



**PROTECCIÓN MULTINIVEL
DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO
A TRAVÉS DEL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL
UN ENFOQUE HERMENÉUTICO Y ARGUMENTATIVO**

ROGELIO LÓPEZ SÁNCHEZ

JAIME FERNANDO CIENFUEGOS SORDO

ROGELIO LÓPEZ SÁNCHEZ

Es investigador en la Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales de la UANL y miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I. Es doctor por la Universidad de Jaén. Especialista en Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Premio de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial por el mejor trabajo de Iberoamérica sobre ética judicial. Exbecario en el Aula Iberoamericana de Ética Judicial por la Escuela Judicial del Poder Judicial de España y la SCJN en 2016 para cursar la especialidad "El control judicial de las leyes en Iberoamérica". Ha publicado diez libros y más de cincuenta capítulos de libro y artículos de investigación en revistas arbitradas e indexadas en Europa, Sudamérica y México.

JAIME FERNANDO CIENFUEGOS SORDO

Es doctor en Derecho Constitucional y Gobernabilidad por la Facultad de Derecho y Criminología de la UANL. Ha realizado estancias académicas y diplomados en las universidades de Salamanca y de Bolonia en el área de Teoría de la Constitución y Justicia Constitucional. Cuenta con publicaciones en libros y revistas especializadas en el área de Derecho Constitucional.

**PROTECCIÓN MULTINIVEL
DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO
A TRAVÉS DEL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL
UN ENFOQUE HERMENÉUTICO Y ARGUMENTATIVO**

DR © 2022 Rogelio López Sánchez
Jaime Fernando Cienfuegos Sordo

DR © 2022 Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docencia de
la Administración Pública del Estado de Nuevo León

DR © 2022 Fondo Editorial de Nuevo León

Foto de portada: © Dreamstime 175331941

Impreso en México

ISBN 978-607-8485-81-9



Zuazua 105 Sur, Centro, C.P. 64000,
Monterrey, N.L., México
T. 81-8344-2970 y 71
www.fondoeditorialnl.gob.mx



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS Y DOCENCIA
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN

Torre Administrativa, piso 7
Washington 2000 Oriente
Colonia Obrera, C.P. 64010
Monterrey, Nuevo León

**PROTECCIÓN MULTINIVEL
DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO
A TRAVÉS DEL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL
UN ENFOQUE HERMENÉUTICO Y ARGUMENTATIVO**

**ROGELIO LÓPEZ SÁNCHEZ
JAIME FERNANDO CIENFUEGOS SORDO**

ÍNDICE

Aporte de dos juristas a la teoría constitucional en México	9
Introducción	17
CAPÍTULO 1. Modelo convencional de derechos humanos en México: su impacto en el diálogo jurisprudencial	22
CAPÍTULO 2. El diálogo jurisprudencial en materia de derechos humanos	77
CAPÍTULO 3. Directrices hermenéuticas y argumentativas para incorporar el diálogo jurisprudencial en México	155
Conclusiones	231
Bibliografía	241

Aporte de dos juristas a la teoría constitucional en México

I

Los distinguidos doctores Rogelio López Sánchez y Jaime F. Cienfuegos Sordo, me han invitado a prologar esta obra magnífica sobre argumentación y hermenéutica jurídica. La amistad que me une a ambos autores, edificada en los pasillos y en las aulas de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León desde hace muchos años, cuando tuve el privilegio de ser su profesor de Teoría de la Constitución, explican su invitación y también mi alegría; sin embargo, esta circunstancia no desacredita la objetividad de mi valoración acerca de su trabajo, al contrario, he sido testigo de la rigurosidad con la que llevaron a cabo sus tesis de doctorado, así como la calidad de sus publicaciones en libros y revistas especializadas, por lo que conozco muy bien el empeño que ponen a sus investigaciones y actividades académicas.

La presente obra no ha sido la excepción y se han unido estos dos talentos jurídicos para, como ya he adelantado en el título del prólogo, hacer una contribución importante a la comprensión de la teoría constitucional mexicana, que atraviesa una crisis evidente en la antinomia entre lo que la Constitución formal establece y lo que la Constitución material, que se desprende de los principios del constitucionalismo y de las relaciones constitucionales desarrolladas en la vida social, ordena. En consecuencia, cuando los autores analizan el “modelo convencional de Derechos Humanos” demuestran tensiones dialécticas presentes en la interpretación que lleva a cabo la justicia constitucional mexicana a la luz del aparentemente nuevo paradigma

de derechos humanos, que a su vez supone un nuevo paradigma para la comprensión del orden constitucional. Nuestros autores llevan a cabo una revisión de la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos¹ y su incidencia en la interpretación constitucional a partir de las determinaciones que llevó a cabo la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el Expediente Varios 912/2010 como consecuencia del celeberrimo Caso Radilla. La bibliografía es abundante y revisada a lo largo del trabajo. Sin embargo, la obra que el lector tiene la oportunidad de revisar no constituye un simple estado de la cuestión, lo cual podría ser un aporte importante, debido a que el Pleno de la SCJN dio por terminada la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación e inició la Undécima Época,² en virtud de la reforma en materia de justicia federal de 2021. No obstante, aunque los autores dan un repaso crítico a la forma en la cual el Poder Judicial de la Federación ha interpretado el derecho internacional de los derechos humanos y su recepción en el derecho interno, no se limitan a la crítica; todo lo contrario, dan cuenta de la consecuencia de este cambio de paradigma: el diálogo jurisprudencial. A partir de este punto, en los capítulos segundo y tercero, la obra presenta, por un lado, una tipología de la manera en las que este diálogo se concreta dentro de la función jurisdiccional; por otra parte, se explican los métodos de interpretación hermenéutica en el contexto de un *ius commune* latinoamericano. De modo que describen un comportamiento jurisprudencial nacional y prescriben un modelo hermenéutico para el desarrollo de un diálogo jurisprudencial propio de un derecho multinivel.

Los autores no se limitan a un estudio descriptivo de las estrategias argumentativas con las que la SCJN ha conducido ese diálogo jurisprudencial con otras cortes o tribunales de justicia, especialmente supranacionales; sino que las analiza a la luz de los nuevos métodos

1 *Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011.

2 Acuerdo General /2021 del 8 de abril de 2021 del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

de interpretación constitucional, que van más allá de los que señalaba Savigny en el siglo XIX, quien se refería a la interpretación del derecho privado en un siglo en el cual la Escuela Histórica del Derecho aparecía como una alternativa frente al paradigma codificador que arrojaba a gran parte de Europa, así como a las nuevas repúblicas iberoamericanas que surgían de la guerra de independencia. Precisamente, en la obra se critica un rezago de las formas de interpretación constitucional en la jurisprudencia mexicana anterior a la décima época, reducida, en palabras de nuestros autores

a una labor de mera lógica formal, simple y bajo un molde de Estado de derecho decimonónico, donde los conflictos normativos debían ser resueltos conforme a los clásicos brocados de la antigua jurisprudencia romana, que, si bien no son malos, se desligan del complejo entramado constitucional en la cual debe pensarse la labor de los operadores jurídicos.³

La jurisprudencia mexicana intentó establecer mecanismos para interpretar la constitución supeditados a lo que se encontraba en la ley, y no una interpretación de las leyes conforme a los principios que ordenaba la Constitución.

Por esta circunstancia, de los cuatro métodos de Savigny, la jurisprudencia prefería el literal, más acorde al viejo adagio liberal, “el legislador no se equivoca”; así como el teleológico, siempre y cuando el telos normativo fuera expresión del llamado “espíritu del legislador”. Lo mismo se podría decir del método histórico, que buscaba encontrar cuál era el sentido que tuvo el legislador al momento de sancionar una ley. Por eso tienen razón nuestros autores al señalar que los métodos mencionados no pueden ser utilizados por el intérprete de manera caprichosa, como sugería la jurisprudencia mexicana de gran

3 Página 29 de este libro.

parte del siglo XX, sino que se trata de una armonización de “cuatro operaciones distintas, cuya reunión es indispensable para interpretar la ley”.⁴ En definitiva, parece claro que gran parte del siglo XX estuvo frente a un modelo de interpretación propio del constitucionalismo decimonónico, legiscentrista.

II

Ahora bien, de una concepción dualista del orden jurídico, fundada en un concepto de soberanía muy rígido, una interpretación limitada al texto legislativo se podría justificar. Sin embargo, la concepción monista que se impone cada vez más en el constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX, requiere de unas técnicas de interpretación más complejas que las señaladas por Savigny. En todo caso, la interpretación sistemática sería la que se impondría, debido a la complejidad de las normas constitucionales, siempre atendiendo las demás operaciones, para comprender las adecuaciones, cambio de sentido o alcance de la norma, propio del espacio y el tiempo; así como el fin que persiguen las instituciones más allá del voluntarismo legalista.

Por tal motivo nuestros autores toman las técnicas interpretativas propias del realismo jurídico genovés, específicamente de Ricardo Guastini, que corresponden más con lo que el sistema de fuentes del Derecho exige en México. Al contrario de lo que sucedía en el siglo XIX, donde el sistema de fuentes era simple (ley-reglamento); el Estado constitucional del siglo XIX presenta un sistema de fuentes del derecho extremadamente complejo, con la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos. La interpretación requiere de técnicas que armonicen el maremágnnum normativo que de ninguna manera se puede resolver analizando normas de manera aislada. La ley sigue siendo la norma jurídica que mejor expresa la legitimidad democrática dentro del sistema de fuentes, pero no es la

4 Véase en la página 32.

única fuente legítima. Como bien dice Zagrebelsky: “El pluralismo trajo como consecuencia que la ley cediera su función a la Constitución y el rompimiento del monopolio legislativo del Parlamento”.⁵ La constitución democrática, a diferencia de la del Estado liberal, define un sistema de fuentes multinivel que requiere de técnicas de interpretación integradoras, lo cual trae como consecuencia una redefinición de un sistema de fuentes del Derecho que ha incidido en los formantes⁶ legislativo, jurisdiccional y doctrinal. En este sentido, por un lado, el formante legislativo se expresa en muchísimas normas, de diversos órdenes de Gobierno; el formante jurisprudencial se expresa en precedentes cuya construcción puede surgir de ese diálogo jurisprudencial en un contexto multinivel que, según nuestros autores, comprende la soberanía del Estado como una “simple coordinación de un sistema desde la óptica de las relaciones transversales”. Quizás el término simple puede ser un poco drástico para definir la soberanía, pero es claro que requiere, como la mayoría de las categorías de la teoría constitucional actual, de una redefinición. Sin embargo, por más que se apunte a un *ius commune* latinoamericano en la forma que se entiende en Europa, con tradiciones jurídicas que se repiten en todos los ordenamientos jurídicos del continente, todavía no es claro cómo se resuelve el problema de la legitimidad de las instituciones constitucionales nacionales y las supranacionales.

En Iberoamérica todavía es un problema comprender este diálogo jurisprudencial como un fenómeno análogo al que encontramos en Europa, quizás porque muchos juristas continúan con la lógica de las fuentes del derecho bajo el principio jerárquico. No obstante, no me cabe la menor duda de que si los tribunales de justicia internacional

5 Gustavo Zagrebelsky, *Manuale di Diritto Costituzionale. Il sistema delle fonti del Diritto*, UTET, Turín, 1993, p. XI.

6 Rodolfo Sacco, “Formantes” en Lucio Pegoraro (Coord.), *Glosario de Derecho Público Comparado*, versión en español al cuidado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Michael Núñez Torres, César Astudillo, Gastón Enríquez Fuentes, UNAM, UANL, Porrúa, México, 2012, pp. 202-205.

imponen, sin más, su posición jerárquica sobre los tribunales constitucionales o, viceversa, los tribunales constitucionales se atrincheran en sus espacios estatales con una visión soberanista arcaica, nos encontraremos ante un tema de déficit de legitimidad en el diálogo jurisprudencial. En la Unión Europea los tribunales constitucionales han desarrollado la idea de los contralímites, en virtud de lo cual, la primacía del derecho comunitario —que constituye la base de una constitución europea material— tiene como límite la condición de que los tratados internacionales no afecten los principios y valores constitucionales del Estado miembro. Esto lo podemos concatenar con la opinión de García Roca cuando dice que “la doctrina del valor simultáneo del Derecho internacional y el Derecho interno impide la existencia de contradicciones”.⁷ Sin embargo, el mismo García Roca opina que en Europa —no habla de América Latina—, el “margen de apreciación nacional” ha permitido “soluciones domésticas” a problemas sobre derechos humanos reconocidos en instrumentos supranacionales. Ahora bien, la doctrina de los contralímites puede servir para defender, conforme al principio pro persona, una interpretación diversa por parte de los tribunales nacionales a la que desarrollan los tribunales supranacionales en materia de derechos humanos; lo que no se justifica es que se utilice aquella doctrina como una forma de sustraerse de la obligación de garantizar los derechos que se encuentran en los tratados internacionales de los cuales los países son parte.

De nuevo, la Constitución sigue siendo el centro de integración institucional. Lo podría resumir todo diciendo que este diálogo tiene sentido porque hay un artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que integra todos estos tratados dentro del ordenamiento jurídico mexicano, colocando al principio pro persona como criterio de interpretación ante las antinomias que pudiesen sur-

7 Al respecto, véase Luis Ignacio Gordillo Pérez, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, CEPC, Madrid, 2013, pp. 43-71.

gir. Como ha sostenido Ángela Figueruelo Burrieza, mi querida maestra de la Universidad de Salamanca, al referirse al Derecho comunitario:

los pilares básicos del orden comunitario son los órdenes constitucionales de los estados miembros y el desarrollo del orden comunitario debe hacerse conforme a los principios constitucionales de dichos Estados que al traspasar la frontera del Estado sirven de pauta de legitimación del Derecho que emana de las autoridades comunitarias.⁸

III

Precisamente, el derecho internacional de los derechos humanos supone una combinación evidente de categorías del derecho constitucional y del derecho internacional público que, aunque no significa una situación negativa, obligan al formante doctrinal a explicar cuáles son los puntos en los cuales ambos sistemas de fuentes del derecho se enfrentan y, también, cómo el formante jurisprudencial consigue, a través de ese diálogo jurisprudencial, una integración de las instituciones jurídicas.

La obra que van a leer es una muestra del compromiso intelectual de los autores, quienes han planteado una conceptualización de lo que supone este diálogo jurisprudencial a partir de la doctrina constitucional del viejo continente, un referente importante para Iberoamérica, por lo cual, en la obra se muestra un estudio que revisa el diálogo doctrinal entre juristas de ambos continentes. En este sentido, nuestros autores han planteado un estupendo estado de la cuestión sobre el concepto de diálogo jurisprudencial, contrastando las opiniones que al respecto tienen autores de gran influencia en el formante doctrinal iberoamericano como Pegoraro, De Vergottini,

8 Ángela Figueruelo Burrieza, *Luces y sombras del Tratado Constitucional Europeo*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 136.

Bustos Gisbert, Ayala Corao y García Roca. A partir de ese estado de la cuestión, López Sánchez y Cienfuegos Sordo no permanecen neutros, al contrario, desarrollan una tipología del diálogo jurisprudencial que constituye uno de los aportes esenciales de la obra. El otro aporte lo constituye el esfuerzo de nuestros autores por proponer al lector herramientas de naturaleza hermenéutica que le permitan comprender el fenómeno de la universalización de los derechos.

No obstante, en mi calidad de profesor de Teoría de la Constitución, lo que más destaco de esta obra es el hecho de que cuestionan el concepto de Constitución en el marco de la globalización y lo hacen con rigurosidad académica. Todavía existen en el formante doctrinal y jurisprudencial iberoamericano los dogmas del constitucionalismo que nacen en el Estado moderno, con la mencionada visión soberanista, con un enquistado dogma del poder constituyente todopoderoso —que tanto daño ha hecho a las democracias iberoamericanas— no parece comprender la dialéctica universalismo-particularismo que ha llevado a Paolo Grossi a definir al siglo XX como un estado posmoderno, señalando que “no puede existir una visión universalista sin que haya un espacio donde se valore lo particular”.⁹ Quizás en este punto pudiera mostrar diferencias con mis apreciados autores. Sin embargo, creo que coincidimos en lo fundamental, en la necesidad de abandonar conceptos superados y lanzarse a construir los que expliquen las categorías del derecho constitucional a la luz de los fenómenos actuales, sin renunciar a esa visión ahistórica que termina por mantener dogmas coyunturales.

MICHAEL NÚÑEZ TORRES

Profesor investigador de la Universidad Autónoma de Nuevo León

9 Paolo Grossi, *El Novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 79.

Introducción

La economía y la política, igual que otras ciencias, están sujetas a un ritmo acelerado de intercambio de ideas para resolver los problemas que impone la globalización¹ la cual produce una comunicación interactiva y simultánea. El derecho ha llegado tarde a ese proceso debido a que, a diferencia de otras ciencias, es reticente a los cambios. Además, el diálogo jurídico se enfrenta a numerosos obstáculos de parte de los artífices del derecho en el mundo.

A pesar de que existen sistemas jurídicos disímiles entre los países y de que la globalización jurídica ha sido lenta, estos sistemas convergen, se interconectan y sirven para dialogar y brindar soluciones jurídicas similares a problemas complejos, con los diferentes contextos de pluralidad y multiculturalismo y bajo un lenguaje común: el de los derechos humanos. El sistema jurídico mexicano arribó tarde a este proceso de diálogo y comunicación con otras instituciones judiciales de otros países o de carácter internacional.

En este contexto, existe el fenómeno conocido como *Cross-Fertilization of the Legal Systems*, entendido como la exportación e importación de las ideas de un sistema jurídico a otro, (nacionales, regionales o internacionales) produciéndose con esto un sincretismo jurídico-cultural que contribuye a generar confianza en los diferentes actores de la comunidad jurídica internacional.

1 Entendemos la globalización desde todas sus dimensiones (social, cultural, económica, política). Ulrich Beck, *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 16. Aldo Ferrer, *Historia de la globalización I. Orígenes del orden económico mundial*, F.C.E., Buenos Aires, 2000; *Historia de la globalización II. La Revolución Industrial y el segundo orden mundial*, FCE, Buenos Aires, 2000.

Esto también ha tenido un efecto en el mundo jurídico y en el comportamiento de los órganos judiciales, una de cuyas manifestaciones tempranas fue la *transjudicial communication*, entendida como el recurso habitual de los tribunales nacionales a la jurisprudencia dictada por tribunales extranjeros. En tal sentido, un sector de la doctrina reconoce que el fenómeno de la *transjudicial communication* no necesariamente implica la existencia de un diálogo jurisprudencial, sino que para que esto último ocurra se requiere de un conjunto de presupuestos necesarios para su configuración; a este respecto resulta relevante la postura crítica de Giuseppe de Vergottini, para quien solo en hipótesis limitadas es correcto hablar de diálogo, mientras que en la mayoría de los casos se recurre a la comparación.

La expresión diálogo de los jueces, sostiene Humberto Nogueira Alcalá, es utilizada de manera ambigua para describir el fenómeno “a través del cual algunas jurisdicciones consideran, en diversas modalidades, los precedentes de jurisdicciones no nacionales provenientes de un Estado extranjero o de una jurisdicción nacional o supranacional”. No obstante, la ambigüedad que aduce el autor compartida por la doctrina europea y de América Latina, que a su vez fusiona su formación europea con la propia, algunos autores han realizado estudios encaminados a determinar lo que debe entenderse por diálogo jurisprudencial a fin de dotar dicho concepto de un mayor rigor científico.

Para el autor citado debe partirse de la diferencia entre la influencia y la interacción y sostiene que, mientras la primera es unidireccional, la segunda implica una plausible reciprocidad y por tanto, solo a partir de la interacción parece sensato recurrir al concepto de diálogo. Con base en lo anterior, Nogueira Alcalá sostiene que solo es posible hablar de un diálogo entre tribunales convencionales y estatales. Precisado esto y a fin de delimitar el concepto de diálogo jurisprudencial que guiará la presente investigación, podemos concluir que este existirá en México cuando los jueces constitucionales y convencionales tomen en cuenta, con efecto útil, la jurisprudencia de la Corte Inte-

americana de Derechos Humanos, (en adelante CoIDH), para aplicar el propio derecho.

Resulta difícil sostener la existencia de un diálogo jurisprudencial entre tribunales nacionales de un mismo nivel, sin embargo, consideramos que para la existencia de este diálogo se deben surtir tanto el presupuesto colaborativo que implica la interacción a que hace referencia Vergottini, como el efecto útil del uso de la jurisprudencia de una corte supranacional por parte de un tribunal nacional, y viceversa. Esta obra tiene el propósito de explicar el fenómeno del diálogo jurisprudencial entre la Suprema Corte mexicana con tribunales de otras latitudes, así como los sistemas regionales interamericano y europeo.

El libro se estructura en tres capítulos. El primero desarrolla el modelo convencional de derechos humanos adoptado por la jurisdicción constitucional mexicana a partir de la reforma de la Constitución sobre derechos humanos de 2010, la resolución del Caso Radilla² en 2011, así como los diversos modelos de recepción que derivan de este proceso hermenéutico de comprensión del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno. Para este propósito no nos limitamos a señalar únicamente los aspectos descriptivos de la reforma o a hacer una síntesis de los criterios del Caso Radilla, sino que explicamos desde nuestra óptica cuáles han sido los parámetros hermenéuticos bajo los cuales debe ser entendido este nuevo modelo,

2 Se refiere al caso del señor Rosendo Radilla Pacheco, quien el 25 de agosto de 1974 fue detenido por miembros del Ejército de México mientras se encontraba con su hijo en un autobús. Tras su detención, fue visto en el Cuartel Militar de Atoyac de Álvarez, con evidencias de haber sido agredido físicamente, sin que volviera a saberse su paradero. Los familiares del señor Radilla Pacheco interpusieron diversos recursos a fin de que se investigaran los hechos y se sancionaran a los responsables. La causa penal fue dirigida a la jurisdicción penal militar sin que se realizaran mayores investigaciones ni sanciones. En términos generales, el caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco por parte de las Fuerzas Armadas Mexicanas, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables. Para un análisis más detallado del caso y los documentos que lo integran véase José Ramón Cossío, *et al. El Caso Radilla. Estudio y documentos*, México, Editorial Porrúa, 2012.

indicando cuáles son estas directrices que los operadores utilizan al momento de concretar los principios de derechos humanos en casos específicos.

El capítulo segundo contiene la descripción de los distintos modelos de diálogo jurisprudencial en materia de derechos humanos, bajo el contexto de comunicación judicial y las distintas tipologías elaboradas por la doctrina sobre diálogo jurisprudencial. Además, se explicarán los distintos conceptos de globalización, pluralismo constitucional y universalidad de los derechos humanos. En tal sentido, se ahondará en la manera en que los órganos jurisdiccionales de otras latitudes intercambian ideas e incorporan el diálogo jurisprudencial a través de los derechos humanos.

Por último, en el capítulo tercero se explican cuáles son las directrices hermenéuticas y argumentativas para incorporar este diálogo jurisprudencial en la jurisdicción constitucional mexicana. Se parte de la premisa del diálogo jurisprudencial y el *ius commune* en América Latina como un fenómeno hermenéutico y argumentativo. Para este propósito hemos desarrollado dos herramientas para exportar los distintos modelos y facilitar la comunicación judicial: la doctrina del contenido esencial y el modelo de proporcionalidad, las cuales han sido herramientas epistemológicas de los tribunales para asignar significado y contenido a los derechos humanos, ya sea ampliándolos o restringiendo el alcance de estos.

Se ofrece al lector un manual sencillo, comprensible y didáctico, que le permite conocer de primera mano las principales directrices hermenéuticas que emplea la Suprema Corte mexicana al momento de dialogar con otros tribunales, ya sea constitucionales o internacionales. Es importante mencionar que este diálogo parte de la idea de la universalidad de los derechos humanos, dado que esta característica es la que permite a las jurisdicciones de otras latitudes dialogar, debido a que los principios de dignidad humana, libre desarrollo de la persona, vida, igualdad y libertad, forman parte de un bloque convencional a

partir del cual los tribunales constitucionales e internacionales interpretan los derechos humanos.

En este contexto, se ofrece un estudio innovador, auténtico e inédito, enmarcado en la hermenéutica constitucional, así como en los rasgos característicos del pluralismo axiológico y cultural de las sociedades modernas. Se ofrecen dos ópticas, una de apertura al diálogo y la otra, donde si bien aparece el mismo en las resoluciones del tribunal constitucional mexicano, este se torna una especie de soliloquio jurisdiccional que simula incorporar criterios de otras latitudes, pero que en realidad únicamente compara modelos, sin importar ninguna figura o modelo epistemológico.

Los autores agradecemos el espíritu científico de apertura y diálogo siempre constante de parte del secretario técnico del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docencia de la Administración Pública del Estado de Nuevo León, el doctor Pedro Quezada Bautista, así como su vocación humanística para abrir espacios de difusión científica como este.

ROGELIO LÓPEZ SÁNCHEZ
JAIME FERNANDO CIENFUEGOS SORDO

Diciembre de 2021

CAPÍTULO 1

Modelo convencional de derechos humanos en México: Su impacto en el diálogo jurisprudencial

La décima época de la Suprema Corte de Justicia mexicana inició en el año 2011, después de la reforma constitucional de derechos humanos y de la resolución del Caso Radilla. Este periodo se ha caracterizado por la interpretación y la defensa constitucional de los derechos a partir de nuevas directrices y pautas hermenéuticas y argumentativas que antes no eran comunes en la jurisprudencia mexicana. Esta reconfiguración, a diferencia de los modelos decimonónicos y garantistas del siglo XX, se caracteriza por la dotación de contenido esencial a los derechos, a partir de la adopción de los propios derechos como el parámetro de control de regularidad constitucional.

Para explicitar esta reconfiguración, y empleando un modelo de diálogo con otras jurisdicciones (europea y latinoamericana), se analizará dicha reforma, a la luz de las cláusulas de apertura que tienen las constituciones contemporáneas. En específico, se realizará un análisis comparado con el modelo constitucional español y el modelo de control comunitario inexistente en Europa que, a diferencia de la Corte Interamericana, ha tenido un desarrollo prolífico en Latinoamérica, especialmente en el sistema de jurisdicción constitucional mexicana, a tal grado que ha sido incorporado como parte de dicho parámetro de control de regularidad constitucional.

Acto seguido se realizará el estudio sobre la cláusula de apertura de los derechos humanos en el sistema constitucional mexicano a la luz del modelo español e interamericano. El control de convencionalidad es una herramienta que forma parte de la interpretación correctora o adecuadora, cuyo propósito consiste en adecuar el significado de las

normas con la Constitución e instrumentos internacionales. La exigencia de este método para los jueces constitucionales es mucha, ya que la optimización de principios que favorezcan a la persona humana es altamente compleja, dadas las circunstancias y confección de los enunciados normativos elaborados con base en reglas que contiene en muchas ocasiones la Constitución mexicana.

1.1. LA SUPERACIÓN DEL MODELO LEGICENTRISTA DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Antes de iniciar con el tema central de este capítulo es importante explicar qué se entiende por interpretación de normas jurídicas en el sistema mexicano. Ello, debido a que, hasta el siglo pasado, predominaba un modelo de interpretación jurídica sumamente legicentrista y formalista que ocasionaba que los intérpretes no tuvieran certeza de los criterios jurídicos esenciales del máximo tribunal en México, máxime que el conocimiento que generaba hasta ese entonces la Suprema Corte prevalecía en criterios parecidos o muy similares a la ley, conocidos como tesis. Vayamos a la parte crítica de este proceso que parece que quedará superado con la reforma constitucional más reciente en materia jurisprudencial.

La interpretación jurídica de las normas en México puede ser calificada de asistemática e inconstante, características que definen al modelo que hemos calificado de legicentrista. Las leyes distan mucho de ser explícitas y claras y, por el contrario, prevalece en el proceso legislativo la ciega confianza hacia el legislador sobre la interpretación, lo que ocasiona que el juez se vea impedido para desarrollar amplia e íntegramente su función.³ Históricamente, en México la discrecionalidad administrativa estuvo garantizada desde la ley o decreto, hasta en

3 Manuel González Oropeza, “La interpretación jurídica en México”, en *Isonomía*, núm. 5, México, octubre 1996, pp. 65-76.

instituciones que consolidan la autoridad ejecutiva, como la negativa ficta, los tribunales administrativos, el ministerio público, la facultad de nombramiento, el manejo presupuestario, el mando exclusivo de la fuerza pública desde el Ejército hasta la policía municipal, la irresponsabilidad política del Ejecutivo federal, la indefinición de la responsabilidad penal, lo cual convertía al poder Ejecutivo como el supremo soberano que prevalecía sobre la norma jurídica.⁴

Las herramientas conceptuales utilizadas mayormente por los tribunales en el país para llevar a cabo procesos de interpretación resulta ser la jurisprudencia. La interpretación judicial fue desarrollándose a partir de la reglamentación del juicio de amparo. Por lo tanto, la solución a este problema que vislumbró el jurista Ignacio Vallarta fue la jurisprudencia. Al respecto, autores como Manuel González Oropeza han denunciado algunos equívocos y críticas en torno a la interpretación judicial, “los jueces poseen una nominal facultad interpretativa anclada en el principio de respeto literal de la ley cuya máxima expresión ha sido la jurisprudencia, obligatoria tan solo para los jueces, y que ha reiterado en la mayoría de los casos el texto de los preceptos legales, sin mayor esfuerzo por dinamizar su significado”.⁵ Otro de los factores que inciden en este fenómeno, ha sido el monopolio interpretativo del Poder Judicial de la Federación hasta el año 2011.

