de los Trabajadores del Gobierno y Municipios del Estado de Baja California, las siguientes prestaciones:

El reconocimiento de la antigüedad a partir del 1 de octubre de 1981; el reconocimiento de que a partir del 1 de octubre de 1984 debió gozar de los derechos de seguridad social que establece la fracción IX del artículo 123, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Gobierno y Municipios del Estado de Baja California; el pago del capital constitutivo no cubierto, a partir del 1 de octubre de 1981, de conformidad con los artículos 1, 4, 16, 18, 21 y 64 bis, de la referida ley.

### **Resolución**

Los Magistrados del Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, resolvieron que el Tribunal de Arbitraje del Estado de Baja California, contaba con facultades para desaplicar el artículo 1 de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Gobierno y Municipios del Estado de Baja California. Para sustentar su resolución, el Tribunal de Amparo invocó los criterios del Pleno de la Suprema Corte, referentes al control difuso constitucional y convencional, emanados del expediente Varios 912/2010.

Por otra parte, consideraron que el contenido del citado precepto legal, es contrario a la Constitución Federal, al limitar el acceso del beneficio de seguridad social, únicamente a los trabajadores de base al servicio del Estado de Baja California, sin contemplar que los trabajadores de confianza también deben de gozar ese derecho. Los Magistrados Federales consideraron que el artículo 1 de la ley mencionada, es contrario a las garantías de seguridad social establecidas en el artículo 123, apartado B. fracciones XI y XIV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

## Observaciones

El asunto en análisis resulta de interés por varias razones. Una de ellas es que se trata de un caso que involucra derechos humanos de carácter colectivo, que se encuentran comprendidos dentro de la categoría de los denominados derechos sociales. Estos derechos que se han catalogado por la doctrina como de segunda generación, junto con los derechos económicos y culturales, se caracterizan porque generan una obligación activa por parte del Estado, a fin de satisfacerlos.<sup>472</sup>

El derecho humano que se protege en la ejecutoria de amparo, así como en la sentencia que se reclamó en el juicio de amparo, es el derecho a la seguridad social establecido en el artículo 123, apartado B fracciones XI y XIV. Esta última fracción expresamente dispone que las personas que desempeñen cargos de confianza, disfrutarán de las medidas de protección al salario y gozarán de los beneficios de la seguridad social.

La resolución emitida por el Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, es congruente con el sistema internacional de los derechos humanos. Al respecto, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, dispone que los Estados Partes, reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social. De esta norma se desprende la universalidad del derecho humano a la seguridad social, por lo que no existe ningún sustento para excluir a ninguna categoría de personas, como lo son los trabajadores de confianza. Igual derecho a la seguridad social contempla el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre

---

<sup>472</sup> Sobre los derechos sociales y en particular el derecho humano a la seguridad social consúltese la obra *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, coordinadores Von Bogdandy, Armin, Fix-Fierro, Héctor, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (México, 2011: Universidad Nacional Autónoma de México Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional). Sobre el mismo tema consúltese a Curtis, Christian, *El Mundo Prometido. Escritos sobre Derechos Sociales y Derechos Humanos* (México, Ed. Distribuciones Fontamara, 2009) pp.303-332. Asimismo, consúltese a Hernández Cruz, Armando, *Los Derechos Económicos Sociales y Culturales y su Justiciabilidad en el Derecho Mexicano* (México, Ed. IJ Universidad Nacional Autónoma de México, 2010) pp.133-168.

Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

En la resolución no se desarrolla de manera expresa una línea argumentativa. No obstante, además del argumento de autoridad que se utiliza al invocar los criterios sustentados por el Pleno de la Suprema Corte, en materia de control difuso, también se advierte un argumento sistemático cuando examina la norma objeto de control difuso, en relación con la norma constitucional. Por la misma razón se puede estimar que también aplica un argumento basado en principios, como lo es el de la supremacía de las normas constitucionales.

La resolución en análisis también involucra un argumento basado en el principio de igualdad, en el sentido de que los trabajadores de confianza deben recibir el mismo trato por parte del legislador en el disfrute de su derecho humano a la seguridad social, y que en un Estado democrático y de derecho, no existe ninguna justificación para excluir a persona alguna, y menos a una categoría de trabajadores, del derecho a la seguridad social.

## **5.2 ANÁLISIS DE CASOS DE CONTROL DIFUSO SOBRE DEBIDO PROCESO.**

### **5.2.1 Sinopsis del amparo indirecto 422/2013. Interpretación conforme de los incidentes laborales como vía de acceso a la tutela judicial efectiva.**

#### **Tema**

La Jueza Primero de Distrito en el Estado de Baja California, con sede en Mexicali, analiza el acto reclamado bajo un esquema de control difuso constitucional y convencional, con fundamento en los artículos 1º y 33 constitucionales, respecto a la forma de interpretar los artículos 685, 692 y 873 de la Ley Federal del Trabajo, en relación a los incidentes de incompetencia y falta de personalidad que le fueron desechados a la parte actora y quejosa en juicio de

amparo, a fin de determinar si fueron aplicados de acuerdo a una interpretación conforme y del principio pro persona.

### **Antecedentes**

El asunto tuvo su origen en una demanda laboral que promovió la quejosa en contra de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social del gobierno del Estado de Baja California, en el que reclamó la reinstalación en su fuente de trabajo, por despido injustificado, así como el pago de diversas prestaciones. Radicado el asunto, la actora amplió la demanda en contra de otras personas morales y una vez que se contestó la demanda, la parte actora promovió incidente de incompetencia, así como incidente de falta de personalidad en contra de quien compareció en representación de la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, así como del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Gobierno y Municipios del Estado de Baja California (ISSSTECALI) y del Instituto para el Desarrollo Inmobiliario y de la Vivienda para el Estado de Baja California (INDIVI).

Mediante resolución de cinco de junio de dos mil trece la autoridad responsable, Tribunal de Arbitraje del Estado de Baja California, determinó por cuanto hace al incidente de incompetencia propuesto, desecharlo de plano con fundamento en el artículo 685, de la Ley Federal del Trabajo, de aplicación supletoria a la Ley del Servicio Civil de los Trabajadores al Servicio de los Poderes del Estado, Municipios e Instituciones Descentralizadas de Baja California, por no proporcionar los elementos necesarios para su estudio, ni precisar cuál es la autoridad competente. Asimismo, desechó de plano el incidente de falta de personalidad propuesto, por no reunir los requisitos establecidos en el artículo 692, de la Ley Federal del Trabajo, aplicado supletoriamente.

En su demanda de amparo, la quejosa alegó que se violaron sus derechos humanos contemplados en los artículos 1, 14, 17 y 20 de la Constitución Federal, por haberse desechado de plano los incidentes planteados. La quejosa solicitó se aplicara a sus favor el principio pro persona, así como el principio *in dubio pro operario* y que se aplicara el control de convencionalidad.

### **Resolución**

La Jueza de Distrito declaró fundados los conceptos de violación, suplidos en su deficiencia, y suficientes para conceder el amparo solicitado. La juzgadora federal estimó que en el caso se debía atender la reforma constitucional de diez de junio de dos mil once, para así estar en posibilidad de aplicar un control constitucional y convencional.

En su ejecutoria, la Jueza de Distrito destacó por una parte la obligación de todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y, por otra, el principio pro persona, conforme al cual las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales, favoreciendo en todo tiempo a las personas para brindarles la protección más amplia.

La juzgadora federal también estimó que en el caso resultaba aplicable la cláusula de interpretación conforme, en relación con el principio *pro homine* y respaldó su resolución con diversos instrumentos internacionales. Al efecto destacó el artículo 29 de la Convención Americana, el artículo 5.1. del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, así como el artículo 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en materia de interpretación de los derechos fundamentales, que prohíben interpretar las disposiciones convencionales de manera que se pueda limitar el goce o el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por los instrumentos internacionales de

derechos humanos por las leyes de los Estados Partes, y que, asimismo, prohíben emprender actividades o realizar actos tendientes a menoscabar o suprimir los derechos fundamentales.

Con ese sustento normativo, la juzgadora federal estimó que la autoridad responsable realizó una interpretación estricta de los preceptos legales en que se fundó para desechar de plano los incidentes de incompetencia y falta de personalidad. La Jueza de Distrito determinó que la autoridad responsable debió haber actuado conforme a lo estipulado en el artículo 1° constitucional, realizando una interpretación conforme, para brindar la protección más amplia al trabajador, realizando un estudio oficioso de los incidentes planteados, inaplicando en su caso los artículos de la legislación interna que fueran antagónicos con el pacto constitucional. La juzgadora federal concluyó que al aplicar los principios rectores del artículo 1° constitucional, se estaría en aptitud de realizar un control difuso en beneficio del trabajador.

### **Observaciones**

Los derechos humanos protegidos en la ejecutoria de amparo son los contemplados en los artículos 1°, 14, 17 y 20 constitucionales. Así lo expresa la Jueza de Distrito en su resolución, en la que sostiene que la violación se produjo al haber desechado de plano la autoridad responsable los incidentes de competencia y falta de personalidad promovidos por la parte actora.

La juzgadora federal no precisa en su ejecutoria cuáles son los derechos humanos que protege y que contemplan los referidos preceptos constitucionales. Por lo que se refiere al artículo 1° constitucional, cabe distinguir un derecho humano de protección o tutela a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano es parte. Este derecho humano tiene su contrapartida en las obligaciones generales

del Estado de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, que establece el mismo artículo 1° constitucional.

El derecho a la protección de los derechos humanos, correlativo al deber de protección a cargo de las autoridades, regulados en el artículo 1° constitucional, se hace extensivo a las garantías de los derechos humanos, es decir, a los procedimientos de tutela de los derechos humanos. Es común identificar al juicio de amparo, la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional como las garantías jurisdiccionales típicas de protección a los derechos humanos. Sin embargo, los juicios ordinarios y sus procedimientos, incluyendo los incidentes, deben someterse a las reglas del debido proceso y ser así considerados también como garantías jurisdiccionales destinadas a proteger los derechos humanos que se encuentran en juego en los litigios.

Con el anterior entendimiento de los juicios ordinarios y sus procedimientos, es posible considerar que se viola el derecho humano al disfrute de las garantías judiciales, reconocido en el artículo 1° Constitucional, cuando los juicios ordinarios y sus procedimientos, incluyendo sus incidentes, no cumplen su función de garantía. Esto puede ocurrir cuando se interpretan y aplican las normas procesales sin atender las reglas hermenéuticas relativas a la interpretación conforme y al principio pro persona, reconocidos por el citado precepto constitucional.

Un derecho humano protegido en la sentencia de amparo que es pertinente destacar, es el derecho de acceso a una justicia completa y expedita que establece el artículo 17 constitucional. Este derecho humano se violó por la autoridad responsable al aplicar de forma rigurosa los preceptos legales en que se fundó para desechar de plano los incidentes planteados.

En lo que concierne a la interpretación y argumentación asumida en la ejecutoria de amparo, la juzgadora federal definió claramente sus argumentos y las reglas hermenéuticas constitucionales y convencionales, en que se apoyó para aplicar un control difuso. Al respecto, destacó la cláusula de la interpretación conforme, como una técnica hermenéutica prevista en el artículo 1° constitucional para dotar de eficacia a los derechos humanos. En este punto se puede advertir que la Jueza de Distrito enlazó la interpretación conforme con un argumento pragmático o consecuencialista, para que las libertades y derechos sean eficaces.

Otro argumento utilizado por la juzgadora de amparo es el principio *pro homine*, que igualmente constituye una regla hermenéutica que tiene por objetivo brindar a las personas la protección más amplia. Asimismo, aplicó en suplencia de la queja deficiente el principio *in dubio pro operario*. En relación con este principio, la juzgadora federal precisó la forma de interpretar los derechos humanos. Al efecto, invocó la regla hermenéutica prevista en el artículo 29 de la Convención Americana, equivalente a lo dispuesto en el artículo 5.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el artículo 30 de la declaración Universal de los Derechos Humanos. Conforme a estas normas convencionales, los derechos humanos no pueden interpretarse restrictivamente. Esto determina un canon hermenéutico de interpretación extensiva de los derechos humanos, que favorece la aplicación del principio *pro persona*, invocado en la ejecutoria de amparo.

La juzgadora constitucional destacó la importancia de armonizar el orden jurídico nacional con el internacional en materia de derechos humanos, a fin de aplicar la norma que resulte más favorable. En este sentido, se entiende que no existe una relación jerárquica entre las normas sobre derechos humanos internas e internacionales, sino una preferencia o primacía de los derechos humanos, que determina aplicar la norma más favorable, sin importar si es interna o

internacional. Estas consideraciones de la Jueza Federal revelan una argumentación funcional basada en los principios de interpretación conforme, *pro homine*, armonización y primacía de los derechos humanos.

El análisis de la resolución permite advertir un problema empírico en la aplicación del control difuso. No obstante que la juzgadora refiere que lo procedente es realizar una interpretación conforme de las normas aplicadas, a fin de admitir los incidentes propuestos por la actora y entrar a su estudio de manera oficiosa, del texto de la ejecutoria se desprende que también previó la posibilidad de desaplicar los preceptos de la legislación interna en que se fundó el acto reclamado.

Del análisis integral de la resolución, se puede asumir que lo que ordena la ejecutoria de amparo es desaplicar las normas supletorias de la Ley Federal del Trabajo que sirvieron de fundamento para desechar de plano los incidentes propuestos, por lo que propiamente, más que una interpretación conforme, el control difuso es para el efecto de que se desapliquen esas normas y se admitan los incidentes propuestos por la actora y quejosa. Por esta razón, adolece de una técnica apropiada para el control difuso, en tanto no se puede realizar una interpretación conforme y a la vez desaplicar la norma. Esto a la vez puede repercutir en la forma de cumplimentar la ejecutoria de amparo, en tanto se genera incertidumbre respecto a si la autoridad responsable debe realizar una interpretación conforme de los preceptos que aplicó para desechar de plano los incidentes de incompetencia y falta de personalidad, o si debe desaplicar esos preceptos legales.

### **5.2.2 Sinopsis del amparo directo administrativo 233/2014. La tutela del acceso a la justicia en el procedimiento contencioso administrativo federal.**

#### **Tema**

Los Magistrados del Segundo Tribunal Colegiado del Decimoquinto Circuito, con sede en Mexicali, Baja California, analizan el acto reclamado bajo un esquema de control difuso de convencionalidad ex officio, respecto del artículo 8º, fracción II, de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, a fin de determinar si es o no conforme con el derecho humano de acceso a la justicia reconocido en el artículo 17 constitucional, y el 8 de la Convención Americana.

#### **Antecedentes**

Una persona moral privada presentó ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, una demanda de nulidad respecto de la resolución de rescisión administrativa del contrato de construcción de obra pública, emitida por la Comisión Estatal de Servicios Públicos de Tijuana, Baja California. La Segunda Sala del referido tribunal, admitió a trámite la demanda y ordenó el emplazamiento respectivo.

Por escrito presentado por el Director de la Comisión Estatal de Servicios Públicos, contestó la demanda de nulidad y promovió incidente de incompetencia. La Segunda Sala Fiscal declaró improcedente la demanda con fundamento en el artículo 8 fracción II de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, por tratarse de un asunto en el que resultaba incompetente y decidió sobreseer en el juicio de nulidad. Resolución que constituye el acto reclamado.

#### **Resolución**

Los Magistrados del Segundo Tribunal Colegiado del Decimoquinto Circuito, determinaron que se violó su derecho humano de acceso a la justicia

previsto por el artículo 17 constitucional y el artículo 25 de la Convención Americana, porque decretó el sobreseimiento del juicio de nulidad, sin haberse pronunciado sobre qué tribunal resultaba competente y sin haber declinado el conocimiento del asunto en favor del tribunal competente para que éste resolviera sobre la pretensión planteada.

En su ejecutoria de amparo, los Magistrados destacaron que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1º Constitucional, que establece el principio pro persona se debe acudir, a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trate de reconocer derechos humanos, así como a la interpretación más restringida cuando se trata de límites permanentes al ejercicio de los derechos humanos. Asimismo, el Tribunal Colegiado precisó en su resolución, que de acuerdo con el nuevo régimen de derechos humanos, la Suprema Corte estableció de acuerdo con los artículos 1º y 133 constitucionales, que cualquier autoridad jurisdiccional del país está obligada a preferir los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior, realizando lo que se ha denominado como control de convencionalidad *ex officio*.

Al respecto, los Magistrados del Segundo Tribunal Colegiado consideraron que el artículo 8º, fracción II, de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo, con fundamento en el cual la Sala responsable declaró improcedente el juicio de nulidad, al carecer de competencia legal para conocer de los actos impugnados, resulta inconvencional, al pugnar con el derecho humano de acceso a la justicia, reconocido tanto en el artículo 17 constitucional, como en el artículo 8 de la Convención Americana.

Lo anterior, al advertir el referido Tribunal Colegiado que la forma en que está redactado el artículo 8º, fracción II de la ley en cita, conduce a que el gobernado quede en estado de indefensión en aquellos casos en que promueva un

juicio de nulidad en contra de determinado acto de autoridad que no sea de los que el Tribunal Federal de Justicia Administrativa tenga competencia, puesto que tal hipótesis conduce indefectiblemente al sobreseimiento del juicio. Por lo que concluyeron que en atención al principio pro persona y aplicando un control de convencionalidad *ex officio* procedía inaplicar esa norma, por resultar inconvencional. Los Magistrados consideraron que esa norma conduce a una consecuencia desproporcionada (sobreseimiento) para quien promueva una controversia judicial ante el órgano jurisdiccional que, un año dos meses después admitida la demanda, decide que carece de competencia para resolverla. Los Magistrados concluyeron que el sobreseimiento impide al quejoso el derecho a ser oído por un tribunal competente, lo que resulta violatorio del artículo 17 Constitucional y el diverso 8 de la Convención Americana, al producir un estado de indefensión.

### **Observaciones**

El derecho humano protegido en la resolución de amparo es el acceso a la justicia, previsto en el artículo 17 de la Constitución Federal y en el artículo 8 de la Convención Americana. Este derecho requiere que las personas tengan la posibilidad real y efectiva de acceder a la jurisdicción, para la determinación de sus derechos y obligaciones, independientemente de la materia jurídica a que correspondan esos derechos y deberes.

A juicio del Segundo Tribunal Colegiado, la referida norma procesal vulnera el derecho fundamental de acceso a la justicia porque esa norma posibilita que se actualice una causal de improcedencia del juicio de nulidad, que genera una consecuencia desproporcionada, que consiste en el sobreseimiento del juicio de nulidad. El referido tribunal de amparo consideró que el sobreseimiento deja sin oportunidad al actor de que el asunto se turne a la autoridad competente, produciendo un estado de indefensión. Al respecto, el tribunal de amparo consideró

que por el tiempo transcurrido al momento de decretarse el sobreseimiento, difícilmente podría el quejoso acceder a un medio de defensa efectivo ante la autoridad jurisdiccional competente.

El Tribunal Colegiado de referencia enfatizó el deber del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos, entre ellos el derecho de acceso a la justicia. Por tanto, encuadró la violación del derecho humano en el incumplimiento de las obligaciones generales del Estado de proteger y garantizar los derechos humanos.

Por lo que corresponde a la interpretación y argumentación, la sentencia en análisis se sustenta en el principio pro persona que obliga a optar por la interpretación protectora que resulte más amplia. En el caso ese principio se aplicó no tanto para interpretar la norma en el sentido más favorable, sino más bien para inaplicar la norma a fin de evitar que se violara el derecho humano de acceso a la justicia.

En el caso, el Segundo Tribunal Colegiado estimó que la norma procesal que aplicó la autoridad responsable para fundar la improcedencia del juicio de nulidad, y que la llevó a decretar el sobreseimiento del juicio de nulidad, resultaba inconvencional y procedía desaplicarla. Esto significa que la norma no resistió una interpretación conforme a la Constitución ni a la Convención Americana.

La resolución también esgrime un argumento pragmático o consecuencialista, cuando a partir de la interpretación de la norma cuestionada, analiza la consecuencia que produce su aplicación, consistente en el sobreseimiento del juicio. Sobre este particular, el citado Tribunal de amparo consideró desproporcionada la consecuencia, porque dejaría al justiciable en estado de indefensión. Al respecto, el Tribunal de garantías consideró en su resolución que si el artículo 8 de la Convención Americana concede a toda persona el derecho a que cualquier controversia que lo afecte en su esfera jurídica sea examinada y resuelta por un órgano jurisdiccional competente, entonces, el hecho de que se

promueva ante un Tribunal que carezca de atribuciones para conocer del asunto, no debe dar lugar como respuesta del Estado a un rotundo y definitivo rechazo de su petición, como ocurre con el sobreseimiento, que resuelve el asunto sin haber entrado al fondo. Para evitar esa consecuencia que resulta contraria al derecho humano de acceso a la justicia, concedió el amparo y le ordenó a la autoridad responsable que desaplicara el artículo 8° fracción II de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo.

Un argumento determinante de la resolución es el de autoridad, que el Tribunal de amparo sustentó en dos precedentes, uno del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y otro por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito, en el que sostuvieron criterios similares. De acuerdo con los argumentos utilizados se concluye que el Tribunal de Amparo utilizó una interpretación y argumentación funcionalista al ejercer el control de convencionalidad, orientado al disfrute del derecho humano de acceso a la justicia.

En la sentencia en análisis se advierte que el Segundo Tribunal Colegiado aplicó el principio de proporcionalidad en sentido estricto, al considerar que el sobreseimiento del juicio de nulidad decretado por la autoridad responsable resultaba una consecuencia desproporcionada que se derivaba de la aplicación del artículo 8° de la Ley Federal del Procedimiento Contencioso Administrativo. El citado tribunal de amparo no examinó los requisitos del principio de proporcionalidad relativos a la existencia de un fin constitucional legítimo y la necesidad y adecuación de la medida, respecto de la norma que ordenó inaplicar, lo que se presume que estimó innecesario, ante la evidencia del incumplimiento del requisito de proporcionalidad en sentido estricto.

Es pertinente mencionar que el derecho de acceso a la justicia, como ocurre con la mayoría de los derechos humanos, no es absoluto, sino que entra dentro de

un cierto margen de apreciación nacional de los Estados, pero sus restricciones, mediante el establecimiento de causas de improcedencia o de inadmisión, deben respetar el principio de proporcionalidad. En el presente asunto, el Segundo Tribunal Colegiado consideró que el artículo 8° de la Ley Federal Procedimiento Contencioso Administrativo no cumplió con el principio de proporcionalidad en sentido estricto, al ser desmedida la consecuencia derivada de la aplicación de esta norma, por afectar el derecho humano de acceso a la justicia.

### **5.2.3 Sinopsis del amparo indirecto 735/2013. Derecho de las víctimas y ofendidos a promover medidas cautelares como vía de acceso a la justicia.**

#### **Tema**

El Juez Cuarto de Distrito en el Estado de Baja California, con sede en Mexicali, bajo un esquema de control difuso de constitucionalidad, específicamente de interpretación conforme, examina si el artículo 167 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, que limita la legitimación de la víctima u ofendido para promover ciertas medidas cautelares, entre ellas, la prisión preventiva, pugna con el artículo 20, apartado C, fracción VI, que reconoce como derechos de la víctima o del ofendido, el de solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos.

#### **Antecedentes**

Una persona física presentó una denuncia en contra de otra como probable responsable de un delito de fraude específico. Al celebrarse la audiencia de imposición de medidas cautelares, el juez determinó que era improcedente la solicitud de prisión preventiva formulada por la defensa. El juzgador fundó su determinación en el artículo 167, fracciones I y XII, del Código de Procedimientos

Penales para el Estado de Baja California, que reserva al Ministerio Público la solicitud de ciertas medidas cautelares, entre ellas la prisión preventiva.

El Juez del proceso consideró que las providencias precautorias que pueden ser solicitadas por la víctima son similares al riesgo que se trata de evitar con ellas, lo cual difiere con las medidas cautelares cuya solicitud es exclusiva del Ministerio Público y que tienden a evitar que se entorpezca el procedimiento. En cuanto al control de constitucionalidad que se le planteó, resolvió que no era dable aplicarlo debido a la naturaleza de las medidas cautelares. Asimismo, consideró que de concederse facultades a la víctima, propias del Ministerio Público, se contravendría el principio de debido proceso.

La resolución de mérito que declaró improcedente la medida cautelar de prisión preventiva solicitada por la defensa, fue impugnada mediante recurso de apelación, que fue resuelto por la Cuarta Sala del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Baja California, que confirmó la resolución apelada. El tribunal de apelación estimó que la resolución del Juez de garantías fue correcta por la premisa de la que partió en relación con el alcance del debido proceso, el acceso a la justicia y el principio a la igualdad. Respecto de este principio estableció que la interpretación de las normas debía realizarse de acuerdo con el derecho humano a la igualdad, para tratar igual a los iguales y de manera desigual a los desiguales. Consideró improcedente aplicar el control difuso porque el imputado y la víctima se colocaban en diferentes condiciones ante la norma, por los diferentes intereses en juego. En este plano, concluyó que no era posible igualar a los sujetos pasivos y activo, por los diversos intereses en juego, como lo es la reparación del daño a la víctima y la restricción de la libertad del procesado. La anterior resolución constituye el acto que se reclamó en el juicio de amparo indirecto.

## **Resolución**

El juez de distrito consideró fundados los conceptos de violación, suplidos en su deficiencia, destacando que la finalidad primordial al suplir la queja deficiente consistía en atender la verdad legal y juzgar con pleno conocimiento la controversia para garantizar el acceso real y efectivo a la justicia. Después de plantear la litis constitucional para determinar si el artículo 167 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, resultaba violatorio del artículo 20, apartado C, fracción VI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, precisó que de acuerdo con esta norma constitucional se advertía que el Constituyente estableció el derecho humano de la víctima y ofendido a solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos.

El juez federal determinó que conforme al nuevo marco constitucional de protección más amplia, no debía prevalecer una interpretación restringida sino una extensiva para privilegiar el acceso de la víctima y el ofendido a la justicia mediante la restitución de sus derechos, conforme a los principios pro persona y progresividad. Destacó la posición de la víctima como una parte procesal en el juicio, legitimada para promover todas las providencias necesarias a fin de obtener la restitución de sus derechos. De igual forma, enfatizó el derecho humano de la víctima a conocer la verdad y a que se castigue al culpable, como presupuesto que justifica la procedencia de la reparación del daño.

El juez federal también enfatizó la independencia o autonomía impugnativa de la víctima o del ofendido, necesaria para la defensa de su interés a la reparación del daño. En esta vía legitimadora, el juez de amparo delineó el avance jurisprudencial que le abrió las puertas para promover la defensa de sus derechos tanto en el juicio de amparo indirecto como el directo, independientemente de que no estuvieran vinculados de manera directa con la reparación del daño.

El juez de distrito destacó en relación con el trato igual entre la víctima u ofendido e inculpaado, el espíritu del constituyente de otorgar el mismo trato a las partes en el proceso penal. Al respecto, tomó en cuenta la exposición de motivos de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, en la que se consideró que la protección de los derechos de la víctima y de los ofendidos tiene una importancia del mismo rango de los que las leyes positivas mexicanas otorgan a los inculpaados por el delito. En este sentido, puntualizó que la lucha contra la impunidad debe tener en cuenta los efectos del delito sobre la víctima, de tal suerte que la intervención y exigencias de ésta tengan una clara y plena reivindicación en el proceso penal.

El juzgador de amparo concluyó que la reforma constitucional de 2008, pretende dar operatividad al conjunto de derechos de las víctimas y ofendidos, reconocidos en el apartado C del artículo 20 constitucional, que en su fracción VI reconoce su derecho para solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos. Con este fundamento el juez federal determinó que la posición que guardan la víctima y los ofendidos en el proceso penal es aplicable también en la etapa preliminar de averiguación previa, lo que relacionó con el principio de progresividad en la protección de los derechos humanos, entre ellos el acceso a la justicia y el recurso efectivo.

El juez de distrito concluyó que en el caso procedía aplicar un control difuso para realizar una interpretación conforme, de manera extensiva, del artículo 167 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, de tal suerte que se entienda que la víctima o el ofendido puede solicitar las medidas o providencias necesarias para asegurar la restitución de sus derechos. El juez federal consideró que esta interpretación no pugna con los principios de acceso a la justicia, debido proceso e igualdad jurídica. De lo contrario, se limitaría el derecho constitucional de las víctimas y los ofendidos.

## **Observaciones**

El Juez Cuarto de Distrito expone en su resolución cuáles son los derechos humanos protegidos. Al respecto, precisó que el fin primordial para suplir la queja deficiente consistía atender la verdad legal del caso para garantizar el acceso real y efectivo a la justicia. Asimismo, indicó que el Constituyente estableció en el artículo 20, apartado C, fracción VI de la Constitución, el derecho de la víctima y del ofendido a solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos. De esta manera, se puede concluir que los derechos humanos protegidos son el debido proceso o tutela judicial efectiva, como vía necesaria para proteger los bienes de la víctima o del ofendido. Por tanto, se encuentra tutelado el derecho a la propiedad, así como los bienes afectivos de la víctima y el ofendido. Como lo precisó el juez federal en su resolución, lo que se pretende con la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, al reconocer el derecho de las víctimas y ofendidos para solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, es decir, dar operatividad al conjunto de derechos que les reconoce el citado precepto y apartado constitucionales.

Por lo que se refiere a la interpretación y argumentación utilizada por el juez de distrito, el resolutor expuso en su resolución que no debía prevalecer una interpretación restringida sino una extensiva para privilegiar el acceso de la víctima y el ofendido a la justicia mediante la restitución de sus derechos. En respaldo de esta postura, invocó los principios pro persona y progresividad y enfatizó la independencia o autonomía impugnativa de la víctima o del ofendido para la defensa de sus intereses.

Conforme a los anteriores lineamientos el juez de distrito determinó que en el caso procedía realizar una interpretación conforme del artículo 167 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, a fin de concluir que

la víctima y el ofendido también se encuentran legitimados para solicitar medidas cautelares, entre ellas la prisión preventiva.

En la resolución también se acude a la exposición de motivos de la citada reforma constitucional en la que se equipara la protección de los derechos de la víctima y del ofendido, a los derechos que se otorgan a los inculcados. Este razonamiento se sustenta en una argumentación principialista, respaldada en un principio de igualdad. En otro aspecto, cuando el juez de amparo concluyó que la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, pretende dar operatividad al conjunto de derechos de las víctimas y los ofendidos, reconocidos en el apartado C del artículo 20 constitucional, está apelando a un argumento teleológico, en tanto que se invocan los fines de la reforma.

La orientación del juez de distrito con base en principios es notoria. El Juez federal invoca los principios pro persona y progresividad para maximizar los derechos de las víctimas y los ofendidos, como vía legítima para el conocimiento de la verdad y la restitución de los derechos. Respecto del principio de progresividad, el juez de amparo lo invocó para sustentar que la posición que guardan las víctimas y ofendidos en el proceso penal, es aplicable también en la etapa preliminar de averiguación previa.

Es interesante subrayar que en el caso el juez de distrito aplicó un control difuso para realizar una interpretación conforme, a fin de interpretar extensivamente el artículo 167 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, en lugar de desaplicar la norma en la parte que limitaba a las víctimas o los ofendidos respecto de las medidas cautelares o providencias que estaban legitimados para solicitar. Es pertinente indicar que se trata de una interpretación conforme en sentido estricto, en tanto que la conclusión del juez tiene como presupuesto una interpretación previa conforme a la cual el citado precepto legal resulta contrario al artículo 20, apartado C, fracción VI, que

reconoce a las víctimas y los ofendidos el derecho para solicitar medidas cautelares. Por tanto, entre las dos interpretaciones posibles, el juez optó por aquella que permite considerar que la norma secundaria es constitucional. Para sustentar esta conclusión, el juzgador federal se apoyó en una interpretación extensiva del precepto legal.

Esta decisión del juzgador permite entender que en los pasos a seguir para el control difuso, es viable jurídicamente realizar una interpretación conforme, como lo hizo el juzgador, para no inaplicar la norma. No obstante, en el caso resultaba más técnico realizar un control difuso para desaplicar la norma, en cuanto literalmente contradice la Constitución. Esto puede representar un problema empírico en la aplicación del control difuso. En todo caso, plantea la necesidad de determinar los límites que puede ofrecer una interpretación extensiva, incluso una interpretación evolutiva, para aplicar una interpretación conforme en sentido estricto, cuando la letra de la ley contradice la Constitución.

Una pauta para aclarar estos límites se puede encontrar en el lenguaje en que se encuentra expresada la norma jurídica. Es común admitir que el lenguaje del derecho es un lenguaje prescriptivo. No obstante, no todo el contenido de las normas jurídicas es de tipo prescriptivo, sino que, en ocasiones se complementa con un lenguaje descriptivo. Esto es importante, porque la interpretación extensiva y en su caso la interpretación evolutiva no deben utilizarse para salvar la norma secundaria que literalmente contradice la Constitución, cuando se usa un lenguaje prescriptivo, sino únicamente en la parte en que se usa un lenguaje descriptivo.

Por uso prescriptivo del lenguaje se entienden las modalidades deónticas que prescriben mandatos o prohibiciones, o bien que establecen permisiones. En cambio, el lenguaje descriptivo solamente establece los elementos que hacen comprensible la norma jurídica, sin establecer mandatos, prohibiciones o permisiones. Es en este último campo en el que la interpretación extensiva y

evolutiva puede aplicarse para salvar la norma y sostener su constitucionalidad. En cambio, eso no parece justificado cuando se trata del lenguaje prescriptivo, puesto que constituye un límite para este tipo de interpretaciones, en la medida en que se estaría alterando el significado de la norma, para sostener su constitucionalidad.

En el presente asunto la norma secundaria que circunscribe al Ministerio Público la legitimación para solicitar la medida cautelar consistente en la prisión preventiva, constituye una norma prohibitiva para las víctimas y los ofendidos. Por tanto, se trata del núcleo de la norma en la que la modalidad deóntica constituye una prohibición. De ello se sigue que se trata de la parte prescriptiva de la norma, por lo que no parece apropiado utilizar la interpretación extensiva para fincar en ella una interpretación conforme en sentido estricto, como lo aplicó el juzgador. Es en este sentido en que la resolución en análisis puede representar un problema empírico en la aplicación del control difuso.

#### **5.2.4 Sinopsis del juicio de amparo indirecto 130/2013. La interpretación conforme de las medidas cautelares a la luz del principio del interés superior del menor de edad, como vía para la tutela judicial efectiva.**

##### **Tema**

El entonces Juez Decimosegundo de Distrito en el Estado de Baja California, con sede en Mexicali, (actualmente Juzgado Cuarto de Distrito), examina bajo un esquema de interpretación conforme, si el artículo 216 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Baja California, aplicado por la autoridad responsable para que cesara la medida cautelar que decretó a fin de que un menor estuviera al lado de su padre, es o no contrario al principio de interés superior del menor de edad.

## **Antecedentes**

El padre de un menor solicitó la medida de providencia cautelar consistente en el depósito a su favor de su menor hijo, que se encontraba al lado de su madre. Como hecho justificante de su petición expuso el maltrato físico del que era objeto el niño por parte de su progenitora y de su pareja sentimental.

El Juez Primero de Primera Instancia del Ramo Civil de San Luis Río Colorado, Sonora, declinó la competencia en favor del Juez de lo Familiar de Mexicali, Baja California. El asunto le correspondió al Juez Tercero de lo Familiar, quien autorizó la medida y ordenó se depositara el menor al lado de su padre. El Juez del conocimiento concedió al promovente un término de quince días, contados a partir del día siguiente a que recibiera a su menor hijo, para acreditar que presentó la demanda de pérdida de la patria potestad, y lo apercibió que, de no hacerlo en ese lapso, cesarían los efectos de la medida cautelar.

La madre del menor solicitó se dejara insubsistente la medida cautelar de depósito del menor de edad al lado de su padre, por haber transcurrido el término que se le concedió para que promoviera el juicio de pérdida de la patria potestad, sin haberlo hecho. El Juez Tercero de lo Familiar acordó de conformidad lo solicitado, y declaró que habían cesado los efectos de la medida cautelar decretada. Por tanto, ordenó al actuario adscrito a requerir al solicitante para que reincorporara al menor de edad al lado de su madre. Esta resolución constituye el acto que se reclamó en amparo indirecto.

## **Resolución**

El entonces Juez Decimosegundo de Distrito determinó que procedía aplicar un control de convencionalidad, por encima del artículo 216 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Baja California, en el que la autoridad responsable fundó su resolución para que cesara la medida cautelar de que el menor de edad estuviera al lado de su padre.

El juez de distrito consideró que se debía atender que en el caso se encontraba involucrado un niño que en esa fecha contaba con 5 años de edad, por lo que existía la obligación constitucional y legal de ese tribunal de amparo de proteger el interés superior del menor de edad, para obtener su estabilidad, salvaguarda y seguridad. Esto independientemente de que no se hubiese promovido el juicio de pérdida de patria potestad, debido a que lo que procedía era que el menor de edad permaneciera al lado de su padre.

Para concluir lo anterior, el juzgador de amparo consideró que de acuerdo con las constancias que obraban en los autos, por el momento no era recomendable para el menor de edad regresar al lado de su progenitora, quien cohabitaba con su pareja sentimental, debido a que en contra de éste se había girado orden de aprehensión por los delitos de violencia intrafamiliar y violencia intrafamiliar equiparada, siendo ofendido precisamente el menor de edad respecto de quien se decretó la medida cautelar.

Para sustentar su resolución, el juez federal invocó el artículo 19 de la Convención Americana, conforme al cual: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y el Estado”. Asimismo, se fundó en el artículo 926 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Baja California. Conforme a este precepto, el Juez de lo Familiar debe intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente a los menores de 18 años, por lo que debe decretar las medidas provisionales para preservar y proteger la familia, anteponiendo siempre el interés superior del menor.

El juez de distrito consideró que si bien no existía prueba definitiva de que hubiera maltrato en contra del menor por parte de la madre y su pareja, sí había un indicio suficiente, por el momento, para dejar insubsistente la orden de que se restituyera al niño al lado de su madre, quien por regla general, en caso de

separación de los progenitores debe asumir la custodia del hijo habido de su unión; que un caso de excepción se presenta cuando exista duda respecto de la madre, en cuanto a que sea la persona idónea para cuidar al menor de edad. Por tanto, concedió el amparo para preservar el interés superior del menor de edad.

### **Observaciones**

Los derechos humanos protegidos en la resolución dictada por el juez de distrito, son los que corresponden a los menores de edad y que de manera general enuncia el artículo 4° de la Constitución, como son la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento. Para su tutela es indispensable aplicar el principio del interés superior de la niñez que desempeña una función hermenéutica, similar al principio pro persona. El fin que se persigue es el desarrollo integral de los menores de edad.<sup>473</sup> Otro derecho humano que se protege de manera implícita es el de la tutela judicial efectiva, que solo puede lograrse con una interpretación bajo el principio del interés superior del menor.

En relación con los argumentos utilizados por el juez federal para aplicar el control de convencionalidad, destaca la aplicación del principio del interés superior de la niñez. El Juez de amparo consideró en su resolución que por encima del artículo 216 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Baja

---

<sup>473</sup> En los asuntos en que intervienen menores de edad, es importante tomar en cuenta el Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que afecten niñas, niños y adolescentes, elaborado y presentado en febrero de 2012 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que incorpora la jurisprudencia sobre temas relacionados con la infancia y recoge los estándares que ha desarrollado el derecho internacional de los derechos humanos sobre los derechos de la niñez, que permite aplicar las normas y principios que deben considerarse en los casos que los involucran. Para ello deben tomarse en cuenta las características específicas de la infancia y la adolescencia que impartan en la labor Judicial. Al respecto, deben tomarse en cuenta sus habilidades y limitaciones cognitivas, emocionales y morales, de acuerdo a su desarrollo humano. Los juzgadores están obligados a observar en todas las etapas del proceso judicial el principio del interés superior del niño, considerando los efectos que sus resoluciones pueden tener en sus derechos. Asimismo, deben evitar su discriminación para no hacer distinción alguna en el ejercicio de sus derechos. De igual forma, deben respetar su derecho a expresarse en todos los asuntos que les afecten, guiando su actuación para preservar su derecho a la vida, supervivencia y desarrollo. Para ello deben seguir las reglas de actuación que fija el Protocolo, entre ellas brindarles información del procedimiento, así como asistencia legal y acompañamiento procesal, medidas de protección, resguardo de su privacidad, principalmente de su entidad, y preservar su estabilidad emocional. El Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucran niñas, niños y adolescentes se encuentra publicado por la Dirección General de Comunicación y Vinculación Social de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Edición, 2014.