Históricamente, uno de los criterios que ha limitado la labor de los operadores jurídicos en México ha sido la interpretación auténtica de las normas, la cual es una herencia del artículo constitucional 72, inciso f),⁶ limitando la posibilidad del judicial *review* en México. Durante el siglo XIX, los jueces no podían tener otras funciones más que las de juzgar y hacer que se ejecutara lo juzgado, por lo que sus

4 Manuel González Oropeza, “La interpretación jurídica en México”, en Rolando Tamayo Salmorán, (comp.) *Interpretación y decisión judicial*, Fontamara, México, 1998, p. 239.

5 Manuel González Oropeza, “La interpretación jurídica en México”, *Isonomía*, *op. cit.*, p. 239.

6 El precepto referido establece: “F. En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación”.

sentencias en todas las causas civiles debían contener la expresión de los hechos, según resultare del proceso. Algunos estados de la Federación como Tamaulipas iban al extremo de sancionar con remoción de la autoridad, si esta se atrevía a interpretar la ley. Al respecto se ha sostenido.

La rigidez de la interpretación auténtica de las leyes fue tan intolerable e irrealizable que la consolidación del juicio de amparo fue permitiendo a la autoridad judicial, la utilización de una interpretación “jurídica” aplicable al caso concreto sin declaraciones generales, llegando a ser reconocida normativamente hasta la modificación del artículo 14 del proyecto de la Constitución de 1917.⁷

De lo anterior se puede advertir la escasa construcción de una dogmática jurisprudencial en torno a la interpretación de las normas jurídicas. Esta situación resulta lamentable, ya que los criterios interpretativos que derivan del propio Poder Judicial son muy escasos hasta hace poco más de una década. Subrayo la importancia de esto, ya que es realmente en el corazón de jurisprudencia a través de la cual el juzgador plasma la racionalidad de sus decisiones judiciales y establece directrices por medio de las cuales los operadores del derecho llevarán a cabo los procesos de razonamiento judicial.

A pesar de ello, los criterios emitidos por el máximo tribunal mexicano durante los años setenta y ochenta sostenían que la jurisprudencia no constituía “una legislación nueva ni diferente a la que está en vigor, sino solo es la interpretación de la voluntad del legislador”, así como que “su aplicación no es sino la misma de la ley vigente en la época de realización de los hechos que motivaron el juicio”.⁸ Esta interpretación se encuentra impregnada por el legalismo y el estatismo, que debilita

7 *Ídem.*

8 *Semanario Judicial de la Federación, séptima época, Cuarta Sala, vols. 121-126, quinta parte, p. 129.*

fuertemente la intención de los juristas clásicos para ser innovadores y creativos en solucionar los casos que ante ellos se presentan.

De acuerdo con la jurisprudencia mexicana no existen criterios unánimes ni definitivos en torno a la interpretación de la ley. Sin embargo, uno de los primeros que aparece es el gramatical,⁹ de corte letrista y reduccionista del significado de los preceptos legales, llegando incluso a reconocer al diccionario de la Real Academia como una fuente más del derecho. A mediados de los años veinte se adiciona el criterio teleológico como método para interpretar la ley en un caso donde el actor demandaba, en contra de la autoridad, la intención de tratar de encontrar el espíritu de la ley.¹⁰ Un año después se adicionó: “la interpretación de las leyes debe ser, siempre que proceda, en el sentido de la coexistencia y armonía de los diferentes artículos entre sí, y no en el de su exclusión”.¹¹ Posteriormente, el 12 de febrero de 1934, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) reconoce como elementos de interpretación de la ley los siguientes.

1. El análisis gramatical del artículo que se trata de interpretar,
2. El estudio de *las circunstancias de organización social* existentes en la fecha en que fue expedida la ley y,
3. El estudio de los *antecedentes históricos*.¹²

Si bien, en un principio la Suprema Corte reconoce que se trata de elementos de interpretación de la ley, tal y como Savigny lo proponía en

9 Interpretación de las leyes. *Semanario Judicial de la Federación*, Localización: Tomo XIV Materia(s): Común, p. 1458.

10 Interpretación de la ley. *Semanario de la Suprema Corte de Justicia*, Tesis Aislada, quinta época, pleno, XVI, pág. 1133.

11 Interpretación de las leyes. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XIX, p. 18.

12 Interpretación de las leyes. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo XI, p. 1392. Tesis Aislada. Este aspecto será discutido de manera más abundante cuando analice el giro conceptual que dan los jueces mexicanos a finales de los años ochenta de elementos a métodos de interpretación de la ley. Las cursivas son de los autores de esta obra.

su obra *El espíritu del Derecho romano*, tiempo después este criterio se modifica, para establecer que se tratarán de métodos de interpretación de la ley, optativos y no enunciativos.¹³ De esta manera, se incorpora el criterio de Savigny que se refería a la interpretación como: “la reconstrucción del pensamiento (claro u oscuro) expresado en la Ley en cuanto sea conocible en la ley”, advirtiendo al contrario de la Corte mexicana, que dichos elementos no eran optativos, sino de obligatorio seguimiento para la correcta interpretación de las leyes.¹⁴

Subsecuentemente, las tesis publicadas durante finales de los años treinta, procuran ser menos reduccionistas y amplían la interpretación gramatical al aspecto constitucional y de derechos de los inculcados.¹⁵ Asimismo, se adicionaría la presunción de constitucionalidad de las leyes, en relación con la interpretación de las leyes ordinarias.

INTERPRETACIÓN DE LAS LEYES ORDINARIAS.

Debe hacerse siempre en términos constitucionales válidos, esto es, debe prevalecer en la mente del juzgador la premisa de que el legislador no trató de expedir leyes contrarias a los textos constitucionales, y así entender su contenido de acuerdo con las normas generales establecidas por el constituyente.¹⁶

Posteriormente se modificaría el criterio prohibitivo en torno a la interpretación realizada por las autoridades administrativas.¹⁷ La mayor parte de los criterios hasta ahora referidos sostienen una visión

13 Instrumentos al alcance del órgano jurisdiccional para la interpretación de la ley. [TA] *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo VII, abril de 1991, p. 192.

14 Friedrich Karl Savigny, *Sistema del Derecho romano actual*, Tomo I, F. Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1878, p. 150.

15 Interpretación de las leyes. Segunda Sala (25 de agosto de 1938). *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo LVII, p. 2004. Tesis Aislada. Interpretación de las leyes secundarias. Segunda Sala (8 de septiembre de 1938). *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo LVII, p. 2580. Tesis Aislada.

16 Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LXVI, p. 706.

17 Interpretación de las leyes. *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LIX, 2a. Sala; S.J.F., p. 2889.

conservadora y estatalista del control judicial de las leyes, así como la dimensión interpretativa de las normas jurídicas. Cabe advertir que el juez mexicano, hasta los años cuarenta, solo reconocerá la necesidad de interpretación cuando las normas son

imprecisas, de manera que su aplicación haga necesario acudir a sus fuentes, a la finalidad que se propuso el legislador y a otros medios legales que conduzcan a dilucidar cuál fue la intención de éste; pero cuando las leyes son claras y precisas y de su simple lectura es posible percatarse de los casos que comprenden, no ameritan interpretación ninguna y deben aplicarse literalmente.¹⁸

En este sentido, los criterios jurisprudenciales en México se distinguían entre los casos donde no existe la imprecisión normativa, motivo por el cual era necesario hacer una aplicación literal de la ley y, cuando no lo fuesen, se llevaría a cabo una interpretación gramatical o teleológica. Es decir, para el juzgador mexicano la mayor parte de los casos judiciales se trataban de casos fáciles, si empleamos la terminología hartiana. Durante la década de los cuarenta, se reconocía la interpretación analógica ya prevista por el artículo 14 constitucional como criterio interpretativo, en aquellos casos “cuando existe relación o semejanza entre casos expresados en alguna ley y otros que se han omitido en ella”.¹⁹ En este mismo sentido se encuentra la inducción como mecanismo para concretar la ley a los casos en específico.²⁰ A finales de la década de los cuarenta se creó un criterio extraño y muy peculiar en torno a las “reglas de interpretación de la ley” a partir de las siguientes fuentes.²¹

18 Interpretación de las leyes. *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LXIV, p. 1451. 23 de abril de 1940. Interpretación de la ley. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXI, p. 2244.

19 Interpretación analógica de la ley. Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo LXV, p. 3890. 23 septiembre de 1940.

20 Interpretación de las leyes. [TA] 5a. Época; 4a. Sala; *S.J.F.*; Tomo LXXIX, p. 5084. 8 de marzo de 1944.

21 Reglas de la interpretación de la ley. [TA]; 5a. Época; 1a. Sala; *S.J.F.*; Tomo XCVIII, p. 2038. 23 de agosto de 1948.

- a. a la fuente “auténtica”, que es aquélla en donde el legislador expresa de manera concreta su pensamiento y su voluntad;
- b. a falta de ella, a la fuente “coordinadora”, buscando una tesis que haga posible la vigencia concomitante y sin contradicciones de los preceptos en posible antítesis;
- c. a falta de las dos; a la fuente “jerárquica”, en donde, al definirse el rango superior, ético, social y jerárquico, de una ley sobre la otra, se estructura, de acuerdo con aquélla, la solución integral del problema;
- d. y a falta de las tres, a la fuente simplemente “doctrinal” que define cuál de las disposiciones a debate ha de conservar la vigencia, por su adecuación a los principios generales del derecho, a la filosofía y a las corrientes del pensamiento contemporáneo jurídico-penal.

El criterio anterior es un tanto oscuro, pero buscaba establecer reglas rígidas de interpretación a manera de técnica interpretativa, más allá de criterios o directrices que permitieran al juzgador llevar a cabo un proceso más creativo. Convirtiendo quizá la interpretación constitucional en una labor de mera lógica formal, simple y bajo un molde de Estado de derecho decimonónico, donde los conflictos normativos debían ser resueltos conforme a los clásicos brocados de la antigua jurisprudencia romana, que, si bien no son malos, se desligan del complejo entramado constitucional en la cual debe pensarse la labor de los operadores jurídicos.

Algunos precedentes nos permiten advertir que no toda la actividad hermenéutica de la Suprema Corte se ha desarrollado bajo un esquema formalista, no obstante, parece que, en ocasiones, en este tipo de precedentes también se pretendía razonar con argumentos retóricos, más allá del establecimiento de parámetros claros y precisos que debían seguir los intérpretes judiciales al momento de llevar a cabo la labor interpretativa, como sucede a continuación en un criterio judicial emitido en los años cincuenta.

Si se admite que los países de legislación escrita se debaten irremediablemente entre la tragedia jurídica de la inmovilidad (que por su naturaleza es la característica de ley preceptiva), y la perenne movilidad de la sociedad que dentro de esa ley se desenvuelve, entonces tendrá que admitirse también que no es posible aceptar, como medio o sistema interpretativo de una ley, aquel que descansa sobre la vieja tesis construida sobre el criterio inmóvil, meramente letrista y gramatical, porque ello equivaldría a entorpecer la evolución social siempre en constante progreso, sino el que deriva de la nueva tesis móvil y progresiva que permite interpretar los preceptos legislativos, hasta donde su texto lo admite, alrededor de las modernas ideas advenidas al campo de la ciencia jurídica y de las recientes formas y necesidades aparecidas en la vida social.²²

Inclusive, de manera furtiva y azarosa, la jurisprudencia mexicana abordó el tema de la hermenéutica jurídica, los principios generales de interpretación y los casos de excepción, pero de manera tibia y escueta.²³ Durante esta misma década de los cincuenta se retrocedió sustancialmente en los criterios, cuando se determinó que la interpretación correcta era la teleológica,²⁴ y años más tarde se exponía que “el legislador no expresa en sus dispositivos legales palabras inútiles o redundantes”²⁵, llegando al absurdo de elevar este último razonamiento a la categoría de principio de “hermenéutica jurídica” o sentenciando que la misma interpretación gramatical “no daba lugar a dudas”²⁶, y reiterando que en aquellos casos “claros” no existía la necesidad de

22 Interpretación de la ley. [TA]; 5a. Época; 1a. Sala; S.J.F., Tomo CIV, p. 984.

23 Interpretación de la ley. [TA]; 5a. Época; 1a. Sala; S.J.F.; Tomo CVI, p. 1355.

24 Interpretación de la ley. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXXIII, p. 666. Primera Sala (8 de junio de 1953).

25 Interpretación de la ley. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXXV, p. 839. Segunda Sala (28 de julio de 1955).

26 Interpretación de la ley. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXXV, p. 1669. Sala Auxiliar (24 de agosto de 1955).

interpretación, pues se correría el riesgo de violar el principio de seguridad jurídica, entendido este como derecho fundamental.²⁷

Asimismo, se determinaron las reglas interpretativas de las resoluciones civiles cuando las normas fueran oscuras, pero sin esclarecer ni precisar los parámetros de esa “oscuridad” y “ambigüedad”,²⁸ previniendo al juez para no contradecir las leyes a través de la jurisprudencia.²⁹ Durante los años sesenta, el Poder Judicial se limitó únicamente a establecer el concepto de jurisprudencia y a diferenciarlo con el de la ley, manifestando que la interpretación era “desentrañar el sentido”, mientras que la jurisprudencia era la “obligatoria interpretación y determinación del sentido de la ley”,³⁰ es decir, era una interpretación de la misma y no una ley ni en sentido formal como material.³¹

Hasta 1987 se determina la existencia de “instrumentos al alcance del órgano jurisdiccional” para llevar a cabo la labor interpretativa, siendo estos, en caso de inexistencia de una interpretación gramatical o auténtica, los métodos gramatical, lógico, sistemático o histórico.³² Tal y como decía líneas arriba, la Suprema Corte determinó en principio que se trataba de elementos de interpretación de la ley, lo cual era correcto desde la perspectiva teórica; sin embargo, dicho criterio fue modificado, a través de la tesis que enunciamos arriba.³³ Se incurre en

27 Interpretación de la ley. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXXV, p. 1669. Cuarta Sala (5 de octubre de 1955).

28 Interpretación de la ley, en las sentencias. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXXVIII, p. 231. (20 de abril de 1956).

29 Interpretación de la ley. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Tomo CXXXII, p. 263. Cuarta Sala (6 de mayo de 1957).

30 Interpretación y Jurisprudencia. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen XLIX, segunda parte, p. 58. Primera Sala (24 de julio de 1961).

31 Jurisprudencia, no es ley sino interpretación de la ley. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Sexta Época, Volumen LII, segunda parte, p. 53. Primera Sala (26 de octubre de 1961).

32 Interpretación de la ley. Instrumentos al alcance del órgano jurisdiccional [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Volumen 217-228, sexta parte, p. 353. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (25 de noviembre de 1987).

33 Interpretación de la ley, instrumentos al alcance del órgano jurisdiccional para la. [TA] *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo VII, abril de 1991, p. 192

una confusión conceptual por parte de la jurisprudencia, ya que se tilda de método y no de elementos a los cuatro criterios distinguidos por Savigny, inclusive bajo advertencia de este autor, de que se trataban de elementos obligatorios y no de métodos optativos, como lo estableció de manera errónea la jurisprudencia mexicana.³⁴

Téngase presente que no son estas cuatro clases de interpretación, entre las cuales pueda escogerse según el gusto o el capricho, sino cuatro operaciones distintas, cuya reunión es indispensable para interpretar la ley, por más que alguno de estos elementos pueda tener más importancia y hacerse más de notar.

Gramatical: análisis del lenguaje de las leyes;

Lógico: la descomposición del pensamiento o las relaciones lógicas que unen sus partes;

Histórico: tiene por objeto el Estado del derecho existente sobre la materia en la época en que la ley ha sido dada; y,

Sistemático: su objeto es el lazo íntimo que une las instituciones y reglas de derecho en el seno de una vasta unidad.

De ahí que, incluso los intérpretes contemporáneos, hayan entendido erróneamente al desacreditar la teoría, manifestando que existen cuatro métodos (optativos) para la interpretación de la ley, cuando en realidad lo que quiso decir Savigny era que en la interpretación de la ley concurren cuatro elementos, actualizando así el pensamiento del jurista alemán a la realidad interpretativa del ordenamiento jurídico mexicano. Tiempo después, se recorrió este mismo camino, a través del establecimiento de criterios a partir de la interpretación “armónica”, es decir, con las demás normas del ordenamiento jurídico.³⁵

34 F. K. Savigny, *op. cit.*, p. 150.

35 Interpretación de la ley. [TA]. *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tomo II, Primera Parte, julio a diciembre de 1988, p. 22. Pleno (18 de agosto de 1988).

No obstante, esta última sistematización propuesta en la jurisprudencia mexicana coincide parcialmente con los criterios sostenidos por la tradicional teoría de la interpretación jurídica, que más allá de desentrañar la voluntad objetiva y subjetiva de las normas, en el contexto de la indeterminación constitucional, debería ocuparse de aspectos más complejos, holísticos e integradores en el contexto de la indeterminación constitucional. Tal y como advierte Hesse,

restringirse a las reglas tradicionales de la interpretación supone[...] en buena medida desconocer la estructura interna y los condicionamientos del proceso interpretativo, por lo que solo de forma imperfecta es capaz de resolver la tarea de una interpretación correcta según principios seguros. Si, frente a esas reglas, la praxis se orienta a una interpretación vinculada al objeto y al problema, ello no es simple casualidad sino precisamente expresión y consecuencia de esta realidad.³⁶

Siguiendo lo anterior, las técnicas de la interpretación jurídica son determinantes y necesarias hasta cierto punto en el ámbito constitucional, mas no aplicables en todos los casos, y con mayor razón los casos difíciles o complejos que serán motivo de análisis en esta investigación. La técnica defendida por Ricardo Guastini es útil para explicar el fenómeno interpretativo tradicional. El autor citado clasifica la interpretación jurídica en literal y correctora.

La primera apela al significado ordinario de las palabras y no admite otro significado más que el literal, “el argumento se rige por la presunción de una perfecta correspondencia entre la intención del legislador y el texto normativo”.³⁷ De acuerdo con esto, creo que encaja

36 Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 59

37 Ricardo Guastini, “Técnicas interpretativas” en *Estudios sobre la interpretación jurídica*, IIJ, UNAM, México, 1999, p. 28; Letizia Gianformaggio, “Lógica y argumentación en la interpretación jurídica o tomar a los juristas intérpretes en serio” en *Doxa*, no. 4, 1987, pp. 87-117.

perfectamente el tipo de interpretación teleológica que define la propia jurisprudencia mexicana. El otro tipo es la interpretación correctora, en ella entran todas las interpretaciones posibles con excepción de la literal y sirve para colmar lagunas existentes en las situaciones fáctico-jurídicas donde se aplican las normas. La misma tiene dos variantes, restringir el significado literal de la norma o ampliarlo, lo que se pudiera denominarse como interpretación extensiva y restrictiva correlativamente.

La interpretación extensiva “extiende el significado prima facie de una disposición, incluyendo en su campo de aplicación supuestos de hecho que, según la interpretación literal, no entrarían en él”,³⁸ la cual no debe ser confundido con la creación de una nueva norma. Los argumentos que auxilian a este tipo de interpretación extensiva son principalmente dos: el argumento *a fortiori* y el argumento *a simili* o analógico. El primero es el resultado de la argumentación y no es tanto la interpretación de una disposición preexistente cuanto la formulación de una nueva norma. Este último argumento tiene dos variantes: *A fortiori a majori ad minus* y el *A fortiori argumento a minori ad majus*. Mientras que el argumento *a simili* o analógico consiste en “la extensión analógica”³⁹ de una norma presupone la previa identificación

38 *Ibid.*, p. 33.

39 La analogía consiste en la aplicación de un supuesto de hecho no contemplado por ella, pero semejante al previsto por la misma. Se suelen distinguir dos tipos de analogía: la *Analogía legis*: a la aplicación de una norma en particular a un supuesto de hecho semejante al previsto por ella y la *Analogía iuris*: al recurso de un principio general de derecho. Vid. Ricardo Guastini, “Técnicas interpretativas”, *op. cit.*, p. 57. “El discurso práctico en general y la racionalidad de la praxis jurídica en particular descansan sobre la analogía, concebida como aquella instancia más elemental del pensamiento que establece las estructuras de semejanza, relación, coherencia y proporcionalidad. Pero además de ser el instrumento principal de la articulación del discurso jurídico racional, en el contexto de una ontología cumple como función específica la tarea de integración y auto reproducción continua (autopoiesis) del orden jurídico”. Manuel Salguero, *Argumentación jurídica por analogía*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 136. Vid. Ulrich Klug, *Lógica jurídica*, Temis, Bogotá, 1998; Jaime Mans Puigarnau, *Lógica para juristas*, Bosch, Barcelona, 1978; Eduardo García Máynez, *Introducción a la lógica jurídica*, Colofón, México, 1989; Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.

de su llamada ratio, es decir, de la razón o motivo, el objetivo por el que fue dispuesta la norma”.⁴⁰

Dentro de la clasificación de interpretación correctora está la interpretación restrictiva, que restringe o circunscribe el significado *prima facie* de una disposición excluyendo de su campo de aplicación algunos supuestos que, según la interpretación literal, entrarían dentro de él.⁴¹ En igual sentido, como una especie de interpretación correctora se encuentra la interpretación sistemática, definida como aquella que en la práctica siempre que, para decidir el significado de una disposición, no se atiende a la disposición misma aisladamente considerada, sino al contexto en el que está situada. Tal contexto puede ser más o menos amplio: los demás apartados de un mismo artículo, el resto de los artículos de una misma ley, hasta llegar incluso a la totalidad de las disposiciones que componen un sistema jurídico.⁴² Esta definición resulta ser, más o menos coincidente con la conceptualización realizada por los jueces mexicanos.

De igual manera, pasa lo mismo con la interpretación histórica definida por el autor italiano como aquella que busca corregir el significado histórico de las palabras, adaptándolo —por así decirlo— a los tiempos, a las cambiantes circunstancias sociales y culturales. Del otro lado, está la interpretación evolutiva, que se basa en la idea de que, al cambiar las circunstancias históricas (sociales, culturales) en las que una ley debe ser aplicada, debe cambiar (evolucionar) asimismo el modo de interpretarla y tiende a adaptar viejas (o relativamente viejas) leyes a situaciones nuevas no previstas por el legislador histórico, es decir, va a la naturaleza de las cosas.⁴³ En este sentido pienso que difiere con la propuesta de la jurisprudencia mexicana, ya que esta tiene como objeto de estudio únicamente “el Estado del derecho

40 Ricardo Guastini, “Técnicas interpretativas”, *op. cit.*, pp. 37-38.

41 *Ibid.*, p. 39.

42 *Ibid.*, p. 40.

43 *Ibid.*, pp. 50-51.

existente sobre la materia en la época en que la ley ha sido dada” y no la evolución y vigencia que se puede dar a un precepto legal conforme a las situaciones y contexto actuales, lo que sí sucede con la interpretación de las normas constitucionales. Por otra parte, a finales de los años ochenta se va gestando por primera vez una distinción entre la interpretación de las normas legales y la interpretación constitucional.

INTERPRETACIÓN DE NORMAS CONSTITUCIONALES Y DE NORMAS LEGALES. SUS DIFERENCIAS.

El exacto cumplimiento de la Constitución solo puede lograrse si su intérprete, liberándose de las ataduras de quienes se encargan simplemente de aplicar los textos legales (expresión positivizada del Derecho), entiende que su función no se agota en la mera subsunción automática del supuesto de hecho al texto normativo, ni tampoco queda encerrada en un positivismo formalizado superado muchas décadas atrás, sino que comprende básicamente una labor de creación del Derecho en la búsqueda de la efectiva realización de los valores supremos de justicia. Es precisamente en el campo de las normas constitucionales, las que difieren esencialmente de las restantes que conforman un sistema jurídico determinado, en razón no únicamente de su jerarquía suprema, sino de sus contenidos, los que se inspiran rigurosamente en fenómenos sociales y políticos preexistentes de gran entidad para la conformación de la realidad jurídica en que se halla un pueblo determinado, que la jurisprudencia —pasada la época del legalismo—, se ha convertido en una fuente del Derecho que, aunque subordinada a la ley que le otorga eficacia normativa, se remonta más allá de ella cuando el lenguaje utilizado por el constituyente (al fin y al cabo una obra inacabada por naturaleza) exige una recreación por la vía de la interpretación, para el efecto de ajustarla a las exigencias impuestas por su conveniente aplicación. Así, el intérprete de la Constitución en el trance de aplicarla tiene por misión esencial magnificar los valores y principios inmanentes en la natu-

raleza de las instituciones, convirtiendo a la norma escrita en una expresión del Derecho vivo, el Derecho eficaz que resulta no solo de la reconstrucción del pensamiento y voluntad que yace en el fondo de la ley escrita (a través de los métodos clásicos de orden gramatical, lógico, histórico o sistemático), sino también de la búsqueda del fin que debe perseguir la norma para la consecución de los postulados fundamentales del Derecho.⁴⁴

Del criterio expuesto destaca el reconocimiento de la eficacia normativa de la Constitución, así como la denuncia del formalismo jurídico y del positivismo decimonónico y la subsecuente atadura del juez a interpretar de manera mecánica las leyes, en contraposición, pone de manifiesto la labor creadora del intérprete judicial, reconociendo los valores y principios constitucionales y advirtiendo sobre la incidencia que tiene la realidad social como una fuente más del derecho. Sin embargo, los criterios posteriores reducen el aspecto interpretativo a cuestiones meramente gramaticales en relación con el método sistemático, volviendo a convertir la interpretación jurídica a técnica judicial,⁴⁵ y reiterando los métodos que antes habían establecido para la interpretación judicial.⁴⁶

Es a partir de la novena época cuando en realidad puede hablarse de una verdadera teoría constitucional en el Poder Judicial de la Federación (PJF), tesis defendida por José Ramón Cossío, la cual comparto plenamente. En la primera parte de este periodo los criterios se limitaban únicamente a establecer las reglas interpretativas para las materias civil y penal, respectivamente.⁴⁷ Destaca

44 [TA]; 8a. Época; T.C.C.; *S.J.F.*; Tomo III, Segunda Parte-1, enero-junio de 1989; p. 419.

45 Interpretación gramatical de las leyes. Debe realizarse en relación con el método sistemático. [TA]; 8a. Época; T.C.C.; *S.J.F.*; Tomo III, Segunda Parte-1, enero-junio de 1989; Pág. 420.

46 Interpretación de la ley, instrumentos al alcance del órgano jurisdiccional para la. [TA]; 8a. Época; 3er T.C.C.; *S.J.F.*; Tomo VII, abril de 1991, p. 192.

47 Jurisprudencia en materia penal. Interpretación de la ley con efectos extensivos y de excepción. [TA]; 9a. Época; T.C.C.; *S.J.F.* y su *Gaceta*; Tomo III, junio de 1996, p. 863.

igualmente la prevalencia del reconocimiento hacia los valores y principios del ordenamiento jurídico, como instrumentos para alcanzar a conocer la intención del legislador en consonancia con los valores democráticos plasmados en el propio texto constitucional y, de esta forma, cumplir con los fines de la interpretación “genético-teleológica”.⁴⁸

Siguiendo con la interpretación de normas constitucionales, se ha determinado que, para fijar el justo alcance de una disposición, aunado al análisis literal, sistemático, causal y teleológico, es posible acudir a la “interpretación histórica tradicional como histórica progresiva”. La cual debe atender “a la estabilidad o modificación que han sufrido esas circunstancias, sin que con ello sea válido desconocer o desnaturalizar los propósitos que llevaron al Constituyente a establecer la disposición en estudio”.⁴⁹ En este sentido, la prohibición y atadura a los jueces ha desaparecido paulatinamente del Poder Judicial de la Federación, al reconocer que puede disponerse del criterio más adecuado para resolver el caso en concreto, pero con ciertas reticencias, al determinar que el primer criterio debe ser el literal, en respeto al principio de legalidad y seguridad jurídica, contenido en el artículo 14 de la Constitución Federal.

Se ha reconocido en un primer momento la interpretación como una herramienta en la labor judicial, entendida como aquella “de entre varias interpretaciones posibles siempre debe prevalecer la que mejor se ajuste a las exigencias constitucionales [...] a fin de lograr que prevalezcan los principios y valores consagrados a nivel constitucional”.⁵⁰

48 Interpretación de la Constitución. Ante la oscuridad o insuficiencia de su letra debe acudirse a los mecanismos que permitan conocer los valores o instituciones que se pretendieron salvaguardar por el constituyente o el poder revisor. [TA]; 9a. Época; Pleno; *S.J.F.* y su *Gaceta*; Tomo VII, abril de 1998, p. 117.

49 Interpretación histórica tradicional e histórica progresiva de la Constitución. Tesis: P./J. 61/2000 [J]; 9a. Época; Pleno; *S.J.F.* y su *Gaceta*; Tomo XI, junio de 2000, p. 13.

50 Interpretación conforme a la Constitución Federal. De acuerdo a ella los tribunales ordinarios pueden calificar el acto impugnado y definir los efectos que se deducen de aplicar un precepto declarado inconstitucional. Tesis: I.4o.A. J/41; [J]; 9a. Época; T.C.C.; *S.J.F.* y su *Gaceta*; Tomo XXII, agosto de 2005; p. 1656.

Posteriormente, y hasta la Décima Época, se han determinado las directrices de aplicación en sentido amplio y estricto, las cuales serán explicadas más adelante en este capítulo.⁵¹

Sin duda la ausencia de sistematicidad en los criterios interpretativos por el PJJ resulta ser uno de los principales problemas en la interpretación jurídica en México. Durante décadas, ha prevalecido la idea de completitud del ordenamiento jurídico, a partir de criterios gramaticales y literales de las normas jurídicas. A mediados de los años noventa, dicha visión fue modificada paulatinamente hacia una construcción de conceptos y teorías que han permitido a los operadores jurídicos resolver casos de manera más creativa e innovadora, realizando la visión principialista y axiológica del texto fundamental. Los métodos que más han prevalecido para interpretar las normas son el literal, gramatical, sistemático y el histórico. Hasta el año 2004 la Corte ha virado hacia nuevos métodos de interpretación como el principio de proporcionalidad, como herramienta de la hermenéutica constitucional para resolver casos difíciles y ayudar a disminuir la indeterminación del sistema jurídico.

La interpretación judicial debe encontrarse orientada hacia los hechos, en el sentido de que el punto de partida no es únicamente el texto normativo como un particular supuesto de hecho o controversia del que se busca solución. De tal forma que los jueces no se preguntan cuál es el significado de un texto normativo en abstracto, sino si un determinado supuesto de hecho se encuentra o no dentro del campo de aplicación de una cierta norma.⁵² Por consiguiente el razonamiento judicial en una resolución se debe componer tanto en la motivación en derecho como en hechos.⁵³

51 Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos. Tesis: P. LXIX/2011; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su *Gaceta*; Libro III, diciembre de 2011, Tomo I, p. 552.

52 Ricardo Guastini, “La interpretación: objetos, conceptos y teorías”, en *Estudios sobre la interpretación jurídica*, IJ, UNAM, México, 1999, p. 20.

53 Paolo Comanducci, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, Fontamara, México, 1999, p. 71.

Asimismo, considero que debe ser entendida como un fenómeno social, ya que “no solo es significativa la relación entre quien dicta el texto (el legislador) y quien lo interpreta (el juez o en funcionario de la administración). También se tiene que tomar en cuenta la relación del intérprete con otros miembros de la audiencia interpretativa o de la comunidad jurídica”.⁵⁴ En este sentido, la interpretación jurídica es un hacer creador de derecho, tanto metodológica como sustancialmente, ello reside en la innumerable cantidad de principios que el intérprete debe aplicar en su labor cotidiana.⁵⁵

La función de la hermenéutica jurídica es concretar la ley en cada caso. Este proceso es originado a través de la complementación productiva del derecho, donde tiene su función el juez. Es decir, frente a una estática jurídica perteneciente a un ámbito de lógica jurídica formal, debe anteponerse una dinámica jurídica que supere los obstáculos del positivismo, receloso de la discrecionalidad que utiliza el juez al momento de interpretar. En este sentido, para Gadamer el comprender “debe pensarse menos como una acción de la subjetividad, que como un desplazarse uno mismo hacia un acontecer de la tradición, en el que el pasado y el presente se hallan en continua mediación”.⁵⁶

Una herramienta útil para la práctica cotidiana en la labor judicial es la hermenéutica de Gadamer, la cual se basa en la experiencia humana desde el esquema de la comprensión, identificando la fenomenología de la comprensión con la fenomenología de la existencia humana. El referido autor, destaca que para la correcta comprensión es necesario recurrir a los prejuicios o precedentes, dada la condición histórica a la que está sujeta la misma interpretación. En este punto advierte sobre la situación de la pre-comprensión. Lo que pretende la

54 Aulis Aarnio “Sobre la ambigüedad semántica de la interpretación jurídica”, en *Derecho, racionalidad y comunicación social*, Fontamara, México, 2000, p. 27.

55 Hans-Georg Gadamer, *Verdad y método I*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1997, p. 613. Vid. del mismo autor, *Verdad y método II*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1994.

56 Hans George Gadamer, *Verdad y método I*, op. cit., p. 360.

hermenéutica en sí es la correcta comprensión de los textos, a partir de una dimensión individualizada de lo que se pretende comprender y hacia quién se encuentra dirigida esa interpretación.

La hermenéutica no es una deducción en el sentido exacto de la palabra. Es aquí donde aquella ofrece su apoyo más interesante para la interpretación en la dogmática jurídica.⁵⁷ Con la finalidad de acercar en el tiempo este proceso comprensivo, retoma la teoría del movimiento circular del filósofo Heidegger, condicionando de esta manera la comprensión a través de la ampliación de la unidad de sentido que se pretende entender, de tal suerte que esta comprensión se realice de acuerdo a un movimiento circular, la idea es acercar la distancia entre el tiempo y la época de lo que se pretende comprender, tratando de alcanzar un punto medio entre la objetividad de la distancia histórica y la pertinencia a una tradición.⁵⁸ Esta visión es holística y proporciona innumerables elementos para entender mejor el contexto de lo que se trata de comprender.

Otro de los elementos de este círculo hermenéutico es el principio de la historia efectual. Gadamer se refiere a este concepto cuando se adquiere una concientización de la situación hermenéutica, esto podría ser traducido en el mundo de la justificación de las decisiones judiciales como aquella fase en la cual nos percatamos de la situación y el contexto en el que se emitirá una decisión judicial. Asimismo, se encuentra el concepto de horizonte, que se define como el ámbito de visión que abarca y encierra todo lo que es visible desde un determinado punto. “El horizonte es más bien algo en lo que hacemos nuestro camino y que hace el camino con nosotros. El horizonte se desplaza al paso de quien se mueve. También el horizonte del pasado, del que vive toda vida humana y que está ahí bajo la forma de tradición, se

57 Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1991, p. 114.

58 Hans George Gadamer, *Verdad y método II*, op. cit., p. 68.

encuentra en perpetuo movimiento”.⁵⁹ En este sentido, el objeto del diálogo será conocer el horizonte del otro. A través de la comprensión en el proceso de fusión de los horizontes para sí mismos; dicho en otras palabras, el texto es entendido como horizonte hermenéutico.

Conforme con lo anterior, la interpretación jurídica se debería acercar a este círculo, toda vez que la lectura de normas aisladas no tendrá sentido si no se comprende de manera holística, en relación con otros preceptos, los cuales condicionan toda la interpretación, pues, además, es preciso para descifrarlos la interpretación de las palabras que a su vez interpretan otras palabras y así sucesivamente. De tal suerte que el intérprete se encuentra dentro del círculo hermenéutico de comprensión del cual no puede salir. A su vez, esta concepción (círculo hermenéutico) ha merecido un tratamiento como de retroalimentación (*feed back*), es decir, en ciertos momentos o fases de la interpretación, es donde se produce el *feed back* a la luz de la información proporcionada (hechos, pruebas).⁶⁰

Siguiendo este hilo conductor, el propósito fundamental de la interpretación constitucional es la concretización de las normas. En un primer momento, la Constitución es entendida como un orden marco (Rahmenordnung), que sirve de punto de partida para la comprensión de las situaciones jurídicas, al cual hacía referencia Forsthoff de manera ingeniosa como “huevo jurídico originario”.⁶¹ De acuerdo a ello, la concretización implica que el juez constitucional goza de un margen de discrecionalidad judicial para llevar a cabo su función de asignar significado a las normas, el cual no se encuentra fijado previamente, aunque requiere de cierto grado de pre-comprensión.

59 Hans George Gadamer, *Verdad y método I*, op. cit., p. 372 y ss.

60 Aulis Aarnio, *Lo racional como razonable*, op. cit., p. 114.

61 “La Constitución es así como un huevo de Colón jurídico, del que todo surge, desde el Código penal hasta la Ley sobre fabricación de termómetros”. Ernst Forsthoff, *El Estado de la sociedad industrial: El modelo de la República Federal de Alemania*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, p. 242.

... la actividad creativa destinada a dotar de sentido a una norma cuyo contenido no está enteramente prefijado por la Constitución; tarea cuyo desarrollo ha de corresponder al legislador, quien dispone de un cierto margen de libertad de configuración política para «moverse» dentro del marco que la Constitución proporciona. Al juez constitucional, bajo este prisma, solo atañe la función de definir los contornos de dicho marco y velar por que el legislador no los rebase. ... el término es asimismo utilizado para designar lo que no es propiamente sino interpretación de la Constitución, esto es, la acción de determinar cuál es el único sentido que debe atribuirse a un concepto que no está claramente perfilado en la Constitución. En este caso, la concretización entraña la actividad de descifrar el -único válido-contenido preexistente de la norma constitucional; de tal modo que el legislador, ceñido -como está- a limitarse a aclarar el sentido de algo precedente, pierde en libertad de decisión lo que el juez constitucional gana en intensidad de control de su producción normativa.⁶²

Dicho lo anterior, los mecanismos de interpretación en el sistema jurídico mexicano para reducir la indeterminación tienen un alto nivel de fragilidad, dado que, hasta hace poco, se ha iniciado un proceso de depuración en los mecanismos tradicionales de interpretación para resolver la imprecisión en aquellos casos difíciles presentados ante la Magistratura Constitucional. La visión silogística y formalista decisional ha cedido paso a herramientas como la proporcionalidad y ponderación en la solución de casos difíciles. La apertura judicial hacia el reconocimiento de la Constitución de principios y de valores ha sido uno de los factores impulsores de este cambio epistemológico al interior del Poder Judicial de la Federación.

62 Manuel Medina Guerrero, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 25.

1.2. RECONFIGURACIÓN DEL MODELO DE DERECHOS HUMANOS A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011

La reforma constitucional en materia de derechos humanos aprobada el 8 de marzo de 2011 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de ese mismo año marcó un hito importante en la consagración y reivindicación de los derechos fundamentales en el sistema jurídico mexicano. Esta reforma es quizá una de las más ambiciosas desde la misma Constitución de 1917 y anteriores. Se contempla poner al día la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en materia de principios interpretativos de los derechos humanos, lo cual implicará un reto bastante significativo para todos los jueces e incluso cualquier autoridad (jurisdiccional).

No cabe duda de que hoy en día la interpretación de los derechos fundamentales es una labor imprescindible del quehacer judicial. Y como antes hemos visto, a partir de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011 se declaró obligatorio para todas las autoridades que interpreten normas relacionadas con los derechos sujetar su aplicación, conforme a los cánones de la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos. El principio de eficacia inmediata de los derechos fundamentales lo consagra de manera expresa la Constitución española y la Ley Fundamental de Bonn, en los numerales 53.1 y 9.1, respectivamente. Lo anterior implica que los derechos y libertades de la Constitución vinculan a todos los poderes públicos, además de ser origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios programáticos, con lo que sus titulares no han de esperar para su ejercicio ningún reconocimiento previo por parte de ningún poder público.⁶³

Por ende, la labor judicial se vuelve más compleja y dinámica. Requiere de una retroalimentación constante ya que las relaciones

63 Francisco Fernández Segado, "La teoría jurídica de los derechos fundamentales en el Tribunal Constitucional" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, núm. 39, Madrid, septiembre-diciembre 1993, p. 272.

tradicionales entre autoridad y gobernado cambian. Ejemplo de este cambio de paradigma lo constituye la vigencia que tienen los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, sufriendo por consiguiente una mutación constitucional (transformación) en aras de dinamizar el concepto y permitir una protección más amplia de los mismos, situación que ha reconocido el máximo Tribunal del país en el siguiente criterio jurisprudencial y posteriormente el legislador en la Ley de Amparo.⁶⁴

... las funciones que cumplen los Derechos Fundamentales en el ordenamiento jurídico... gozan de una doble cualidad, ya que si por un lado se configuran como derechos públicos subjetivos (función subjetiva), por el otro se traducen en elementos objetivos que informan o permean todo el ordenamiento jurídico, incluyendo aquellas que se originan entre particulares (función objetiva).

... la doble función que los Derechos Fundamentales desempeñan en el ordenamiento y la estructura de ciertos derechos, constituyen la base que permite afirmar su incidencia en las relaciones entre particulares.

... Así, la tarea fundamental del intérprete consiste en analizar, de manera singular, las relaciones jurídicas en las que los Derechos Fundamentales se ven encontrados con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos; al mismo tiempo, la estructura y contenido de cada derecho permitirá determinar qué derechos son solo opo-

64 Ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conocida como Ley de Amparo.

Artículo 1°. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite.

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.

Artículo 5°. Son partes en el juicio de amparo:

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.

nibles frente al Estado y qué otros derechos gozan de la pretendida multidireccionalidad.⁶⁵

Nos encontramos ante un nuevo paradigma de derechos humanos en un contexto de concepción material de Constitución, la cual tiene eficacia y aplicación inmediata dentro del ordenamiento jurídico. El antiguo y caduco paradigma legalista, que pretendía soslayar el aspecto constitucional de las cuestiones legales (aplicación estricta de la ley) debe ser superado en aras de permitir una protección más efectiva de los derechos fundamentales y que estos no queden en letra muerta, sino que existan los instrumentos para volverlos efectivos, mediante una adecuada y pertinente técnica de la interpretación y argumentación judicial.

Una de las principales cualidades de esta reforma constitucional es el reconocimiento de los derechos humanos consagrados en el plano internacional, los cuales formarán parte del orden jurídico interno (constitucionalización). En tal sentido la cláusula de apertura recién inaugurada por el legislador mexicano en la Constitución permite lograr una mejor concreción de los derechos fundamentales, ya que el ejercicio transversal de interpretación por parte del operador de la norma permitirá retroalimentar de experiencias locales y, a su vez, el derecho internacional de los derechos humanos brindará interesantes cánones interpretativos.

1.3. APERTURA E INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA JURISPRUDENCIA MEXICANA

La soberanía ha dejado de ser entendida como no estar sometido a una instancia superior, para pasar a ser una simple coordinación a un siste-

65 Derechos fundamentales. Su vigencia en las relaciones entre particulares. Registro No. 159 936; [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su *Gaceta*; Libro XIII, octubre de 2012, Tomo 2; Pág. 798. 1a./J. 15/2012 (9a.).

ma desde la óptica de las relaciones transversales. En el derecho internacional público moderno, existe una tendencia a colocar en el mismo plano la soberanía con la independencia. De acuerdo con esto, “las obligaciones del derecho internacional o contraídas en los tratados no tocan tangencialmente la independencia, en la medida que no afectan la organización interna del Estado”.⁶⁶ Acorde con lo anterior, uno de los compromisos fundamentales que asume el Estado con la comunidad internacional es el respeto y cumplimiento con los derechos humanos. ¿Estará en sintonía con esto la intención del legislador mexicano al momento de agregar esta cláusula? Dentro de la fundamentación de la Iniciativa aparece una clara intención del legislador: adoptar un sistema con mejores garantías en la protección de derechos humanos.

La modificación que se propone al artículo 1° obedece a la intención de ampliar la protección de los derechos humanos que puedan derivar de cualquier tratado internacional del que México sea parte, sin que tenga necesariamente por objeto la protección de los derechos humanos.

... Por ende, estas Comisiones Unidas en un ejercicio de preponderancia de derechos, consideran que en nuestra Constitución General deben prevalecer aquellas disposiciones que protegen los derechos humanos de las personas en nuestro país, por lo que incorporar en el presente ordenamiento la aplicación de instrumentos internacionales que otorguen mayor y mejor protección a los derechos humanos nunca serán excesivos.⁶⁷

66 Matthias Herdegen, *Derecho Internacional Público*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), Konrad Adenauer Stiftung, México, 2005, pp. 217-218.

67 Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Derechos Humanos, con proyecto de decreto que modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Gaceta Parlamentaria*, año XIV, núm. 3162-IV, miércoles 15 de diciembre de 2010. Cámara de Diputados.

En tal sentido, el reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos ocurre en la CPEUM desde el principio y existen criterios interpretativos para los mismos (principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad).⁶⁸ La cláusula de apertura del derecho internacional de los derechos humanos en el Estado constitucional mexicano no actúa aisladamente, requiere de su puesta en marcha por el operador jurídico de la norma en cuestión. Es decir, actúa bajo ciertos supuestos de concreción y de asignación de significado a los derechos fundamentales, de acuerdo con los criterios sustantivos de la jurisprudencia interna e internacional, con el fin de evitar un posible vaciamiento al contenido esencial de los mismos.

De esta manera, forman parte del derecho interno de los derechos humanos no solo los contemplados por la CPEUM, también los tratados internacionales que el Estado mexicano ha ratificado: alrededor de 181 relativos a derechos humanos, de los cuales 21 son regionales y 160 multilaterales; 73 vinculantes y 108 no vinculantes. Debido a ello, la labor de interpretación y argumentación jurídica se vuelve cada vez más compleja y difícil, ya que los jueces deben encontrarse preparados para resolver cualquier controversia que se suscite tomando en cuenta a los mismos.

El derecho internacional de los derechos humanos ofrece una posibilidad hermenéutica más al derecho interno. Esto no implica que el derecho internacional se encuentre por encima, que sea más importante o que ofrezca, *prima facie*, mayores posibilidades de amplitud a la norma de derecho fundamental (recordemos que el derecho in-

68 Es importante referir que las constituciones de las entidades federativas de Sinaloa y Tlaxcala habían consagrado previamente la recepción de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, así como los criterios interpretativos de integración de derechos humanos locales e internacionales. El estado de Sinaloa ya contemplaba la interpretación conforme a la convencionalidad y el principio *pro persona* (Vid. Art. 4.bis-C). Reforma hecha el 26 de mayo de 2008, *Diario Oficial de Sinaloa*. Algo parecido hacía el estado de Tlaxcala en su artículo 16, de la citada Constitución local. Reforma de 1 de agosto de 2008. *Periódico Oficial del Estado*.

ternacional es principialista y de casos paradigmáticos), simplemente, lo que hacen las constituciones con este tipo de cláusulas de apertura al derecho internacional de los derechos humanos, es la adopción de dichos criterios para adecuarlos a las realidades específicas de cada Estado, con el objeto de aterrizar los principios interpretativos que dichos organismos internacionales han consagrado en su jurisprudencia de derechos humanos, pues quién mejor que la jurisdicción interna de cada Estado para llevar a cabo esta tarea.

1.3.1. Principios para la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos

Existen en el sistema jurídico internacional ciertos principios básicos para la interpretación y argumentación cuando se trata de derechos fundamentales.⁶⁹ El primer principio se denomina pro persona y cuenta con dos variantes: el principio de preferencia interpretativa y el principio de preferencia de normas. El primero de ellos hace referencia a la preferencia del intérprete por el derecho que más optimice (como diría la doctrina alemana) el derecho fundamental en cuestión. Este principio queda escindido en otros subprincipios: de *favor libertatis*, *favor debilis*, *in dubio pro-reo* e *in dubio pro actione*, entre otros.

El segundo principio es el de preferencia de normas, el cual refiere que si se puede aplicar más de una norma al caso en particular deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. Los anteriores principios se desprenden del inciso b), del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante: CADH). De igual forma, respecto a este principio, se desprenden otros más, entre los que se encuentran: el *in dubio pro-operario* (relativo a los derechos laborales), *in dubio pro-reo* (libertad individual) así como el *diverso in dubio pro actione* (tutela judicial efectiva).

69 Edgar Carpio Marcos, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2004, p. 41 y ss.

El principio de posición preferente de los derechos fundamentales, también conocido como *preferred freedoms*, se refiere a cuando los derechos entran en colisión. Este principio tiene íntima relación con el juicio de ponderación, ya que en esta forma de razonamiento se extrae el contenido esencial del derecho fundamental y se establece una jerarquía de principios para resolver el caso en particular. Dicho lo anterior, el precepto de la CPEUM implica que la interpretación de las normas jurídicas será conforme a la Constitución y a los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales. Lo mismo sucede con los parlamentarios de España quienes tuvieron como propósito conjugar el derecho internacional y europeo de los derechos humanos,⁷⁰ ya que en ambas redacciones se advierte: “se interpretarán de conformidad”. ¿Qué quiere decir esto?

Siguiendo esta línea de derecho comparado, se debe precisar que la cláusula contenida en el artículo primero de la Constitución federal y la inclusión del principio pro persona e interpretación conforme (párrafo segundo) se encuentra redactada de manera muy similar al numeral 10.2, contenido en la Constitución Española (CE), demostrando una notable influencia, no solo por su semejanza de estilo, sino por la fundamentación aportada por los propios legisladores que tratan de conjugar la parte sustantiva con el criterio hermenéutico de interpretación conforme. Al respecto, el Dictamen de la Cámara de Senadores dice lo siguiente.

Es evidente que una de las consecuencias de hacer esta modificación al primer párrafo del artículo 1º constitucional es que las normas de derechos humanos establecidas en los tratados internacionales adquirirían reconocimiento y protección constitucional. *Es tarea del*

70 Alejandro Saiz Arnaiz, *La apertura al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial de la Federación, Madrid, 1999, p. 207 y ss. Gregorio Peces-Barba Martínez, “Curso de derechos fundamentales”, *Boletín Oficial del Estado*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999.

legislador constituyente resolver el mecanismo conforme el que se resolverán los posibles conflictos de normas y en general, el sistema de aplicación.

Por ello, se propone adoptar el principio de “*interpretación conforme*” que se ha establecido y aplicado en otros sistemas garantistas, *destacadamente el español*, con óptimos resultados.

El argumento estriba en que, tomando en cuenta nuestros antecedentes constitucionales, este principio resulta el más adecuado para llevar a cabo una armonización del derecho doméstico con las disposiciones internacionales. *En virtud del principio de interpretación conforme se da una aplicación subsidiaria del ordenamiento internacional con el objeto de llenar las lagunas existentes, sin que esto signifique, en ningún momento, la derogación o desaplicación de una norma interna.*

Este sistema no atiende a *criterios de supra-subordinación ni implica un sistema de jerarquía de normas* que no se considera conveniente modificar, sino que, a través del principio de subsidiariedad, se abre la posibilidad de que el intérprete de la Constitución pueda acudir a las normas de derechos humanos consagradas en los tratados internacionales de los que México sea parte, para ofrecer una mayor garantía a las personas.⁷¹

Lo anterior, se corrobora con el camino que ha seguido el propio precepto en el derecho constitucional español, al permitir a los jueces llevar a cabo labores de interpretación e integración de los Derechos Fundamentales, consagrados en la CE, con los de derecho europeo. Precisamente, este será el mismo camino que sigue el legislador mexicano al momento de reformar la CPEUM. En este sentido, el derecho

71 Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto la Minuta Proyecto de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos. *Gaceta del Senado de la República*, Año I, Segundo Periodo Ordinario, Legislatura LXI, núm. 115, viernes 9 de abril de 2010, p. 19. Las cursivas son de los autores.

constitucional español, al igual que el mexicano, incorpora al derecho internacional de los derechos humanos a través de la cláusula expresada arriba, la misma ha tenido un significado muy importante al momento de la interpretación de los derechos fundamentales en España, pero con ciertas diferencias que es importante señalar, concernientes a las pautas hermenéuticas empleadas en cada modelo.

La CPEUM contiene dos parámetros de interpretación conforme: la Constitución y los tratados internacionales, mientras que la CE solo lo hace acorde a estos últimos; asimismo, la CPEUM incorpora la interpretación pro persona, mientras que el texto de la CE no lo hace. Al respecto se han generado un sinnúmero de interpretaciones, en la siguiente sección me ocuparé de la parte procesal, relacionada con el funcionamiento de la cláusula del derecho internacional de los derechos humanos, así como el procedimiento de concreción de los derechos políticos fundamentales, a través del control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso.

1.3.2. Cambio de paradigma: control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso

Con la decisión del Caso Radilla la Suprema Corte de Justicia ha dado un viraje hacia un nuevo control de constitucionalidad que combina la interpretación conforme de un modelo concentrado de constitución como el español y el control difuso, propio de modelos anglosajones. Como explicamos en la anterior sección, el legislador decidió inspirarse en el modelo concentrado español de interpretación.

El derecho internacional es utilizado como argumento comparativo del derecho constitucional de los Estados. Este mismo método nos ayudará a explicar el porqué, a pesar de tener redacciones tan similares, en España se ha preferido optar por la recepción del derecho internacional de los derechos humanos continuando con el modelo de control constitucional concentrado que había estado practicando

su sistema constitucional desde la promulgación de la CE,⁷² mientras que la SCJN (recordemos que de acuerdo a la exposición de motivos de la reforma, no era intención del legislador adoptar un control difuso), después de una nueva reflexión sobre los artículos 1 y 133 de la CPEUM, eligió el control difuso para llevar a cabo dicha tarea así como el control de convencionalidad. Antes de iniciar se precisarán algunas cuestiones relacionadas con este último control (que sirvan también como una especie de definición al respecto).

Es un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento en que el derecho interno (constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados —aplicables—, con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derechos internos con el tratado), en un caso concreto, dictando una sentencia judicial y ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objetivo de garantizar la supremacía de la Convención americana.⁷³

Por su parte, Sergio García Ramírez, expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado lo siguiente.

72 Ignacio de Otto y Pardo, “La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional”, en *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, vol. 111, pp. 1939-1950. Francisco Fernández Segado, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1995.

73 Ernesto Rey Cantor, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa, México, 2008, p. 41 y ss. Del mismo autor: “Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos”, en Ernesto Ferrer Mac-Gregor y A. Zaldívar Lelo de Larrea, (coord.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional (Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho)*, Tomo IX, *Derechos Humanos y Tribunales Internacionales*, Marcial Pons, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2008, p. 225.

... existe un “control de convencionalidad” depositado en tribunales internacionales —o supranacionales—, creados por convenciones de aquella naturaleza, que encomienda a tales órganos de la nueva justicia regional de los derechos humanos interpretar y aplicar los tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatorios de las obligaciones estipuladas en esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la convención o adhirió a ella.⁷⁴

Esto se reafirma, acorde a una interpretación sistemática de lo dispuesto por los preceptos 1.1, 2, 3 y 62.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde se otorga competencia a la Corte Interamericana, a fin de armonizar el derecho interno de los Estados con el derecho internacional de los derechos humanos. En principio, únicamente los tribunales internacionales son los que pueden determinar cuándo un hecho violatorio de la convención o tratado es imputable a un Estado, y este a su vez, es sujeto de responsabilidad internacional. Siguiendo con el tema, el profesor Néstor Pedro Sagüés, afirma que el Consejo Constitucional francés empleó por primera vez el término control de convencionalidad el 15 de enero de 1975, cuando el mismo se negó a realizar este control de conformidad con las leyes francesas con un tratado internacional.⁷⁵

El modelo europeo tiene una tradición ancestral, en la sentencia de 5 de febrero de 1963 (Van Gend & Loos) el ahora Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, determinó que la Comunidad

74 Párr. 5 del Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, de 24 de noviembre de 2006.

75 Néstor Pedro Sagüés, “El control de convencionalidad en el Sistema Interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeo”, en Armin Von Bogdandy, H. Fix-Fierro, et al. (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México-Max-Planck-Institut für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2011, p. 402.

Europea constituye: “un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no solo los Estados miembros, sino también sus nacionales que, en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico”.⁷⁶

Asimismo, este Tribunal ha indicado que en el control de comunitariedad (convencionalidad)

el juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional.⁷⁷

Es larga la tradición de precedentes del derecho comunitario europeo (que por el momento no entraremos a él, por no ser la cuestión principal en estudio), donde se ha ido perfeccionando este modelo, en el que el juez nacional se encuentra habilitado para ejercer un control de fiscalización del derecho comunitario.⁷⁸

76 Caso: NV Algemene Transport c. Administración Tributaria neerlandesa. Sentencia de 5.2.1963. Asunto 26/62 Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, p. 340. Tomado de la versión en español, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962CJ0026:ES:PDF>

77 Caso: Amministrazione delle Finanze dello Stato c. SpA Simmenthal. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, párr. 24. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61977CJ0106:ES:PDF>

78 Víctor Ferreres Comella, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011; Santiago Ripoll Carulla, “Incidencia en la jurisprudencia del TC de las sentencias del TEDH que declaran la vulneración por España del CEDH”, en *Revista Española de Derecho*

Ahora bien, en concreto, en el Estado español se han visualizado algunos problemas para la aplicación efectiva del control de convencionalidad, desde abajo, tanto por los jueces nacionales como locales. Algunas de estas complicaciones las clasifica el profesor Sagüés en pedagógicas y sociales y son entre otras:

falta de entrenamiento por muchas Universidades, la ausencia de voluntad concreta de encarar tal tarea por todos los tribunales, o los riesgos que podría llevar un ejercicio irreflexivo o imprudente, e incluso desleal, de dicho control[...] -que, aunque se invoque- el juez nacional no sea genuinamente respetuoso de los parámetros fijados por los tribunales europeos supremos[...].⁷⁹

Por otro lado, la Corte Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH), que tiene una composición más similar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH,) tanto en su forma como en la materia, practica el control de convencionalidad para sí, pero en ningún momento ha exigido a los Estados miembros de la Unión Europea no aplicar el derecho local contrario al Convenio Europeo sobre Derechos Humanos.