California, debía tenerse en cuenta que por el momento no era recomendable para el menor regresar al lado de su madre. La razón aducida por el juzgador giró en torno a la integridad física y emocional del menor de edad, con motivo de un entorno de posible violencia intrafamiliar. Esto revela la importancia del contexto familiar y social como elemento hermenéutico para la correcta aplicación del principio del interés superior del niño.

Al respecto, debe puntualizarse que el referido principio se encuentra entrelazado con un argumento pragmático o consecuencialista. Este último argumento pretende evitar los daños que podría sufrir el menor de edad en ese entorno de posible violencia intrafamiliar. También se advierte un argumento sistemático vinculado al principio del interés superior del niño. Por otra parte, el juez de distrito argumentó sistemáticamente cuando aplicó el artículo 926 del Código de Procedimientos Civiles del Estado para Baja California, que faculta al Juez de lo Familiar para decretar las medidas provisionales conducentes a la protección de la familia, especialmente de los menores de 18 años, anteponiendo siempre el interés superior del menor de edad. Esta reflexión del juez de amparo implica que realizó una interpretación conforme del artículo procesal en cita, en relación con su contexto familiar y social.

Es importante mencionar que el juez federal no determinó que el artículo 216 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Baja California, resultara contrario a las normas constitucionales o convencionales, sino que ese precepto no podía estar por encima del interés superior del menor. En este sentido es importante tomar en cuenta que este principio funciona en relación con las circunstancias concretas de cada caso, lo que implica una interpretación

hermenéutica, es decir, de contexto. A la vez, conduce a una relatividad de soluciones.<sup>474</sup>

### **5.2.5 Sinopsis del amparo indirecto 677/2011-2. Interpretación conforme de la guarda y custodia del menor de edad, para la tutela judicial efectiva.**

#### **Tema**

La Jueza Primero de Distrito en el Estado de Baja California, con sede en Mexicali, analiza el acto reclamado, consistente en resolución judicial sobre la privación del derecho a la guarda y custodia provisional que la quejosa solicitó respecto a su menor hija en un juicio sumario de alimentos, bajo un esquema de interpretación conforme en relación con los artículos 55, 240, 272, 274, 925, 926 y 927, del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Baja California, que fundamentaron el acto reclamado.

Con apoyo en los referidos numerales la autoridad responsable, en ejercicio de una facultad discrecional, se reservó a proveer respecto a la medida provisional de guarda y custodia solicitada por la actora, hasta en tanto se practicaran los estudios psicológicos y socioeconómicos que decretó, para establecer las condiciones de la menor y determinar si había sufrido daño psicológico o físico.

#### **Antecedentes**

El asunto tuvo su origen en una demanda que ante un juzgado de lo familiar promovió la quejosa, reclamando alimentos para su hija menor de edad. Al presentar la demanda solicitó al juez natural la guarda y custodia provisional de su hija. Por auto de fecha nueve de septiembre de dos mil once, la autoridad responsable se reservó de proveer respecto de la custodia provisional de la menor, hasta en tanto se llevara a cabo la audiencia conciliatoria en el juicio, o bien se

---

<sup>474</sup> González Nuria y Rodríguez Sonia, *el interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano*. (México, Ed. IIJ UNAM, 2011), P.23

justificara la necesidad y urgencia de la medida, para lo cual ordenó la práctica de estudios socioeconómicos y psicológicos, tanto de la actora como de su hija menor de edad.

### **Resolución**

La Jueza de Distrito declaró fundados los conceptos de violación, los que suplió en su deficiencia. La juzgadora federal determinó que al no precisar la autoridad responsable a quién le correspondía formalmente la guarda y custodia provisional de la menor de edad, no se apegó a las normas constitucionales y convencionales y dejó de atender el interés superior que le asistía.

A partir del análisis del artículo 4° constitucional que establece los derechos de los niños y las niñas, a la satisfacción de las necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, así como los deberes de los ascendientes, tutores y custodios para preservar estos derechos, la juez de distrito enfatizó el concepto del interés superior del niño como un principio de rango constitucional. Asimismo, destacó el artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño que establece que, cualquier medida que tomen las autoridades estatales, deben tener en cuenta de forma primordial el interés superior del niño.

La jueza federal puntualizó que el interés superior de los niños es un principio orientador de la actividad interpretativa que conlleva una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, para tomar en cuenta los deberes de protección y los derechos especiales de los menores. La juzgadora federal invocó, de igual forma, las disposiciones sobre el interés superior de los niños que contempla la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, reglamentaria del artículo 4° constitucional.

La juzgadora federal resaltó lo dispuesto por el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada en Nueva York en 1989, conforme al cual, todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o

privadas de bienestar social, así como los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, atenderán el interés superior del niño como una consideración primordial.

De igual forma, en su resolución, la juzgadora federal invocó el artículo 9° de la misma Convención, que obliga a los Estados Parte a velar para que los niños no sean separados de sus padres, excepto cuando a reserva de revisión judicial las autoridades competentes determinen que la separación es necesaria en interés superior del niño, como en los casos en que sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

De igual forma, la Jueza de Distrito tomó en cuenta el artículo 4° de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, que obliga a las autoridades a interpretar las normas aplicables a niñas, niños y adolescentes de conformidad con el principio del interés superior de la infancia, en tanto que las normas se entenderán dirigidas a procurarles los cuidados y asistencia que requieran para lograr un crecimiento y desarrollos plenos, dentro de un ambiente de bienestar familiar y social, sin que en ningún momento ni circunstancia los derechos de los adultos puedan condicionar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes.

La jueza federal precisó que en el caso analizado la menor de edad se encontraba bajo el cuidado de la madre por haberse separado del padre, por lo que le resultaba obligación al Estado de vigilar para que la menor de edad siempre se encontrara con alguno de sus progenitores, dado el derecho de las niñas y los niños a vivir en familia. La Jueza de Distrito puntualizó que la omisión de la autoridad responsable de proveer sobre la custodia provisional desatendió el interés superior de la niña, al no definir el hogar en el que obtendría la protección, estabilidad personal y emocional, siendo que le correspondía resolver lo conducente de

acuerdo con los medios probatorios que obraran en autos y que había aportado la actora.

La jueza federal estimó que al dejar fuera del ámbito jurídico la situación en que se encontraba la menor de edad, le provocó un estado de indefensión, por lo que debió de decretar las medidas provisionales para protegerla, de acuerdo con el artículo 926, del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Baja California. La juzgadora de amparo consideró inatendible el argumento de que previamente debería de llevarse a cabo la audiencia conciliatoria para respetar la garantía de audiencia que establece el artículo 14 constitucional, puesto que esta garantía rige para actos privativos definitivos, por lo que no era aplicable para las medidas cautelares, que constituyen resoluciones provisionales.

La Jueza de Distrito aplicó la tesis aislada sustentada por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, de rubro: GUARDA Y CUSTODIA. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.228 FRACCIÓN II, A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO.<sup>475</sup> En la referida tesis se sostiene que las disposiciones legales secundarias deben ser acordes con los contenidos constitucionales, dando lugar a lo que algunos doctrinarios llaman “interpretación conforme” o “consistencia constitucional”. Por tanto, conforme a esta tesis, el tribunal colegiado sostiene que la norma analizada debe interpretarse conforme a lo dispuesto por el artículo 4º constitucional, que delinea el principio del interés superior de la infancia que tiene una doble función: justificativa y directiva.

Esta última tiende a que todos los involucrados en la toma de decisiones que conciernen a los niños y adolescentes, siempre tengan en cuenta las medidas que logren el desarrollo de sus potencialidades y su bienestar físico, emocional y

---

<sup>475</sup> Tesis consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIV, Julio de 2011, p. 2021.

social, lo que aplica tanto a la elaboración como a la aplicación de las disposiciones normativas de toda índole.

Asimismo, la Jueza de Distrito aplicó en su resolución la tesis de jurisprudencia emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte, publicada con el rubro: “INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL”.<sup>476</sup> En esta tesis se sostiene que en el ámbito jurisdiccional, el interés superior del niño es un principio orientador de la actividad interpretativa relacionada con cualquier norma jurídica que tenga que aplicarse a un niño en un caso concreto o que pueda afectar sus intereses.

### **Observaciones**

Los derechos humanos protegidos en la ejecutoria de amparo son los establecidos en el artículo 4° constitucional, mismos que la juzgadora federal precisa en su sentencia. Consisten esencialmente en el derecho a que se satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y desarrollo integral, en el ámbito familiar estos derechos se protegen a través de los principios aplicados en la resolución, primordialmente el del interés superior del niño.

El derecho integral del menor de edad constituye la base de un derecho humano de reciente cuño y que se encuentra implícito en el artículo 4° constitucional; se trata del derecho al desarrollo integral de la personalidad del menor de edad.

En la sentencia de amparo se analizan algunos elementos de contexto que deben tomarse en cuenta al emitir las decisiones que afecten a menores de edad. En el caso, la parte actora, en calidad de madre de la menor de edad, que detentaba la custodia de su hija, al momento de presentar la demanda, solicitó la custodia provisional. A su favor alegó que el padre no había cumplido sus obligaciones

---

<sup>476</sup> Tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consultable en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 1ª./J. 18/2014 (10ª), Libro 4, Marzo de 2014, Tomo I, p. 406.

alimentarias, que abandonó a su hija desde que nació. En relación al contexto familiar, la Jueza de Distrito consideró que existen casos en los que el interés superior del niño o su desarrollo integral se pueden ver afectados por las conductas de sus padres; que en estos casos el Estado debe velar por su estabilidad y desarrollo personal. Que para lograr esos objetivos se puede determinar la pérdida o la restricción de los derechos de custodia de los padres, puesto de que persistir las conductas nocivas se puede llegar a un resultado contrario a lo establecido por el artículo 4° constitucional. Por estas razones la jueza federal precisó que corresponde al juzgador resolver bajo qué padre debe quedar la custodia del menor de edad, atendiendo al principio del interés superior del niño.

Respecto de la referida cuestión, la resolutora de amparo consideró que la regla general que establece la ley, es que la custodia se asigne a la madre. Sin embargo, de acuerdo con la tesis aislada que invocó sobre la materia,<sup>477</sup> esta regla debe interpretarse conforme a la Constitución, particularmente en relación con el artículo 4° constitucional que delinea el principio del interés superior de la niñez. Conforme a este principio, deben ponderarse las diversas circunstancias que se desprendan del material probatorio y si de éstas se advierte que sería perjudicial para el menor de edad quedar bajo la custodia de la madre y que, en cambio, le sería benéfico quedar bajo la custodia de su padre, entonces habría razón suficiente y justificada para apartarse de la regla general.

En este asunto se puede advertir lo relevante que resulta en ciertos casos atender el contexto familiar y social en el que se desenvuelve la vida de las personas que intervienen en los litigios, a fin de proteger eficazmente los derechos humanos. En estos casos, como ocurre cuando se ventilan derechos de menores de edad, las determinaciones judiciales no pueden prescindir de estos elementos

---

<sup>477</sup> Tesis aislada consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXVI, Julio de 2011, p. 2021.

contextuales, para asegurar sus derechos bajo las directrices de la interpretación conforme y el principio del interés superior del niño.

Esta resolución es importante porque enfatiza la obligación de los juzgadores para que al aplicar las normas que conciernen a los menores de edad, realicen una interpretación conforme, que optimice el interés superior del niño, de acuerdo con la normatividad constitucional, convencional y legal.

Respecto a la argumentación sostenida por la Jueza de Distrito, cabe destacar que se sustenta en el principio del interés superior del niño, que conduce a realizar una interpretación sistemática, que dé sentido a la aplicación de las normas, tomando en cuenta los deberes de protección de los menores y los derechos especiales reconocidos en su favor. La juzgadora federal aplicó una argumentación sistemática al analizar las normas secundarias en relación con los mandatos constitucionales y convencionales. Asimismo, aplicó una interpretación teleológica y funcional, para que se atendieran los fines de las normas tuteladoras de los derechos de la niñez.

#### **5.2.6 Sinopsis de la queja civil 158/2015. Interpretación conforme de la designación de un representante especial a un menor de edad en el juicio de amparo, como vía de tutela de sus derechos fundamentales.**

##### **Tema**

Los Magistrados Integrantes del Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, con sede en Mexicali, Baja California, revisan en queja la orden del juez de distrito de designar un representante especial a un menor de edad al advertir un conflicto de intereses dentro de un juicio de amparo indirecto, el cual promovió un quejoso por su propio derecho y en representación de su menor hijo, en contra de la orden de un juez familiar de realizar exámenes periciales al menor de edad, dentro de un juicio de controversias de orden familiar en el que existe un

conflicto de intereses entre los padres del menor. Lo anterior en relación con el principio del interés superior del niño, a fin de tutelar sus derechos fundamentales.

### **Antecedentes**

Mediante escrito presentado el dos de junio de dos mil quince, ante la Oficina de Correspondencia Común de los Juzgados de Distrito en Materia de Amparo y de Juicios Federales en el Estado de Baja California, con residencia en Tijuana y turnado ese propio día al Juzgado Primero de Distrito en Materia de Amparo y Juicios Federales, un quejoso por su propio derecho y en representación de su menor hijo, promovió juicio de amparo indirecto en contra de los acuerdos dictados por un juez civil en un juicio de controversias de orden familiar. En los citados acuerdos se le requirió para que presentara al menor de edad ante el perito psicólogo para realizar los estudios de perfil psicológico y de afectación y consecuencias psicológicas y emocionales que pudiera presentar el menor de edad. En su escrito de demanda el quejoso nombró autorizados, en términos del artículo 12 de la Ley de Amparo.

Por acuerdo de tres de junio de dos mil quince, la Jueza Primero de Distrito en Materia de Amparo y de Juicios Federales en el Estado de Baja California, radicó la demanda de amparo, solicitando su aclaración y tuvo por autorizados a los profesionistas indicados en la demanda. Una vez aclarada la demanda, el cinco de junio de dos mil quince, la juez de distrito admitió a trámite el juicio, lo radicó y solicitó el informe justificado a la autoridad responsable. Asimismo, señaló fecha para la celebración de la audiencia constitucional y ordenó, con fundamento en el artículo 8º de la Ley de Amparo, que a través del Instituto de Defensoría Pública se le nombrara al menor de edad un representante especial, al advertir un conflicto de intereses entre sus padres en el juicio de amparo.

Con posterioridad, la jueza federal, mediante acuerdo, tuvo por acreditado al representante especial del menor designado, y se reservó acordar hasta que se presentara al Juzgado a aceptar el cargo conferido. Inconforme con el acuerdo de cinco de junio de dos mil quince, la autorizada de la parte quejosa promovió recurso de queja.

### **Resolución**

Los juzgadores que integran el Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, con sede en esta ciudad, declararon fundados, pero insuficientes, los agravios expuestos en el recurso de queja y confirmaron la resolución impugnada, aunque por diversas razones a las sostenidas por la juzgadora de amparo.

En su ejecutoria, destacaron el interés superior de la infancia como eje rector de la función jurisdiccional; precisaron que en los casos en los que se vean inmersos sus intereses, es necesario que el juzgador al evidenciarse un conflicto de intereses que pudiera afectar su defensa, le nombre un representante especial que vele por sus derechos en el juicio de amparo. Esto en congruencia con el artículo 4º, párrafo noveno, de la Constitución Federal, que establece como una obligación el observar el interés superior del menor en todos los ámbitos de la vida social en los cuales participe.

A su vez, los Magistrados precisaron que el menor de edad tiene el derecho fundamental de ser escuchado y de manifestarse libremente en todo el procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o a través de un representante u órgano apropiado y la obligación de los tribunales de atender al interés superior del niño, en todas las resoluciones que emitan.

Además, los Magistrados puntualizaron que del contenido de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, se aprecia el derecho de los niños a la libertad de expresión, el cual incluye el derecho a ser informados,

así como el derecho de libertad de opinión, es decir, que se les tome su parecer en todos los asuntos que les afecten y el contenido de las resoluciones que les conciernen. Al respecto, el tribunal de Amparo invocó la jurisprudencia que estimó aplicable.

En el caso concreto, los Magistrados consideraron que existe un conflicto de intereses entre los padres del menor de edad, por lo que, resolvieron que fue acertado que se le nombrara un representante especial, debido a que el padre tiene un interés en el juicio frente a la madre, que puede influir en el ánimo de su menor hijo y que a la postre pudiera repercutir en la decisión que se llegara a tomar respecto a la controversia planteada.

Por tal motivo, el Tribunal Colegiado estimó que procedía realizar una interpretación conforme de las normas constitucionales, convencionales y legales que citó en su resolución (estas últimas relativas a la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes). Esto a fin de favorecer al menor de edad en la protección más amplia, respecto a su representación, a la luz del principio del interés superior del niño. Por tanto, estimó que resultaba necesario que en ese caso, en el que el menor de edad funge como parte en el juicio de amparo y en el que la materia de debate son sus derechos fundamentales, se le nombrara un representante especial, por lo que debía prevalecer el nombramiento hecho por el juez de distrito, en aras de hacer efectiva su defensa.

El Tribunal Colegiado enfatizó que se debía verificar que los derechos de los menores de edad se vieran protegidos en los juicios de amparo en los que se ventilaran sus derechos fundamentales, otorgándoles la defensa más amplia y adecuada a sus intereses, lo que consideró congruente con el Protocolo de Actuación para quienes imparten Justicia en casos que afecten a Niños, Niñas y Adolescentes.

## **Observaciones**

En este asunto el Tribunal Colegiado protegió el derecho de defensa del menor de edad, ante el conflicto de intereses que surgió en el juicio natural entre sus padres. En ese telón de fondo en el que se materializa el conflicto, se encuentran en juego diversos derechos como el libre desarrollo de la personalidad del menor y su propia autonomía, que en el caso pretende proteger el padre al combatir la orden judicial de la autoridad responsable, para que se le practicaran exámenes periciales de personalidad, a fin de determinar su perfil psicológico y emotivo.

El asunto reviste un interés particular en materia de control difuso porque incide en la producción de actos probatorios que involucran a un menor de edad. La admisión de las pruebas debe atender al principio del interés superior del niño, de acuerdo con lo que disponen las normas constitucionales, convencionales y legales. Aun cuando el recurso de queja se limita a revisar un acuerdo en que se designó un representante especial de un menor de edad, el asunto es trascendente respecto del control difuso sobre la actuación jurisdiccional en materia de producción probatoria que involucre a menores de edad, a fin de que no se vulneren sus derechos fundamentales.

Lo anterior implica que al admitir pruebas en que intervengan los menores de edad, se debe de realizar una interpretación conforme en sentido amplio, que comprenda no solamente el examen de la norma, sino de las circunstancias del caso para garantizar la salvaguarda de los derechos humanos de los menores de edad.

Como lo expone el Tribunal Colegiado, esta interpretación conforme debe atender el artículo 4º, segundo párrafo, de la Constitución Federal, conforme al cual, todos los actos y decisiones de las autoridades del Estado, velarán y cumplirán con el interés superior de la infancia, garantizando de manera plena sus

derechos. Asimismo, como lo indica el tribunal de amparo, conforme al artículo 3° de la Convención de los Derechos del Niño, todas las medidas que adopten sobre menores de edad las instituciones públicas, privadas, así como los Tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, atenderán como una consideración primordial el interés superior del niño.