Igualmente, se encuentra la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, a diferencia de su homónima, la CEDH, sí ha tenido un desarrollo más activo en la generación de precedentes que soliciten a los Estados miembros ejercer un control de convencionalidad, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones y competencias. Antes de continuar,

Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 79, Madrid, 2007, pp. 309-346; Ángel Sánchez Legido, "Las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 33, año 11, Madrid, 1991, pp. 175-207; Luis Díez Picazo, "El derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 54, año 18, Madrid, 1998, pp. 255-272.

79 Néstor Pedro Sagüés, *op. cit.*, p. 409.

se debe precisar que, en la mayor parte de las ocasiones, los Estados se vuelven reticentes a aceptar este tipo de solicitudes de organismos internacionales, debido al resguardo de sus propias soberanías, en adición a que, son los propios tribunales del Estado quienes conocen de inmediato los problemas nacionales y quienes dan solución a los mismos.

No obstante, el mecanismo de funcionamiento de esta jurisdicción internacional es subsidiaria y atiende casos paradigmáticos o extraordinarios, que la propia jurisdicción interna no atiende, por ejemplo, la CoIDH o cualquier otro organismo internacional no es una segunda instancia. Por ende, se debe ser cauto cuando se habla de control de convencionalidad, y más aún, cuando el concepto, originalmente significa la potestad que tiene este organismo internacional por considerar que el Estado ha violado disposiciones de derecho internacional. Es tanto como afirmar que es el propio Estado quien estará encargado de autovelar por la propia supervisión de los tratados, a las propias violaciones por él cometidas. Personalmente, en lugar de control de convencionalidad prefiero conformidad con el derecho internacional o control interno de convencionalidad.⁸⁰ Aclarado lo anterior, me gustaría precisar algunos antecedentes de este control de convencionalidad interno en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Al respecto, nos debemos remontar a los votos concurrentes del distinguido académico Sergio García Ramírez, al afirmar lo siguiente.

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante

80 Sergio García Ramírez, expresidente de la CoIDH, ha preferido este término. “El control judicial interno de convencionalidad”, en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, V, No. 26, Puebla, 2011, p. 126

la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.⁸¹

Asimismo, en otro caso, el mismo juez, advirtió sobre la tarea desempeñada por la CoIDH, equiparándola a la labor que hacen los tribunales constitucionales, pero diferenciando una de otra.

En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados —disposiciones de alcance general— a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el Tribunal Internacional de Derechos Humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público —y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de derecho en una sociedad democrática. El Tribunal Interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados parte en ejercicio de su soberanía.⁸²

81 Voto Concurrente Razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Mack Chang vs. Guatemala, del 25 de noviembre de 2003, párr. 27.

82 Voto Concurrente Razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Tibi vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004, párr. 3.

El control de convencionalidad tiene su origen en distintos casos resueltos por la CoIDH, entre los que se encuentran: *Almonacid Arellano vs. Chile* (26 de septiembre de 2006, considerandos 124 y 125). Seguida por los casos: *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros vs. Perú)*, 24 de noviembre de 2006, considerando 128); *La Cantuta vs. Perú* (29 de noviembre de 2006, considerando 173); *Boyce vs. Barbados* (20 de noviembre de 2007, considerando 78); *Fermin Ramírez y Raxcacó Reyes vs. Guatemala* (9 de mayo de 2008, considerando 63), *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (12 de agosto de 2008, considerandos 180/1); *Radilla Pacheco vs. México*, (23 de noviembre de 2009, considerando 332); *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (26 de mayo de 2010, considerando 208); *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (24 de agosto de 2010, considerando 311); *Fernández Ortega vs. México* (30 de agosto de 2010, considerando 237); *Rosendo Cantú vs. México* (31 de agosto de 2010, considerandos 219 y 220); *Ibsen Cárdenas y otro vs. Bolivia* (1o. de septiembre de 2010, considerando 202); *Vélez Lóor vs. Panamá* (23 de noviembre de 2010, considerando 287); *Gomes Lund vs. Brasil* (24 de noviembre de 2010, considerando 176); y *Cabrera García-Montiel Flores vs. México* (26 de noviembre de 2010, considerando 225), entre otros.

Desde la perspectiva de algunos especialistas, el denominado control de convencionalidad puede ser clasificado como represivo o destructivo y constructivo. Represivo o destructivo es cuando expulsa del ordenamiento interno la norma o acto en cuestión que vulnere el derecho internacional de los derechos humanos; y constructivo, al estilo del Caso *Radilla Pacheco*, donde se le da un efecto positivo, al solicitar al Estado mexicano que realizara una interpretación conforme del artículo 57 del Código de Justicia Militar, con las disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos, más no su inconvencionalidad.⁸³ En síntesis, existen ciertos paralelismos entre el control

83 La clasificación es del doctor Pedro Sagüés: “El control de convencionalidad” *op. cit.*, p. 402; Ver:

de comunitariedad de la Unión Europea y el Sistema Interamericano, aunque también los mismos desafíos y preocupaciones, sobre todo en países como México, donde predominaba aún un sistema de control concentrado, escaso manejo del derecho internacional y una lectura de precedentes muy distinta a la que maneja la CoIDH.

Antes de pasar al siguiente apartado, me gustaría entrar al procedimiento a través del cual sucederá la implantación de este control interno de convencionalidad en el sistema jurisdiccional mexicano. En principio, cabe destacar que el empleo de este instrumento, en principio, no debería significar en automático la desaplicación de una norma interna por la autoridad con potestad jurisdiccional. Como bien ha sostenido la SCJN en su interpretación del Caso Radilla, el sistema funciona en una serie de sencillos pasos, pero que tienen una complejidad hermenéutica significativa, pues implica el conocimiento no solamente de las normas de derecho internacional, sino de los precedentes de la misma CoIDH.

- a. Interpretación conforme en sentido amplio. Ello 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 establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
- b. Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

Ernesto Rey Cantor, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, op. cit.; Gumesindo García Morelos, *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, Ubijus, México, 2010.

- c. Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que 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 cuales el Estado mexicano es parte.⁸⁴

Los criterios anteriores de derecho internacional recogen el criterio de la interpretación conforme que la teoría constitucional ha postulado como criterio hermenéutico desde los años sesenta, lo cual es saludable para la interpretación de los derechos fundamentales. Al respecto, el principio pro persona con sus dos variantes: preferencia interpretativa y preferencia de normas.⁸⁵

Finalmente, se encuentra la inaplicación o desaplicación al caso en concreto cuando ninguna de las dos opciones anteriores es posible. El principal defensor de la idea del control difuso, en esta última fase de análisis de las normas internas con el derecho internacional, es el destacado jurista Ferrer Mac-Gregor,⁸⁶ ahora juez de la CoIDH, quien ha emitido un voto razonado en el caso Montiel Flores, en el párrafo 66 de la citada resolución se puede leer (nótese que habla de un control difuso de convencionalidad y no de control de constitucionalidad difuso).

De esta manera, el “control difuso de convencionalidad” implica que todos los jueces y órganos mexicanos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, pertenecientes o no al Poder Judicial, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización están obligados, de oficio, a realizar un ejercicio de compa-

84 Expedientes Varios 912/2010. Párr. 32.

85 Edgar Carpio Marcos, *op. cit.*, p. 41 y ss.

86 Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar Ugarte *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, UNAM, IJ, México, 2011, pp. 339-429.

tibilidad entre los actos y normas nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos, sus Protocolos adicionales (y algunos otros instrumentos internacionales), así como con la jurisprudencia de la Corte IDH, formándose un “bloque de convencionalidad”...

Continúa en el párrafo 67.

En este sentido, los jueces o tribunales que materialmente realicen actividades jurisdiccionales sean de la competencia local o federal, necesariamente deben ejercer el “control difuso de convencionalidad” para lograr interpretaciones conformes con el corpus juris interamericano. En caso de incompatibilidad absoluta de la norma nacional con el parámetro convencional, debe inaplicarse para que prevalezcan aquellas y lograr de esta manera la efectividad del derecho o libertad de que se trate. Lo anterior aplica también para los jueces locales, de conformidad con la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 133...⁸⁷

Por una parte, aunque la CoIDH en ningún momento se ha pronunciado sobre la preferencia del control difuso o concentrado para ejercer este control interno de convencionalidad, la decisión la deja a los Estados miembros para adoptar la figura que sea más adecuada a las necesidades y circunstancias particulares de cada uno. Esta decisión compete a los Estados de acuerdo con su soberanía interna, siempre y cuando establezcan los mecanismos adecuados para que pueda llevarse a cabo una protección efectiva a los derechos humanos. En tal sentido, me adhiero a lo que plantea García Ramírez, cuando manifiesta que sería preferible el ejercicio de este control a través de consultas (directamente a la CoIDH) sobre la(s) disposición(es) que se pretende(n) aplicar, de la misma forma en que operan las cuestiones de inconstitucionalidad, por ejemplo, en el sistema judicial español, donde

87 Voto Razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cabrera García y Montiel Flores c. México, 26 de noviembre de 2010.

los asuntos se remiten al Tribunal Constitucional, por tener mayores similitudes con el modelo mexicano.⁸⁸

Esta preocupación se corrobora con una de las iniciativas, después de la emisión en México del Caso Radilla Pacheco, que proponen reglamentar los artículos 1 y 133 constitucionales,⁸⁹ en materia del ejercicio del control difuso de la constitucionalidad. La intención del legislador, tal y como se expresa en la exposición de motivos correspondientes, es brindar seguridad jurídica y certeza al proceso de aplicación de las normas relativas a derechos humanos y no generar incertidumbre. Asimismo, evitar criterios fragmentarios y dispersos que generen incertidumbre y caos en la generación de jurisprudencia.

Existe un optimismo inusitado sobre la posibilidad que da la SCJN a los tribunales locales para llevar a cabo la interpretación de las normas internas conforme a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.⁹⁰ Inclusive la CoIDH se muestra bastante optimista con la jurisdicción mexicana en la sentencia del Caso Radilla Pacheco, el Tribunal observa que el control de convencionalidad ya ha sido ejercido en el ámbito judicial interno,⁹¹ así como el jurista Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado del caso Montiel Flores, al manifestar lo siguiente.

88 Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, *op. cit.*, p. 152.

89 Iniciativa que expide la Ley Reglamentaria de los Artículos 1° y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que regula las competencias de control difuso que tienen las autoridades y los jueces cuando ejercen control de constitucionalidad y convencionalidad, a cargo del diputado Jaime Fernando Cárdenas Gracia, del grupo parlamentario del PT. Cámara de Diputados. *Gaceta Parlamentaria*, núm. 3443-VII, jueves 2 de febrero de 2012. También existe la iniciativa presentada por las tres principales bancadas en el Senado de la República (PRI, PRD y PAN) con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley Reglamentaria de los artículos 1° y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 26 de octubre de 2011.

90 Inclusive existen estados como Nuevo León que, a un mes del pronunciamiento de la Corte mexicana sobre el Caso Radilla, existió la declaratoria de desaplicación por inconstitucional del artículo 224, fracción V, del Código Penal de aquel estado, por contravenir jurisprudencia de la SCJN, así como el artículo 14 de la CPEUM. Ver: Toca Penal 43/11. Cuarta Sala Penal Unitaria del Poder Judicial del Estado de Nuevo León. 8 de agosto de 2011.

91 Nota al Pie 321, del Caso Radilla Pacheco, cit.

El “control difuso de convencionalidad” ha iniciado su aplicación por algunos tribunales mexicanos a la luz de la jurisprudencia convencional. En efecto, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, con residencia en Morelia, Michoacán, al resolver el amparo directo 1060/2008, el 2 de julio de 2009 (meses antes de la sentencia del Caso Radilla Pacheco), haciendo alusión al Caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006).

Se pone de ejemplo en la aplicación de lo que denomina control difuso de convencionalidad. Sin embargo, si leemos la sentencia aludida, en ningún momento el referido tribunal desaplica algún precepto por estimar que este vaya en contra de algún tratado internacional en materia de derechos humanos;⁹² el tribunal hace una definición sobre lo que considera que es el control de convencionalidad así como sus posibles aplicaciones, pero en ningún momento hace una confrontación de una norma interna, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, solamente reenvía el caso al tribunal a quo, para que este se pronuncie sobre lo que había dejado de considerar en su fallo, al declararse no competente de conocer las violaciones relativas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁹³ Por otra parte, existen también otros pronunciamientos de interés en la aplicación de las normas de derecho internacional.⁹⁴

92 Expediente disponible en: <http://www.cjf.gob.mx/reformas/boletin/0912/2.1%2011-TC01-AT-AD2008-1060.pdf> (Fecha de visita: 28 de marzo de 2013, 18:05 horas).

93 Amparo directo administrativo 1060/2008. Sentencia del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito. 2 de julio de 2009. Considerando Octavo 2.1-2.3.

94 Amparo directo en revisión 908/2006. Primera Sala. 18 de abril de 2007. El tema principal de la sentencia era el interés superior del niño; amparo directo 505/2009, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en sesión celebrada el 21 de enero de 2010, el tema versó sobre la tutela de justicia efectiva, en consonancia con el art. 25 de la CADH.

1.4. PROCESOS DE CONCRECIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS: JERARQUÍA VS. ARMONIZACIÓN

De acuerdo con el profesor Caballero Ochoa, considero que deben ser puestas en relieve algunas cuestiones fundamentales antes de comenzar a utilizar de manera indiscriminada los nuevos controles constitucionales definidos por la Corte mexicana. Existen muchas reticencias en nuestro sistema constitucional entre las que se encuentran: un desarrollo claro de una auténtica teoría constitucional, por ejemplo, no existen pronunciamientos claros sobre la noción de contenido esencial, bloque de constitucionalidad, bloque de convencionalidad,⁹⁵ así como un uso incorrecto del precedente judicial.

Se habla mucho del diálogo jurisprudencial del *ius commune* en América Latina. No obstante, este diálogo no está completo sin la debida preparación y formación de nuestros operadores jurídicos. Este optimismo también debe quedar reflejado en una preocupación constante por satisfacer la preparación en los conocimientos necesarios e indispensables que exige esta variante de control interno de convencionalidad. Pues en el Congreso se han presentado reticencias para retroceder en la materia; específicamente en la adopción de la cláusula de recepción del derecho internacional de los derechos humanos.⁹⁶

Inclusive, el 3 de septiembre de 2013 se tomaron criterios que distan mucho de la visión de armonización y concreción de los derechos fundamentales a partir de una óptica principalista. En los

95 José Luis Caballero Ochoa, "Cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona", en Miguel Carbonell y Pedro Salazar Ugarte (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, UNAM, IJ, México, 2011, p. 132.

96 Existe una iniciativa de una de las bancadas más fuertes del Congreso que propone dar preferencia a la CPEUM, por encima de aquellos tratados internacionales que vayan en contra de esta. Ver: Iniciativa que reforma el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por el diputado Francisco Agustín Arroyo Vieyra, del grupo parlamentario del PRI. Cámara de Diputados. *Gaceta Parlamentaria*, año XVI, núm. 3679-II, jueves 3 de enero de 2013.

debates sucedidos en la Contradicción de Tesis 293/2011 se determinó en relación con la jerarquía que tenían los derechos contenidos en los instrumentos internacionales como en la Constitución mexicana. Es decir, a pesar de que el artículo 1 de la CPEUM determina que los derechos contenidos en los instrumentos internacionales forman parte del orden jurídico interno, existen excepciones cuando la propia Constitución federal establezca límites o restricciones más allá de lo que diga el propio tratado o convención internacional.

Lo anterior implica resolver un problema de hermenéutica constitucional de acuerdo con moldes silogísticos de jerarquía, propios de un legalismo a ultranza que no se preocupa por desentrañar ni armonizar los contenidos internos con los supranacionales. A pesar de lo anterior, considero que no todo está resuelto, debido a que existen precedentes donde el máximo tribunal mexicano ha podido conjugar de manera clara tanto la normativa nacional como la supranacional, cabe citar dos ejemplos resueltos por el Poder Judicial de la Federación.

En la Acción de Inconstitucionalidad 155/2007, la SCJN se pronunció por maximizar el derecho a la libertad, en relación a una norma que permitía el trabajo a favor de la comunidad, optimizando una disposición de la Constitución federal que la avalaba, debido a que los tratados protegían en mayor medida a la persona de acuerdo a lo dispuesto por el Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo sobre trabajo forzoso u obligatorio, en relación al artículo 21 de la Constitución federal.

Asimismo, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación decidió en la jurisprudencia 39/2013, que la restricción en materia de suspensión de los derechos políticos que establece el artículo 38, inciso II, de la CPEUM cuando se dicte un auto de formal prisión solo procede cuando el inculpado esté privado de su libertad, en consonancia con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, como la Convención Americana sobre Dere-

chos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). En el siguiente capítulo me avocaré a realizar un estudio a fondo sobre los procesos de concreción que deben tener los derechos fundamentales, en aras de optimizar su contenido esencial.

La sentencia de fecha 23 de noviembre de 2009 dictada por la CoIDH en el Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, previo análisis del fondo del asunto establece en el párrafo 339 del capítulo, relativo a las reparaciones, lo siguiente:

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁹⁷

El control de convencionalidad *ex officio* al que hace referencia el párrafo transcrito, tiene sus orígenes, como término, en una serie de votos del

97 Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párr. 339.

juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez.⁹⁸ Sin embargo, no es hasta el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*⁹⁹ que el pleno de la CoIDH sienta las líneas fundamentales del control de convencionalidad que deben realizar los jueces nacionales,¹⁰⁰ mismas que se reproducen en el párrafo 339 de la sentencia objeto de estudio. Para Laurence Burgogüe-Larsen permitirles que planteen ellos mismos la cuestión de convencionalidad de las normas internas es claramente una manera de dirigirse de nuevo a los jueces internos para que se vuelvan los aliados objetivos de la propia CoIDH.¹⁰¹

En el tema que nos ocupa, la sentencia establece la necesidad por parte de los tribunales del Estado mexicano,¹⁰² dentro del ámbito de

98 Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* de 25 de noviembre de 2003, párr. 27 y Caso *Tibi vs. Ecuador*, de 7 de septiembre de 2004. Cabe mencionar que en dichos votos razonados se utiliza por primera vez la expresión “control de convencionalidad” refiriéndose al control concentrado de convencionalidad, es decir, aquel que es competencia exclusiva de la CoIDH.

99 Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154, párrafos 123-125. Un sector de la doctrina considera que de dicha sentencia, lo que pide a los jueces “no es en realidad un control de convencionalidad, sino que cumplan con sus obligaciones, lo cual se traduce en aplicar las disposiciones de los tratados interamericanos, en *interpretar derechos y libertades de conformidad con los tratados*, esto es, en interpretar las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos velando que se respete lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para que lo ahí dispuesto no se vea mermado por la aplicación de leyes contrarias al objeto y fin de ese y todos los tratados interamericanos”, lo anterior en virtud de que el control de convencionalidad como tal solo puede ser llevado a cabo por la CoIDH. Al respecto véase Karlos Castilla Juárez, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso *Radilla Pacheco*”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, 2011, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 599 y ss.

100 Néstor Pedro Sagües, *op. cit.*, p. 382-383.

101 Laurence Burgogüe-Larsen, *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, México, Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, núm. 77, p. 56.

102 La sentencia del Caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* constituye la primera de las cuatro sentencias condenatorias al Estado mexicano (2009-2010) donde expresamente refieren a este “deber” por parte de los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, para ejercerlo. Las otras tres sentencias son las relativas al Caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de agosto de 2010, serie C, núm. 215, párr. 234; Caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2010, serie C, núm. 216, párr. 219; y caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepciones preliminares, fondo,

sus competencias, de realizar un control de convencionalidad¹⁰³ de las normas de derecho interno. Dicho control difuso de convencionalidad consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales y CADH, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la CoIDH, único órgano jurisdiccional del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, que interpreta de manera “última” y “definitiva” el Pacto de San José.¹⁰⁴

En palabras de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, el control difuso de convencionalidad a que se refiere la CoIDH en la sentencia de 23 de noviembre de 2009:

Se trata de un estándar “mínimo” creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, [...], las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también formen parte del “bloque de constitucionalidad/convencionalidad” otros tratados, declaraciones

reparaciones y costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010, párr. 225. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, op. cit., p. 342-343.

103 A juicio del Claudio Nash “la figura del control de convencionalidad (con dicha denominación) es de reciente desarrollo en la dogmática de los derechos fundamentales y el constitucionalismo, con un incipiente tratamiento en la jurisprudencia de las Cortes nacionales. Su aparición en el escenario jurídico está estrechamente relacionada con las obligaciones que impone la Convención Americana de Derechos Humanos y el desarrollo progresivo de los estándares de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Lo anterior, con una clara inspiración en la figura del control de constitucionalidad ampliamente desarrollado en el ámbito interno de los Estados y en el concepto de “control internacional”. Véase Claudio Nash, *Control de convencionalidad de la dogmática a la implementación*, México, Editorial Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, Núm. 81. p.189

104 Eduardo Ferrer Mac-Gregor, op. cit., p. 340

e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales.¹⁰⁵

Establecido lo anterior, debemos precisar que la intensidad en el ejercicio del control de convencionalidad es variable, y tanto la jurisprudencia de la CoIDH como la doctrina han establecido una tipología que nos servirá en el desarrollo de la investigación, tal como se apreciará cuando se analice la recepción por parte de la SCJN de la sentencia aquí estudiada.

En primer lugar, debemos tomar en cuenta que existen dos manifestaciones o niveles del control de convencionalidad: una de carácter concentrado¹⁰⁶ y otra de carácter difuso. En el caso del sistema interamericano de derechos humanos, el primero de ellos corresponde a la CoIDH, mientras que el ejercicio del segundo corresponde, como ya se había adelantado, a los jueces y órganos de administración de justicia nacionales o domésticos de los Estados que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han aceptado la jurisdicción de la CoIDH.

Sentado lo anterior, también se deben considerar los posibles efectos o resultados del ejercicio del control de convencionalidad, siguiendo a Néstor Pedro Sagüés los podemos dividir en represivos o

105 *Idem.*

106 Para Sergio García Ramírez el control concentrado de convencionalidad consiste en el control propio, original o externo de convencionalidad, mismo que “recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquellos y estas –bajo el imperio del Derecho internacional de los derechos humanos–, y resolver la contienda a través de la sentencia declarativa y condenatoria que, en su caso, corresponda. En definitiva, ese control incumbe, original y oficialmente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad” en Alejandro Saiz Arnaiz y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, (coords.) *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 271

destructivos y positivos o constructivos. El primero de ellos consiste en que en aquellos casos donde la norma doméstica opuesta al pacto o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana es inconvenicional o anticonvenicional y tiene un resultado de mínima: no se aplica al caso bajo examen, se descarta o resulta inválida para el mismo. El segundo efecto, el positivo o constructivo, exige que los jueces apliquen y hagan funcionar el derecho local de acuerdo con las reglas del Pacto de San José de Costa Rica y también, la jurisprudencia de la CoIDH, justificándose las relecturas adaptativas del derecho nacional, de tipo adecuado o conforme.¹⁰⁷

En cuanto a los efectos represivos del control de convencionalidad debemos agregar, tal como lo hace Nogueira Alcalá, que en aquellos casos donde el órgano que realiza el control de convencionalidad tenga además la competencia anulatoria o derogatoria de normas contrarias a la Constitución, si es que el parámetro de control de constitucionalidad integra los derechos convencionales, dicho órgano jurisdiccional debe expulsar la norma interna inconvenicional en todas las hipótesis de aplicación posibles.¹⁰⁸

Por su parte, cuando hablamos de un control difuso de convencionalidad, la intensidad de este debe graduarse tomando en cuenta al marco de competencias y de las regulaciones procesales a las que están sometidos los órganos encargados de la administración de justicia. En este tema resulta relevante el voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor en relación con la sentencia de la Corte Interameri-

107 Néstor Pedro Sagües, “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”, *op. cit.* pp. 384-385. Del mismo autor “De la Constitución nacional a la Constitución “convencionalizada” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2015, núm. 24, julio-diciembre, pp. 135-136.

108 Humberto Nogueira Alcalá, “Los desafíos del control de convencionalidad del *Corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”, en *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencia. Una visión desde América Latina y Europa*, México, *op. cit.*, pp. 380-381.

cana de Derechos Humanos en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México de 26 de noviembre de 2010 donde se establece lo siguiente:

35. En efecto, la precisión de la doctrina relativa a que los jueces deben realizar “de oficio” el control de convencionalidad “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”, no puede interpretarse como limitante para ejercer el “control difuso de convencionalidad”, sino como una manera de “graduar” la intensidad de este. Esto es así, debido a que este tipo de control no implica necesariamente optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la nacional, sino implica además y en primer lugar, tratar de armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una “interpretación convencional” de la norma nacional.¹⁰⁹

En este sentido podemos establecer, de conformidad con el voto citado, que de manera general existen los siguientes grados de intensidad: i) el grado de mayor intensidad del control de convencionalidad que realizan aquellos tribunales dentro de cuyas facultades se encuentra la declaración de invalidez con efectos *erga omnes* de las normas internas por ser contrarias a sus respectivas constituciones; ii) En un segundo plano tenemos a los sistemas que aceptan un control difuso de constitucionalidad donde de igual forma los jueces nacionales podrán aplicar aquellas normas que consideren contrarias a la CADH; iii) En un tercer plano tenemos aquellos sistemas donde no se permite el control difuso de constitucionalidad y, en consecuencia, no todos los jueces tienen la facultad de aplicar una norma jurídica al caso concreto. En este último caso corresponde al juez nacional efectuar una interpretación convencional de dicha norma, es decir, efectuar una interpretación conforme

109 Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México de 26 de noviembre de 2006, párr. 35. En: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf (fecha de consulta 8 de abril de 2014).

a la CADH y de la jurisprudencia de la CoIDH; y iv) En un cuarto plano, podemos encontrar los sistemas donde el juez se encuentra impedido para realizar cualquier clase de operación arriba mencionada, por lo que en ese caso deberá elevar una cuestión de convencionalidad al órgano con la competencia para ejercer el control requerido.¹¹⁰

Las anteriores manifestaciones nos revelan que un tribunal supranacional, como lo es la CoIDH, no puede imponer un sistema específico de control de la normatividad interna, mucho menos puede imponer un cambio en el sistema de fuentes del derecho de un determinado Estado,¹¹¹ sin embargo, en la experiencia del Estado mexicano lo que

110 Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México de 26 de noviembre de 2006, párr. 36-39. En: *Id.* (fecha de consulta 8 de abril de 2014). En el mismo sentido Néstor Pedro Sagües establece que cuando la CoIDH hace referencia al ejercicio del control de convencionalidad se debe realizar teniendo en cuenta los presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia, debe entenderse, “en una primera aproximación, como que reserva el aludido test de convencionalidad a los jueces que practican el control de constitucionalidad, y siempre dentro de los cánones y moldes rituarios nacionales pertinentes(...) Paralelamente, cabe alertar que para realizar el control de convencionalidad “constructivo” o “positivo”, todo juez está autorizado (y obligado, añadimos), para ello, ya que en tal hipótesis no va a declarar inconvencional a ninguna norma, es decir, no va a invalidarla, sino que solamente va a hacer funcionar e interpretar a un precepto del derecho interno según el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...” Véase Néstor Pedro Sagües, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales, *op. cit.* p. 387.

111 Ferrer Mac-Gregor considera que “en realidad lo que implica dicho “control” es la obligación de todos los jueces nacionales (como parte del Estado) de ejercerlo, de oficio, dentro del ámbito de sus respectivas competencias y regulaciones procesales. La Corte IDH no puede (ni lo ha pretendido), convertirse en un órgano que “defina” o “imponga” los sistemas de control constitucional que cada país adopta, como resultado de su propia cultura, realidad y contexto histórico”. Véase “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano” en *op. cit.* p. 343. En sentido contrario, Néstor Pedro Sagües considera que “la doctrina jurisdiccional del control de convencionalidad “desde abajo” es decidida e impuesta por la Corte Interamericana, y de *modo directo*, a los jueces nacionales, vale decir, sin intermediarios que deban trasplantarla al ámbito de cada una de las naciones adheridas al Pacto de San José de Costa Rica, hecho que perfila a la Corte Interamericana como órgano supranacional. Véase Néstor Pedro Sagües, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales”, en *op. cit.* p. 384. Para Laurence Burgogues-Larsen la referencia furtiva que hace la CoIDH a «las competencias y reglas procesales» no es nada despreciable. “En efecto, cada juez deberá adaptarse a las características de su ordenamiento jurídico i.e. con el puesto que ocupan los tratados internacionales de protección de los derechos

ocurre con la recepción de la sentencia emitida por dicho órgano, en el llamado Caso Radilla, es que la misma se da en el marco de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 analizada anteriormente, (a la que nos referiremos en lo sucesivo como RCDH), la cual transforma el orden jurídico nacional en el caldo de cultivo¹¹² idóneo para establecer un control difuso de convencionalidad de una cierta intensidad y al mismo tiempo replantearnos la posición en el sistema de fuentes de los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales.¹¹³

En la misma línea de ideas podemos considerar que la fertilidad del ordenamiento jurídico mexicano para la recepción del control difuso de convencionalidad se compone de diversos elementos, tal como lo establece Ferrer Mac Gregor en los siguientes términos:

humanos en la jerarquía de las fuentes, a la existencia de un control concentrado o, al contrario, difuso de constitucionalidad, etc”. Laurence Burgogue-Larsen, *op. cit.*, p. 56.

112 El término es utilizado por el profesor Lucio Pegoraro para explicar la utilidad que representa tener “sólidos conocimientos de Derecho Comparado para comprender las afinidades y las diferencias; para evitar transposiciones ineficaces o, aún peor, negativas; para comprender si el caldo de cultivo del ordenamiento que recibe una normativa extranjera es fecundo o estéril”. Véase Lucio Pegoraro, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, México, Porrúa, 2006, pp. 14-15. Sobre la aplicación de la terminología propia del comparatista italiano en el contexto de la incorporación del control difuso de convencionalidad en el orden jurídico mexicano seguimos a Michael Núñez Torres quien establece que “a pesar de que Pegoraro considera que la utilidad de los estudios de Derecho Público Comparado se evidencia mejor en la actividad legislativa, también resulta incuestionable que la teoría constitucional puede conseguir una mejor comprensión de las instituciones jurídicas y políticas con base en los datos que pudiera obtener a través del método comparado” Véase Michael Núñez Torres, “La pertinencia del Derecho Público Comparado dentro de la teoría constitucional del institucionalismo jurídico” en Michael Núñez Torres y Gastón J. Enríquez Fuentes, (coords.), *Isotimia, Revista Internacional de Teoría Política y Jurídica*, México, Facultad de Derecho y Criminología, EGAP, Porrúa, 2011 núm. 4, pp. 102-103.

113 Tal como lo ha planteado Víctor Bazán “como sucede con diversas cuestiones propias del derecho internacional, las posibilidades de éxito de la tesis del “control de convencionalidad” están cifradas en el grado de receptividad de la misma en los derechos internos, la labor de los respectivos operadores jurídicos involucrados y la voluntad política de los Estados”. Víctor Véase Bazán, “Control de convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicas y protección de los derechos humanos” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2012, julio-diciembre, núm. 18, p.45.

La “obligatoriedad” en nuestro país de este nuevo “control difuso de convencionalidad” se debe: i) a las cuatro sentencias condenatorias al Estado mexicano (2009-2010), donde expresamente refieren a este “deber” por parte de todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, para ejercerlo; ii) a lo dispuesto en los artículo 1° (obligación de respetar los derechos), 2° (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y 29 (normas de interpretación más favorables) de la CADH, vigente en nuestro país desde el 24 de marzo de 1981; iii) a lo dispuesto en los artículos 26 (*pacta sunt servanda*) y 27 (no invocación del derecho interno como incumplimiento del tratado) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980; iv) a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, vigente desde el 11 de junio de 2011, particularmente a los nuevos contenidos normativos previsto en el artículo 1° constitucional, y v) a la aceptación “expresa” de este tipo de “control” por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como parte importante del cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en el Caso Radilla Pacheco, al conocer del expediente Varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011, lo cual implicó, entre otras cuestiones, aceptar también el “control difuso de constitucionalidad”, al realizar una nueva interpretación del artículo 133 constitucional a la luz del vigente artículo 1° del mismo texto fundamental.¹¹⁴

De la anterior transcripción se desprenden tanto los fundamentos del control difuso de convencionalidad, como las causas que obligaron al Estado mexicano a pronunciarse respecto al mismo

114 Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, pp. 341-342

ya que, como se había anticipado, la intensidad en el ejercicio de dicho control no puede ser impuesta por la jurisdicción internacional sino adecuarse al ordenamiento jurídico receptor.¹¹⁵

115 La doctrina es discrepante respecto al fundamento jurídico u orígenes del control de convencionalidad, por un lado, Néstor Pedro Sagües consideran que dicho control “es una creación jurisprudencial, producto por ende de un activismo tribunalicio. La Corte Interamericana lo funda básicamente en dos, o si se prefiere desdoblar uno de ellos, en tres argumentos: (i) el principio de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, por parte de los Estados (quienes se han comprometido a cumplir el Pacto de San José y a obedecer las sentencias de la Corte), combinado con (ii) el principio del efecto útil de los convenios, cuya eficacia no puede ser mermada por normas o prácticas de los Estados; y (iii), el principio internacionalista que impide alegar el derecho interno para eximirse de aquellos deberes, a tenor del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados... En rigor de verdad, la obligación de los jueces locales de inaplicar el derecho domestico opuesto al Pacto, o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, no emerge de ningún artículo del mismo”. Néstor Pedro Véase Sagües, “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”, *op. cit.* pp. 383 y 384. En el mismo sentido véase Ximena Fuentes Torrijo, “El derecho internacional y el derecho interno: definitivamente una pareja dispareja”. en: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/XimenaFuentes___Spanish_.pdf (Fecha de consulta: 3 de abril de 2014). Por su parte, Sergio García Ramírez establece que “habida cuenta de la vinculación de los Estados a la CADH, en tanto partes del convenio, y en seguida a la competencia contenciosa de la Corte (relación, esta última, que no es indispensable para los fines del control que estamos analizando), es preciso destacar los deberes a cargo de los Estados en función de aquel instrumento –otros, de orden internacional, recogen obligaciones del mismo carácter– que se deducen de los artículos 1 y 2 CADH: en primer término, respeto y garantía, ya mencionados; en segundo, como manifestación de estos, deber de adoptar medidas de múltiples naturaleza para asegurar ese respeto y proveer esa garantía” en Sergio García Ramírez, “El control judicial interno de convencionalidad”, *op. cit.*, p.291.

CAPÍTULO 2

El diálogo jurisprudencial en materia de derechos humanos

En este apartado procederemos a delimitar lo que entenderemos por diálogo jurisprudencial para efectos de la presente investigación, para lo cual se estudiarán las diversas posturas en relación con el concepto de diálogo jurisprudencial¹ y algunas críticas en torno a su uso indiscriminado en cualquier contexto. Primero se hará un estudio del fenómeno del diálogo jurisprudencial y sus consecuencias para posteriormente proceder a la delimitación del concepto.

2.1 EL FENÓMENO DE LA COMUNICACIÓN JUDICIAL

En el actual mundo globalizado no solo presenciamos la circulación de seres humanos, mercancías, servicios, flujos financieros, sino que también observamos la circulación de ideas, conceptos e incluso soluciones jurídicas.² El desarrollo de este fenómeno se ve facilitado en el contexto de un mundo conectado en línea, que ayuda a la divulgación del conocimiento de la labor de los tribunales y, por lo tanto, los intercambios activos.³ (El impacto del fenómeno de la

1 Como lo explica Laurence Burgorgue-Larsen “la literatura jurídica acerca del tema es hoy en día sumamente extensa. Cada autor le otorga un significado particular en función de lo que quiere demostrar o analizar”. Véase Laurence Burgorgue-Larsen, *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, México, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, núm. 77, p. XIX.

2 *Ibid.* pp. 5-6

3 Carlos Ayala Corao, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, núm. 72, p. XIII.

globalización en el diálogo jurisprudencial será objeto de un análisis más detallado en los siguientes apartados).

Derivado de lo anterior se observa una intensificación de la interdependencia entre Estados y entidades internacionales, lo que ha provocado un cambio en buena parte de las bases sobre las que se asentaba la convivencia humana. Esto también ha tenido un efecto en el mundo jurídico y en el comportamiento de los órganos judiciales, una de cuyas manifestaciones fue conocida tempranamente como *transjudicial communication* entendida como el recurso habitual de los tribunales nacionales a la jurisprudencia dictada por tribunales extranjeros.⁴

El fenómeno referido ha generado lo que la doctrina denomina *Cross-Fertilization of the Legal Systems*,⁵ entendido como la exportación e importación de las ideas de un sistema jurídico nacional a otro, de un sistema jurídico regional a otro, y de un sistema jurídico internacional o regional a otros sistemas jurídicos de carácter nacional,⁶ produciéndose con esto un sincretismo jurídico-cultural que, de una o de otra forma, contribuye a generar confianza en los diferentes actores de la comunidad jurídica internacional.⁷ A este respecto sostiene García Roca:

4 Javier García Roca, "La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo", en Javier García Roca (ed.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Navarra, Editorial Civitas, Thomson Reuters, 2012, p. 89. La denominación *transjudicial communication* se debe a la profesora Anne-Marie Slaughter, véase su artículo "A Typology of Transjudicial Communication", *University of Richmond Law Review*, núm. 29, 1994, pp. 99 y 102. (Documento web), en: <http://www.princeton.edu/~slaughtr/Articles/Typology.pdf>, Fecha de consulta: 22 de enero de 2017.

5 Sobre los efectos del *cross-fertilization* en Europa véase el artículo de Francis G. Jacobs quien ha sostenido lo siguiente: "...It is clear, I think, that within the EU there has been a remarkable degree of judicial dialogue and cross-fertilization, all the more significant in view of the great differences in the legal systems of the Member States and their historical foundations". Francis G. Jacobs, "Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice" *Texas International Law Journal*, núm. 38, 2003, pp.556. (Documento web), en: <http://www.tilj.org/content/journal/38/num3/Jacobs547.pdf>, fecha de consulta: 1 de octubre de 2013.

6 Anne-Marien Slaughter, *op. cit.* p. 117.

7 Efrén Vázquez Esquivel y Jaime Fernando Cienfuegos Sordo, "El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: Perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la jurisdicción interna" en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, Curitiba, vol. 61, núm. 1, enero/abril 2016, p. 22

Este proceso de comunicación judicial ha generado sin ninguna duda una fertilización mutua (*cross-fertilization*) entre diversas instancias jurisdiccionales y, por ende, entre ordenamientos jurídicos autónomos entre sí. Se ha creado progresivamente una recíproca influencia entre instancias jurisdiccionales muy enriquecedora desde casi todos los puntos de vista.⁸

Ahora bien, tal como lo señala el mismo García Roca, desde una perspectiva formal existen variadas formas de comunicación judicial. En primer lugar, podremos anticipar que existe comunicación judicial “allí donde se produce una referencia expresa mediante la cita cruzada de precedentes jurisprudenciales extranjeros”.⁹ También existe comunicación judicial cuando la referencia es de carácter tácito, es decir, cuando “es posible reconocer la huella de construcciones jurisprudenciales extranjeras o supranacionales en decisiones propias aún sin citar la fuente de procedencia”,¹⁰ lo que el autor denomina referencia tácita, implícita o inmanente. Igualmente, los tribunales realizan un esfuerzo argumentativo por apartarse de decisiones externas, ya sea en forma implícita o explícita, para justificar su particular toma de posición, lo que el autor llama comunicación oculta y por contraste.¹¹

Igualmente, desde la perspectiva de intensidad las comunicaciones judiciales también pueden variar:¹² en primer lugar, se habla de comunicación *ad exemplum* “en la que la jurisprudencia extranjera o

8 Javier García Roca, “La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo”, *op. cit.*, p. 90.

9 *Id.*

10 *Id.*

11 *Ibid.*, p. 91

12 La llamada intensidad de la comunicación judicial es equiparable con lo que Aarnio entiende como el proceso de justificación externa de las decisiones judiciales, el cual tiene como propósito esencial la búsqueda del convencimiento racional de los auditorios, respecto a la interpretación realizada en una decisión judicial. Véase Aulis Aarnio, *On Legal Reasoning*, Turku, Annales Universitatis Turkuensis, 1977.

supranacional es citada como referencia lejana y tanto en sentido positivo para apoyar la propia decisión, como negativo, para mostrar las deficiencias de tal construcción”.¹³ Se sostiene igualmente la existencia de una comunicación a fortiori “en la que la referencia comparada permite reforzar los argumentos propios de nuestro ordenamiento jurídico que nos han llevado a la misma conclusión”.¹⁴ Asimismo se habla de una comunicación ad ostentationem “que pretende reforzar la propia construcción jurisprudencial mediante la cita erudita, un tipo de comunicación a mayor abundamiento”.¹⁵ Se habla incluso de la comunicación ad autoritatis en la que “la cita a una fuente jurisdiccional de reconocida autoridad permite asumir decisiones difíciles de argumentar solo con el propio ordenamiento jurídico”.¹⁶ Finalmente el autor sostiene la existencia de una comunicación *ex lege* en la que es el propio ordenamiento jurídico el que obliga a tener en cuenta la jurisprudencia ajena.¹⁷

Precisado lo anterior, corresponde ahora distinguir entre la llamada transjudicial communication referida a lo largo del presente apartado y el diálogo jurisprudencial objeto de la presente obra, así como la crítica de un sector de la doctrina al uso indiscriminado de este último término y que a su juicio solo es utilizable en determinados contextos.

2.2 EL CONCEPTO DE DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

La expresión diálogo de los jueces, sostiene Humberto Nogueira Alcalá, es una expresión utilizada de manera ambigua¹⁸ para describir

13 Javier García Roca, “La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo”, *op. cit.*, p. 91.

14 *Id.*

15 *Id.*

16 *Id.*

17 *Id.*

18 En el mismo sentido Rodrigo Brito Melgarejo ha estimado que “la idea de diálogo entre los

el fenómeno “a través del cual algunas jurisdicciones consideran, en diversas modalidades, los precedentes de jurisdicciones no nacionales provenientes de un Estado extranjero o de una jurisdicción nacional o supranacional”.¹⁹ No obstante la ambigüedad que aduce el autor en comentario, compartida por la doctrina europea e incluso de América Latina, que a su vez conjugan su formación europea con la propia, algunos autores han realizado estudios encaminados a determinar lo que debe entenderse por diálogo jurisprudencial a fin de dotar a dicho concepto de un mayor rigor científico.²⁰ En este sentido, el jurista italiano Vergottini sostiene:

tribunales es una noción que, aunque no es nueva, sí puede considerarse bastante imprecisa y quizá no pueda ser aún una verdadera categoría jurídica en vez de una simple intuición, por lo que es necesario ofrecer algunos elementos para aclarar este concepto”. Rodrigo Brito Melgarejo, *Diálogo jurisprudencial y protección de los derechos humanos*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2016, p. 14 En: <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas-CTDH-Dialogo-Jurisprudencial.pdf>, (Documento web), Fecha de consulta: 16 de febrero de 2017.

- 19 Humberto Nogueira Alcalá, *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, México, UBIJUS Editorial, 2014, p. 214. Sostiene el autor que “Si se utilizará en forma precisa el vocablo diálogo implica bidireccionalidad en oposición a monólogo y fertilización cruzada del uso del derecho, vale decir, un intercambio de argumentos de ambas partes, lo que implica necesariamente un conocimiento cabal de los fallos del otro, dicho diálogo no necesariamente implica siempre acuerdos en enfoques y soluciones, sino que también implica reconocer diferencias contextuales, orgánicas y normativas. Dicho diálogo implicará migración de principios o razonamientos considerados válidos de un Tribunal a otro, como ha ido ocurriendo, por ejemplo, con el principio o postulado de proporcionalidad, como asimismo, de contenido esencial de los derechos, para señalar solamente algunos ejemplos de diseminación de principios que han sido asumidos por prácticamente todas las jurisdicciones constitucionales, aunque no necesariamente se explicita formalmente el haber asumido tal perspectiva. Dicho diálogo entre jueces y tribunales implica una forma de intercambio directo de argumentos entre jueces y cortes en el ejercicio de su función jurisdiccional, integrándose en las relaciones entre las jurisdicciones de los diversos tribunales y cortes. El diálogo jurisdiccional constituye así el procedimiento a través del cual diversos tribunales intercambian razonamientos, interpretaciones y soluciones adoptadas frente a diversos problemas que deben resolver jurisdiccionalmente”.
- 20 Javier García Roca, “La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo”, *op. cit.*, p. 75. Esta indeterminación, sostienen los autores, “posee la ventaja –y el inconveniente– de su tremenda flexibilidad para describir los nuevos fenómenos, pero puede producir el riesgo de debilitar el rigor en la construcción propio de la metodología jurídica y de la teoría del ordenamiento y acabar por difuminar algunas de sus categorías, pues no se caracteriza por albergar excesivas preocupaciones por la construcción teórica”.

Los análisis del intercambio de las orientaciones jurisprudenciales que se pueden deducir del llamado “diálogo de los Tribunales” y la verificación del recurso que los tribunales hacen al Derecho extranjero y a la comparación son un dato recurrente en los años recientes. La doctrina jurídica está intentando desde hace tiempo poner orden y dar sistematicidad a las intervenciones de la jurisprudencia en la actuación del Derecho existente que se desprende de tratados y constituciones y en la superación de las lagunas que se presentan cuando el Derecho escrito no consigue responder a las exigencias sociales (...) A este propósito es inevitable constatar que en el panorama de las investigaciones publicadas en todo el mundo se repite con insistencia el término diálogo para describir el fenómeno en cuestión (...).²¹

Precisado lo anterior, debemos comenzar reconociendo que un sector de la doctrina ha reconocido que el fenómeno de la transjudicial communication, descrito en el apartado anterior, no necesariamente implica la existencia de un diálogo jurisprudencial, sino que para que este último ocurra se requiere de un conjunto de presupuestos necesarios para su configuración; a este respecto resulta relevante la postura crítica de Giuseppe de Vergottini para quien, solamente en hipótesis limitadas, es correcto hablar de diálogo, mientras que en la mayoría de los casos resulta impropio reconducir al diálogo un supuesto recurso a la comparación.²²

Para el autor citado debe partirse de la diferencia entre los fenómenos de la influencia y la interacción, en relación con la cual se sostiene que mientras la primera es unidireccional, la segunda implica una plausible reciprocidad y por tanto solo a partir de la interacción

21 Giuseppe de Vergottini, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Madrid, Cuadernos Civitas, 2010, p. 33.

22 *Ibid.*, p. 40.

parece sensato recurrir al concepto de diálogo.²³ Con base en esto, el autor sostiene que solo es posible hablar de un diálogo entre tribunales convencionales y estatales.

En un ordenamiento internacional regional resulta inevitable la búsqueda de un equilibrio entre las competencias de intervención atribuidas a los órganos de la entidad interestatal de nueva creación y los órganos de los propios Estados que la componen. Un tribunal supranacional debe tener en cuenta a la hora de adoptar sus pronunciamientos las atribuciones residuales de los órganos estatales, mientras que, por su parte, los tribunales de los Estados miembros deben hacer lo propio a la vista de lo atribuido a los órganos de la entidad internacional. Se establecen de esta manera, de forma inevitable, acuerdos entre los dos órdenes judiciales. Y se produce así una verdadera interacción entre tribunales. La experiencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, más también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nos lo confirma.

(...)

Si en las relaciones entre los tribunales convencionales y los estatales resulta posible extraer la vigencia de un principio fundamental de colaboración que implica una constante interacción que permitiría hablar apropiadamente de diálogo, no puede afirmarse lo mismo por el contrario en el caso de las relaciones entre tribunales estatales de nivel parejo. Aquí solo puede constatarse la presencia de una influencia de la jurisprudencia de tribunales dotados de particular prestigio.²⁴

23 *Ibid.* p. 43

24 Giuseppe Vergottini, "El diálogo entre tribunales", en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García, (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 483-484 y 486.

Una postura diversa, aunque no totalmente contraria, a la sostenida por Vergottini es la expuesta por Ayala Corao, quien a pesar de que sigue en gran parte lo expuesto por el autor italiano llega a la conclusión de que sí existe un diálogo jurisprudencial entre tribunales de un mismo nivel estatal como son los tribunales constitucionales. Para ello, el autor deja de lado el “principio fundamental de colaboración” al que Vergottini da la mayor importancia y se enfoca en el efecto útil de la cita y recepción de la jurisprudencia. En este sentido, el autor sostiene:

Ahora bien, independientemente de las clasificaciones posibles, el hecho de que un tribunal simplemente haga referencia o cite de alguna manera la jurisprudencia de otro tribunal, no constituye un diálogo jurisprudencial. Este ocurre solamente cuando el tribunal receptor de la jurisprudencia la analiza razonadamente (*reasoning*), y explica y aplica su significado y alcance en la decisión del caso (*ratio decidendi*)

(...)

De tal manera que para que haya un diálogo jurisprudencial, la cita y la recepción de la jurisprudencia deben tener un *efecto útil*, es decir, pertinente e idóneo, para que guarde coherencia con la argumentación del fallo...²⁵

El autor citado justifica la existencia de un diálogo entre tribunales constitucionales del mismo nivel en el hecho de que si bien “a primera vista la recepción de una jurisprudencia constitucional por otro tri-

25 Carlos Ayala Corao, *op. cit.* pp.2-4. A partir de lo anterior el autor concluye que el diálogo jurisprudencial, “aunque de distinta naturaleza, puede tener lugar: (1) entre tribunales de un mismo nivel estatal como son los tribunales constitucionales nacionales; (2) entre el TEDH y la Corte IDH; (3) entre el TEDH y los tribunales constitucionales europeos y (4) entre la Corte IDH y los tribunales americanos”. Las cursivas son del texto original.

bunal constitucionales pareciera un acto comparatista espontáneo”,²⁶ se ha observado que el constitucionalismo democrático comparte una comunidad de valores comunes que justifica y hasta exige ese diálogo. Desde este punto de vista, aún y cuando en el caso de los tribunales nacionales se trata de una jurisprudencia “extranjera”, “tanto las normas constitucionales como los principios que subyacen en ellas justifican la búsqueda y la ponderación de soluciones debidamente razonadas a problemas comunes”.²⁷

Por su parte, para Humberto Nogueira Alcalá “el diálogo transjudicial implica libertad, apertura, equilibrio, persuasión, ausencia de visión hegemónica”, es decir, para el autor solo son auténticos diálogos los que no se desarrollan en el contexto de un vínculo jurídico nacional o internacional,²⁸ a este respecto el autor sostiene lo siguiente:

Los diálogos o comunicaciones transjudiciales horizontales son los auténticos, son aquellos que se desarrollan entre tribunales de un mismo nivel, donde el diálogo es libre y espontáneo, de uso voluntario, actúan por persuasión, ya que no deriva de ninguna obligación jurídica internacional ni constitucional, lo que se facilita cuando se participa de una identidad cultural, de compartir un mismo sistema jurídico y del desarrollo de comunes métodos de razonamiento jurídico, de una identidad con el Estado constitucional democrático (...)²⁹

En el mismo sentido se ha pronunciado Lucio Pegoraro cuando sostiene que:

El uso del Derecho Internacional o Europeo pone en evidencia un problema de circulación “vertical” de la actividad interpretativa,

26 *Ibid.* p. 5.

27 *Id.*

28 Humberto Nogueira Alcalá, *op. cit.*, p. 214.

29 *Ibid.* 215.

porque frecuentemente, aunque no siempre, cuando un Juez nacional lo usa lo hace solo porque debe hacerlo, en cuanto que debe resolver problemas de compatibilidad entre diversas normas. Se trata de un uso *ratione imperii*, coesencial a su actividad no haciendo ni más, ni menos que cuando usa la Constitución nacional para detectar una contradicción entre la misma y una fuente subordinada, o cuando resuelve conflictos de competencia entre normas de distintos ordenamientos sobre la base de una *lex superior*. Se trata entonces de un monólogo, pero no sucede así, cuando el juez, sea nacional o internacional (o europeo), no está obligado a citar y a usar material de un ordenamiento distinto; en resumen, cuando la circulación es horizontal (así por ej.: entre la Corte interamericana y las Cortes europeas), o cuando una Corte usa el derecho extranjero porque quiere y no porque debe.³⁰

Para Vergottini, por el contrario, la presencia de una influencia de la jurisprudencia de tribunales dotados de particular prestigio es el resultado del clima cultural, derivado de la vigencia de los tratados internacionales sobre derechos y de la jurisprudencia de los tribunales internacionales.³¹ A partir de lo anterior el autor concluye que la influencia entre tribunales nacionales es:

30 Lucio Pegoraro, “Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García, (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, op. cit., pp. 62-63.

31 Giuseppe Vergottini, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, op. cit., pp. 63-65. Este clima cultural, sostiene el autor, “significa poner el acento en la comunión de valores de referencia que fundamentan el núcleo esencial de las constituciones, que caracteriza desde hace algún tiempo la situación de las relaciones que afectan a una parte eminente de la comunidad internacional, o en la universalización del Derecho constitucional, entendida bien como redescubrimiento de una especie de Derecho natural vigente prescindiendo del reconocimiento asegurado por los ordenamientos positivos, bien como extensión de las cartas internacionales de derechos, de las constituciones y de la introducción de sistemas de control de constitucionalidad confiados a determinados jueces”.

Una situación que evidentemente no ha surgido en los últimos tiempos, como consecuencia de la formación de un nuevo clima cultural tras la superación de encasillamientos ideológicos. En realidad, existe desde mucho tiempo atrás por la inevitable y natural atracción que tienen determinados sistemas jurídicos, que tienen la fuerza de manifestarse como modelos merecedores no solo de atención sino también de imitación. En estos casos estaríamos ante una influencia meramente unidireccional no apareciendo en modo alguno la interacción que es, en suma, la esencial del diálogo.³²

Desde nuestra perspectiva, consideramos que asiste la razón a este autor italiano en cuanto a que resulta difícil sostener la existencia de un diálogo jurisprudencial entre tribunales nacionales de un mismo nivel, sin embargo, consideramos que para la existencia del diálogo jurisprudencial se deben surtir tanto el presupuesto colaborativo que implica la interacción a que hace referencia Vergottini, como el efecto útil³³ del uso de la jurisprudencia de una corte supranacional por parte de un tribunal nacional y viceversa referido por Ayala Corao.³⁴

32 Giuseppe Vergottini, "El diálogo entre tribunales", *op. cit.*, p. 487.

33 Este ejercicio de razonamiento sostiene el autor, "debe llevarse a cabo siempre, no solamente cuando la solución dada por el juez coincida con la jurisprudencia citada, sino igualmente cuando se utilice para llenar "vacíos" de normas de contorno impreciso. De esta forma, el diálogo jurisprudencial también opera como un control a la arbitrariedad judicial, cuando so pretexto de pretender legitimarse con fluidas citas comparadas e internacionales, termine arribando a una solución injusta, incoherente, contradictoria, irrazonable o desproporcionada. De allí que la legitimidad de las sentencias se verifica en su razonamiento. La confrontación con sus propios antecedentes que debe hacer el tribunal que recibe la jurisprudencia, a través de un proceso de argumentación, es la que va a permitir el verdadero diálogo jurisprudencial (dialogical interpretation). De esta forma, la jurisprudencia "recibida" produce una verdadera "fertilización" en la jurisprudencia del tribunal "receptor" (cross fertilization), en Carlos Ayala Corao, *op. cit.* p. 3.

34 No se trata, sostiene Ayala Corao, "de monólogos ni tampoco de meros ejercicios comparatistas o de erudición de jurisprudencia. Tampoco se trata de una influencia por si misma sobre otro; ni de la cita que a veces hacen algunos tribunales para tratar de darle un manto de autoridad o legitimidad a sus sentencias, sin que se razone la *ratio* de la decisión optada". *Ibid.* pp.2-3.

En relación con lo expuesto por Nogueira y Pegoraro, dichos autores pasan por alto que aún y cuando la “verticalidad” conlleve una obligación de tomar en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal, en el contexto del “diálogo jurisprudencial” dicha obligación no implica necesariamente ajustarse al sentido del criterio sostenido por dicho tribunal en su jurisprudencia, siendo que como lo sostiene Laurence Burgogues-Larsen “el diálogo induce tanto el acuerdo como la oposición, tanto la contradicción o la discordia como el acuerdo, la concordia o la aprobación.”³⁵

Desde una perspectiva contextual, Bustos Gisbert ha definido el diálogo jurisprudencial como la comunicación entre tribunales derivada de una obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio derecho. Y, por tanto, concluye el autor, “el diálogo es un tipo de comunicación obligatoria entre tribunales porque actúan en un contexto de pluralismo constitucional”,³⁶ tema que se desarrollará en el siguiente apartado y donde se demostrará que en el caso de México nos encontramos precisamente en el contexto de un pluralismo constitucional en relación con el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

Precisado lo anterior, y a fin de delimitar el concepto de diálogo jurisprudencial, podemos concluir que este existirá, en el caso de México, cuando los jueces constitucionales y convencionales tomen en cuenta, con efecto útil, la jurisprudencia de la CoIDH, para aplicar el propio Derecho.