En relación con este deber, es importante considerar la doble dimensión de los derechos humanos, su dimensión sustancial que incorpora el derecho humano a la persona titular del mismo, y su dimensión de obligación que genera para el Estado, de respetarlos, protegerlos y garantizarlos. En su resolución el Tribunal Colegiado enfatizó estas obligaciones al tenor de lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Convención de los Derechos del Niño.

Es de interés resaltar que el Tribunal Colegiado que invocó el artículo 12 de la citada Convención para enfatizar el derecho fundamental del menor de edad para ser escuchado libremente en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte y que se tomen en cuenta sus opiniones, atendiendo a su edad y madurez. Esto tiene que ver con el derecho humano de autonomía; este derecho no debe negarse ni mutilarse, sino que su ejercicio debe corresponder a la edad y desarrollo del menor.

Las anteriores consideraciones revelan la importancia de los elementos de contexto para aplicar el interés superior del niño. Como lo indica el Tribunal Colegiado, siguiendo el criterio de la Primera Sala de la Suprema Corte, será necesario para velar por el interés superior del menor de edad tomar en cuenta diversos elementos, entre ellos, realizar un estudio comparativo entre los intereses en conflicto; examinar las circunstancias específicas de cada caso, para emitir una solución justa. En todo caso, se deberá procurar la concordancia e interpretación de las normas jurídicas que favorezcan el interés superior del menor.

En otro aspecto, por lo que se refiere a la argumentación jurídica, en la sentencia se destaca una argumentación funcional, respaldada por el principio del interés superior del Niño y con el argumento de autoridad que se utilizó para respaldar la resolución con la jurisprudencia aplicable.

### **5.2.7 Sinopsis del amparo indirecto 274/2012. Los incidentes del procedimiento penal como instrumentos para la tutela judicial efectiva.**

#### **Tema**

El Juez Segundo de Distrito en el Estado de Baja California, con sede en Mexicali, analiza el acto reclamado, consistente en una resolución de un tribunal de alzada del fuero común, que confirmó la improcedencia de un incidente de reclasificación de un delito de homicidio calificado a un delito de homicidio en riña, bajo un esquema de interpretación conforme en sentido amplio, para determinar que los incidentes constituyen mecanismos procedimentales, que deben ser aplicados como instrumentos útiles para garantizar el derecho humano a la tutela judicial efectiva, como vía para hacer efectivo el disfrute de los derechos humanos.

#### **Antecedentes**

El procesado promovió incidente de reclasificación del delito de homicidio calificado por el delito de homicidio en riña, dentro de la causa penal seguida en su contra por el Juez Mixto de Primera Instancia de Ciudad Morelos, quien declaró improcedente el incidente planteado. Mediante resolución emitida por la Tercera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Estado, se confirmó la interlocutoria recurrida.

#### **Resolución**

El Juez Segundo de Distrito en el Estado de Baja California, con sede en Mexicali, en un esquema de interpretación conforme y supliendo la deficiencia de la queja, determinó que la resolución interlocutoria reclamada en amparo, que

confirmó la improcedencia del incidente planteado, resultaba contraria al derecho humano, de la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 17 constitucional.

El juez federal estableció las premisas normativas del caso, con base en el nuevo paradigma de derechos humanos. Al respecto, resaltó la obligación de los juzgadores de respetar y garantizar el goce del derecho a la libertad mediante una tutela judicial efectiva. El juez de amparo fundó su determinación en el artículo 1° constitucional y en el artículo 1° de la Convención Americana.

El juzgador citó jurisprudencia de la Corte Interamericana para sustentar los deberes de garantía y protección a cargo de los Estados Parte. Puntualizó como una medida de garantía, el deber de suministrar recursos judiciales efectivos, de acuerdo a las reglas del debido proceso. Asimismo, destacó los contenidos de la tutela judicial efectiva, entre ellos, el acceso sin restricciones a la jurisdicción, el principio *pro actione* y resolución fundada.

En ese contexto, el juez de distrito, en el marco de las formalidades esenciales del procedimiento, precisó que el juzgador tiene la obligación de asegurar la eficacia de los mecanismos o procedimientos establecidos para hacer efectiva la tutela judicial de los procesados. En respaldo de su resolución, el juez federal aplicó el principio *pro persona* como pauta o directriz hermenéutica, que permite con su aplicación que permeen los derechos humanos en todo el ordenamiento jurídico.

Asimismo, el resolutor expuso que de acuerdo con el artículo 2° de la Convención Americana, los Estados Parte deben suprimir prácticas contrarias a los derechos humanos y generar prácticas para hacer efectivas las garantías. En ese tenor, concluyó que al no haber fundado la autoridad responsable la resolución reclamada en amparo, vulneró los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Federal.

## Observaciones

En la ejecutoria de amparo se protege el derecho humano al debido proceso o tutela judicial efectiva reconocido por el artículo 17 constitucional. Otro derecho que se tutela indirectamente es el de la exacta aplicación de la ley en materia penal, en cuanto abre la posibilidad, mediante una resolución fundada y motivada, de que se declare procedente el incidente planteado.

El análisis de la resolución permite apreciar que el juez federal utilizó una interpretación funcional de las normas aplicadas. Lo anterior, puesto que atendió a los fines de las normas, más allá de su literalidad o sistematicidad. Los principales argumentos utilizados por el juez de distrito son los de autoridad y de principios. En la resolución se apeló al argumento de autoridad, cuando se aplicó la jurisprudencia de la Corte Interamericana para fijar los alcances de la obligación de garantizar y proteger los derechos humanos. Asimismo, se invocó esta jurisprudencia para determinar el alcance del deber de dotar de efecto útil a todas las medidas nacionales dirigidas a tutelar los derechos humanos.

El juez federal utilizó una argumentación principialista cuando analizó los contenidos de la tutela judicial efectiva. Al respecto, destacó el principio *pro actione*, a fin de excluir los formalismos cuando se interpretan las normas que regulan mecanismos o procedimientos para hacer efectiva la tutela judicial. En esta dirección, el juez de distrito resaltó el principio *pro persona* reconocido por el artículo 1° constitucional. Consideró que este principio es fundamental como pauta hermenéutica, porque con su uso permean los derechos humanos en todo el ordenamiento jurídico.

La anterior consideración del juzgador es importante porque el principio *pro persona* permite la constitucionalización del ordenamiento jurídico, es decir que las normas infraconstitucionales se interpreten de acuerdo con la Constitución. Respecto de lo que debe entenderse por constitucionalización del ordenamiento

jurídico, resulta de interés lo expuesto por Riccardo Guastini. Este autor propone entenderlo como un proceso de transformación del ordenamiento jurídico, al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales.<sup>478</sup>

La constitucionalización del ordenamiento jurídico depende de varias condiciones. De las siete condiciones que menciona Riccardo Guastini conviene destacar dos de ellas, que son la sobreinterpretación de la Constitución y la interpretación conforme. La primera presupone que la Constitución sea entendida como vinculante y propone interpretar la Constitución de manera extensiva, que permita extraer las normas implícitas, idóneas para regular cualquier aspecto de la vida social. Esto implica que ninguna ley pueda escapar al control de legitimidad constitucional. La segunda condición, también conocida como interpretación adecuadora o armonizante, permite interpretar la ley de manera que evite toda contradicción frente a las normas constitucionales.<sup>479</sup>

### **5.2.8 Sinopsis del toca penal 549/2013. La defensa adecuada de los extranjeros en el procedimiento penal, para la tutela judicial efectiva.**

#### **Tema**

El Primer Tribunal Unitario del Decimoquinto Circuito, con sede en Mexicali, Baja California, al tramitar un recurso de apelación interpuesto por la defensora del sentenciado, así como por este último, en contra de la sentencia que lo declaró responsable penalmente por la comisión de un delito contra la salud en la modalidad de posesión de narcóticos, previsto y sancionado por el primer párrafo del artículo 195 del Código Penal Federal, analiza bajo un esquema que denominó de interpretación más favorable y con sustento en el principio *pro homine*, analiza el trámite del procedimiento seguido en contra de un ciudadano

---

<sup>478</sup> Guastini, Riccardo: “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, en Neoconstitucionalismo(s). Editorial Trotta, segunda edición, Madrid 2005, p. 49.

<sup>479</sup> *Ibid*, p.53-56

extranjero a fin de determinar si se respetó su derecho humano a una defensa, adecuada incluyendo su derecho a contar con un traductor así como a recibir asistencia consular de su país de origen.

### **Antecedentes**

El tres de agosto de dos mil once, el Juzgado Décimo Segundo de Distrito en el Estado de Baja California, (actualmente Juzgado Cuarto de Distrito), recibió la averiguación previa en la que se ejercitó acción penal en contra de Robert Lee Brodell, por la probable comisión de un delito contra la salud, por lo que se radicó la causa penal correspondiente. En la diligencia de declaración preparatoria, el acusado manifestó ser de nacionalidad estadounidense, originario de El Centro, California, Estados Unidos de América. En la misma diligencia, el acusado expuso que no existía necesidad de que se le designara un perito traductor en el idioma inglés, debido a que entendía el idioma español. Asimismo, se reservó su derecho a declarar.

Al rendir ampliación de declaración, el procesado solicitó que se le nombrara un intérprete, por si no llegaba a entender alguna palabra o término jurídico, ya que no entendía muy bien el idioma español. El Juez del proceso le nombró intérprete y el once de agosto de dos mil once, le dictó auto de formal prisión en el que ordenó comunicar la situación jurídica del procesado a la representación consular de los Estados Unidos de América, en Tijuana, Baja California. Seguido el proceso correspondiente, el quince de octubre de dos mil trece, se le dictó sentencia condenatoria en la que se le declaró penalmente responsable de la comisión de un delito contra la salud y se le impusieron las sanciones aplicables. Esta sentencia constituyó la resolución impugnada en apelación.

## **Resolución**

El Primer Tribunal Unitario del Décimo Quinto Circuito, con sede en Mexicali, Baja California, analizó el asunto bajo un esquema de interpretación más favorable, precisando que de acuerdo con el artículo 1° constitucional, en los Estados Unidos Mexicanos, todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos en los que el Estado Mexicano es parte; que las normas relativas a los derechos humanos deben interpretarse de acuerdo con el principio *pro homine*, favoreciendo a las personas en la protección más amplia; el magistrado federal también destacó que el principio de legalidad debe regir las formalidades del procedimiento, porque constituyen una premisa para garantizar una defensa adecuada.

El Magistrado del tribunal de alzada precisó que el juez de la causa omitió tomar las providencias necesarias para que el procesado contara con la debida asistencia consular, no obstante que había manifestado ser ciudadano norteamericano. El resolutor de alzada observó que no pasaba por alto que en el auto de plazo constitucional se ordenó comunicar la situación jurídica del procesado a la representación diplomática de los Estados Unidos de América, en Tijuana, Baja California, para lo cual giró el oficio correspondiente. Sin embargo, expuso que el juez federal debió hacerle saber al procesado de manera formal su derecho para solicitar la asistencia diplomática de su país de origen, de conformidad con el artículo 36.1 inciso b) y c), de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

Lo anterior debido a que de acuerdo con lo establecido en el artículo 128 fracción IV, del Código Federal de Procedimientos Penales, así como la Convención antes citada, todo extranjero sujeto a averiguación previa o en prisión preventiva, tiene derecho a contactar al Consulado de su país a efecto de que

conozca su situación jurídica, para que en su caso los funcionarios consulares organicen su defensa jurídica ante los Tribunales, salvo que exista manifestación expresa del detenido en la que se oponga a ejercitar ese derecho. El Magistrado del Tribunal de alzada, indicó que en el caso no se advertía que el juez federal hubiere hecho del conocimiento del procesado ese derecho, ni obraba constancia que así lo acreditara. Asimismo, expuso que no bastaba que el Juez de origen hubiera informado la situación jurídica del procesado, al Consulado de su país de origen. Puntualizó que el juez federal, al momento de tomar la declaración preparatoria, debió de hacerle saber a Robert Lee Brodell, el derecho que tenía de contar con asistencia consular, y en caso afirmativo, requerir a la autoridad extranjera para que le proporcionara a su connacional la asistencia solicitada.

El Magistrado consideró que al no haberse procedido en la manera indicada, se afectó el derecho fundamental de defensa adecuada del procesado. Recalcó que el derecho de asistencia consular tenía por objeto equilibrar la desigualdad que padece una persona detenida en otro país, por desconocer el sistema policíaco y judicial que lo detiene, acusa y juzga.

El Magistrado resolutor también consideró que durante la secuela procesal no se le proporcionó a Robert Lee Brodell, la asistencia de un perito traductor oficial para asegurar que fuera informado debidamente de los derechos que le confiere el orden jurídico interno y los tratados internacionales. Por tanto, consideró que no se atendió lo dispuesto por el artículo 128, fracción IV, del Código Federal de Procedimientos Penales. De igual forma, el resolutor indicó que si bien el procesado Robert Lee Brodell, señaló que entendía el idioma español, también había expresado su deseo de contar con un intérprete, por lo que era responsabilidad de la autoridad judicial velar para que se respetara cabalmente ese derecho.

El tribunal de alzada determinó que debido a las violaciones procesales en que se había incurrido durante el desarrollo del proceso, lo procedente era revocar la sentencia apelada y ordenar la reposición del procedimiento a fin de que se le proporcionara al procesado la asistencia de un perito traductor oficial y se procediera a celebrar nuevamente la diligencia de declaración preparatoria. Que en esta diligencia se le debería comunicar su derecho a contar con la asistencia consular de su país, así como a entablar comunicación con la representación diplomática correspondiente, para ser asesorado en su defensa. Que de ser afirmativa la decisión del procesado, la autoridad judicial debería tomar las providencias conducentes para informar a la autoridad consular de los Estados Unidos de América, la voluntad del inculpado de recibir la asistencia consular de su país. En su resolución el Magistrado de alzada invocó la jurisprudencia correspondiente.

### **Observaciones**

El derecho humano protegido en la resolución del Tribunal Unitario es el de defensa adecuada que reconoce el artículo 20 constitucional. En el marco de este derecho humano el resolutor incluyó el derecho de los extranjeros detenidos y sometidos a un proceso penal, para contar con la asistencia diplomática de su país de origen. Asimismo, incluyó el derecho del procesado para contar con un perito traductor oficial, para asegurar que se le comunicaran debidamente los derechos que le confiere la normatividad interna y los tratados internacionales.

Respecto a la argumentación, destacan los argumentos principialistas, vinculados a una interpretación conforme a la Constitución. El Magistrado del Tribunal de alzada destacó el principio de legalidad en relación con las formalidades esenciales del procedimiento, a fin de garantizar una defensa adecuada. De igual forma, se invocó el principio de la dignidad humana como fundamento de los derechos fundamentales y se especificó que el reconocimiento

del derecho de un extranjero sometido a proceso penal, de que cuente con asistencia diplomática de su país de origen, no contraviene el principio de igualdad, porque se atiende las características específicas del procesado, al encontrarse bajo la jurisdicción de autoridades distintas a las de su país.

La resolución en análisis aplica frecuentemente el argumento de autoridad, a fin de respaldar sus determinaciones desde el ámbito jurisprudencial. Se utiliza este argumento cuando se invoca la jurisprudencia aplicable en materia de formalidades esenciales del procedimiento. Asimismo, se utiliza para respaldar el derecho de los extranjeros sujetos a proceso, para recibir la representación diplomática del país de origen.

Puede advertirse de la resolución examinada que los principales argumentos son propios de una interpretación funcional en la que se enfatizan ciertos elementos de contexto, primordialmente relacionados con la situación particular en que se encuentra un extranjero sometido a un proceso penal, ante autoridades jurisdiccionales y frente a un sistema jurídico desconocido. Este contexto es el que justifica que se le proporcionen los elementos básicos para una defensa adecuada, como lo son la asistencia diplomática de su país y el nombramiento de un perito traductor.

### **5.2.9 Sinopsis del amparo indirecto penal 3/2015. Interpretación conforme de las presunciones legales relativas a la integración de los elementos del tipo penal.**

#### **Tema**

El Magistrado del Segundo Tribunal Unitario del Decimoquinto Circuito, con sede en Mexicali, Baja California, analiza el acto reclamado bajo el principio de interpretación pro persona, para determinar si en una acusación por un delito contra la salud, se puede tener por acreditada la finalidad de realizar alguna de las conductas antijurídicas previstas en el artículo 194 del Código Penal Federal,

específicamente la finalidad de venta, con fundamento en el artículo 195 párrafo tercero del Código Penal Federal, por el solo hecho que la cantidad de narcótico exceda de la prevista en la tabla de orientación de dosis máximas de consumo personal e inmediato, a que se refiere el artículo 479 de la Ley General de Salud.

### **Antecedentes**

El asunto en análisis tuvo su origen en un amparo indirecto promovido en contra de la resolución de segunda instancia dictada por un tribunal Unitario del Decimoquinto Circuito, que confirmó el auto de formal prisión emitido en contra del quejoso por un delito contra la salud, en la modalidad de posesión del psicotrópico de metanfetamina, con fines de venta, previsto y sancionado por el artículo 195, párrafo primero, en relación con el 194, ambos del Código Penal Federal.

El Magistrado del Segundo Tribunal Unitario del Decimoquinto Circuito, conoció de la demanda de amparo indirecto y seguido el trámite legal, después de recabar los informes justificados y celebrar la audiencia constitucional, emitió la sentencia respectiva en la que resolvió conceder en amparo solicitado.

### **Resolución**

El Magistrado del Segundo Tribunal Unitario precisó en su resolución que el artículo 1º constitucional establece el principio pro persona, que constituye un criterio interpretativo de alcance internacional; que en virtud de este principio se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trate de proteger derechos protegidos universalmente; asimismo, que se debe acudir a la interpretación más restringida cuando se trate de aplicar restricciones al ejercicio de los derechos humanos o bien la suspensión extraordinaria de los mismos.

Bajo estos lineamientos, el Magistrado de amparo determinó que se transgredieron los derechos fundamentales de exacta aplicación de la ley, así como

fundamentación y motivación, previstos en los artículos 14 y 16 constitucionales, por parte del tribunal responsable, al confirmar el auto de formal prisión. Lo anterior en razón de que el Magistrado del Segundo Tribunal Unitario, estimó que no procedía tener por acreditado el elemento subjetivo del delito, consistente en que la posesión de la metanfetamina, tuviese como finalidad la ejecución de alguna de las conductas reguladas en el artículo 194 del Código Penal Federal, en el caso, el comercio en su variante de venta.

Lo anterior, debido a que el Magistrado responsable para tener por demostrado el elemento subjetivo antes indicado, consideró suficiente el hecho de que la cantidad de narcótico excedía de la cantidad indicada en la tabla de orientación de dosis máximas de consumo personal e inmediato, a que se refiere el artículo 479 de la Ley General de Salud, lo que a su juicio estimó suficiente para establecer la presunción plena de que la posesión efectuada por el quejoso tenía como objetivo realizar actos de venta a terceros.

Al respecto, el Magistrado de amparo considero que en relación al elemento subjetivo específico, la sola circunstancia de que el psicotrópico asegurado rebasara la cantidad resultante de multiplicar por mil la prevista en la tabla contenida en el artículo 479 de la Ley General de Salud, en relación con lo dispuesto por el artículo 195 párrafo III del Código Penal Federal, era insuficiente para tener por demostrado que la posesión del narcótico tuviera la finalidad de realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194 del Código Penal Federal, específicamente la de comercio, en su variante de venta.

El Magistrado del Segundo Tribunal Unitario consideró violatoria de derechos humanos la determinación del Magistrado responsable, relativa a que en los casos en que la cantidad del psicotrópico poseído es igual o superior al límite máximo que resulta de multiplicar por mil la cantidad indicada en la tabla de orientación de dosis máxima, se genera la presunción legal establecida en el

artículo 195 párrafo tercero del Código Penal Federal, de que la posesión está encaminada a realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194, del mismo código.