35 Laurence Burgogues-Larsen, “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial” en Alejandro Saiz Arnaiz y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, (coord.) *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, México, Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 30.

36 Rafael Bustos Gisbert, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García, (coord.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, op. cit., p. 176.

2.3 TIPOLOGÍAS DE LA COMUNICACIÓN TRANSJUDICIAL Y EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

El diálogo jurisprudencial no ha escapado a los esfuerzos doctrinales de elaborar una tipología de sus manifestaciones en el plano fenomenológico; en consecuencia y dada su utilidad para efectos de precisar el tipo de diálogo jurisprudencial objeto de la presente investigación, estimamos necesario considerar lo observado por la profesora Anne-Marie Slaughter, quien elabora su tipología desde las perspectivas geométricas de grado de reciprocidad y de funciones, así como por la profesora Laurence Burgogue-Larsen, quien elabora su tipología a partir de la libertad con que se desarrolla el diálogo jurisprudencial.

2.3.1 *Tipología de Slaughter*

FORMAS DE COMUNICACIÓN TRANSJUDICIAL

Para la profesora de la Universidad de Harvard, Anne-Marie Slaughter, la geometría de las comunicaciones transjudiciales varía de acuerdo con estatus nacional o supranacional de los tribunales participantes en el diálogo. Para la autora existen tres distintas formas de diálogo: horizontal, vertical y vertical-horizontal.³⁷

a. *Comunicación horizontal*

La comunicación horizontal tiene lugar entre cortes (nacionales o supranacionales) del mismo nivel jerárquico. En este tipo de comunicación los tribunales no se encuentran formalmente obligados a seguir o siquiera a tomar en cuenta la jurisprudencia de las otras cortes,³⁸ sino que se recurre a ella por simpatía, por reconocimiento de mayor experiencia y por uso de razonamientos a los cuales se les reconoce cierta autoridad o legitimidad que refuerzan las decisiones propias.³⁹

37 Anne-Marie Slaughter, *op. cit.* p.103.

38 *Id.*

39 Humberto Nogueira Alcalá, *op. cit.*, p. 209.

b. *Comunicación vertical*

Este tipo de comunicación tiene lugar entre tribunales nacionales y supranacionales. La forma más desarrollada de esta forma de comunicación surge en el contexto de tratados internacionales que establecen un tribunal supranacional con una jurisdicción especializada que se superpone a los tribunales de los países miembros de dicho tratado. El marco estructural dentro del cual dichos tribunales operan establece una relación entre ellos y las cortes de los estados cuyas obligaciones vigilan. Más aún, la efectividad práctica de los tribunales supranacionales dependerá en buena medida del grado con que los tribunales nacionales tomen en cuenta sus decisiones.⁴⁰

c. *Comunicación vertical-horizontal*

Finalmente, para la profesora Slaughter las formas vertical y horizontal de comunicación transjudicial antes descritas pueden combinarse de distintas maneras. En primer lugar, un tribunal supranacional puede servir como conducto para una comunicación horizontal. La autora pone como ejemplo a los Estados parte en la Convención Europea de Derechos Humanos cuyas regulaciones nacionales son exportadas a través de la CEDH.⁴¹

Una segunda variante de este tipo de comunicación asume la presencia de principios legales comunes en los órdenes nacionales que pueden ser extraídos y diseminados por un tribunal supranacional. En esta concepción el tribunal supranacional actúa menos como un

40 Anne-Marie Slaughter, *op. cit.*, pp. 106-107.

41 *Ibid.* p. 112. La autora cita a Polakiewicz y Jacob Foltzer quienes sostienen que “domestic courts have gradually abandoned their reserved attitude with regard to the Convention. We are witnessing the beginning of a true dialogue between the European Human Rights Court and national jurisdiction whereby principles like the proportionality test that have been developed in certain national legal orders are taken up by the European Court of Human Rights and later accepted in other countries as part of a common European standard”.

conducto de las diversas experiencias nacionales y toma la función de extraer un conjunto de principios universales que pueden ser comunicados posteriormente a las cortes nacionales a través de procedimientos judiciales.⁴²

GRADOS DE RECIPROCIDAD

Una segunda clasificación propuesta por la profesora Slaughter atiende al grado de reciprocidad manifestado por los tribunales dialogantes, los cuales distingue en diálogo directo, monólogo y diálogo intermediado.

a. Diálogo directo

Para la autora este tipo representa un genuino diálogo en el que la comunicación entre dos tribunales es efectivamente iniciada por uno y respondida por el otro. La diferencia principal entre este tipo de diálogo y otras formas de comunicación transjudicial es que ambos participantes están conscientes de con quién están interactuando y que ambos están dispuestos a tomar en cuenta la respuesta del otro.⁴³

b. Monólogo

Existirá un monólogo en el sentido de que una corte cuyas ideas o conclusiones son tomadas por cortes extranjeras, ya sea nacionales o supranacionales, las cuales no son participantes conscientes en una conversación recíproca. La corte original puede tener una idea de que sus puntos de vista tienen una audiencia foránea, sin embargo, la capacidad de comunicarse con cortes extranjeras depende de la iniciativa de dichas cortes.⁴⁴

42 *Ibid.* pp. 112-113.

43 *Ibid.* p. 113.

44 *Id.*

c. Diálogo intermediado

Para ejemplificar este tipo de diálogo la autora apela al existente entre las cortes de los Estados parte en la Convención Europea de Derechos Humanos, en el cual la CEDH opera efectivamente como un intermediario entre las cortes nacionales. Este tipo de diálogo se acerca por un lado a un monólogo, en la medida que la corte originaria no tiene control sobre la diseminación de sus ideas. Por otro lado, la CEDH conscientemente lleva a cabo dicha diseminación, con una audiencia específica de cortes nacionales y gobiernos.⁴⁵

FUNCIONES

La tercera tipología propuesta por la profesora Slaughter atiende a las diversas funciones que las comunicaciones transjudiciales desempeñan. Algunas de estas funciones son fácilmente discernibles del resto de las formas de comunicación mientras que otras requieren un análisis del contexto en el que dichas comunicaciones tienen lugar.⁴⁶

a. Mejorar la efectividad de los tribunales supranacionales

En relación con este punto, la autora sostiene que los tribunales supranacionales pueden usar la comunicación transjudicial para fortalecer su efectividad al convencer a tribunales nacionales de seguir sus determinaciones. Siguiendo a Mancini, la autora sugiere que el diálogo con las cortes nacionales es una de las pocas herramientas con las que cuenta un tribunal supranacional a su disposición. El resultado de dicho diálogo puede tener un propósito didáctico o tener un esfuerzo estratégico de acceder a un público en particular. Es, sin embargo, una conversación entre cortes con el propósito de fortalecer la autoridad de la corte supranacional.⁴⁷

45 *Id.*

46 *Ibid.* p. 114.

47 *Ibid.* pp. 115-116.

b. Asegurar y promover la aceptación de obligaciones internacionales recíprocas
El aumento de la efectividad de un tribunal supranacional fortalecerá el régimen internacional que dicho tribunal está encargado de hacer cumplir. La comunicación transjudicial de carácter horizontal puede tener un rol de promover la aceptación y efectividad de las obligaciones internacionales. En una situación en la cual un número de estados están considerando aceptar una obligación internacional particular, las referencias a la actividad de otras cortes nacionales puede actuar como una garantía. Por un lado, al mirar a las acciones de otros Estados, una corte nacional podrá asegurarse a sí misma y a su Gobierno que no podrá en desventaja a la nación en relación con otras; por otro lado, un abogado podría argumentar ante la corte que el Gobierno debe alinearse con el resto de los Gobiernos, sugiriendo la posibilidad de que sea excluido si no participa.⁴⁸

Esta función de comunicación horizontal judicial tiene un doble propósito: también puede funcionar para debilitar o al menos dificultar la aceptación de obligaciones internacionales respecto de las cuales existe evidencia de una ausencia de reciprocidad. Cuando las cortes nacionales no pueden encontrar evidencia de aceptación recíproca de las obligaciones internacionales por sus contrapartes extranjeras, ellos dudarán en poner una carga sobre su propio Gobierno.⁴⁹

c. Cross-fertilization

Este concepto es una función más general que puede acompañar a todas las otras funciones identificadas o que pueda servir como un fin en sí misma, es más difícil de dirigir, es la simple diseminación de ideas de un sistema legal nacional a otro, de un sistema legal regional a otro, o de un sistema legal internacional o regional en particular a sistemas legales nacionales. El propósito o el efecto del fenómeno del

48 *Ibid.* p. 116.

49 *Id.*

cross-fertilization puede ser el de proveer inspiración para la solución de un problema legal en particular. Alternativamente, de una manera más amplia, *cross-fertilization* puede promover el desarrollo de sistemas legales nacionales de reciente creación a través de la aceptación de cuerpos normativos extranjeros enteros.⁵⁰

La diseminación de ideas en una forma útil para los jueces es una forma de comunicación transjudicial que requiere poca dirección o enfoque. Así como la metáfora del *cross-fertilization* sugiere la corte de origen de las reglas legales o principios en cuestión, las proyecta a los vientos internacionales sin conocimiento o interés de cuál será su destino. Ni la corte emisora ni la corte receptora se encuentran ligadas por un tratado o por ninguna otra forma de vínculo formal.⁵¹

Una *cross-fertilization* pura a través de la comunicación transjudicial es probablemente muy difícil de rastrear. Si la corte receptora busca solamente ideas o inspiración de cortes extranjeras no tendrá ningún incentivo en reconocerle crédito a la fuente de dichas ideas en su opinión. Por el contrario, el orgullo personal y nacional podría darle al juez toda clase de incentivos para adoptar una línea de razonamiento como propia.⁵²

La evidencia de influencias intelectuales extranjeras en la cita directa o comparación de una decisión extranjera es probable que refleje algo más que una simple *cross-fertilization*. En estos casos la evidencia de que una corte extranjera ha llegado a la misma conclusión aparentemente tiene un valor independiente, llevando a la corte receptora no solo a tomar prestada una idea, sino a difundir su fuente. De hecho, la corte receptora puede llegar a la misma conclusión o formular el mismo razonamiento independiente y, sin embargo, buscar y citar evidencias de que cortes de otros países comparten el razonamiento.⁵³

50 *Ibid.* pp. 117-118.

51 *Id.*

52 *Id.*

53 *Ibid.* pp, 118-119.

d. Resaltar la persuasión, autoridad y legitimidad de una decisión individual

Independientemente de que una corte receptora haya tomado una idea o una solución legal de una decisión extranjera, la cita de dicha decisión será el reflejo de la intención calculada por parte de la corte receptora de evidenciar la existencia de un soporte extranjero o de razonamientos similares para fortalecer su propia decisión. Ante la ausencia de una jerarquía judicial definida, tal intención puede tener diversos significados. En primer lugar, para cortes adhiriéndose a lo que los abogados americanos definen como una interpretación de la ley sumamente formalista —una visión de que la ley no es creada sino descubierta— es evidencia de que cortes alrededor del mundo han llegado a conclusiones similares ante problemas legales similares y constituiría evidencia de que la decisión en cuestión fue una correcta interpretación de la ley. En segundo lugar, para las cortes con una vista más realista de la ley —que entienden la indeterminación potencial de la ley y aun así están comprometidos con la necesidad de persuadir y también de obligar a los litigantes, abogados y ciudadanos en cualquier caso en particular— es la persuasión de que una decisión en particular pueda ser resaltada por una demostración de que otros han seguido el mismo camino. En tercer lugar, las tradiciones culturales e históricas pueden dotar a las decisiones de una corte extranjera en particular de autoridad o legitimidad. Las decisiones de cortes relacionadas con un poder colonial previo pueden disfrutar de este estatus después de que la relación colonial ha terminado, como en el caso de la autoridad de decisiones inglesas en el naciente sistema legal americano.⁵⁴

e. Deliberación colectiva

La quinta función de la comunicación transjudicial es el acogimiento de un proceso de deliberación colectiva judicial sobre un conjunto de problemas comunes. Pero el ejemplo más general de la deliberación

54 *Ibid.* p. 119.

judicial colectiva es más frágil y especulativo. También se encuentra limitado al dominio de los derechos humanos. La creciente inclinación de las cortes nacionales y regionales de seguir la jurisprudencia de la CEDH —así como la cita de las decisiones de la CEDH por las cortes de Zimbabue y por la CoIDH— sugiere el reconocimiento de la existencia de un conjunto de problemas en materia de derechos humanos que deben ser resueltos por las cortes alrededor del mundo en forma dialogada. Este reconocimiento proviene de la idea de la universalidad de los derechos humanos imbuida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La premisa de la universalidad, sin embargo, no reconoce a un tribunal con autoridad universal para interpretar y aplicar estos derechos. La deliberación judicial colectiva a través del reconocimiento del uso de decisiones obtenidas de otros tribunales de derechos humanos enmarca un proceso universal de deliberación y decisión judicial.⁵⁵

2.3.2 Tipología de Burgorgue-Larsen

DIÁLOGO REGULADO O CONCERTADO

Este tipo de diálogo se inserta en el sistema jurídico y cobra la apariencia de verticalidad, en la medida en que se materializa entre un juez internacional y un juez interno.⁵⁶ Deriva de una serie de reglas procesales o de obligaciones internacionales que disminuyen la libertad del juez nacional al incitarle a dialogar con el juez supranacional. Para la autora, en el contexto de la Unión Europea, el mecanismo del reenvío prejudicial es revelador de un diálogo regulado por excelencia.⁵⁷

55 *Ibid.* pp. 119 y 121-122.

56 Laurence Burgorgue-Larsen, *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, *op. cit.* p. 114.

57 Laurence Burgorgue-Larsen, “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, *op. cit.*, p. 32.

DIÁLOGO INTEGRADO

Dentro del diálogo regulado, la autora también hace mención del diálogo integrado, que se encuentra organizado de tal manera que lleve a la vigencia y efectividad de la integración europea; en este punto también aduce como ejemplo el mecanismo del reenvío prejudicial.⁵⁸

DIÁLOGO CONVENCIONAL

Se encuentra igualmente dentro del llamado diálogo regulado y es aquél que, sin tomar un canal procesal equivalente al mecanismo prejudicial, se manifiesta entre los tribunales supranacionales y los nacionales que tienen que actuar como jueces convencionales. En este caso, sostiene la autora, el diálogo será más o menos conflictivo según sean los órdenes constitucionales, los hábitos jurisdiccionales y la configuración sociológica de los órdenes judiciales.⁵⁹

DIÁLOGO ESPONTÁNEO

Este tipo de diálogo no deriva de una obligación internacional como tal, sino que, a menudo, es la manifestación de la existencia de una multitud variada de obligaciones invisibles; el juez, se sostiene, está aprisionado por lazos múltiples que no puede ignorar al razonar su fallo y al momento de adoptarlo de manera definitiva.⁶⁰

2.4. GLOBALIZACIÓN, UNIVERSALIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS Y PLURALISMO CONSTITUCIONAL COMO PRESUPUESTOS PARA EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

2.4.1. *Globalización y diálogo jurisprudencial*

Los fenómenos de la globalización⁶¹ y la postmodernidad han venido a

58 *Id.*

59 *Id.*

60 *Id.*

61 Para David Held la globalización “connota la ampliación e intensificación de relaciones sociales,

producir, entre otros efectos de muy diversa índole, un mayor debilitamiento de la racionalidad positiva que fundamenta la teoría jurídica de la modernidad; y con ello, el derrumbamiento de algunos de sus conceptos jurídicos fundamentales, ahora vacíos de contenido, que ya no representan la facticidad que hoy fluye en el mundo de la vida y lo social.⁶²

Ante la incertidumbre que generan todos estos cambios, no pocos juristas, olvidando la necesidad de verdades universales, solo bajo ciertas situaciones y en ciertos valores que protegen y estimulan el desarrollo de los derechos humanos, apelan a la defensa del nacionalismo y el derecho patrio para tratar de hacer valer el viejo utillaje del positivismo jurídico.⁶³ Otros más hablan de la necesidad de un cambio de paradigma para comprender todas estas transformaciones; pero, paradójicamente, los resultados de sus deliberaciones muestran el sello de la matriz epistemológica del positivismo, por lo que, sin desconocer sus serios intentos, los avances en cuanto a los elementos que la estructura del diálogo jurisprudencial requiere son exiguos. En relación con lo anterior Manuel Atienza ha sostenido lo siguiente:

económicas y políticas a través de regiones y continentes. Es un fenómeno multidimensional que abarca muchos procesos diferentes y opera en múltiples escalas temporales". Véase David Held, "¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política", en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, (comps.), *Estado constitucional y globalización*, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2003, p. 33

62 Desde el punto de vista teórico, concretamente desde la perspectiva de la hermenéutica filosófica, el diálogo judicial, el cual históricamente emerge en los contextos de la postmodernidad (o hipermodernidad) y el capitalismo avanzado que trajo consigo la globalización económica, tiene la estructura de un diálogo racional, y, por ende, de un diálogo hermenéutico. Véase Efrén Vázquez Esquivel y Jaime Fernando Cienfuegos Sordo, *op. cit.*, p. 11.

63 A este respecto Brito Melgarejo ha sostenido que "la integración de la justicia constitucional al proceso dialógico no ha sido inmediata y esto se debe quizá a la tensión que existió entre la comparación constitucional y la tradición del derecho público del Estado nacional, con su gran número de categorías y aparatos dogmáticos formados en el ámbito impenetrable y exclusivo de la estatalidad. El positivismo que dominó durante el siglo XIX y parte del XX generó una serie de obstáculos a la comparación en el ámbito jurisdiccional, pues se creía que la labor del juez se limitaba a la realización de un simple silogismo jurídico. Por lo tanto, el derecho extranjero solo se aplicaba cuando la *lex fori* reenviaba a un ordenamiento extranjero para la solución de una determinada controversia". Rodrigo Brito Melgarejo, *El diálogo entre tribunales constitucionales*, México, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2011, núm. 49, pp. 10-11.

La línea de desarrollo de los derechos que representa la globalización parece ir en contra de una concepción positivista del derecho. El derecho, me parece, tiende a configurarse y a verse por sus operadores no tanto, o no solo, como un sistema, como un conjunto de normas preexistentes, sino más bien como una práctica, como un procedimiento o un método para conciliar intereses, resolver conflictos, etc. Ello supone una cierta difuminación de los límites de lo jurídico y una nueva manera de entender la función de la ciencia, de la teoría, del derecho: no se trata tanto de describir un objeto (de manera más o menos abstracta) que está ya completamente determinado, cuanto de partir de ahí (de ciertos materiales previamente existentes) y mostrar cómo pueden usarse para operar en esa práctica y lograr determinados objetivos.⁶⁴

En este sentido, para que el diálogo jurisprudencial sea tal, se tiene que incorporar la reelaboración conceptual de los últimos tiempos. Desde nuestro punto de vista, los conceptos jurídicos que más han sido afectados por la internacionalización de la producción y la liberalización de mercancías, bienes y servicios, que ha traído consigo la globalización económica,⁶⁵ con apoyo del nuevo conservadurismo ideológico postmoderno que se anuncia como el fin de las ideologías creándose así un nuevo orden que traspasa las fronteras de los países, son los conceptos de: soberanía, el cual ahora se determina preponderantemente por el mercado;⁶⁶ el de fuentes del derecho, antes de-

64 Manuel Atienza, "Constitucionalismo, globalización y derecho", en Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, (ed.), *El canon neoconstitucional*, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2010, pp. 276-277

65 Efrén Vázquez Esquivel y Jaime Fernando Cienfuegos Sordo, *op. cit.*, p. 12.

66 Luigi Ferrajoli. "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global", en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez, (comp.) *Estado constitucional y globalización*, *op. cit.*, pp. 313-324; Sobre la influencia del mercado en la determinación de un nuevo concepto de soberanía que traspasa las fronteras, y, a la vez, genera condiciones para la sustitución del Estado social por

terminado solo por factores del ámbito territorial;⁶⁷ y el de norma suprema como concepto fundante básico y dador único de sentido y validez de una multiplicidad de normas, pertenecientes a un determinado sistema jurídico.⁶⁸

Por las razones que se expondrán más adelante, todos estos cambios históricos que ha traído el nuevo orden económico al Derecho son favorables a la elevación de la cultura jurídica de la comunidad internacional. Pues han venido a impactar positiva y considerablemente en el ámbito de la función jurisdiccional, en razón de que los órganos encargados de la impartición de justicia se ven compelidos a tomar en cuenta en sus decisiones las directrices normativas e interpretativas trazadas por organismos supranacionales, principalmente en materia de protección de derechos humanos, con lo cual, al dotar a las decisiones judiciales de un mayor índice de racionalidad jurídica, se amaina un poco la crisis del positivismo jurídico que se sigue viendo en la comunidad jurídica internacional.⁶⁹

En consecuencia, la globalización económica que se despliega en el Estado neoliberal no solo ha incentivado el aludido conservadurismo ideológico que envuelve a la actividad comercial dependiente del mundo de la técnica,⁷⁰ sino que además ha estimulado el desarrollo de

el Estado mínimo, fundado en la lógica de una nueva teoría contractualista individualista, véase Lucian Kern y Hans Peter Müller, *La justicia: ¿Discurso o mercado? Los nuevos enfoques de la teoría contractualista*, trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Editorial Gedisa, 1992, pp. 208 y ss.

67 Miguel Carbonell, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, Editorial Porrúa, 2008, pp. 188 y ss.

68 Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 16a. ed., México, Editorial Porrúa, 2009, pp. 202 y ss.

69 Véase Efrén Vázquez Esquivel y Jaime Fernando Cienfuegos Sordo, *op. cit.*, p. 13.

70 Como sostiene Efrén Vázquez Esquivel, de este tema los que se ocupan: economistas, politólogos, sociólogos y filósofos, (abundan los estudios sobre el tipo de prácticas discursivas del neoliberalismo económico, usadas para la manipulación político-ideológica, lo mismo que sobre el debate postmodernidad versus hipermodernidad). Los economistas y politólogos han tratado de comprender y explicar las grandes contradicciones de los modelos de integración regional, los cuales paradójicamente abren las fronteras a la circulación de mercancías, bienes y servicio y, al mismo tiempo, sin consideración alguna de violaciones a los derechos humanos, las cierran a la libre circulación de personas que luchan por su subsistencia. En *Id.*

la ciencia jurídica. Lo que prueba que, históricamente, en los procesos de globalización no solo se intercambian mercancías y servicios profesionales, sino también ideas. En el caso que nos ocupa, la globalización económica, relacionada con los ya mencionados fenómenos, ha traído consigo el replanteamiento de los conceptos de derecho y justicia desde una perspectiva global y universal. Es decir, tomando en consideración, para la reformulación de estos conceptos por medio de un diálogo racional, elementos de las diversas tradiciones de la comunidad internacional.

Para aquellos que les concierne la constitución, sostiene Zagrebelsky, “la globalización puede ser definida como la condición por el que acontecimientos lejanos, y cadenas causales del más variado género, producen consecuencias sobre la protección local de los bienes constitucionales y viceversa”.⁷¹ Por su parte, para Cossío Díaz las funciones de la globalización para el constitucionalismo son las siguientes:

Primeramente, está el relativo a que la globalización le sirve al constitucionalismo como vehículo de transmisión. Como se dijo, uno de los pilares más fuertes del constitucionalismo radica en el supuesto de que el mismo es moralmente correcto en tanto reivindica la dignidad del hombre. Si ello es así, sus sostenedores no pueden sino pretender que esa idea o visión se expanda a lo largo del mundo, de manera que en todos los órdenes jurídicos se llegue a garantizarla. Esta visión requiere, entonces, que el constitucionalismo no sea considerado como la mera emanación de los contenidos de un orden concreto (en particular de su Constitución, sino de un modo mucho más ambicioso, como el supuesto en el cual descansan los

71 Gustavo Zagrebelsky, “El juez constitucional del siglo XXI”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2008, núm. 10, julio-diciembre, p.257. Como la condición, sostiene el autor, por el que la disciplina local (o la ausencia de disciplina) de bienes constitucionales en un lugar produce consecuencias en otros lugares lejanos. “Lejanos significa más allá del confines de la validez y eficacia de la constitución y fuera del alcance de los poderes reguladores de que disponen las sociedades que los padecen”.

órdenes modernos, sea esto a nivel nacional o internacional. ¿Cómo llevar a cabo la transmisión de las ideas propias del constitucionalismo sin que ello resulte sospechoso o parezca un resultado más de la occidentalización del mundo? En primer lugar, utilizando con plenitud sus propios supuestos en cuanto a la posición del hombre, la naturalidad de sus contenidos, la dialéctica de sus postulados, etcétera; en segundo lugar, insertándolo dentro de la dinámica de la globalización, al punto de hacerlo aparecer dentro de la inevitabilidad que esta última conlleva. Al plantearse en este segundo plano, la globalización no tiene que imponer el contexto expansionista de su discurso, sino que debido a que este último le sirve a aquella, aprovecha el contexto que ya tiene construida la globalización, y a partir de él, logra la suya propia.⁷²

Es en el contexto de la globalización de naturaleza económica y de la posmodernidad (o hipermodernidad), de naturaleza cultural, ideológica, política y filosófica —vinculados estos dos fenómenos con el de la regulación jurídica internacional de la postguerra que dio origen en 1945 a la Declaración Universal de los Derechos Humanos— en el que, en la segunda mitad de los años noventa, aparecen los primeros estudios sobre la práctica del derecho constitucional global. Estudios en los que, como refiere Tania Groppi, se reflexiona sobre el creciente rol que desempeñan los jueces constitucionales como protagonistas de la vehiculación-jurídica-conceptual transfronteriza, haciendo ver el uso de “argumentos asistemáticos, esto es, la referencia, cada vez más frecuente en sus decisiones judiciales, al Derecho internacional o extranjero, comprendidas las decisiones de otras cortes constitucionales”.⁷³

72 José Ramón Cossío Díaz, “Constitucionalismo y globalización”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (comp.) *Estado constitucional y globalización*, op. cit., pp. 237-238.

73 Tania Groppi, “¿Bottom up globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las Cortes Constitucionales” en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, 2011, Núm. 16, julio-diciembre, p. 216.

De manera más precisa, el diálogo jurisprudencial en la práctica de los operadores jurídicos ha tenido sus primeros escauceos de manera particular en la protección de los derechos humanos por parte de los organismos supranacionales a raíz del tráfico comercial que se produce con la celebración del Tratado de la Unión Europea el 1 de noviembre de 1993. El desarrollo de un *ius commune* europeo⁷⁴ y últimamente la búsqueda de un *ius commune* en América Latina es uno de los subproductos de la apertura comercial y el pluralismo cultural, moral y político de los diversos países que integran la aldea global. El *ius commune* ha requerido de los operadores jurídicos, principalmente de los jueces, un cambio de actitud para aceptar e incorporar en sus razonamientos, esgrimidos en sus decisiones judiciales, ciertos valores de la esfera de lo jurídico y precedentes de otros sistemas jurídicos. Todo esto como parte del desempeño de la función jurisdiccional, realizada ahora a la luz de un nuevo constitucionalismo (o neoconstitucionalismo), que ofrece mejores posibilidades para el logro de la realización de justicia constitucional.⁷⁵

El nuevo constitucionalismo del mundo globalizado o régimen constitucional-pluralista se caracteriza por la ausencia de la tradicional norma última claramente identificable y con ello, además, por la no existencia de una jurisdicción última para resolver la cuestión. En esta tesitura, para Rafael Bustos Gisbert, en una Constitución pluralista es

74 Para la profesora Laurence Burgogues-Larsen “la construcción, el desarrollo y el fortalecimiento del llamado “constitucionalismo europeo” o “derecho constitucional europeo” se desarrolla sobre todo mediante un diálogo judicial con una multitud de “actores” jurisdiccionales —las jurisdicciones nacionales (de los jueces “ordinarios” a los jueces constitucionales) y, por supuesto, no se puede ignorar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que da lugar a un entramado sumamente variado de relaciones. El constitucionalismo europeo es sobre todo “dialogado”, lo que permite, entre otras cosas, superar las barreras, los retrasos de la integración generada por revisiones caóticas de los tratados. Cualquiera que sea el enfoque tomado por la construcción política de la integración europea, el diálogo judicial sigue siendo activo, fortaleciendo sentencia tras sentencia, la existencia de unas reglas comunes de *ejercicio del poder y de protección de los derechos fundamentales*”. Laurence Burgogues-Larsen, “La formación de un derecho constitucional europeo a través del diálogo judicial”, *op. cit.*, pp. 30-31.

75 Efrén Vázquez Esquivel y Jaime Fernando Cienfuegos Sordo, *op. cit.*, p. 16.

requisito de congruencia que no puede haber autoridad última dotada de un poder exclusivo de imperio, delimitada por el ámbito territorial, sino más bien “una red de autoridades últimas”.⁷⁶

Se faltaría al principio de congruencia con la exigencia de una norma última en el nuevo constitucionalismo. Lo exigible sería, de acuerdo con la lógica de la globalización que analiza Bustos Gisbert, “una red de normas últimas”, y, como consecuencia de lo anterior, de acuerdo al autor citado, tampoco puede haber una jurisdicción última, “sino una red de jurisdicciones y las soluciones a los conflictos de tales redes aun compartiendo un mismo sentido serán diferentes siempre que no sea posible alcanzar una solución de síntesis válida para todos los órdenes constitucionales en disputa”.⁷⁷

Cabe señalar como ejemplo de este fenómeno, la inserción de las llamadas cláusulas de apertura en los actuales textos constitucionales, como la contenida en el artículo 1º de la CPEUM, lo cual ha traído como resultado una transformación en la tradición de sistemas de fuentes del derecho fundadas en el positivismo jurídico, a lo que también nos hemos referido. En virtud de que la teoría jurídica de la modernidad ha perdido su fuerza explicativa, las fuentes del derecho piden ser pensadas de nuevo.

A este respecto estimamos que con la RCDH se da un paso adelante a lo que Augusto Martín de la Vega ha denominado “los nuevos contextos del constitucionalismo”,⁷⁸ respecto de los cuales la Teoría de la Constitución es (o debería ser), siguiendo a Gomes Canotilho,

76 Rafael Bustos Gisbert señala que “el panorama constitucional es radicalmente diferente del que ha sido objeto de la teoría constitucional clásica. La norma constitucional nacional ha dejado de ser inmune frente a las normas extraestatales [...]” Rafael Bustos Gisbert, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2012, núm 52, pp.13 y 49-50.

77 *Ibid.* p. 50

78 Augusto Martín de la Vega, “En torno a la teoría de la Constitución y los nuevos contextos del constitucionalismo”, en *Estudios de Deusto*, México, núm. 2, vol. 64, julio-diciembre de 2016, en: <file:///Users/jaimecienfuegos/Downloads/363-1066-1-PB.pdf>, fecha de consulta: 15 de enero de 2017.

“una instancia crítica de las soluciones constituyentes consagradas en las normas constitucionales y como filtro de racionalización de los presupuestos del intérprete de las normas constitucionales”.⁷⁹ Uno de estos contextos es la denominada crisis del Estado social y la globalización, a partir del cual nos encontraríamos también ante una crisis del Estado nacional que se manifiesta en el cambio de los lugares de la soberanía, en la alteración del sistema de fuentes y, según Augusto Martín de la Vega, un debilitamiento del constitucionalismo.⁸⁰

Asimismo, Peter Häberle sostiene que la ideología que preconiza el monopolio del Estado en materia de fuentes jurídicas termina por serle al Estado constitucional un concepto tanto más ajeno cuanto más próximo esté del propio concepto de “Estado constitucional cooperativo”, puesto que este no adopta ya ninguna posición preponderante de monopolio, ni de jurisdicción, ni de exégesis jurídica, sino que va abriéndose de forma progresiva a procedimientos jurídicos internacionales y a la interpretación de la normativa jurídica efectuada a nivel internacional o supraestatal.⁸¹

Ahora bien, para los estudiosos del Derecho constitucional, inscritos en cualquiera de las vertientes del neoconstitucionalismo, todos estos cambios que afectan el plexo de valores en que se fundamenta la teoría jurídica de la modernidad, dando origen desde los primeros años de la década de los setenta del siglo pasado a la pluralidad de la razón y con esta al surgimiento de un pluralismo cultural, jurídico y político significan un desarrollo de la ciencia jurídica. Pues el campo teórico de una ciencia cualquiera solo florece cuando da en qué pensar meditativa y cuantitativamente; cuando su utillaje teórico posibilita identificar problemas y problematizar,

79 José Joaquim Gomes Canotilho, *Teoría de la constitución*, Madrid, Editorial Dykinson, 2004, p.18-19.

80 Manuel Augusto Martín de la Vega, *op. cit.*, p. 5-8.

81 Peter Häberle, *Pluralismo y Constitución, Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Madrid, Tecnos, 2002, p.288.

encarar fenoménicamente la vida y las cosas que tienen que ver con el sentido de lo humano.⁸²

De esta forma queda claro que bajo ninguna circunstancia las prácticas jurisprudenciales se han visto deterioradas por los fenómenos de la globalización y la hipermodernidad, vinculados, como dijimos, al fenómeno de la regulación jurídica internacional de la postguerra; al contrario, estos cambios generan nuevos problemas teóricos, estimulan el pesar meditativo y, con ello, se ha dado un paso más en la evolución del Estado constitucional de derecho, que exige una permutación en las prácticas llevadas a cabo por los actores jurídicos, entre los cuales los jueces ocupan un lugar preponderante.⁸³

En este contexto, el diálogo jurisprudencial es, hasta ahora, el mejor medio para diluir tensiones entre distintas jurisdicciones, para producir confianza a los distintos actores de la aldea global, y para dotar a las decisiones judiciales un índice superior de racionalidad jurídica.⁸⁴

2.4.2. *Universalidad de los derechos humanos y diálogo jurisprudencial*

La universalidad de los derechos, sostiene Gregorio Peces-Barba, implica hablar de tres cosas diferentes, aunque relacionadas en su raíz, más precisamente implica hablar de dicho concepto desde tres perspectivas distintas: 1) lógica o racional, 2) temporal y 3) espacial:

Si nos situamos en el plano lógico, por universalidad hacemos referencia a una titularidad de los derechos que se adscriben a todos los

82 Efrén Vázquez Esquivel y Jaime Fernando Cienfuegos Sordo, *op. cit.*, p. 17.

83 Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 2010, p. 29.

84 Sostiene Rafael Bustos Gisbert que “Las tensiones entre lugares constitucionales no se resuelven tanto con la imposición de posturas sobre otras, cuanto mediante procedimientos de diálogo conducentes a soluciones mutuamente satisfactorias para todas las instancias interpretativas (y para los textos que tales instancias acatan e interpretan) implicadas”. El mismo autor hace referencia a la experiencia europea en donde existen sedes de interpretación diversas y cada una supremas respecto de sus propias tablas de derechos, que si bien no resulta idéntica sí es similar a la que actualmente se vive en el orden jurídico mexicano. Rafael Bustos Gisbert, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, *op. cit.* pp.110-111.

seres humanos. Sus rasgos son la racionalidad y la abstracción, congruentes con esa titularidad de todos los hombres. Si nos situamos en el plano temporal, la universalidad de los derechos supone que tienen un carácter racional y abstracto al margen del tiempo y válidos para cualquier momento de la historia. Si, por fin nos situamos en el plano espacial por universalidad entendemos la extensión de la cultura de los derechos humanos a todas las sociedades políticas sin excepción. Es evidente que la primera noción es el núcleo central de la que teóricamente arrancan las raíces de las demás, sin embargo, tanto por los intereses y problemas implicados como por las perspectivas de aproximación que suponen, cada una de ellas exige esta delimitación conceptual.⁸⁵

Para efectos de la presente investigación se resaltarán principalmente el plano lógico o racional y el plano espacial, ya que de suyo son aquellos que trascienden a la necesidad de un diálogo jurisprudencial toda vez que, como lo sostiene el citado autor, desde el punto de vista de los tipos de reflexión que suscitan cada uno de los enfoques, la universalidad racional se plantea en la discusión sobre el fundamento y el concepto de los derechos humanos y la espacial en el proceso de internacionalización de los derechos.⁸⁶

Precisado lo anterior, debemos partir de la concepción de los derechos humanos como derechos subjetivos y siguiendo la doctrina de Luigi Ferrajoli como aquellos “derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar”;⁸⁷ a

85 Gregorio Peces-Barba Martínez, “La universalidad de los derechos humanos”, *Doxa*, núm. 15-16, Universidad de Alicante, 1994, pp. 614-615. En https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10645/1/doxa15-16_30.pdf, (Documento web), Fecha de consulta: 16 de enero de 2017.

86 *Ibid.* p. 617

87 Para Ferrajoli, el “carácter formal de la definición no impide que sea suficiente para identificar en los derechos fundamentales la base de la igualdad jurídica. En efecto, gracias a esto la universalidad expresada por la cuantificación universal de los (tipos de sujetos) que de tales derechos son

partir de dicha caracterización de los derechos humanos como derechos universales, es que estos mismos pueden extenderse sin distinción a todos los seres humanos y a todos los rincones del planeta,⁸⁸ es decir, encuentra su justificación desde los planos racional y espacial.

Ahora bien, tal como lo plantean Sandra Serrano y Luis Daniel Vázquez, en tanto derechos subjetivos, los derechos humanos constituyen expectativas formadas en todas las personas con relación a la acción u omisión de otras personas o entes de carácter público o privado “respecto a ciertos bienes primarios constitutivos de lo que se considera dignidad humana”.⁸⁹ Derivado de lo anterior debe concluirse que no todos los derechos subjetivos son derechos humanos, “sino solo aquellas pretensiones constitutivas de los bienes primarios socialmente reconocidos como elementos básicos de la dignidad humana”.⁹⁰

La idea de universalidad hasta aquí planteada, en tanto derechos subjetivos que corresponden a todos los seres humanos, implica para un sector de la doctrina que debemos sustraer a los derechos humanos del ámbito del sistema jurídico positivo o de lo contrario tendríamos que aceptar que los derechos dependen del sistema jurídico en el que vivan sus titulares. A este respecto Francisco Laporta sostiene

titulares viene a configurarse como un rasgo estructural de estos, que como veremos comporta el carácter inalienable e indisponible de los intereses sustanciales en que los mismos consisten. Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 19. Para el propio autor, desde una perspectiva de filosofía política normativa, que enuncia el deber ser externo del derecho positivo “los derechos fundamentales deberían estar anclados en la condición de persona y/o de capaz de obrar, y no ya en la ciudadanía: una categoría que un constitucionalismo global debería dejar atrás junto con la de soberanía estatal” en Luigi Ferrajoli, *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2009, p. 120.

88 Miguel Carbonell, “Los derechos en la era de la globalización”, en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (comp.) *Estado constitucional y globalización*, op. cit., p. 327.

89 Luis Daniel Vázquez y Sandra Serrano, “Los principios de universalidad, interdependencia, progresividad. Apuntes para su aplicación práctica” en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2012, pp. 137 y 138.

90 *Ibid.* p. 138.

... Hay una imposibilidad conceptual de afirmar simultáneamente que los derechos humanos son universales y que son producto del orden jurídico positivo, porque la condición de sujeto de un sistema jurídico excluye la noción de universalidad de que estamos hablando. A no ser, claro está, que estemos dispuestos a argumentar la existencia de un sistema jurídico positivo cuyas normas sean universales en ese sentido. Por lo que a mí respecta tal empresa parece imposible.

Parece por ello menos controvertible que ubiquemos a los derechos humanos en el ámbito de la ética, como “derechos morales” y no como “derechos legales”. Esto, naturalmente plantea a su vez un conjunto de problemas propios relativos a la dicotomía moralidad positiva/moralidad crítica, pero no voy a ocuparme de ellos aquí. Lo que me interesa ahora es presentar algunas consecuencias que para la noción de “derechos humanos” en sentido moral tiene el rasgo de “universalidad” que se predica de ellos.⁹¹

A diferencia de lo expuesto por Francisco Laporta, para Gregorio Peces-Barba la moralidad debe plantearse desde la moralidad de los derechos, es decir, desde las pretensiones justificadas que se convierten en derechos cuando se positivizan:

Para mantener la imprescindible idea de universalidad a priori hay que elevarse desde las pretensiones morales concretas que respaldan cada derecho, a la moralidad genérica que respalda al conjunto de los derechos. Quiero decir que una afirmación sobre la universalidad se puede hacer desde la moralidad de los derechos, que es la idea de dignidad humana y de los grandes valores de libertad, de igualdad, de seguridad y de solidaridad,

91 Francisco Javier Laporta San Miguel, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, núm. 04, Universidad de Alicante, 1987, pp. 32-33. En: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10897/1/Doxa4_01.pdf, (Documento web). Fecha de consulta: 30 de abril de 2020.

que de una forma u otra han estado siempre presentes en la historia de la cultura, aunque es indudable que las grandes formulaciones han aparecido principalmente, aunque no exclusivamente en la cultura europea y occidental. La universalidad se formula desde la vocación moral única de todos los hombres, que deben ser considerados como fines y no como medios y que deben tener unas condiciones de vida social que les permita libremente elegir sus planes de vida (su moralidad privada). La universalidad a priori es de esa ética pública de la modernidad que es la ética de la democracia (principios de organización del poder) y de los derechos humanos. Me parece que los objetivos que se pretenden, en relación especialmente con la universalidad espacial se consiguen con este planteamiento de la universalidad de la moralidad básica que justifica los derechos humanos, y que permite mantener su permanencia, junto con la historicidad y variabilidad de algunas pretensiones morales que fundamentan derechos, al hilo de un tiempo histórico. Lo universal de la moralidad básica de los derechos, más que los derechos mismos, al menos en esta consideración a priori. No se puede dudar que la construcción teórica de este gran edificio de la cultura que es la ética pública ilustrada, de la modernidad, tiene una vocación de universalidad que se fundamenta en los valores básicos que defiende y que arrancan de la idea de dignidad humana. Esta dignidad se expresa en que el hombre es un ser comunicativo, y social que vive en diálogo con los demás, a través del lenguaje racional, capaz de construir conceptos generales, y un ser moral y de fines que construye su propio ideal de vida, su propia moralidad privada, en convivencia con los demás. Son los valores morales que hacen posible una vida social conforme con esa dignidad humana, a través de una organización social democrática y que desarrolla esa moralidad pública en forma de principios de organización social y de derechos humanos, lo que es universal. Hablar de universalidad de los derechos humanos en ese sentido racional es sostener

la universalidad de los de esa moralidad básica que fundamenta los derechos...⁹²

No obstante, para completar la validez y eficacia jurídica de los derechos humanos se hace necesaria su positivación,⁹³ es decir las características de justificación ética y especial relevancia de los derechos humanos, “conllevan la necesidad de que sean reconocidos y garantizados por el aparato jurídico; de lo contrario solo tendrían la fuerza moral proveniente del orden normativo moral, pero no una eficaz garantía de los mismos”.⁹⁴

Esta base normativa de la universalidad de los derechos humanos encuentra su fundamento, en los diversos pactos, tratados y convenciones internacionales que existen sobre la materia y son para Miguel Carbonell el punto de partida de todas esas disposiciones, en sentido conceptual, de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, que junto con la Carta de la ONU, supone el embrión de un verdadero “constitucionalismo global”.⁹⁵ En relación con lo anterior, Norberto Bobbio sostiene lo siguiente:

Con la Declaración de 1948 comienza una tercera y última fase en la que la afirmación de los derechos es a la vez universal y positiva: universal en el sentido de que destinatarios de los principios allí contenidos no son ya solamente los ciudadanos de tal o cual Estado, sino todos los hombres; positiva en el sentido de que pone en marcha un

92 Gregorio Peces-Barba Martínez, *op. cit.* pp. 624-625.

93 Juan N. Silva Meza y Fernando Silva García, *Derechos fundamentales*, Editorial Porrúa, México, 2013, pp. 53-54. Para los autores universalidad y positivación, que suponen diferencias de contenido y de destinatarios de los derechos en cada sistema jurídico nacional, no son precisamente términos fáciles de integrar. La soberanía estatal se ha considerado contradictoria con la idea de universalidad de los derechos. Parte de la crisis del estatuto teórico de los derechos fundamentales radica en el reduccionismo positivista de su fundamento.

94 Luis Daniel Vázquez y Sandra Serrano, *op. cit.*, p. 139.

95 Miguel Carbonell, “Los derechos en la era de la globalización”, *op. cit.*, p. 328.

proceso en cuya culminación los derechos humanos no solo serían proclamados o idealmente reconocidos, sino efectivamente protegidos incluso contra el propio Estado que los viola. En la culminación de este proceso, los derechos del ciudadano se habrán transformado realmente, positivamente, en los derechos del hombre. O al menos serán los derechos del ciudadano de aquella ciudad que no conoce confines, porque comprende a toda la humanidad o, en otras palabras, serán los derechos del hombre en cuanto derechos del ciudadano del mundo.⁹⁶

Frente a la idea de la universalidad de los derechos, la crítica ha planteado que al ser los derechos humanos el resultado de una visión de la vida occidental, eurocéntrica incluso⁹⁷ al pretender que solamente los valores de algunas personas sean considerados universales, se generan procesos de hegemonía o de dominación y colonización simple y llana”,⁹⁸ es decir que la universalidad de los derechos se combate desde el llamado relativismo cultural y el nacionalismo,⁹⁹ cuyos postulados

96 Norberto Bobbio, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991, p.68. Para Lech Garlicki “the only way to organize the development of human rights is to place it within the international cooperation of states –the ultimate consecration of which are international treaties on human rights–. Those treaties are, by definition, of a multilateral nature and their aim is to involve all potential addresses, i.e. all states that belong to the system governed by a particular treaty. And the ultimate level of globalization of human rights is expressed by multilateral treaties adopted at worldwide levels”. Lech Garlicki, “Conferencia introductoria: Universalism v. Regionalism? The role of the supranational dialog” en Javier García Roca (ed.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de Derechos Humanos*, op. cit. p. 28.

97 Miguel Carbonell, “Los derechos en la era de la globalización”, op. cit. p. 328.

98 Luis Daniel Vázquez y Sandra Serrano, op. cit., p. 142. Para los autores “incluso la influencia socialista, que se puede observar en los derechos económicos y sociales, no escapa de los cánones con que se piensa al ser humano y a la humanidad provenientes de la Ilustración y la modernidad propia de Occidente”.

99 Gregorio Peces-Barba Martínez, op. cit., pp. 620-621. El autor cita a Levy Strauss quien “acusará a la humanidad de instalarse en la monocultura y afirma tajantemente que “ninguna fracción de la humanidad dispone de fórmulas aplicables al conjunto y que una humanidad confundida en un género de vida único es concebible porque sería una humanidad cosificada...”. En *Race et histoire* continuará su planteamiento “No hay y no puede haber una civilización mundial en el sentido absoluto que se concede a ese término, pues la civilización implica la coexistencia de culturas que ofrecen el máximo de diversidades entre sí”.

parten de que ante la existencia de un pluralismo cultural que puede no estar de acuerdo en los bienes primarios que merecen ser considerados universales, no solo es cuestionable el concepto de universalidad en sí mismo, sino también las distintas formas de construir la idea de vida buena o, planteado en otros términos “si el objetivo de los derechos humanos es la vida digna, el contenido y significado de ello pueden ser cosas muy distintas para personas que pertenecen a contextos diferentes”.¹⁰⁰

Frente a la postura previamente expuesta, un sector de la doctrina señala la necesidad de trascender a las posiciones antagónicas entre una universalidad absoluta de los derechos humanos y el relativismo cultural,¹⁰¹ presentando en su lugar la necesidad de desarrollar diálogos interculturales que permitan “nutrir las propias posiciones, pero sin por ello renunciar a unos estándares mínimos que rijan la convivencia de todas las personas”.¹⁰² Sustentando esta tesis, Boaventura de Sousa expone lo siguiente:

100 Luis Daniel Vázquez y Sandra Serrano, *op. cit.*, p.142. No debe pasarse por alto lo expuesto por Vergottini cuando sostiene que “resulta obvio cotejar que la hipótesis del diálogo no adopta una perspectiva universal, sino que por la propia fuerza de las cosas queda circunscrita a los ordenamientos de inspiración liberal. En realidad, es fácil observar que todas las veces que la literatura jurídica habla de diálogos cita ejemplos que provienen de tribunales pertenecientes a países que se inspiran en principios liberales y de organizaciones internacionales regionales de las que forman parte esos mismos”. En Giuseppe de Vergottini, “El diálogo entre tribunales”, *op. cit.*, p. 483.

101 Para Javier de Lucas en cualquier caso se trata de evitar dos extremos, “de un lado, el modelo pretendidamente universalista, pero que en realidad responde al imperialismo de una cultura dominante proyectada e impuesta como universal, aunque sea bajo la apariencia de una concepción abstracta y por encima de circunstancias de tiempo o lugar. De otro lado, el modelo pretendidamente multicultural basado en la primacía de la comunidad cerrada (ligado en muchos supuestos a ideologías nacionalistas) que erige su propia tradición como única válida y así cortocircuita el diálogo, pues no hay sociedad multicultural –para ser exactos, intercultural–, sino muchas sociedades aisladas, cada una con su propia cultura”. Javier de Lucas, “Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos. (A propósito de la crítica del relativismo ético y cultural)”, en: *Derechos y Libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Madrid, núm. 3, 1994, pp. 276-277. En: <https://core.ac.uk/download/pdf/29398581.pdf>, (Documento web), Fecha de consulta: 19 de enero de 2017.

102 Miguel Carbonell, “Los derechos en la era de la globalización”, *op. cit.*, p. 329.

Contra el universalismo, debemos proponer diálogos interculturales sobre preocupaciones isomórficas. Contra el relativismo debemos desarrollar criterios procedimentales interculturales para distinguir las políticas progresistas de las reaccionarias, el apoderamiento del desapoderamiento, la emancipación de la regulación. No se debe defender el universalismo ni el relativismo, sino más bien el cosmopolitismo, es decir, la globalización de las preocupaciones morales y políticas y las luchas contra la opresión y sufrimiento humano.¹⁰³

En relación con el debate entre universalidad y relativismo cultural debe destacarse la observación hecha por Miguel Carbonell en el sentido de que no siempre ni necesariamente el relativismo cultural y la falta de compromisos claros con la visión occidental de los derechos sirve para proteger a las comunidades tradicionales y a los pueblos indígenas, en la actualidad son las empresas transnacionales las que más se benefician de las carencias reales en la universalidad de los derechos al buscar, para la producción de bienes, países pobres en los que la normatividad en materia laboral y ecológica es poco avanzada. Concluye el autor lo siguiente:

En este contexto, los derechos deben servir con (*sic*) un parámetro mundial de desempeño de gobiernos y particulares, sin que sea posible que bajo la excusa del relativismo ético se lleguen a justificar tremendas violaciones a la dignidad humana, pero sin que los derechos puedan tampoco servir de coartada para las llamadas guerras humanitarias... La tradición occidental de los derechos debe seguir manteniendo una apertura a nuevas posturas o conceptos

103 Boaventura de Sousa Santos, "Universalismo, contextualización cultural y cosmopolitismo", en Héctor C. Silveira Gorski, (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 273. Del mismo autor, *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la posmodernidad*, Bogotá, Uniandes, Siglo del Hombre Editores, 1998.

que provengan de distintas coordenadas ideológicas, religiosas y políticas...¹⁰⁴

Por su parte, Vázquez y Serrano proponen entender la universalidad de los derechos humanos no como una práctica totalizadora que ignore las diferencias y excluya las distintas ideas sobre la vida digna, sino que debe entenderse como un proceso de “contaminación, nutrición y renovación de los derechos humanos producto de su propia expansión a diferentes culturas, ideas y manifestaciones de la opresión”.¹⁰⁵

Es precisamente en este contexto en el que se desenvuelve el diálogo jurisprudencial que a través de la interacción entre tribunales de distintas jurisdicciones tiene como resultado un enriquecimiento mutuo en la construcción de soluciones equivalentes acordes a los principios universales del derecho democrático,¹⁰⁶ lo que convierte a la universalidad no solo en basamento del diálogo como lo propone Javier García Roca, sino también en un fin.¹⁰⁷ Tal como lo sostienen Girardi, Robl y De Limas;

Dialogues and perspectives on protections systems should take into account the premise of universality –and not the uniformity– of human rights. It is about the American and European contexts that the present study intends to focus. Although not ignoring existence of values that not all communities recognize as valid, there is, in this post-1948 sense, the identification, according to our common ori-

104 Miguel Carbonell “Los derechos en la era de la globalización” *op. cit.*, p. 329.

105 Luis Daniel y Sandra Serrano, “Los principios de universalidad, interdependencia, progresividad. Apuntes para su aplicación práctica” en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, *op. cit.*, p. 143.

106 Carlos Ayala Corao, *op. cit.* p.52. Sostiene el autor que el diálogo jurisprudencial no sería posible “sin un mundo conectado en línea, que facilita la divulgación del conocimiento de la labor de los tribunales y por tanto los intercambios activos. Pero en realidad, este intercambio se fundamenta en una sólida base de un *ius comune universalis* o derecho común universal que bien nos recuerda al derecho de gentes y al propio derecho natural”.

107 Javier García Roca, *op. cit.*, p. 71.

gin, of a shared axiological code. This is the basis of the universalist discourse rooted on the respect of human dignity through basic universal values. Dialogues in this tone rhyme with the understanding of the other and recognition of difference. The different systems interact, putting difference to light and bringing the need for communicative action on behalf of the pro persona clause.¹⁰⁸

Derivado de lo anterior, queda clara la estrecha relación entre la idea de universalidad de los derechos humanos y diálogo jurisprudencial, ya que por un lado la interacción de los tribunales de distintas jurisdicciones parte de la premisa de que los derechos humanos son aplicables a todas las personas independientemente del espacio; por otro lado, dicha universalidad, en tanto proceso de mayor reconocimiento de un mismo estándar de protección de los derechos humanos,¹⁰⁹ también se desarrolla a través de la aplicación jurisprudencial de los derechos humanos utilizando la interpretación realizada por otras instancias protectoras de dichos derechos.

2.4. PLURALISMO CONSTITUCIONAL Y DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

Por pluralismo constitucional podemos entender, siguiendo a Bustos Gisbert, “aquella situación en la que existen, al menos, dos constituciones, cada una reconocida como válida, pero sin que ninguna reconozca a la otra como fuente de su validez”,¹¹⁰ siendo este el contexto en el que

108 Girardi Fachin *et al.* “The inter-american and european context of human rights protection; a brief comparative analysis of regional court’s decisions” en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, Curitiba, vol. 61, No. 3, set./dez. 2016, p. 70.

109 Lech Garlicki, *op. cit.*, pp. 27-28

110 La definición de Bustos Gisbert sigue la de Niel MacCormick quien establece que “Where there is a plurality of institutional normative orders, each with a functioning constitution (at least in the sense of a body of higher-order norms establishing and conditioning relevant governmental powers), it is possible that each acknowledge the legitimacy of every other within its own sphere, while none asserts

puede desarrollarse el diálogo jurisprudencial”.¹¹¹ Esta concepción pluralista del ordenamiento jurídico internacional “concibe como solución

or acknowledge constitutional superiority over another” Neil MacCormick, *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European commonwealth*, Oxford, 1999, p. 104; Rafael Bustos Gisbert, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, op. cit. p.14. Para Walker existen tres dimensiones de la aspiración constitucionalista: 1) explicativa, 2) normativa y 3) epistémica. a este respecto el autor sostiene lo siguiente: “first, and perhaps less controversially, there is an explanatory claim. On this view, we can only begin to account adequately for what is going on within the European constitutional configuration discourse and authority. As noted earlier in our critique of state-centredness, to try to explain the new emerging post-Westphalian order in one-dimensional terms, by reference to national delegation, intergovernmentalism and the traditional law of international organizations, is to try to force square pegs into round holes, and to understate the extent and distort the character of the transformation which is underway. Secondly, there is a normative claim associated with pluralism, one which acknowledges the account given by explanatory pluralism and welcomes its implications, contending that the only acceptable ethic of political responsibility for the new Europe is one that is premised upon mutual recognition and respect between national and supranational authorities. This is not to say, however, that normative pluralism necessarily follows from explanatory pluralism as it is also possible to acknowledge explanatory pluralism and respond by advocating that we either somehow “rewind” to the earlier Westphalian order of fully sovereign states, or else “fast forward” to a full-blown European state which absorbs and replaces the existing member states, in so doing retraining but simply repositioning the one-dimensional sovereigntist order. A third pluralism claim which is defended here is described as epistemic pluralism. Both explanatory and normative pluralism necessarily follow from epistemic pluralism and on that basis acquire a distinctive texture, but epistemic pluralism does not itself necessarily follow from either of the other two claims. On this view the very representation of distinct constitutional sites –EU and member states– as distinct constitutional sites implies an incommensurability of the knowledge and authority (or sovereignty) claims emanating from these sites. That is to say, it is only possible to identify the different sites as different units if we already acknowledge that the underlying symbolic work involved in representing each of these sites as units –and so also as unities– requires a different way of knowing and ordering, a different epistemic starting point and perspective with regard to each unit(y); and that so long as these different unit(ies) continue to be plausibly represented as such, there is no neutral perspective from which their distinct representational claims can be reconciled”. Neil Walker “The Idea of Constitutional Pluralism”, en *EUJ Working Paper LAW*, No, 2002/1, Italia, (Documento web) en <http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/179/law02-1.pdf?sequence=1&isAllowed=1>, pp. 27-28. Un análisis del pluralismo en el ordenamiento internacional en Luigi Ferrajoli, *Principia iuris, teoría del derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2011. Vol. II. pp. 470-475, del mismo autor, *Teoría del derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2011. Vol. I, pp. 426-427 donde sostiene que no existe una contraposición entre monismo y pluralismo cuando las normas se encuentran unificadas por una misma norma de reconocimiento, sin embargo, sostiene que el verdadero problema es el pluralismo de ordenamientos no integrados unos en otros por relaciones de grado claramente determinadas sino solo conectados por compartir órganos, fuentes o normas sobre la producción, y por lo tanto por grados más o menos elevados de federalismo.