Respecto de esta presunción legal, el Magistrado de amparo consideró que no se debió de tener por demostrado el elemento subjetivo solamente con base en la cantidad del psicotrópico metanfetamina, sino que el Magistrado responsable debió analizar y valorar la totalidad de las pruebas que obran en la causa penal para resolver si estaba demostrado que la posesión del narcótico era con el fin de realizar actos de comercio, en su hipótesis de venta. Consideró que el Ministerio Público de la Federación conserva su obligación procesal de acreditar que la posesión de narcóticos tiene como fin realizar alguna de las conductas previstas en el artículo 194 del Código Penal Federal, por lo que determinó conceder el amparo solicitado.

### **Observaciones**

En la resolución pronunciada por el Segundo Tribunal Unitario se protege el derecho humano a la tutela judicial efectiva o debido proceso. Este derecho humano es de suma amplitud y comprende el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento. En la resolución en análisis el Magistrado en funciones de amparo, consideró violado el derecho al debido proceso en su vertiente de fundamentación y motivación, que consiste en el derecho humano a obtener una resolución fundada y motivada. Este derecho implica el deber de la autoridad jurisdiccional de expresar con precisión la norma legal aplicable al caso y de exponer las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en cuenta para emitir el acto, debiendo además existir adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables.

El Magistrado de amparo también consideró infringido el derecho humano a la exacta aplicación de la ley penal, que prohíbe aplicar normas penales por

analogía y por mayoría de razón. Por virtud de este derecho, si a una persona se le atribuye un hecho ilícito, este hecho debe actualizar los supuestos de la ley penal sustantiva; el Magistrado consideró que el Juzgador debe observar el mayor rigor al adecuar la conducta de la persona inculpada en la descripción típica del delito por el que se le acusa. En su resolución, el Magistrado estimó que la presunción prevista en el artículo 195 párrafo tercero del Código Penal Federal es insuficiente por sí sola para acreditar la finalidad de la posesión del narcótico, por lo que debe entenderse como una presunción simple, por lo que el hecho de que el narcótico poseído rebase la cantidad prevista en la tabla contenida en el artículo 479 de la Ley General de Salud, constituye solamente un indicio para acreditar el hecho desconocido, esto es la finalidad de la posesión, por lo que se deben analizar y valorar todas las pruebas para determinar si en el caso se demuestra plenamente la finalidad de la posesión del narcótico. Solo de esta manera se colmarían las exigencias de fundamentación y motivación y de exacta aplicación de la ley penal.

No obstante que el Magistrado resolutor no lo expone de manera expresa en su resolución, se entiende que de manera implícita se resguarda el principio de presunción de inocencia, el cual no puede ser desvirtuado con una presunción legal, puesto que, como lo expresó el Magistrado del Segundo Tribunal Unitario, el Ministerio Público conserva su obligación de acreditar los hechos constitutivos del delito y la responsabilidad penal del procesado.

Respecto de los argumentos aplicados, sobresale en la resolución el principio *pro homine*, que respaldó con un argumento de autoridad, al invocar los criterios sostenidos por la Primera y Segunda Sala de la Suprema Corte, que lo definen como un criterio hermenéutico que rige en todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en virtud del cual debe acudir a la norma más amplia o bien a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos

protegidos, e inversamente, a la norma o interpretación más restringida tratándose de límites permanentes al ejercicio de los derechos.

Asimismo, el Magistrado del Segundo Tribunal Unitario aplicó el principio de exacta aplicación de la Ley, en los términos antes expuestos, para concluir con una interpretación conforme en sentido amplio del artículo 195 párrafo tercero del Código Penal Federal. El Magistrado consideró que la presunción establecida en este precepto debe de entenderse como simple, a fin de respetar el principio de la exacta aplicación de la ley en materia penal y la garantía de fundamentación y motivación, como parte del debido proceso. Por tanto se puede considerar que la interpretación y argumentación utilizada por el Magistrado de amparo, es de tipo funcionalista.

#### **5.2.10 Sinopsis del Amparo Directo 395/2012. La obligación de fundamentación y motivación como exigencia de la tutela judicial efectiva en el procedimiento contencioso-administrativo local.**

##### **Tema**

Los Magistrados del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, con sede en esta ciudad, bajo un esquema de control difuso de convencionalidad, analizan el acto reclamado respecto a la omisión de la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Baja California, de realizar un examen *ex officio* de constitucionalidad y convencionalidad de las normas laborales, así como la falta de aplicación de un criterio expansivo de derechos (principio pro persona), en relación al pago de horas extras como Agente de Policía.

##### **Antecedentes**

El asunto se originó por el reclamo de un Agente de la Policía Municipal de la Secretaría de Seguridad Pública del Municipio de Playas de Rosarito, Baja California. El reclamo se formuló mediante juicio de nulidad sobre la negativa

ficta a la solicitud de pago de horas extras y viáticos formulada ante las autoridades demandadas, Jefe del Departamento Administrativo de la Secretaría de Seguridad Pública Municipal del Ayuntamiento de Playas de Rosarito; titular o Encargado del área de Recursos Humanos de la Secretaría de Seguridad Pública Municipal de Playas de Rosarito; Secretario de Seguridad Pública Municipal de Playas de Rosarito y Ayuntamiento de Playas de Rosarito.

El juicio de nulidad fue resuelto por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado. Inconforme con la resolución emitida en el juicio de nulidad, el actor interpuso recurso de revisión en el que el Pleno del referido tribunal confirmó la sentencia recurrida. En contra de esa resolución el agente de policía promovió juicio de amparo directo, mismo que tocó conocer al Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, el que en sesión de once de noviembre de dos mil once, concedió el amparo al quejoso.

En cumplimiento a la ejecutoria de amparo, el Pleno del Tribunal Contencioso Administrativo del Estado de Baja California, dictó la sentencia que constituye el acto reclamado en el juicio de amparo en análisis. En su primer concepto de violación el quejoso manifestó que se violaron sus derechos fundamentales, reconocidos en diversos tratados internacionales.

### **Resolución**

Los Magistrados del Primer Tribunal Colegiado, para atender el primer concepto de violación, analizaron el acto reclamado a la luz del control difuso constitucional y convencional. Al respecto, destacaron en qué consiste el examen de compatibilidad que se realiza entre los actos y normas nacionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Los Magistrados precisaron que el parámetro del control difuso de convencionalidad (que como mínimo comprende la Convención Americana sobre

Derechos Humanos), puede ser válidamente ampliado en sede nacional cuando se otorgue mayor efectividad al derecho humano en cuestión, razón por la que todos los órganos vinculados con la administración de justicia en todos los niveles, deben atender los planteamientos de constitucionalidad o convencionalidad que le formulen las partes, incluso de oficio, de acuerdo con los criterios sustentados por el Pleno de la Suprema Corte, derivados del expediente Varios 912/2010, que el Tribunal Colegiado transcribe en su ejecutoria de amparo.

El Primer Tribunal Colegiado enfatizó que el propósito primordial del control de constitucionalidad y convencionalidad no consiste en resolver problemas de colisión normativa, sino preferentemente expandir los derechos e integrarlos en clave de armonización; desde luego, precisó el Tribunal, ejerciendo una actividad creativa que haga compatible la norma nacional de cara al parámetro convencional, al preferir interpretaciones más expansivas y desechar las que resulten inconventionales o las que sean menos efectivas para proteger los derechos.

El Tribunal Colegiado estimó que la autoridad responsable, ante la solicitud del quejoso de que se tomaran en cuenta diversas disposiciones previstas en tratados internacionales sobre derechos humanos, limitó su resolución al análisis de lo solicitado por el quejoso en su demanda de nulidad, sin pronunciarse sobre su reclamo a la luz de lo dispuesto por las normas constitucionales y convencionales que pudieran verse involucradas, para decidir sobre el tema de fondo que se le planteó. Por tanto, el Tribunal de amparo, consideró que la autoridad responsable dejó de aplicar el criterio expansivo que promueve el nuevo paradigma de protección de los derechos humanos.

Los Magistrados consideraron que la autoridad responsable fundó su resolución únicamente en que la ley aplicable al momento del reclamo no contemplaba el pago de horas extras, pero omitió pronunciarse respecto de las

disposiciones de carácter internacional que el actor invocó en apoyo de su pretensión. Por esta razón, el Tribunal Colegiado concluyó que era necesario que la citada autoridad hubiese emprendido el análisis de las prestaciones reclamadas, de manera integral, para estar en aptitud de constatar una posible violación a derechos fundamentales del actor. Ello al tomar en cuenta que los jueces y tribunales están facultados para realizar un análisis expansivo e incluyente, de las normas internacionales incorporadas a nuestro sistema, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1º y 133 de la Constitución Federal.

### **Observaciones**

Los derechos humanos tutelados en la ejecutoria de amparo son el debido proceso o tutela judicial efectiva y el derecho de propiedad representado por el pago de horas extras demandadas en el juicio principal. El derecho al debido proceso fue vulnerado, en la medida en que la autoridad responsable no atendió las disposiciones internacionales sobre derechos humanos que fueron invocadas por el actor en el juicio de nulidad. Esto significa, que la resolución no cumplió con la garantía de fundamentación y motivación que debe satisfacer el acto de autoridad.

En la tutela de estos derechos, el tribunal colegiado concedió el amparo para que la autoridad responsable analizara el acto reclamado no solamente a la luz de la ley aplicable al caso, sino también de las disposiciones internacionales sobre derechos humanos aplicables al caso. De la ejecutoria en análisis, se advierte que un efecto de la ejecutoria de amparo fue que la autoridad responsable, al atender las disposiciones internacionales conducentes, realizara una interpretación en sentido amplio, sustentada en principios hermenéuticos, a fin de resolver el asunto mediante un análisis normativo integral, en los ámbitos nacional e internacional, para atender el reclamo con un criterio expansivo en la interpretación del derecho humano en juego.

El principio pro persona se menciona expresamente en la ejecutoria de amparo; como criterio indispensable de actuación hermenéutica en la aplicación de la cláusula de interpretación conforme. Al respecto, se enfatiza que de acuerdo con el artículo primero, segundo párrafo de la Constitución, las normas relativas a los derechos humanos deben interpretarse de conformidad con la misma y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Asimismo, se invocó el principio de armonización en la interpretación de las normas sobre derechos humanos, que como su nombre lo indica, procura armonizar las normas internas sobre derechos humanos y las contenidas en los tratados internacionales sobre la materia.

De acuerdo con el examen anterior de la ejecutoria de amparo, se puede concluir que la interpretación y argumentación jurídica se sustentó en los principios pro persona y de armonización, a efecto de que la autoridad responsable, al cumplimentar el acto reclamado dé preferencia a las interpretaciones más expansivas de derechos humanos. Por tanto, la sentencia en análisis se sustenta en una interpretación y argumentación funcional.

#### **5.2.11 Sinopsis del Amparo Indirecto 27/2015. Interpretación conforme del beneficio de suspensión condicional en el procedimiento penal del Estado de Baja California.**

##### **Tema**

El juez Tercero de Distrito en el Estado de Baja California, con sede en Mexicali, examina si el acto reclamado, consistente en la resolución que concedió al sentenciado y solicitante de amparo el beneficio de la suspensión condicional de la pena y determinó un plazo de duración de cuatro años, con fundamento en el artículo 95 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Baja California, cuando la pena de prisión que se le impuso fue de un año, resulta o no acorde a la

reforma del artículo primero constitucional, que incorpora la norma hermenéutica de interpretación conforme y el principio pro persona.

### **Antecedentes**

El quejoso fue previamente sentenciado por el delito de robo con violencia, por el cual se le impuso la pena de un año de prisión. Asimismo, se le concedió el beneficio de la libertad condicional de la pena mediante garantía que otorgara en efectivo y con sujeción al cumplimiento de las obligaciones fijadas por el Código Penal para el Estado de Baja California.

Posteriormente, el sentenciado se acogió al referido beneficio, al que el resolutor fijó una duración de cuatro años, con fundamento en el artículo 195 del invocado ordenamiento procesal, que dispone: “...La suspensión condicional de la ejecución de penas a que se refiere el artículo anterior, tendrá una duración de cuatro años, transcurridos los cuales se considera extinguida la pena impuesta...”. La resolución de mérito constituye el acto reclamado.

### **Resolución**

El Juez Tercero de Distrito en el Estado de Baja California, con sede en Mexicali, analizó el caso bajo un esquema de control difuso, en el marco de protección a los derechos humanos, acorde a lo establecido en el artículo primero constitucional. El juzgador federal enfatizó que de acuerdo con el párrafo tercero del citado precepto, todas las autoridades del país, en el ámbito de su competencia, están obligadas a respetar, garantizar y proteger los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, en los que el Estado Mexicano es parte.

Asimismo, el Juez de amparo expuso que por virtud de la reforma constitucional, la interpretación de las normas que establezcan derechos humanos deberá hacerse para favorecer en todo tiempo a las personas en la protección más amplia. Igualmente, sostuvo que con motivo de la misma reforma se rediseñó el

sistema jurisdiccional mexicano de control constitucional, puesto que ya no es limitativo del Poder Judicial de la Federación. Lo anterior, porque todos los jueces están obligados a preferir la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos en que México sea parte, sobre las leyes inferiores que se les opongan, las cuales deben ser desaplicadas.

En este esquema tutelador de los derechos humanos, el juez federal destacó la obligación de los tribunales de aplicar la norma que mejor proteja o menos restrinja los derechos humanos, sin importar si es nacional o internacional. Al examinar el caso, el juez de distrito estimó que la autoridad responsable incurrió en una violación al principio pro persona, en su vertiente de preferencia normativa. Esto con motivo de que fijó un término de cuatro años para que el sentenciado se sometiera a las obligaciones que se le impusieron para disfrutar del beneficio concedido, no obstante que la pena de prisión impuesta fue de un año.

El resolutor federal consideró que la autoridad responsable debió inaplicar el artículo 95 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California, y aplicar el diverso artículo 65, del mismo código, conforme al cual, la duración del beneficio de suspensión condicional de la ejecución de sentencia no podrá exceder de la correspondiente a la pena o medida impuesta.

El juez de amparo distinguió los conceptos de preferencia interpretativa y preferencia normativa. Conforme al primero, ante dos o más interpretaciones de la norma que resulten razonables, el intérprete debe preferir la que más proteja a la persona, que será la que optimice el derecho fundamental en juego. De acuerdo con el segundo concepto, si en un caso pueden aplicarse dos o más normas, el intérprete debe preferir la que más favorezca a la persona, independientemente de su jerarquía. Siguiendo esta preferencia normativa, el juez federal concedió el amparo para que se dejara insubsistente el acto reclamado y se emitiera nueva resolución en la que se aplicara la norma más favorable. Esta ejecutoria de amparo

trajo como consecuencia la inaplicación del artículo 195 del código procesal mencionado.

### **Observaciones**

No obstante que el juez de distrito no precisó cuáles son los derechos humanos que protege, éstos se desprenden de la ejecutoria de amparo, en la cual consideró violados los artículos 1, 14 y 16 constitucionales. Con base en esta determinación se advierte que se violó el derecho humano al debido proceso, en relación con los derechos humanos de la reinserción social y de libertad del imputado.

El análisis de la resolución permite apreciar que el juez de distrito examinó el caso a la luz de las previsiones normativas y jurisprudenciales del control difuso. Al respecto, invocó los artículos 1 y 133 constitucionales, como fundamento de un control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*. De igual modo, resaltó que ninguna norma de jerarquía inferior a la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos debe afectar el objeto y fin de protección a la persona. En este contexto, destacó la obligación de las autoridades de aplicar el principio de interpretación conforme, en su doble vertiente, interpretativa y normativa.

En su resolución el Juzgador aplicó fundamentalmente una argumentación basada en principios, que desempeñan una función directiva en la interpretación jurídica. Los principios invocados son los de interpretación conforme y pro persona. Este último fue determinante para fijar el criterio del juzgador, a fin de aplicar la norma que más favorece a la persona.

El presente asunto amerita una reflexión teórica respecto del papel que desempeñan los procedimientos que establecen beneficios libertarios. Su diseño por el legislador repercute no solamente en el derecho humano de la libertad, sino también en la función de garantía que representan para los justiciables, dentro del

procedimiento penal. Conforme al artículo 1 constitucional, todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección. En lo referente a las garantías, es importante considerar al procedimiento penal, así como a los incidentes que tutelan la libertad, como garantías judiciales para la protección de los derechos humanos.

### **5.2.12 Sinopsis de la causa penal 86/2013-2 EP. Control difuso del incidente no especificado de libertad preparatoria, respecto del requisito del examen de personalidad.**

#### **Tema**

El Juez Segundo de Distrito en el Estado de Baja California, con sede en Mexicali, al resolver un incidente no especificado de libertad preparatoria, analiza si bajo un esquema de control difuso constitucional y convencional, el artículo 84, fracción II, del Código Penal Federal, que establece como requisito para conceder el beneficio, que del examen de personalidad del solicitante se presuma que está readaptado y en condiciones de no volver a delinquir, se ajusta al principio de presunción de inocencia y al derecho de los sentenciados a la reinserción social.

#### **Antecedentes**

El asunto tuvo su origen en una sentencia condenatoria dictada en un proceso penal federal, que se registró con el número 86/2013-2 EP. En la resolución se dictó sentencia condenatoria en contra de la procesada a la que se le impuso una punición de cinco años de pena privativa de libertad y cien días multa, como responsable de un delito contra la salud, en la modalidad de clorhidrato de metanfetamina con fines de comercio, en su hipótesis de venta, previsto y sancionado por el artículo 195 párrafo primero en relación con el 194, del Código Penal Federal. La sentencia fue confirmada por el Tribunal de alzada, al resolver

el toca penal 37/2014. En doce de noviembre de dos mil catorce, la sentenciada promovió incidente no especificado de libertad preparatoria, que una vez tramitado dio lugar a la resolución interlocutoria materia de análisis.

### **Resolución**

El juez de distrito estableció en su resolución que de acuerdo con la reforma al artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de diez de junio de dos mil once, se encontraba obligado a velar por los derechos humanos contenidos en la ley suprema, a pesar de las disposiciones en contrario que se encontraran en cualquier norma inferior. Ello conforme a la tesis aislada del Pleno de la Suprema Corte, publicada con el rubro: “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD”.<sup>480</sup>

Al examinar el artículo 84 fracción II, del Código Penal Federal, el juez de distrito consideró que al exigir el citado precepto como requisito para conceder el beneficio de libertad preparatoria, que del examen de personalidad del solicitante se presume que no volverá a delinquir, contraviene la presunción de inocencia consagrada en el artículo 20, apartado B, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Asimismo, consideró que esa norma contraviene el derecho de los sentenciados a ser reinsertados a la sociedad, de acuerdo a lo previsto en el artículo 18 de la Constitución Federal.

El juzgador federal puntualizó que la presunción de inocencia, además de constituir un principio o criterio formador del ordenamiento procesal penal, es ante todo un derecho fundamental reconocido por el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El juzgador estimó que no obstante que se dictó sentencia condenatoria en contra de la promovente, en el caso operaba la

---

<sup>480</sup> Tesis consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, visible en el Libro III, Tomo 1, Diciembre de 2011, p. 535.

presunción de inocencia respecto de hechos futuros que se le llegaran a imputar. El resolutor consideró que no era válido analizar y mucho menos presumir, si en el futuro volvería a delinquir, puesto que aún en el supuesto de que se le hiciera una acusación, el principio de presunción de inocencia prevalece hasta en tanto no se le dictara una sentencia condenatoria ejecutoriada.

Por otro lado, el juez de distrito consideró que el precepto legal examinado también contraviene el artículo 18 de la Constitución, que establece el derecho a la reinserción social. Precisó que la evolución del derecho penal se dirige a eliminar cualquier vestigio de estigmatización en contra de quien cometa un delito; que el derecho penal se inclina a juzgar delitos y no personalidades; que ello es aplicable tanto respecto de la imposición de sanciones, como al momento de conceder beneficios, por lo que para resolver sobre la libertad preparatoria no deben incidir los motivos relacionados con los rasgos de personalidad.

Las anteriores razones condujeron al juez de distrito, en ejercicio de su jurisdicción ordinaria en materia penal, a inaplicar la fracción II del artículo 84, del Código Penal Federal en ejercicio de un control difuso, por lo que, sin tomar en cuenta lo dispuesto por esta norma, entró al estudio de los demás requisitos exigidos para conceder el beneficio de libertad preparatoria y resolvió lo conducente.

### **Observaciones**

Esta resolución constituye un ejemplo sencillo y claro en el que se aplica el control difuso. Los derechos humanos protegidos son la presunción de inocencia y la reinserción social. El derecho humano a la presunción de inocencia se proyecta como base del procedimiento penal y rige durante todo su desarrollo. Por su parte, el derecho humano a la reinserción social se erige como uno de los fines del procedimiento penal y se construye sobre la base del respeto a los derechos humanos del sentenciado.

La sentencia analizada se sustenta en una argumentación respaldada en principios. Se atiende a la doble dimensión que presentan los derechos humanos en el ordenamiento jurídico: como derechos fundamentales y como principios que estructuran y orientan el sistema normativo.<sup>481</sup> En este sentido, el juez de distrito puntualizó la dimensión que desempeña la presunción de inocencia como principio orientador del procedimiento penal, aún después de dictada la sentencia, es decir en su fase de ejecución.

Por lo que se refiere al derecho humano de reinserción social, el juzgador federal utilizó un argumento teleológico, cuando expresó que la reforma del artículo 18 constitucional va en dirección de eliminar cualquier vestigio permisivo de estigmatización en contra del autor de un delito; de este modo, destacó la tendencia actual del derecho penal del acto, que utiliza como criterio de sanción el acto ilícito realizado, sobre el derecho penal del autor, que enfatizaba la personalidad del delincuente como criterio para aplicar la sanción.

El control difuso realizado por el juez de distrito se anticipa al criterio que adoptó la Primera Sala de la Suprema Corte al resolver el amparo 1003/2015 el treinta de marzo de dos mil dieciséis. La Primera Sala determinó que la inclusión de exámenes de personalidad para decidir sobre el otorgamiento de la libertad preparatoria, vulnera el principio de la reinserción social establecido en el artículo 18 de la Constitución.

Puede advertirse que la Primera Sala se refiere a la reinserción social como un principio, lo que no demerita su dimensión de derecho humano. Como lo expone la Primera Sala, los exámenes de personalidad eran compatibles con el

---

<sup>481</sup> Para un análisis de los derechos fundamentales entendidos como principios puede consultarse el estudio introductorio de Bernal Pulido, Carlos a la Teoría de los Derechos Fundamentales, de Alexy, Robert primera reimpresión de la segunda edición en español, del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Madrid, 2008, p. XXXIV y siguientes. Asimismo, sobre el papel de los principios como mandato de optimización, consúltese la misma obra pp. 67 y 68; de igual modo, en relación al derecho por principios, consúltese el Derecho Dúctil. Ley, Derechos, Justicia, de Zagrebelsky, Gustavo, Séptima edición Madrid 2007.

modelo de la readaptación social que consideraba al autor del delito como un sujeto mental y psicológicamente desviado. El nuevo paradigma de la reinserción social previsto en el artículo 18 constitucional, no depende de un cambio psicológico de la forma de pensar o sentir del interno, puesto que no pretende evaluar la condición psicológica del sentenciado. Exigir esos exámenes implicaría un retroceso que conduciría al anterior paradigma de la reinserción social, según sostiene la Primera Sala.<sup>482</sup>

### **5.2.13 Sinopsis del amparo indirecto 290/2013-2. Control difuso de la norma procesal del Estado de Sonora que regula el beneficio de libertad preparatoria.**

#### **Tema**

El Juez Segundo de Distrito en el Estado de Baja California, con sede en Mexicali, en un esquema de control difuso constitucional y convencional, analiza si el artículo 95 de la Ley de Ejecución de Penas para el Estado de Sonora, que confiere al Sistema Estatal Penitenciario la competencia para conocer del beneficio de libertad preparatoria solicitado, cumple con las garantías consagradas en los artículos 18 y 21 constitucionales, específicamente respecto al mandato constitucional relativo a que la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

#### **Antecedentes**

El quejoso, quien fue sentenciado por la comisión de varios delitos y condenado a una pena privativa de prisión, promovió ante el Juez de Primera Instancia Mixto de San Luis Río Colorado, Sonora, un incidente no especificado de libertad preparatoria. El juez desechó de plano el incidente, con fundamento en la normatividad penal para el Estado de Sonora, que confiere al sistema Estatal Penitenciario la competencia para conocer del beneficio de libertad preparatoria.

---

<sup>482</sup> Tesis consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, p. 504.

Asimismo, motivó su resolución en el hecho de que aún no se habían implementado en el Estado los jueces de ejecución de sentencia. Esta determinación judicial de desechamiento del incidente de libertad preparatoria constituye el acto que se reclamó en la vía de amparo indirecto.

### **Resolución**

El Juez Segundo de Distrito en el Estado de Baja California, con sede en Mexicali, en ejercicio de un control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio*, determinó que el artículo 95 de la Ley de Ejecución de Penas del Estado de Sonora, resulta contrario a lo dispuesto por el artículo 21 constitucional, al conceder a una autoridad administrativa del Estado de Sonora, una facultad que es competencia exclusiva de la autoridad judicial.

El juzgador federal emprendió el análisis del caso a partir de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el dieciocho de junio de dos mil ocho, que modificó los artículos 18 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esta reforma estableció el modelo penitenciario de la reinserción social y la judicialización del régimen de modificación y duración de las sanciones.

El resolutor también tomó en cuenta la diversa reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once. El juzgador puntualizó que con esta reforma se plasmó el reconocimiento internacional de los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano es parte. Al respecto, precisó que el esquema de protección de los derechos fundamentales, se extendió al sistema penitenciario, al establecer en el párrafo segundo del artículo 18 constitucional, que se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos.

En su resolución el juez de amparo determinó que el acto reclamado no cumple con las garantías consagradas en los artículos 18 y 21 constitucionales. El juez federal retomó los objetivos de la reforma constitucional, que pretendió evitar el control absoluto de poder ejecutivo y evitar la discrecionalidad de las autoridades administrativas en la ejecución de sanciones. En respaldo de su resolución invocó la jurisprudencia sustentada por el Pleno de la Suprema Corte, en la tesis de rubro: “PENAS. SU EJECUCIÓN ES COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL A PARTIR DEL DIECINUEVE DE JUNIO DE DOS MIL ONCE”.<sup>483</sup>

El juez de distrito consideró que la regulación del incidente de libertad preparatoria previsto en la Ley de Ejecución de Penas para el Estado de Sonora, que confiere facultades a la Dirección de Prevención y Readaptación Social del Estado para resolverlo, se contrapone a lo dispuesto por el artículo 21 constitucional, que dispone que la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial; que en el ejercicio de estas facultades se encuentran inmersas las determinaciones relativas al otorgamiento de beneficio de libertad anticipada, en tanto corresponden a un aspecto relativo a la duración de las penas.

Para determinar la inaplicación del artículo 95 de la Ley de Ejecución de Penas del Estado de Sonora, el juez de distrito retomó los objetivos de la reforma al sistema penitenciario, para evitar que la ejecución de las sanciones siga permaneciendo bajo el control absoluto del poder ejecutivo y acabar con la discrecionalidad de las autoridades administrativas en torno a la ejecución de las sanciones.

---

<sup>483</sup> Tesis consultable en el Semanario Judicial y su Gaceta, Libro XIII, correspondiente al mes de octubre de 2012, Tomo I, p. 18.

Al ejercer el control difuso sobre la norma mencionada, el juez federal se apoyó en la resolución emitida por el Pleno de la Suprema Corte en el expediente Varios 912/2010, que fija los criterios para ejercer el control constitucional y convencional. Al respecto, precisó los pasos fijados para el control, consistentes en la interpretación conforme, tanto en sentido amplio como en sentido estricto y, la desaplicación de la norma cuando las alternativas anteriores no son posibles. El juez de distrito concedió el amparo para que se dejara insubsistente el acto reclamado y la autoridad responsable tramitara el incidente de libertad preparatoria promovida por el quejoso y determinara si procedía o no su otorgamiento.

### **Observaciones**

El derecho humano tutelado es la reinserción social, por medio del acceso al incidente de libertad preparatoria ante la autoridad judicial. Para tutelar este derecho el juez federal se apoyó en una interpretación constitucional basada en argumentos funcionalistas, como son los argumentos de autoridad, pragmático y teleológico. El juzgador recurrió al argumento de autoridad cuando respaldó su resolución en la jurisprudencia de la Suprema Corte. Este argumento se aplicó tanto para fundar el control constitucional, como para legitimar la forma de aplicación.

Un argumento conectado con el de autoridad es el pragmático o consecuencialista, que el juzgador tomó de la misma jurisprudencia aplicada. Se expresó al indicar que no sería posible transformar el sistema penitenciario del país si la ejecución de las penas siguiera perteneciendo al control absoluto del Poder Ejecutivo.

También está presente un argumento pragmático conectado con uno teleológico, a raíz de la consideración expuesta en la tesis jurisprudencial invocada por el juzgador, de que se pretendía evitar que se rompiera el orden secuencial

derivado de la propia sentencia. Este rompimiento se evita cuando el Poder Judicial asume la función ejecutora de las sanciones. De igual forma, se invocó el argumento teleológico, consistente en poner fin a la discrecionalidad de las autoridades administrativas en el otorgamiento incontrolado de beneficios. Puede apreciarse que, en suma, la resolución se respaldó en una interpretación basada en argumentos funcionalistas, como son los de autoridad, pragmático y teleológico.

Es pertinente indicar que en el presente caso no solamente se tutelaron los derechos humanos del quejoso, sino que también se protege la parte orgánica de la Constitución. Esto último, al desaplicar el artículo 95 de la Ley de Ejecución de Penas del Estado de Sonora, por invadir la función exclusiva que le corresponde al Poder Judicial respecto del régimen de modificación y duración de las sanciones.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.** Los derechos humanos como producto histórico y cultural de las sociedades políticamente organizadas, se identifican con diferentes expresiones; esta diversidad conceptual refleja la fuerza de los elementos que los configuran. Estimo que estos derechos, como valores supremos de una sociedad organizada, no pueden entenderse únicamente a partir de elementos teóricos, puesto que incluyen una dimensión práctica que revela su vocación como límite al poder público y la exigencia de su garantía. Así, los derechos humanos, entendidos como derechos naturales o como derechos positivizados, implican fuertes reivindicaciones éticas frente al Estado.

El entendimiento y la eficacia de los derechos humanos ya no se puede explicar exclusivamente en un plano vertical de las relaciones de supra a subordinación, sino que también se extiende a un plano horizontal de las relaciones de coordinación entre particulares. En su estructura normativa, se manifiestan como derechos subjetivos públicos, oponibles no sólo frente al Estado, sino también frente a la sociedad, en tanto quedan excluidos de la regla de la mayoría en un Estado democrático, y también como derechos oponibles en las relaciones entre particulares. Estas reivindicaciones éticas exigen la satisfacción de un vigoroso régimen de libertades, como presupuesto básico para una participación efectiva en los derechos civiles y políticos. Asimismo, demandan la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, como exigencia del desarrollo de la persona en la comunidad a que pertenece.

Con esta visión, los derechos humanos encuentran su más elevada expresión jurídica cuando son entendidos como derechos fundamentales, es decir, derechos fundantes de una sociedad política que los constitucionaliza y que establece normas y procedimientos específicos de garantía. Los derechos fundamentales y sus garantías van a ocupar un lugar central en los sistemas jurídicos nacionales y

en el propio derecho internacional, con el surgimiento y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

**SEGUNDA.** El análisis de los derechos fundamentales revela que su fundamento radica en un intento iusfilosófico para legitimarlos. La actividad fundadora de los derechos humanos supera la clásica rivalidad iusnaturalista-iuspositivista, además de otras posturas, como la ética y la consensual, que compiten en esa pretensión justificatoria. Los modelos historicista e individualista, que sitúan las libertades en la historia y en el individuo, respectivamente, para explicar el fundamento de los derechos humanos, constituyen otras aproximaciones doctrinales. Las tentativas de fundamentación ponen de manifiesto su estrecha vinculación con el concepto de los derechos humanos: para el derecho natural, en sus vertientes clásica y racionalista, el fundamento está en la naturaleza humana; en cambio, los derechos humanos, entendidos como derechos morales, van a encontrar su justificación en la autonomía personal y en la dignidad humana. Por otra parte, estimo que los derechos humanos, concebidos como derechos subjetivos públicos, encuentran su fundamento en el propio sistema normativo, particularmente en la estructura que se configura con la relación entre el sujeto y el objeto de derecho y en su dimensión dual de derecho y obligación, que reflejan la titularidad y la exigibilidad del derecho humano; a su vez, el fundamento de los derechos humanos en su concepción de derechos fundamentales descansa en el constitucionalismo ideológico, que da prioridad a su garantía.

Así, mi conclusión al respecto, es que el fundamento de los derechos humanos constituye un problema filosófico y jurídico complejo, evolutivo, de múltiples facetas en las que los ajustes son necesarios y permanentes en su construcción. Los análisis doctrinales sobre los derechos humanos constituyen un valioso instrumento catalizador; marcan una ruta en los nuevos horizontes de las

discusiones éticas y morales, para conciliar la moral positiva de la sociedad con la moral crítica.

**TERCERA.** Los derechos humanos y sus garantías cobran un renovado impulso con el movimiento neoconstitucionalista y la teoría del garantismo. El neoconstitucionalismo ideológico va a plasmar como objetivo primario la garantía de los derechos humanos y como objetivo de segundo orden, establecer límites al poder político. El garantismo, que surge como una teoría jurídica en el derecho penal, se proyecta con fuerza en el derecho constitucional. Propone un Estado democrático bajo el dominio de la ley del más débil; este dominio se sustenta en los derechos humanos como normas fundantes de lo político, con estricto apego al principio de legalidad. Considero que el neoconstitucionalismo, a la par que el garantismo, contribuyen a desarrollar una democracia sustancial basada en el respeto y la garantía de los derechos fundamentales. Estimo que en esa dirección neoconstitucionalista y garantista, se fortalecen los mecanismos jurisdiccionales de control de los derechos humanos, incluyendo el control difuso.

**CUARTA.** El desarrollo de los derechos humanos y su expansión internacional, genera un sistema normativo plural de protección multinivel, que incluye el sistema universal, los sistemas regionales y el derecho interno de los Estados. El sistema universal y los sistemas regionales no constituyen modelos contrapuestos de sistemas normativos, sino esquemas de protección de los derechos humanos que tienden a armonizarse para una mejor defensa de los derechos fundamentales. Una característica básica en la relación de estos sistemas es su tendencia integracionista, que propicia una suma coordinada de fórmulas y procedimientos, destinada a incrementar la eficacia en la protección de los derechos humanos.

**QUINTA.** Los sistemas regionales de derechos humanos han propiciado con su jurisprudencia el desarrollo del control difuso de la constitucionalidad y convencionalidad, incluso en países que cuentan con modelos concentrados de justicia constitucional. Este fenómeno ha generado una convergencia en los modelos de control constitucional concentrado y difuso. Considero que el éxito de los sistemas regionales, particularmente del Sistema Regional Americano, con un tribunal de justicia que no es permanente, y que emite pocas sentencias, descansa en buena medida en la ejecución y en la duplicación de esas sentencias en el orden interno, por medio del control difuso, lo que revela su importancia como garantía de justicia constitucional.

**SEXTA.** La revisión del Estado del arte relacionado con el control difuso, constitucional y convencional, refleja un creciente interés en este instrumento de garantía de los derechos humanos. Estimo que esto se debe en gran parte a la implementación del control difuso en Latinoamérica, a raíz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que ha dado lugar a la construcción de un *ius commune* latinoamericano. El derecho común latinoamericano forma parte de un proyecto de evolución y transformación hacia un nuevo derecho público en Latinoamérica, que tiende a conceptualizar de forma más adecuada su realidad normativa. La jurisprudencia de la Corte Interamericana y su recepción por los jueces nacionales, así como su aplicación para ejercer un control difuso, constituyen vasos comunicantes en un diálogo interamericano, para fortalecer los derechos humanos.

Las obras analizadas se sustentaron en diversos elementos teóricos, hermenéuticos y metodológicos. Los elementos teóricos más importantes se enfocaron al análisis de la teoría de los derechos humanos; al examen de los valores superiores del ordenamiento jurídico, los procedimientos de garantía de los derechos humanos y la constitución normativa del Estado neoconstitucional.

La revisión de la literatura del Estado del arte fue definitiva para delimitar el trabajo de investigación, puesto que reveló la necesidad de emprender un estudio cualitativo, con rigor epistemológico, hermenéutico y metodológico sobre la aplicación en México del control difuso por parte de los juzgadores federales.

**SEPTIMA.** La literatura analizada, reflejó diversos problemas relacionados con el control difuso; estos problemas se refieren, entre otros, a los órganos que realizan el control, las normas de regularidad constitucional y convencional; la forma de aplicación del control difuso, así como el rol de la interpretación conforme, el papel del bloque de constitucionalidad, los alcances o efectos del control difuso y sus desafíos. Los elementos hermenéuticos más recurrentes se enfocaron al análisis del papel que desempeñaron los principios constitucionales en la aplicación del control difuso, destacando el rol de la interpretación conforme y el principio pro persona, así como la interpretación extensiva de los derechos humanos, y la interpretación restrictiva por cuanto se refiere a sus límites o restricciones. La metodología convencional utilizada resaltó la importancia que los autores nacionales y extranjeros conceden a la jurisprudencia de la Corte Interamericana y de sus Cortes internas. Las principales conclusiones de los autores apuntan al papel preponderante de la Corte Interamericana como intérprete de la Convención, en ejercicio de sus facultades contenciosa y consultiva.

**OCTAVA.** El control difuso constitucional y convencional impone a los jueces nacionales un nuevo método jurídico en la aplicación del derecho; los juzgadores ya no limitan su actividad a juzgar los hechos conforme a la ley, sino que ahora también deben juzgar la ley y los actos de las autoridades administrativas y los de los particulares, con una interpretación conforme a la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos en los que el

Estado Mexicano es parte. Esto significa que se enriquece el sistema de fuentes normativas y que la visión de los procesos jurisdiccionales se transforma por la perspectiva de tutela a los derechos humanos. Ello repercute en la forma de entender los principios dispositivo y de estricto derecho, que determinan una litis cerrada en los procesos civiles y mercantiles, en tanto que esos principios dejan de tener aplicación cuando se encuentran involucrados los derechos humanos, que determinan una litis abierta y perfilan lo que la doctrina denomina neoconstitucionalismo procesal.

Considero que la aplicación del control difuso exige de importantes elementos epistemológicos, hermenéuticos y metodológicos. Los elementos epistemológicos, porque es necesario acercarse al conocimiento ontológico de los derechos humanos y sus restricciones. Se requiere un conocimiento material de estos derechos humanos, ya sean entendidos como derechos naturales, como exigencias éticas, como derechos subjetivos públicos o como derechos fundamentales. Los elementos hermenéuticos son relevantes para acceder a su interpretación, porque en su estructura como principios, constituyen mandatos de optimización que exigen el uso de métodos y técnicas pertinentes, como el principio de proporcionalidad y el juicio de ponderación. Por su parte, los elementos metodológicos resultan imprescindibles para aplicar el control difuso. El juzgador requiere identificar las normas que conforman el parámetro de regularidad constitucional y convencional; las normas objeto de control y el procedimiento o pasos a seguir para aplicar el control difuso y determinar sus alcances. De esta forma, estimo que el conocimiento y dominio de los elementos epistemológicos, hermenéuticos y metodológicos, se impone como una exigencia fundamental para proteger los derechos humanos.

El ejercicio de la garantía del control difuso presenta en México avances y retrocesos que se reflejan en la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte;

actualmente existen límites para su ejercicio: no se pueden desaplicar mediante el control difuso las normas constitucionales ni la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte; tampoco se puede aplicar un test de proporcionalidad por esta vía a las restricciones de los derechos humanos. Como la actividad del control difuso es dinámica, estos límites pueden variar en el devenir de su aplicación; en todo caso, considero que no deben inhibir el uso de esta garantía, sino más bien estimular la actividad creativa de los juzgadores para abrir nuevos caminos en la justicia constitucional.

**NOVENA.** El estudio empírico del control difuso aplicado por los juzgadores en Mexicali, Baja California, refleja una importante protección al derecho a la tutela judicial efectiva o debido proceso. Los casos examinados corresponden primordialmente a normas procesales, del Estado de Baja California. Los juzgadores federales determinaron que se debía de realizar una interpretación conforme de las normas adjetivas examinadas, para hacer efectivos los procedimientos ordinarios y sus incidentes, como vía de acceso a la justicia; en otros casos, determinaron que lo que procedía era inaplicar la norma que contradecía derechos humanos reconocidos en la Constitución o en los tratados internacionales.

En esta dimensión procesal, es relevante destacar la protección a las garantías, entendidas como procedimientos de tutela a los derechos humanos. Los procedimientos ordinarios generalmente no se valoran como procedimientos de garantía de derechos fundamentales, lo que no significa que no constituyan procedimientos de esa naturaleza. El control difuso es una garantía de protección de los derechos humanos, que tutela no solamente estos derechos, sino también las garantías del debido proceso, como lo son las formalidades esenciales del procedimiento establecidas en los artículos 14, 16, 19, 20, 21 y 22 constitucionales

y en el artículo 8° de la Convención Americana. Ahora, en tanto las garantías se desarrollan a través de procedimientos ordinarios, resulta válido concluir que estos procedimientos, sus incidentes y recursos, constituyen garantías judiciales, susceptibles de perfeccionarse mediante el control difuso. Es de interés destacar que de los 20 casos examinados, en 13 de ellos se protegió el derecho humano al debido proceso, lo que representa el 65% de los asuntos analizados.

**DÉCIMA.** En las resoluciones analizadas existen ejemplos de interpretaciones particularistas, entendidas como aquellas en que se privilegia el valor de la equidad. En estas interpretaciones se atienden las peculiaridades de la controversia, a fin de no aplicar rigurosamente la norma y evitar soluciones injustas. Requieren dar cuenta del contexto, por lo que es necesario un ejercicio hermenéutico. El particularismo, entendido como una forma de interpretar y aplicar la norma a partir de las características peculiares del caso, guarda semejanza con la teoría argumentativa de Theodor Viehweg, quien propone una visión tópica del caso, para resolverlo a partir del problema, más que del sistema. Esta concepción argumentativa se relaciona con una forma de pensamiento denominado pensamiento problemático. Conforme a Viehweg, la estructura total de la jurisprudencia solo puede estar determinada desde el problema; sus conceptos y proposiciones son fundamentales para comprenderlo y resolverlo.

La doctrina resalta la importancia de percibir y deliberar sobre los rasgos particulares del caso para alcanzar una decisión jurídica justificada. Considero que esta labor requiere de un juez virtuoso, en tanto que un Juez que cultiva las virtudes es la persona que mejor puede encarnar la sabiduría práctica en la solución de los conflictos. En los asuntos examinados se puede advertir una interpretación particularista en los casos de los menores de edad, en los cuales es imperativo

aplicar el principio del interés superior del niño, que exige tomar en cuenta el contexto social y familiar, por lo que requiere de una interpretación hermenéutica. Un caso que también reveló la importancia de atender las circunstancias particulares es el relacionado con el derecho humano a la igualdad por diferenciación. Este derecho requiere que la norma incorpore no solo los hechos relevantes sino también los principios y valores constitucionales para atender las exigencias de justicia.

**DÉCIMA PRIMERA.** La aplicación de los principios *pro persona*, *pro operario*, *in dubio pro reo*, *favor rei*, del interés superior del niño, y de los argumentos de autoridad, histórico, teleológico, pragmático y sistemático revelan la prevalencia de una interpretación funcionalista de los derechos humanos. Asimismo, reflejan una interpretación evolutiva por parte de los juzgadores federales en la aplicación del control difuso, que marcó su distancia con la interpretación originalista. La interpretación evolutiva aplicada por los jueces federales favorece la aplicación de los referidos principios en la interpretación de los derechos humanos, como normas de máxima optimización; esto con el fin de brindar a las personas la protección más amplia en sus derechos y en sus garantías.

Los argumentos más aplicados por los juzgadores federales son los principialistas, y otros argumentos, como el teleológico, el pragmático y el de autoridad, sin prescindir de la interpretación y argumentación sistemática y la gramatical. Entre los argumentos más utilizados sobresale el de autoridad; en todas las resoluciones examinadas se aplicó este argumento; en algunos casos los precedentes de la Suprema Corte fueron determinantes para aplicar el control difuso. La mayor de las veces la jurisprudencia y los criterios aislados de la Suprema Corte se utilizaron para orientar el ejercicio de control difuso. El

principio pro persona se aplicó en 8 de los 20 casos examinados; el argumento teleológico en 4 casos; el principio del interés superior del niño en 3 casos; el principio de la presunción de inocencia en 3 casos, y el principio de igualdad en 3 casos. Otros argumentos y principios como el argumento sistemático, el argumento a contrario y los principios in dubio pro reo, principio *in favor rei*, principio de presunción de inocencia, principio pro actione, y principio de progresividad, se utilizaron en menor escala.

Pese a que la interpretación y argumentación predominante fue la funcional, que propicia una interpretación expansiva de los derechos humanos, advertí la ausencia de técnicas específicas de interpretación constitucional, como lo son el principio o juicio de ponderación y el principio o test de proporcionalidad. De las resoluciones examinadas dos se ocuparon del principio de proporcionalidad y ninguna del juicio de ponderación. Esto indica la conveniencia de incorporar estos principios al discurso jurídico de los juzgadores federales, como parte importante del discurso práctico del razonamiento judicial, para la solución de los conflictos que involucran derechos humanos.

**DÉCIMA SEGUNDA.** Se observó en la investigación que la interpretación conforme desempeñó un rol importante en las resoluciones examinadas. Las modalidades de esta interpretación, que son en sentido amplio y en sentido estricto, están presentes en estas resoluciones. La interpretación conforme en sentido amplio reveló una mayor aplicación que la de sentido estricto. Esto significa que las normas y actos objeto de control difuso no ofrecieron un abanico de opciones interpretativas, como ocurre con la interpretación conforme en sentido estricto. En esta última, al menos una interpretación torna inconstitucional la norma o acto analizado y otra u otras interpretaciones permitidas permiten concluir que la norma o el acto es constitucional. De esta interpretación sólo se identificaron 3 casos,

mientras que de la interpretación conforme en sentido amplio se examinaron 7 casos. En conjunto, representan el 50% de los casos analizados.

**DÉCIMA TERCERA.** El proceso de selección y análisis de las resoluciones en que se aplicó un control difuso, indican que la aplicación de esta garantía no constituye aún una práctica consolidada. Sin embargo, los jueces federales la aplican de manera discrecional, si bien en un número limitado de casos. Su aplicación pone de manifiesto que los juzgadores federales conocen y aplican debidamente el procedimiento de control. Un factor fundamental que influyó en la aplicación correcta del procedimiento de control difuso, es que la Suprema Corte fijó los pasos a seguir en el expediente Varios 912/2010. Solamente en dos casos, se advirtieron problemas empíricos, es decir, problemas relacionados con la aplicación del procedimiento del control difuso. En uno de ellos se indica que la autoridad responsable debe realizar una interpretación conforme y para ello debe inaplicar la norma, lo que técnica y jurídicamente resulta incompatible. En otro asunto se realizó una interpretación conforme en sentido amplio, a fin de salvar la norma, cuando lo que procedía era desaplicarla, por contradecir abiertamente la Constitución. En el examen de los asuntos no se advirtieron problemas teóricos. Los juzgadores federales aplicaron correctamente los principios, conceptos y teorías relacionadas con los derechos humanos, su interpretación y argumentación.

**DÉCIMA CUARTA.** Considero que un reto de gran trascendencia que enfrentan los juzgadores federales, es contribuir a consolidar un Estado democrático de derecho, sustentado en la protección y la garantía de los derechos humanos. Para lograr ese cometido, es indispensable que los jueces federales se provean de todas las herramientas que les permitan interpretar y aplicarla la

Constitución, como un ordenamiento normativo, es decir vinculante a fin de resolver los asuntos a partir de los postulados, principios y valores que resguarda. Los juzgadores federales deben dimensionar su función como jueces constitucionales; su labor ya no se limita a juzgar sobre los hechos controvertidos, sino que ahora son también jueces de la ley. Estimo que para cumplir dignamente su función es indispensable que los jueces federales utilicen técnicas de interpretación constitucional, como el juicio de ponderación y el test de proporcionalidad, para estar en aptitud de solucionar conflictos entre derechos humanos y determinar cuál debe prevalecer en caso de conflicto, así como determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las restricciones a los derechos humanos establecidas por el legislador.

Asimismo, se concluye que es necesario que los juzgadores federales perfeccionen y difundan la dimensión moral del razonamiento judicial. Si entendemos a los derechos humanos como exigencias éticas, los juzgadores que dirimen conflictos sobre derechos humanos, se convierten en operadores, no solo del derecho, sino también de la moral. Esto significa, que los jueces contribuyen a configurar los derechos humanos. Por tanto, requieren no únicamente de una sólida formación y capacitación jurídica, sino igualmente de una formación en el conocimiento de la moral social, de la teoría moral, y de la moral normativa, como herramientas imprescindibles para el discurso jurídico sobre los derechos humanos. La protección y garantía de los derechos humanos por parte de los jueces federales debe ser una fuente importante de legitimidad en el ejercicio de la función jurisdiccional de control constitucional. Por esta razón, los juzgadores deben asumir los retos que plantea la justicia constitucional, con un adecuado manejo de las dimensiones jurídica y moral implícitas en los derechos humanos.

## **PROPUESTAS PARA MEJORAR LA GARANTÍA DEL CONTROL DIFUSO**

**PRIMERA.** Considero que la garantía del control difuso puede fortalecerse o debilitarse con motivo de los criterios aislados o jurisprudenciales que sobre ella emita la Suprema Corte. Un ejemplo lo representa la ejecutoria dictada en el juicio de amparo directo en revisión 1046/2012, en el que la Suprema Corte determinó que los jueces federales, cuando ejercitan el control concentrado mediante el juicio de amparo, solamente pueden ejercer el control difuso de regularidad constitucional en el ámbito normativo de su competencia. Considero que este criterio restringe la aplicación del control difuso para los jueces de amparo, por lo que los quejosos no podrán beneficiarse con esta garantía. Este límite al control difuso implica una interpretación restrictiva de la Suprema Corte, que acota el ejercicio del control difuso a las normas que aplican los juzgadores federales en ejercicio de la jurisdicción de amparo. Estimo que esta interpretación no es acorde con lo dispuesto por el artículo 1º, párrafo segundo, de la Constitución, que establece el principio pro persona como guía hermenéutica en la interpretación de los derechos humanos, a fin de brindarles la protección más amplia. Si se considera que el control difuso es una garantía de los derechos humanos y que de acuerdo con el primer párrafo del referido precepto constitucional, todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece, entonces, a mi juicio esto implica que al interpretar los instrumentos de garantía como lo es el control difuso, procede aplicar una interpretación extensiva, en lugar de una interpretación restrictiva, que es la que utilizó la Suprema Corte. Por tanto, una

propuesta de mejora consiste en que al aplicar el control difuso, los juzgadores federales realicen una interpretación expansiva de las garantías judiciales, con base en el principio pro persona, para interpretar las normas procesales que rigen los procedimientos ordinarios, incluso los extraordinarios, como lo es el juicio de amparo, de manera de que se privilegien todos los procedimientos de tutela de los derechos humanos.

Para contrarrestar el criterio anterior de la Suprema Corte, propongo reformar el artículo 79 de la Ley de Amparo, para instituir como hipótesis de suplencia de la queja deficiente, cuando se advierta que los actos reclamados violan los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que México sea parte. En estos casos deberá escucharse a las partes antes de aplicar el control difuso por la vía de la suplencia de la queja deficiente. Esta propuesta se sustenta en la tesis de la inviolabilidad de los derechos humanos y en las obligaciones generales de las autoridades del Estado de respetarlos, protegerlos y garantizarlos.

**SEGUNDA.** El procedimiento de control difuso, como garantía protectora de los derechos humanos, exige mejorar los procedimientos de selección, promoción y capacitación de los juzgadores federales. Considero necesario tomar en cuenta en los procedimientos de selección, los conocimientos jurídicos y éticos de los aspirantes, y que la trayectoria profesional del aspirante acredite una solvencia moral. La solución de los conflictos que involucran derechos humanos requiere de juzgadores que posean una sólida formación jurídica y conocimientos de la moral social, la teoría moral (moral crítica) y la moral normativa. Estimo necesario además, fomentar las virtudes morales en los juzgadores como una vía para impulsar sus habilidades, que les permitan identificar los rasgos particulares de los casos e identificar los valores en juego, para la justa solución de los

conflictos. En la consecución de estos objetivos, la Suprema Corte, el Consejo de la Judicatura Federal y el Instituto de la Judicatura Federal, deberán instrumentar dentro de sus programas de capacitación todos los cursos, seminarios, diplomados, congresos y demás eventos académicos que sus recursos financieros permitan, para que el ejercicio del control difuso, constitucional y convencional, se instale en el país como una vía práctica de tutela a los derechos humanos, que fortalezca el Estado democrático de derecho y promueva la autonomía personal del elemento humano del Estado, como presupuesto necesario para una vida plena en los ámbitos individual y social.



## FUENTES DE CONSULTA

### BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar Santibáñez, Rubén David, *Control de convencionalidad y principio de definitividad bajo el nuevo orden constitucional de los derechos humanos*, México, Ed. UABC, 2014.

Albanese, Sussana, “Interacción entre los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos y el Ámbito Interno. Funciones de los Órganos de Control”, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

Álvarez de Lara, Rosa María, “Panorama de las Garantías Individuales en las constituciones mexicanas del siglo XIX”. En *La Génesis de los Derechos Humanos en México*, coordinado por Margarita Moreno-Bonett y María del Refugio González Domínguez, México, Ed. IIJ UNAM, 2006.

Aragón Reyes, Manuel, “Constitución y Derechos Fundamentales”. En *Teoría de la Constitución Ensayos Escogidos*, compilado por Miguel Carbonell, México, Ed. Porrúa, 2005.

Aragón Reyes, Manuel, “El Juez Ordinario entre legalidad y constitucionalidad”. En *Jueces y Derecho. Problemas contemporáneos*, compilado por Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro y Rodolfo Vázquez, México, Ed. Porrúa, 2008.

Astudillo, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, México, Ed. IIJ UNAM Tirant lo Blanch, 2014.

Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ed. Ariel Derecho, 2006.

Bazán, Víctor, “Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad”. En *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México, Ed. FUNDA p, 2012.

Bernal Pulido, Carlos, *Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2009.

Bidart Campos, Germán J., *Teoría General de los derechos humanos*, México, Ed. IJ UNAM, 1989.

Bidart Campos, German J., “La lección derivada de la Opinión Consultiva 1 de 1982”. En *Derechos Humanos, Corte Interamericana, opiniones consultivas, textos complementarios*, coordinado por Germán Bidart Campos y Calogero Pizzolo, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000.

Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Ed. Distribuciones Fontamara, 1992.

Boggiano, Antonio, *Derecho Internacional, Derecho de las Relaciones entre los ordenamientos jurídicos y Derecho Humanos*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2001.

Borowski, Martín, *La Estructura de los Derechos Fundamentales*, Colombia, Ed. Universidad Externado de Colombia, 2003.

Burgoa, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Ed. Porrúa, 2003.

Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los Tratados Internacionales sobre derechos humanos y el Control de Convencionalidad*, México, Ed. Porrúa IMDPC, 2013.

Cancado Trindade, Antonio Augusto, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esencia y trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006)*, México, Ed. Porrúa, 2007.

Cappelletti, Mauro, *Obras: La Justicia Constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Ed. Porrúa, 2007.

Carbonell, Miguel, *Los Derechos Fundamentales en México*, México, Ed. Porrúa, 2009.

Cárcamo Vásquez, Héctor, “Hermenéutica y Análisis Cualitativo”. En *Cinta de Moebio* No.23, Septiembre Chile, Ed. Universidad de Chile, 2005.

Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Panorama sobre la incidencia de la interpretación y la argumentación jurídicas en la aplicación judicial de la constitución”. En *La ciencia del derecho procesal constitucional*. Estudios en homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, México, Ed. IJ UNAM, IMDPS, Marcial Pons, 2008.

Casadevall Medrano Josep, “El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Análisis Teórico Práctico de su Funcionamiento)”. En *La Protección Internacional de los Derechos Humanos a los Cincuenta Años de la Declaración Universal*, coordinado por Antonio Blanca Altemir, Madrid, Ed. Tecnos, 2001.

Caso “La última tentación de Cristo”, En *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, coordinado por Sergio García Ramírez, volumen I, México, Ed. IJ UNAM, 2006.

Cilia López, José Francisco, *Los derechos humanos y su repercusión en el control de constitucionalidad y convencionalidad*, México, Ed. Porrúa, 2015.

Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. En *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell, Madrid, Ed. Trotta, 2005.

Corcuera Cabezut, Santiago, *Derecho constitucional y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Ed. Oxford University Press, 2002.

Courtis Christian, *El Mundo Prometido. Escritos sobre Derechos Sociales y Derechos Humanos*, México, Ed. Distribuciones Fontamara, 2009.

Cruz Parceró, Juan Antonio, *El concepto del derecho subjetivo en la teoría contemporánea del derecho*, México, Ed. Distribuciones Fontamara, 2004.

Cruz Parceró, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid, Ed. Trotta, 2012.

De Aquino, Tomás, *Tratado de la ley. Tratado de la justicia. Gobierno de los Príncipes*, México, Ed. Porrúa, 1975.

De Páramo, Juan Ramón, “Derecho subjetivo”. En *El derecho y la justicia*,

editado por Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, Madrid, Ed. Trotta, 2000.

De Vega García, Pedro, “La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la Drittwirkung der Grundrechte”. En *Garantías jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos en Iberoamérica*, Serie B: Estudios comparativos d) Derecho latinoamericano, núm. 29, editor Miguel López Ruiz, México, Ed. IJ UNAM, 1992.

Díaz Revorio, Francisco Javier, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Significado y Trascendencia*, Lima, Ed. Palestra, 2004.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel, 2002.

Echeverría, Rafael, *El Búho de Minerva*, Chile, Ed. J. C. Sáez, 1997.

Escalona Martínez, Gaspar, “La naturaleza de los derechos humanos”. En *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, coordinado por Yolanda Gómez Sánchez, México, Ed. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2004.

Ferrajoli, Luigi, “Más allá de la soberanía y de la ciudadanía, un constitucionalismo global”. En *Teoría de la Constitución; ensayos escogidos*, compilado por Miguel Carbonell, México, Ed. Porrúa, 2005.

Ferrajoli Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”. En *Teoría del neconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, editado por Miguel Carbonell, México, Ed. Porrúa, 2005.

Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2005.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Ed. Trotta, 2005.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Ed. Trotta, 2006.

Ferrajoli, Luigi, *Las fuentes de legitimidad de la jurisdicción*, México, Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010.

Ferrajoli, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Ed. Trotta, 2010.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez Mexicano”. En *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México, Ed. FUNDAp, 2012.

Finnis, John, *Ley Natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1992.

Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Ed. Trotta, 2000.

Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, México, Ed. Porrúa, 2003.

Flores, Imer B. “Sobre la Reforma a la Constitución y su Control: a propósito de las implicaciones del amparo 186/2008”. En *Reforma y Control de la Constitución. Implicaciones y límites*, coordinado por César Astudillo y Lorenzo Córdova, México, Ed. IIJ UNAM, 2011.

Flores, María Teresa, *Derechos Humanos, Corte Interamericana, opiniones consultivas, textos completos y comentarios*, Tomo II, coordinado por Germán Bidart Campos y Calogero Pizzolo, comentada por Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, (opinión consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994), Mendoza, Ed. Jurídicas Cuyo, 2000.

Flores Navarro, Sergio y Rojas Rivera, Victorino, *Control de convencionalidad*, México, Ed. Novum, 2013.

Flores Saldaña, Antonio, *El control de constitucionalidad y la hermenéutica de los derechos humanos*, México, Ed. Porrúa, 2014.

García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Ed. Civitas, 1994.

García Jiménez, María Encarnación, *El Convenio Europeo de los Derechos Humanos en el Umbral del siglo XXI*, Valencia, Ed. Tirant lo blanch, Universitat de Valencia, 1998.

García Torres, Jesús y Jiménez-Blanco, Antonio, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares: la Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, Ed. Civitas, 1986.

Ghirardi, Olsen A, *El control de logicidad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación*, Córdoba, Ed. Advocatus, 2008.

Goldman, Robert K, “Breve Historia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. En *Repertorio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1971 a 1995*, sistematizado y comentado por Oscar L. Fappiano y Carolina Loayza T., pp. 23-44, Buenos Aires, Ed. Ábaco de Rodolfo de Palma, 1998.

González Compean, Miguel y Baver, Peter, *Jurisdicción y democracia. Los nuevos rumbos del Poder Judicial en México*, México, Ed. Cal y Arena, 2002.

González Escudero, Santiago, “La oscuridad radiante: lecturas del mito de la caverna de Platón”. [En *homenaje al profesor Santiago González Escudero*], editado por Vicente Domínguez, Madrid, Ed. Biblioteca Nueva Ediciones de la Universidad de Oviedo, 2009.

González Ibarra, Juan de Dios, *Metodología jurídica epistémica*, México, Ed. Fontamara, 2006.

González Nuria y Rodríguez Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano*, México, Ed. III UNAM, 2011.

Gros Spiell, Héctor, *Estudios sobre derechos humanos II*, Madrid, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Civitas, 1988.

Guariglia, Carlos E., *Presunción de constitucionalidad de las leyes*, Montevideo, Ed. La ley, Uruguay, 2009.

Guastini, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”. En *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Ed. Trotta, 2005.

Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría General de la Interpretación*, México, Ed. Porrúa.

Hamilton, Alexander, Madison, James y Jay, John, *El federalista*, México, Ed. Fondo de Cultura Económica. 2012.

Hauriou, André, *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Barcelona, Ed. Demos, 1980.

Herdegen, Matthias, *Derecho Internacional Público*, México, Ed. IIJ UNAM, Fundación Konrad Adenauer, 2005.

Hernández Cruz, Armando, *Los Derechos Económicos Sociales y Culturales y su Justiciabilidad en el Derecho Mexicano*, México, Ed. IIJ UNAM, 2010.

Hernández Sampieri, Roberto, Fernández Collado, Carlos y Bactista Lucio, Pilar, *Metodología de la Investigación*, México, Ed. McGraw Hill, 1991.

Hitters, Juan Carlos y L. Fappiano, Oscar, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ed. Ediar, 2007.

Jiménez Ascencio, Rafael, *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamento del derecho constitucional*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2005.

Jinesta Lobo, Ernesto, *Relaciones entre la jurisdicción ordinaria y justicia constitucional*, México, Ed. IIJ UNAM, 2006.

Jinesta Lobo, Ernesto, “Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales”. En *El Control Difuso de Convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los Jueces Nacionales*, coordinado por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México, Ed. FUNDAP, 2012.

Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Ed. IIJ UNAM, 1979.

Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución, (La justicia constitucional)*, traducido por Rolando Tamayo y Salmorán, México, Ed. IIJ UNAM, 2001.

Kuhlen, Lothar, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2012.

Laboulaye, Eduardo, *Historia de los Estados Unidos*, México, Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1870.

Laporta, Francisco J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Ed. Trotta, 2007.

Lara Ponte, Rodolfo, *Los Derechos Humanos en el constitucionalismo mexicano*, México, Ed. Porrúa, 1998.

Lassalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, México, Ed. Colofón, 1997.

Laviña, Félix, *Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1987.

López García, José Antonio, “Los derechos fundamentales como subsistema normativo dentro del ordenamiento jurídico”. En *Programa docente curso 2011-2012, Master en Derechos Fundamentales y tutela judicial efectiva*, España, Ed. Consejo General del Poder Judicial de España y Universidad de Jaén, 2011-2012.

Lozano, José María, *Estudio del derecho constitucional patrio en lo relativo a los derechos del hombre*, México, Ed. Porrúa, 1987.

Luis Vigo, Rodolfo, *Visión crítica de la historia de la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2008.

Luis Vigo, Rodolfo. *Interpretación Jurídica. Del Modelo Iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas*, Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1999.

Matteucci, Nicola, *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo Moderno*, Madrid, Ed. Trotta, 1998.

Murillo, José Daniel Eduardo, *Juez de control y control de derechos humanos*, México, Ed. Flores Editor y Distribuidor, 2012.

Nash, Claudio, *Control de convencionalidad de la dogmática a la implementación*, México, Ed. Porrúa, IMDPC, 2013.

Nogueira Alcalá Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*,

México, Ed. IJ UNAM, 2003.

Núñez, Leiva José Ignacio, *Neoconstitucionalismo y control de constitucionalidad de la ley: ¿el constitucionalismo del derecho libre?*, México, Ed. Porrúa, 2013.

OACNUDH-México, *20 claves para conocer y comprender mejor los derechos humanos*, México, Ed. OACNUDH, 2011.

Ortiz Ahlf, Loretta, “Fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”. En *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, compilado por Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara B., México, Ed. Distribuciones Fontamara, 2004.

Patiño Manffer, Ruperto, “Comentario al artículo 133”. En *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, Tomo XII, coeditado por Cámara de Diputados de la LVIII Legislatura del Congreso de la Unión, México, Ed. IJ UNAM, 2003.

Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

Perelman, Ch. y Olbrechts-Tyteca, L., *Tratado de la Argumentación, La Nueva Retórica*, Madrid, Ed. Gredos, 1989.

Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, Sevilla, Ed. Tecnos, 2010.

Pozzolo, Susana, *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*, Lima, Ed. Palestra Editores S.A.C, 2011.

Prieto Sanchís, Luis, “Neoconstitucionalismo y ponderación constitucional”. En *Neoconstitucionalismo(s)*, editado por Miguel Carbonell, Madrid, Ed. Trotta, 2005.

Quinche Ramírez, Manuel Fernando, *El control de convencionalidad*, Bogotá, Ed. Temis, 2014.

Rabasa, Emilio O., *El pensamiento político del constituyente de 1856-1857*, México, Ed. Porrúa, 1991.

Rabasa, Oscar, *El derecho angloamericano. Estudio expositivo y comparado del Common Law*, México, Ed. Porrúa, 1982.

Rey Cantor, Ernesto, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, México, Ed. Porrúa, 2008.

Rodríguez-Pinzón, Diego, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. En *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, compilado por Claudia Martín, Diego Rodríguez-Pinzón y José A. Guevara B., México, Ed. Fontamara, 2004.

Ross, Alf, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, Ed. Eudeba, 2006.

Sagiús, Néstor Pedro, “El “control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”. En *Control de convencionalidad, interpretación conforme y Diálogo Jurisprudencial, Una visión desde América Latina y Europa*. Coordinador Eduardo Ferrer McGregor, México, Ed. FUNDAp, 2012.

Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Control de convencionalidad, interpretación conforme y Diálogo Jurisprudencial, Una visión desde América Latina y Europa*, México, Ed. Porrúa, UNAM, 2012.

Santiago Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 2007.

Santiago Nino, Carlos, *Los escritos de Carlos S. Nino, Derecho Moral, Política II*, Buenos Aires, Ed. Gedisa, 2007.

Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Ed. Alianza, 2009.

Seara Vázquez, Modesto, *Derecho Internacional Público*, México, Ed. Porrúa, 1994.

Sen, Amartya, *La idea de la justicia*, Madrid, Ed. Taurus, 2010.

Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la*

*globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, Ed. IJ UNAM, 2012.

Serrano, Sandra y Vásquez, Daniel, *Los derechos en acción. Obligaciones y principio de derechos humanos*, México, Ed. Flacso, 2013.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Compilación de Instrumentos Internacionales sobre Protección de la Persona aplicables en México. I Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Ed. Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Naciones Unidas, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2012.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *El constituyente de Filadelfia de 1787 y la judicial review*, México, Ed. Dirección General de Coordinación y Sistematización de Tesis, 2005.

Tarello Giovanni, *La interpretación de la Ley*, Lima, Ed. Palestra Editores, 2013.

Tena Ramírez, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-1999*, México, Ed. Porrúa, 1999.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Ed. Porrúa, 2004.

Urbina, Trueba, *La primera constitución político-social del mundo*, México, Ed. Porrúa, 1971.

Vasilachis de Gialdino, Irene, “La Investigación Cualitativa”. En *Estrategias de Investigación Cualitativa*, coordinado por Irene Vasilachis de Gialdino, Barcelona, Ed. Gedisa, 2006.

Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Ed. Trotta, 2006.

Von Bogdandy Armin, Fix-Fierro, Héctor, Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, Ed. IJ UNAM, Max-Planck-Institut Für Ausländisches Öffentliches Recht Und Völkerrecht Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional

2011.

Weber, Max, *Economía y Sociedad Tomo-1*, Madrid, Ed. Fondo de Cultura Económica, 2002.

Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán*, Santiago de Chile, Ed. Jurídica de Chile,

Wesley Newcomb, Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales*, México, Ed. Fontamara, 2004.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Ed. Trotta, 2007.

## HEMEROGRÁFICAS

Alterio, Ana Micaela, “La ‘esfera de lo indecible’ en el constitucionalismo, de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico”. En *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, número 13, Madrid, Ed. Instituto de derechos humanos “Bartolomé de las Casas”, 2011.

Del Real Alcalá, J. Alberto, “Estado Cosmopolita y Estado Nacional: I Kant vs. F. Meinecke”. En *Revista de la Facultad de Derecho de México*, número 247, enero-junio, México, Ed. Biblioteca jurídica virtual del IIJ UNAM, 2007.

Fix-Zamudio, Héctor, “Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano”. En *Cuadernos constitucionales México-Centroamérica*, número 12, México, Ed. IIJ UNAM, 1998.

Herrera, Carlos Miguel, “La polémica Schmitt-Kelsen, sobre el guardián de la Constitución”. En *Revista de estudios políticos (Nueva Época)*, número 86, Madrid, Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, 1994.

Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”. En *Revista Estudios Constitucionales*, Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009.

Linde, Paniagua, “La universalización de los derechos fundamentales: ¿El sistema europeo como modelo?”. En *Revista de Derecho de la Unión Europea*

número 2, primer semestre, España, Dialnet, 2002.

Mijangos y González, Javier, “La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los derechos humanos”. En *Revista Teoría y realidad constitucional*, número 20, España, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, 2007.

Sagüés, Nestor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. En *Revista Estudios Constitucionales* 1, 2010.

Saiz Arnaiz, Alejandro, “El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la garantía internacional de los derechos”. En *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, número 7, julio-septiembre 2004, Madrid, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derecho Público Comparado, 2004.

Salazar Ugarte, Pedro, "El garantismo y el neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción". En *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 34, Madrid, Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A.

Saldaña, Javier. 1999. “Notas sobre la Fundamentación de los Derechos Humanos”. En *Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número 96 (México).

Vázquez Gómez, Bisogno Francisco, “El neoconstitucionalismo procesal y la eficacia horizontal de los derechos humanos. Su relación con las reformas constitucionales de amparo y derechos humanos en México”. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* número 17, México, Ed. Porrúa, enero-junio 2012.

## FUENTES JURISPRUDENCIALES

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia P./J. 74/99, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª Época, Tomo X, Agosto de 1999, Página 5, 193435.

IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL. Primera Sala de la Suprema

Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia 1a./J. 55/2006, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª Época, Tomo XXIV, Septiembre de 2006, Página 75, 174247.

CONSULTA FISCAL. A PARTIR DE SU FORMULACIÓN DEBE DECLARARSE LA NULIDAD E INEFICACIA DEL ACTO QUE CONTIENE LA RESPUESTA CUANDO LA LEY EN QUE ÉSTA SE FUNDA SEA INCONSTITUCIONAL. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, jurisprudencia I.4o.A. J/61, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª Época, Tomo XXVII, Junio de 2008, Página 1070, 169532.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, tesis aislada I.4o.A.91 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª Época, Tomo XXXI, Marzo de 2010, Página 2927, 165074.

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. FUNCIÓN EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia 1a./J. 18/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 10ª Época, Tomo I, Marzo de 2014, Página 406, 2006011.

GUARDA Y CUSTODIA. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 4.228 FRACCIÓN II, A), DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO. Tribunal Colegiado de Circuito, tesis aislada II.3o.C.88 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª Época, Tomo XXXIV, Julio de 2011, Página 2021, 161618.

PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis aislada P. LXIX/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, 10ª Época, Tomo 1, Diciembre de 2011, Página 552, 160525.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. Pleno de la Suprema

Corte de Justicia de la Nación, tesis aislada P. LXVII/2011(9a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, 10ª Época, Tomo 1, Diciembre de 2011, Página 535, 160589.

PENAS. SU EJECUCIÓN ES COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL A PARTIR DEL 19 DE JUNIO DE 2011. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia P./J. 17/2012 (10a.), Semanario Judicial y su Gaceta, Libro XIII, 10ª Época, Tomo I, octubre de 2012, Página 18, 2001988.

FLAGRANCIA. EL ARTÍCULO 106, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA CONTRAVIENE EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL, PÁRRAFO TERCERO, POSTERIOR A LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2008. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis aislada 1a. CCLXXIX/2012 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XV, 10ª Época, Tomo 1, Diciembre de 2012, Página 527, 2002309.

INTERÉS USURARIO EN MATERIA MERCANTIL. CUÁNDO DEBE CONSIDERARSE QUE EXISTE Y EN QUÉ MOMENTO PROCESAL DEBE ESTUDIARSE. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia 1a./J. 132/2012, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVII, 10ª Época, Tomo 1, Febrero de 2013, Página 714, 2002817.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. NO PUEDE REALIZARSE RESPECTO DE LOS PRECEPTOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, jurisprudencia 2a./J. 3/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 3, 10ª Época, Tomo II, Febrero de 2014, Página 938, 2005466.

PAGARÉ. EL ARTÍCULO 174, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, PERMITE A LAS PARTES LA LIBRE CONVENCION DE INTERESES CON LA LIMITANTE DE QUE LOS MISMOS NO SEAN USURARIOS. INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN [ABANDONO DE LA JURISPRUDENCIA 1a./J. 132/2012 (10a.) Y DE LA TESIS AISLADA 1a. CCLXIV/2012 (10a.)]. Primera Sala de la Suprema Corte

de Justicia de la Nación, jurisprudencia 1ª./J. 46/2014 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 7, 10ª Época, Tomo I, Junio de 2014, Página 400, 2006794.

LIBERTAD PREPARATORIA. LA INCLUSIÓN DE EXÁMENES DE PERSONALIDAD PARA DECIDIR SOBRE SU OTORGAMIENTO, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 84, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, VULNERA EL PRINCIPIO DE REINSERCIÓN SOCIAL ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 18, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis aislada 1a. CCXXII/2016 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 34, 10a. Época, Tomo I, Septiembre de 2016, Página 504, 2012508.

## CIBERNÉTICAS

Carpio, Marcos Edgar, “Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes”. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal y Constitucional* 4 julio-diciembre, 2005, disponible en <http://www.iidpc.org/ridpc.html>, consultado en 22 de mayo de 2015.

Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México (2009). Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_209\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.doc), consultado en 22 de mayo de 2015.

Casos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los que México es parte. Disponible en la página de internet: <http://corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos>, consultado en 29-mayo-2015.

Corte IDH. Caso Alfonso Martín del Campo Dodd vs. México. Excepciones Preliminares. Sentencia de 3 de septiembre de 2004. Serie C No. 113. Disponible en la página de internet: <http://corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos>, consultado en 29-mayo-2015.

Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. Disponible en la página de internet:

<http://corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos>, consultado en 29-mayo-2015.

Corte IDH. Caso Castañeda Gutman vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184. Disponible en la página de internet: <http://corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos>, consultado en 29-mayo-2015.

Corte IDH. Caso Fernández Ortega y otros. vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215. Disponible en la página de internet: <http://corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos>, consultado en 29-mayo-2015.

Corte IDH. Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C No. 273. Disponible en la página de internet: <http://corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos>, consultado en 29-mayo-2015.

Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No.205. Disponible en la página de internet: <http://corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos>, consultado en 29-mayo-2015.

Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209. Disponible en la página de internet: <http://corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos>, consultado en 29-mayo-2015.

Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010 Serie C No. 216. Disponible en la página de internet: <http://corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos>, consultado en 29-mayo-2015.

Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Sentencia de 30 de enero 2014. Disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_276\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_276_esp.pdf) (fecha de acceso 12 de junio 2015).

García Ramírez, Sergio. *Reparaciones de fuente internacional por violación de derechos humanos (Sentido e implicaciones del párrafo tercero del artículo 1o.*

*Constitucional bajo la reforma de 2011*). Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/8.pdf>, consultado en 14 de mayo de 2015.

Protocolos de Actuación emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponible en <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/publicaciones/protocolos-de-actuacion>

## FUENTES VIVAS

CONSULTADAS EN EL SISTEMA INTEGRAL DE SEGUIMIENTO DE EXPEDIENTES DE LOS JUZGADOS DE DISTRITO Y TRIBUNALES DE CIRCUITO (SISE)

Amparo Indirecto 677/2011-2, del índice del Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Baja California.

Amparo Indirecto 274/2012, del índice del Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Baja California.

Amparo Indirecto 290/2013, del índice del Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Baja California.

Amparo Indirecto 735/2013, del índice del Juzgado Cuarto de Distrito en el Estado de Baja California.

Amparo Indirecto 130/2013, del índice del Juzgado Decimosegundo de Distrito en el Estado de Baja California.

Amparo Indirecto 422/2013, del índice del Juzgado Primero de Distrito en el Estado de Baja California.

Amparo indirecto 3/2015, del índice del Segundo Tribunal Unitario del XV Circuito.

Amparo Indirecto 10/2015, del índice del Séptimo Tribunal Unitario del XV Circuito.

Amparo Indirecto 27/2015, del índice del Juzgado Tercero de Distrito en el

Estado de Baja California.

Amparo Directo 54/2012, del índice del Segundo Tribunal Colegiado del XV Circuito.

Amparo Directo 395/2012, del índice del Primer Tribunal Colegiado del XV Circuito.

Amparo Directo 810/2012, del índice del Tercer Tribunal Colegiado del XV Circuito.

Amparo Directo 110/2015, del índice del Primer Tribunal Colegiado del XV Circuito.

Amparo en Revisión Penal 1493/2013, del índice del Quinto Tribunal Colegiado del XV Circuito.

Juicio Ejecutivo Mercantil 27/2013-I, del índice del Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Baja California.

Queja Civil 158/2015, del índice del Cuarto Tribunal Colegiado del XV Circuito.

Causa Penal 86/2013-2 EP, del índice del Juzgado Segundo de Distrito en el Estado de Baja California.

Toca Penal 549/2013, del índice del Primer Tribunal Unitario del XV Circuito.

Toca Penal 392/2014, del índice del Séptimo Tribunal Unitario del XV Circuito.

## LEGISLACIÓN

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Baja California

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Sonora

Código de Procedimientos Penales para el Estado de Baja California

Código Federal de Procedimientos Civiles

Código Federal de Procedimientos Penales

Código Penal Federal  
Código Penal para el Estado de Baja California  
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos  
Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos)  
Convención de los Derechos del Niño  
Declaración Universal de los Derechos Humanos  
Ley de Amparo  
Ley de Ejecución de Penas del Estado de Sonora  
Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Gobierno y Municipios del Estado de Baja California  
Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos  
Ley General de Instituciones y sociedades mutualistas de seguros (abrogada)  
Ley General de Salud  
Ley de Instituciones de Seguros y Fianzas  
Ley del Servicio Civil de los Trabajadores al Servicio de los Poderes del Estado de Baja California  
Ley Federal del Trabajo  
Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes  
Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales  
Protocolo de San Salvador