111 Rafael Bustos Gisbert, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, op. cit., p. 176.

integradora el reconocimiento de un espacio para la discusión, la tolerancia y los reajustes recíprocos entre los diversos ordenamientos”.¹¹²

Este pluralismo constitucional se coloca frente a la posición tradicional que se funda en una concepción dualista de las relaciones entre el Derecho interno y el Derecho internacional, de raíz positivista y que se inspira en el principio jerárquico de relación de los ordenamientos jurídicos;¹¹³ respecto a esta posición tradicional, se ha sostenido que “la reflexión sobre la relación entre los distintos regímenes jurídicos tiene la dificultad de que sigue siendo concebido bajo la óptica de dos teorías concebidas en los inicios del siglo XX: el monismo y el dualismo”.¹¹⁴

112 Esta tesis, sostiene Juan Antonio Xiol Ríos “no renuncia propiamente al enfoque constitucionalista del ordenamiento internacional, sino que admite la existencia de sistemas separados que se relacionan principalmente a través de procesos de negociación fundados en la acomodación, la deferencia y el aprendizaje mutuos, y, recalca finalmente, en el reconocimiento del llamado pluralismo constitucional, que interpreta el ordenamiento global como una pluralidad de sistemas constitucionales nacionales, transnacionales y en red”. Juan Antonio, Xiol Ríos, “El diálogo entre Tribunales”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 90, Quinta Época, año 2011, p. 14, en file:///Users/jaimecienfuegos/Downloads/PJ11090.pdf, (Documento web), Fecha de consulta: 19 de enero de 2017.

113 Sostiene Juan Antonio Xiol Ríos que “la posición que podemos considerar tradicional se funda en una concepción constitucionalista del Derecho internacional, con raíces en el pensamiento kantiano, que tiene como denominador común la búsqueda de criterios de unidad fundados, (i) bien en la vertiente sustantiva, que conduce a la necesidad de respetar los principios constitucionales de la comunidad internacional, (ii) bien en la vertiente procedimental, que conduce a la necesidad de que los procesos de toma de decisiones transnacionales se estructuren de forma que quede asegurado el imperio del Derecho, concebido como Derecho de los procesos normativos (law of lawmaking)”. *Id.*

114 Para Armin von Bogdandy el monismo y el dualismo “representan, quizás, uno de los logros más destacados de una época en la que la doctrina jurídica dedicó grandes esfuerzos a la consecución de una ciencia autónoma, y revelan la grandeza y los defectos de ese paradigma clásico, usual pero erradamente denominado positivismo jurídico; un término más adecuado sería el de constructivismo jurídico. Sin embargo, continua el autor, “como teorías, el monismo y el dualismo son hoy en día insatisfactorias: sus argumentos son bastante herméticos, sus tesis centrales están poco desarrolladas, los puntos de vista opuestos son simplemente desechados por ilógicos, y sus planteamientos no se vinculan al debate teórico contemporáneo. Asimismo, como doctrinas, son igualmente insatisfactorias, así que no contribuyen a la solución de los problemas jurídicos concretos: las varias elaboraciones actuales no se diferencian en casi nada en cuanto a la respuesta jurídica que aportan respecto a cómo resolver un conflicto concreto”. Armin Von Bogdandy, “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual

En este sentido, el pluralismo parte del presupuesto de que no existe relación jerárquica entre las normas fundacionales de los sistemas jurídicos que interactúan en un mismo ámbito espacial,¹¹⁵ es decir, la adopción de la idea de pluralismo constitucional supone el cuestionamiento de la idea de supremacía como único criterio para la comprensión de las relaciones entre normas nacionales e internacionales.¹¹⁶

Ahora bien, tomando como base la distinción elaborada por Niel Walker para describir las distintas dimensiones de interconexión e interacción entre órdenes jurídicos,¹¹⁷ para Bustos Gisbert el pluralismo constitucional puede adoptar las siguientes formas:¹¹⁸

en derechos humanos: Elementos para una agenda de investigación”, en Armin Von Bogdandy, *et al.*, *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, Max Plank Institute for Comparative Public Law and International Law/Editorial Porrúa/Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, núm. 92 pp.16-17.

115 Aida Torres Pérez, “En defensa del pluralismo constitucional” en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, y Alfonso Herrera García, (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, *op. cit.*, p. 468.

116 Rafael Bustos Gisbert, *Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección supranacional de los derechos en Europa*, p. 754, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldivar, “La ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho”; Tomo IX, *Derechos Humanos y Tribunales Internacionales*; IIJ, UNAM, IMDPC, Marcial Pons, México 2008, pp. 755-756.

117 Sosteniendo el agotamiento de las teorías monista y dualista, al reconocer que la interacción entre ordenes jurídicos se observa mucho más densa, aduce que “in this new phase, the negotiation of the contested margins of the legal orders and of the various new legal forms themselves has ceased to be a marginal concern. It is hard to grasp the richness of this development with any simple taxonomy, although we may indicate, schematically, the following mutually supportive dimensions of the new post-Keynesian-Westphalian relations of interconnection and interaction. They are, in sequence, relations of institutional incorporation, system recognition, normative coordination, environmental overlap, and sympathetic consideration. These may viewed in descending order of connective intimacy and of influence on the “host” by the “foreign” system. One consequence is that each of the more intimate forms of connection necessarily embraces the less intimate, but not vice versa. So, for instance, institutional incorporation necessarily implies system recognition, normative link-age, environmental overlap, and sympathetic consideration, while each of the lesser forms of intimacy need not presuppose the higher forms”. Neil Walker, “Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders”, en *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, núms. 3-4, julio-octubre 2008, pp. 378-379. Fecha de consulta: 19 de enero de 2017.

118 Rafael Bustos Gisbert, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *op. cit.*, p. 177.

Pluralismo constitucional por incorporación institucional: En aquellos casos en que un sistema constitucional es incorporado al propio. Esta sería la situación a la que responden la Unión Europea, la Comunidad Andina o Mercosur.¹¹⁹

Pluralismo constitucional por reconocimiento sistémico: En estos casos no se trata de la aceptación de un ordenamiento por otro, sino que se adoptan como propios elementos de otro sistema jurídico para definirse a sí mismo. Siendo este el caso de los derechos humanos de ámbito transnacional, o del Derecho comercial y el Derecho criminal transnacional.¹²⁰

Pluralismo constitucional por coordinación normativa: Constituye una categoría vaga en la medida en que resulta extraordinariamente moderna e institucionalmente muy débil e incluye el efecto casi natural de confluencia entre ordenamientos jurídicos como consecuencia de la creación de sedes de encuentro y debate generadoras de directrices ampliamente compartidas por los diversos ordenamientos jurídicos. Siendo este el caso de algunas agencias o cuerpos vinculados a Naciones Unidas como la Organización Mundial de la Salud.¹²¹

Pluralismo constitucional por consideración empática: Referido a aquellos casos en los que sin existencia de ninguno de los vínculos característicos de las situaciones de pluralismo constitucional anteriores existe, sin embargo, una migración de ideas constitucionales entre ordenamientos jurídicos separados. No se trata de lo que tradicionalmente se considera Derecho comparado porque esta migración se asienta en la convicción de que existe una base común de comprensión o afinidad” en la situación de que se trate de modo que puedan tomarse planteamientos o soluciones ajenas como ideas con una gran autoridad persuasiva.¹²²

119 Javier García Roca, *op. cit.*, p. 92.

120 *Ibid.* p.93

121 *Id.*

122 *Id.* Este término describe igualmente identificación psicológica y afectiva de un sujeto con el estado de ánimo del otro.

Considerando lo hasta aquí expuesto es dable concluir que a partir de la RCDH nos encontramos en el contexto de un pluralismo por incorporación institucional, dado que, es a partir de la reforma al artículo 1º constitucional, que a los tratados internacionales en materia de derechos humanos firmados por México, se les reconoce rango constitucional, lo que tiene como consecuencia lógica el reconocimiento de que en el orden jurídico mexicano existe una pluralidad de ordenes normativos institucionales, cada uno con una constitución, entendida como cuerpo de normas de rango superior que establecen y condicionan el ejercicio del poder político, los cuales reconocen mutuamente legitimidad el uno al otro, pero sin que se afirme la supremacía de uno sobre el otro.¹²³

Ahora bien, el común denominador de estas formas de pluralismo constitucional es que “ya no puede existir, por definición, una instancia última de solución de controversias jurídicas”,¹²⁴ sino que “existirán tantas instancias como ordenamientos constitucionales estén siendo aplicados simultáneamente. No hay ya, por tanto, una clara unidad de interpretación, sino tantas unidades de interpretación como ordenamientos constitucionales componentes que de ese pluralismo reconozcamos”.¹²⁵ A este respecto Poriáres Maduro ha sostenido lo siguiente:

Usually such constitutional pluralism identifies the phenomenon of a plurality of constitutional sources which creates a context of potential constitutional conflicts between different constitutional orders to be solved in a non-hierarchical manner.¹²⁶

123 Bustos Gisbert, Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, op. cit. p.14

124 Rafael Bustos Gisbert, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, op. cit., p. 177.

125 *Id.*

126 Miguel Poriáres Maduro, “Interpreting European Law: Judicial adjudication in a context of constitutional pluralism” en *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1 No. 2, 2007, p. 137 en: <http://www.ejls.eu/2/25UK.pdf>, (Documento web), Fecha de consulta 20 de febrero de 2017.

En estos casos, sostiene Bustos Gisbert, “el diálogo se producirá cuando exista una distorsión entre los distintos órganos encargados de interpretar, con carácter supremo, sus propias normas constitucionales. Distorsión consistente en alcanzar soluciones incompatibles entre sí a idénticos problemas”.¹²⁷

Esto es, el diálogo no viene impuesto por la diversidad de soluciones, pues la idea de diversidad es consustancial a la idea de pluralismo constitucional. Sin diversidad lo que se ahogaría es precisamente ese pluralismo que se asienta, precisamente, en un proceso dinámico de convergencias y divergencias (Rosenfeld). Lo esencial es que esa diversidad no conduzca a situaciones de incompatibilidad absoluta. No se trata, pues, como en el orden interno nacional tradicionalmente entendido, de asegurar una interpretación totalmente coincidente, sino que lo buscado es un conjunto de interpretaciones mutuamente compatibles. Cuál sea el grado de diversidad tolerado (o lo que es lo mismo, cuál sea el grado de interpretación divergente que se considere compatible) dependerá de la intensidad y la naturaleza del pluralismo constitucional en que nos encontremos. Mucho más reducido en las formas “fuertes” de pluralismo constituidas por los sistemas de incorporación institucional (v. gr., Unión Europea) y por reconocimiento sistémico (v. gr., Consejo de Europa o el sistema universal de protección de derechos fundamentales) que las formas débiles de pluralismo constitucional. Pero aun en las formas fuertes la intensidad y grado de la diversidad tolerable será distinta.¹²⁸

Lo hasta aquí expuesto nos lleva a concluir que el derecho común latinoamericano en materia de derechos humanos al que México se integra más activamente a partir de la RCDH no puede ser concebido

127 Rafael Bustos Gisbert, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *op. cit.*, p. 177.

128 *Ibid.*

como un ordenamiento único, sino como “una forma de relación entre normas de varios sistemas que comparten una misma finalidad”, que se encuentra compuesto por normas internacionales como la CADH y, a la vez, por las normas nacionales con la misma vocación, como son las cláusulas de apertura o las cláusulas interpretativas, conforme a las cuales los derechos humanos deben interpretarse en armonía con los instrumentos internacionales ratificados por el país”.¹²⁹

En consecuencia, compartimos lo sostenido por Paola Acosta Alvarado cuando sostiene que un modelo viable para articular las relaciones entre los ordenamientos nacionales y el sistema interamericano de protección de derechos humanos es el pluralismo constitucional:

... hoy en día existe un diálogo interjudicial en la región que permite la articulación de una red judicial interamericana –en cuyo seno la CorteIDH funge como tribunal constitucional–, en virtud de la cual se ha conformado un *ius commune* interamericano. Esta red, además de ayudar a perfeccionar la tutela ofrecida a los individuos, facilita el ejercicio de funciones constitucionales más allá de los ordenamientos estatales y, por lo tanto, nos permite hablar, ya no solo de un modo de gobernanza multinivel, sino de un escenario de constitucionalismo multinivel que se articula gracias a un modelo de pluralismos constitucional.¹³⁰

Lo anterior implica el reconocimiento de que “la adopción de la idea de pluralismo constitucional supone la puesta en cuestión de cualquier forma de supremacía en la comprensión de las relaciones entre normas constitucionales nacionales”¹³¹ y supranacionales. De esta forma,

129 Armin Von Bogdandy, *op. cit.* p.19.

130 Paola Andrea Acosta Alvarado, “El pluralismo constitucional como respuesta los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica. Comentarios a la propuesta de René Urueña”, *Revista Derecho del Estado*, núm., 13, 2013, p. 350.

131 Rafael Bustos Gisbert, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, *op. cit.* p.18

y aplicado a nuestra investigación lo hasta aquí expuesto, es factible sostener que a través del reconocimiento de que las relaciones entre las normas constitucionales nacionales y la CADH no se guían por un criterio de jerarquía, sino por la “colaboración y complementariedad, la interconexión, la coordinación, la convergencia, el entrelazamiento de normas o por la interdependencia entre ellas, la interacción, la cooperación y el mutuo aprendizaje”;¹³² es que debe concluirse que en la experiencia constitucional mexicana, nos encontramos ante un contexto de pluralismo constitucional.

Una de las críticas a la noción del pluralismo constitucional es la aceptación de la presencia de jurisprudencias constitucionales contradictorias, característica de un ordenamiento constitucional pluralista y del diálogo jurisprudencial necesario para resolver las tensiones que surjan entre los diversos órganos jurisdiccionales ya que este tipo de posiciones, a juicio de dicho sector doctrinario, supone el abandono de todo intento de resolver la cuestión, olvidando que la función del Derecho constitucional es garantizar la seguridad jurídica y la limitación jurídica del poder.¹³³ A este respecto, Bustos Gisbert ha señalado lo siguiente:

Y es precisamente el principio de seguridad jurídica el que está más amenazado en este tipo de nuevas formas de solución de conflictos según sus críticos. Así se sostiene, quizás exageradamente, que las apelaciones al diálogo judicial esconden una ausencia absoluta de de-

132 *Ibid.* pp.18-19 Esta perspectiva se inscribe en la teoría pluralista del diálogo, misma que parte de la observación de que los diversos regímenes jurídicos e instituciones normalmente desarrollan relaciones jurídicas estables, a pesar de su independencia normativa y de los posibles conflictos. Esta posición sostiene que los conflictos graves sean más bien la excepción, ya que la regla se manifiesta en un trabajo conjunto y fructífero. Armin Von Bogdandy, *op. cit.* p.22.

133 Franz Mayer, “The European Constitution and the Courts. Adjudicating European Constitutional Law in Multilevel Systems”, *Jean Monnet Working Paper 9/03: European Integration: The new german Scholarship*. (Documento web), en: <http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/03/030901-03.pdf>, fecha de consulta: 20 de enero de 2017.

terminación de las soluciones esperables y una renuncia a la función de otorgar certeza que es irrenunciable a todo concepto de Derecho. Para sus críticos, pues, apelar al diálogo judicial para resolver conflictos jurídicos no es más que renunciar a determinar cuál es la solución, dejando abierta casi cualquier posibilidad.¹³⁴

En el Estado de derecho, el principio de seguridad jurídica se ha considerado como un límite o control (jurídico) de la actividad estatal,¹³⁵ razón por la cual algunos autores han resaltado la clara relación que existe entre los derechos fundamentales de seguridad jurídica y el concepto de Estado de derecho en sentido formal, entendido éste último como “el conjunto de “reglas del juego” –de carácter fundamentalmente procedimental– que los órganos públicos deben respetar en su organización y funcionamiento internos y, lo que quizá sea todavía más importante para la materia de los derechos fundamentales, en su relación con los ciudadanos”.¹³⁶

La relevancia de los derechos de seguridad jurídica ha quedado reflejada en su participación en la conservación o realización de los demás derechos fundamentales, de ahí su importancia desde las primeras declaraciones históricas de derechos en el mundo,¹³⁷ resultando

134 Rafael Bustos Gisbert, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *op. cit.*, p. 172.

135 Al respecto véase a Michael Núñez Torres, quien nos recuerda que la “doctrina clásica del Derecho Natural también reconoce, como fin de las instituciones jurídico-políticas, la seguridad, en cuanto garantice la paz e impida uno de los principales peligros a los que puede enfrentarse una sociedad: la anomia” en Michael Núñez Torres, *La capacidad legislativa del gobierno desde el concepto de institución. El paradigma Venezuela y España*, México, Porrúa, 2006, pp.96-97.

136 Miguel Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa, UNAM, CNDH, 2012, p. 585.

137 Al respecto Jorge Carpizo explica que la finalidad de los derechos de seguridad jurídica es la de “proteger la realización de la libertad y de la igualdad; son el instrumento protector por medio del cual se reglamentó la observancia de la igualdad y la libertad. En las primeras declaraciones históricas, pero sobre todo en los antecedentes que señalé a esas declaraciones, los derechos de seguridad jurídica son los más importantes, porque presuponian la existencia de los derechos de libertad e igualdad y los querían asegurar”. Jorge Carpizo, *La Constitución Mexicana de 1917*.

ejemplificativo de lo antes dicho el artículo 8° de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1793, conforme al cual “la seguridad consiste en la protección otorgada por la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de sus persona, de sus derechos y de sus propiedades.”

Para Pérez Luño, el principio de seguridad jurídica se concreta a través de dos dimensiones, una de carácter objetivo y una de carácter subjetivo, las cuáles explica en los siguientes términos:

La seguridad jurídica es un valor estrechamente ligado a los Estados de Derecho que se concreta en exigencias objetivas de: corrección estructural (formulación adecuada de las normas del ordenamiento jurídico) y corrección funcional (cumplimiento del Derecho por sus destinatarios y especialmente por los órganos de su aplicación). Junto a esa dimensión objetiva, la seguridad jurídica presenta, en su acepción “subjetiva”, encarnada por la certeza del Derecho, como la proyección en las situaciones personales de las garantías estructurales y funcionales de la seguridad objetiva.¹³⁸

En cuanto a la vertiente subjetiva antes mencionada, se debe considerar lo expuesto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia en México al establecer que el principio de seguridad jurídica “lo que tutela es que el gobernado jamás se encuentre en una situación de incertidumbre jurídica y, por tanto, en estado de indefensión. En ese sentido, el contenido esencial de dicho principio radica en “saber a qué atenerse” respecto de la regulación normativa prevista en la ley y a la actuación de la autoridad”.¹³⁹

Longevidad casi centenaria, México, Editorial Porrúa, 2013, p. 336.

138 Antonio Pérez Luño, “Seguridad jurídica” en Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 483.

139 Tesis 1a./J. 139/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XVI, tomo 1, enero de 2013, p. 437.

En la misma línea de pensamiento, el Tribunal Constitucional español ha elaborado una doctrina en relación al principio de seguridad jurídica reconocido por el artículo 9.3 de la Constitución española de 1978, conforme a dicha doctrina el principio en comento debe entenderse como “la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando la claridad y no la confusión normativa” (STC 101/2013 de 23 de abril), el mismo órgano jurisdiccional ha considerado que dicha certeza debe ser entendida “como previsibilidad sobre los efectos de su aplicación” (STC 150/1990 de 4 de octubre).

De las anteriores consideraciones, podríamos concluir que el principio de seguridad jurídica en su vertiente subjetiva puede ser entendido como la percepción de certeza que deben tener los gobernados en su relación con el Estado, es decir, la existencia de “expectativas de comportamiento estatalmente sancionadas”¹⁴⁰ que implican para los gobernados la posibilidad de “organizar su conducta presente y programar expectativas para su actuación jurídica futura bajo pautas razonables de previsibilidad”,¹⁴¹ evitando a su vez que las instituciones que monopolizan el poder lo usen en forma arbitraria.¹⁴²

Ahora bien, en el ámbito jurisdiccional, el principio de seguridad jurídica “exige decisiones que resulten consistentes en el marco del orden jurídico vigente”;¹⁴³ lo anterior con la finalidad de evitar una libertad absoluta del juez, que pudiera mantener a los gobernados en un estado de incertidumbre jurídica en su relación con dichos órganos jurisdiccionales y al mismo tiempo evitar la arbitrariedad que pudiera derivar de la falta de límites a la actividad judicial.

140 Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2010, p. 267.

141 Antonio E. Pérez Luño, “Seguridad jurídica”, *op. cit.*, p. 484.

142 Michael Núñez Torres, *La capacidad legislativa del gobierno desde el concepto de institución. El paradigma Venezuela y España*, *op. cit.*, p. 97.

143 Jürgen Habermas, *op. cit.* p. 267.

Con el triunfo de la Revolución francesa, la función de limitar la arbitrariedad de los jueces recayó en la ley,¹⁴⁴ situación que encuentra justificación en el papel que dichos funcionarios ejercieron al servicio del Antiguo Régimen,¹⁴⁵ basta recordar las célebres palabras de Montesquieu en su obra *Del espíritu de las leyes*, conforme a las cuales los jueces no son otra cosa que “la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”.¹⁴⁶ Esta concepción de la labor judicial tenía por finalidad privar de un componente volitivo las decisiones judiciales, reduciendo la labor judicial a un mero acto cognoscitivo, consistente “en encontrar el mandato que la ley contiene y aplicarlo mediante un acto que no deja lugar a la creación, sino que está predeterminado legalmente en todos sus extremos”.¹⁴⁷

144 Para Carlos de Cabo Martín al considerarse como leyes “los Decretos del cuerpo legislativo en cuanto expresión de la voluntad general” la Constitución francesa de 1791 apunta “los dos supuestos políticos de ese nuevo Derecho revolucionario: en primer lugar, que la ley es la expresión de la voluntad general y, en segundo lugar, que esta voluntad general se forma y expresa únicamente a través del cuerpo legislativo. De esta manera, al entenderse que la abstracta soberanía (nacional) se concreta a través del Parlamento, se introduce un elemento absolutista, al desaparecer los demás centros de poder y productivos de Derecho ante el pleno poder que ahora se unifica en el legislador, pero que se configura como garantía de libertad al suprimirse la posibilidad de la arbitrariedad, pues ni siquiera el juez puede resolver de otra manera que no sea sometándose a la ley por aquél establecida”, en Carlos de Cabo Martín, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000, pp.30-31.

145 Como lo explica Fioravanti, “la revolución no puede ni quiere conceder un papel garantizador importante a los jueces, porque aparte de la experiencia histórica del Estado absoluto que la condena a ver a los jueces o como funcionarios del Estado, o como enemigos de la unidad política de la nación en el caso de que estos, como herederos de privilegios aristocráticos, hubiesen querido independizarse de la voluntad política soberana hasta el punto de poderla contestar eficazmente” en Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Trotta, 2009, p.72.

146 Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, México, Editorial Porrúa, 2010, p.151

147 Ignacio de Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Editorial Ariel, 1987, p.288. En palabras de Carré de Malberg “Una decisión de un administrador, la sentencia de un tribunal, sin duda engendran un estado de derecho con respecto a las personas sobre las que aquellas se pronuncian. Sin embargo, se consideraba que dichas decisiones no daban lugar a normas creadoras de Derecho, no creaban un Derecho nuevo, dado que el Derecho elaborado por estas autoridades subalternas se hallaba ya contenido en el ordenamiento jurídico preexistente; este es elaborado en virtud de principios establecidos por las leyes vigentes o de poderes que el administrador y el juez extraen de

Posteriormente, con la crisis del positivismo jurídico,¹⁴⁸ los postulados de la llamada teoría cognitiva de la interpretación, entendida como la creencia de que todo texto normativo admite una interpretación verdadera o que todo sistema jurídico es necesariamente completo y coherente, han resultado insatisfactorios para dar cuenta de las exigencias del Estado constitucional de derecho.¹⁴⁹ Sin embargo, tal como lo recuerda Ignacio de Otto, el reconocimiento de un margen de libertad en la función jurisdiccional no da lugar a una libertad absoluta, sino que por el contrario “se demuestra la necesidad de que el Estado democrático de Derecho desarrolle al máximo los mecanismos correctores de esa libertad”,¹⁵⁰ es en esta coyuntura donde encuentra cabida esa norma jurídica denominada jurisprudencia que se constituye en “regla de aplicación del derecho”¹⁵¹ cuyo objetivo sea la de uniformar criterios a fin de generar seguridad jurídica.¹⁵²

Esta contribución a la generación de seguridad jurídica a través de la jurisprudencia, en su calidad de norma jurídica creada a partir de la reiteración de decisiones judiciales, puede explicarse conforme al prin-

la legislación preestablecida”, en Raymond Carré de Malberg, *La ley, expresión de la voluntad general. Estudio sobre el concepto de ley en la Constitución de 1875*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 31.

148 Para Tron Petit y Ortiz Reyes “con la crisis del positivismo, la emergencia de los derechos humanos, desde el subsuelo de la conciencia social, se sentaron las premisas del tránsito de un Estado de derecho a un Estado constitucional de derecho, que al enuclear sobre los derechos humanos la actuación de un sistema de valores y principios constitucionales, confirió al ordenamiento jurídico fundamental de una eficacia normativa inmediatamente vinculatoria para sus destinatarios: poderes e individuos. El Estado constitucional de derecho y su interpretación, deconstruyeron el altar consagrado a la ley formal, reemplazándolos por el nuevo ídolo de la justicia material”. Jean Claude Tron Petit y Gabriel Ortiz Reyes, *La nulidad de los actos administrativos*, México, Porrúa, 2009, p. 200.

149 Para Luigi Ferrajoli, el Estado constitucional de derecho conlleva la alteración en diversos planos del modelo positivista clásico que, en el plano de la teoría de la interpretación y la aplicación de la ley, “incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley” en Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. *op. cit.*, p. 29.

150 Ignacio de Otto y Pardo, *op. cit.* p. 290.

151 *Ibid.* pp. 288-290.

152 Carlos de Silva “La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho”, en Rodolfo Vázquez, (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 1998. p.140.

cipio de la universalidad¹⁵³ de la premisa normativa como requisito necesario para la justificación de una decisión judicial, de acuerdo al cual se puede afirmar que una decisión satisface el requisito de universalidad si dicha decisión tiene implicaciones hacia el futuro, es decir que “la universalidad presupone el compromiso de resolver del mismo modo todos los casos iguales al que se ha decidido”,¹⁵⁴ dicho compromiso generador de seguridad jurídica en la actividad jurisdiccional constituye el elemento conforme al cual un particular podría razonablemente prever el contenido de una resolución judicial.¹⁵⁵

Por su parte, el tema en estudio también debe considerar la cuestión relativa a la organización judicial de cada Estado, ya que la obligatoriedad de la jurisprudencia se extrae de las sentencias de los tribunales superiores, tales como las salas superiores de los Poderes Judiciales o, en su caso, al Tribunal Constitucional; quienes, en su calidad de órganos de cierre de un determinado ordenamiento jurídico, tendrán la tarea de unificar los criterios emitidos por los órganos jurisdiccionales inferiores en aras de salvaguardar el principio de seguridad jurídica en el ámbito de la actividad jurisdiccional, es decir que una vez que dichos órganos superiores emitan un criterio definitivo, los gobernados podrán prever el contenido de las resoluciones que emitan, no solo dichos órganos jurisdiccionales, sino también los tribunales inferiores.

Finalmente debe considerarse que no existe una fórmula única para determinar el contenido¹⁵⁶ y la forma en que será obligatoria la

153 Para Robert Alexy “el fundamento del uso de los precedentes lo constituye el principio de universalidad, la exigencia que subyace a toda concepción de justicia en cuanto concepción formal, de tratar de igual manera a lo igual”. Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Lima, Palestra Editores, 2010, p.377.

154 Josep Aguiló Regla, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, Barcelona, Editorial Ariel, 2012, pp. 139 y 140.

155 En términos de Robert Alexy el uso del precedente supone “una contribución a la seguridad jurídica y a la protección de la confianza en la aplicación del Derecho”. Robert Alexy, *op. cit.* p.380.

156 Como nos recuerda Rogelio López Sánchez, en México, la jurisprudencia queda plasmada en textos generalmente cortos, denominados “tesis”, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación

jurisprudencia, lo anterior en virtud de que la forma de creación, modificación, sustitución, interrupción, así como la identificación de los destinatarios obligados por dichas normas jurídicas corresponde al derecho positivo de cada Estado determinarla.¹⁵⁷

Derivado de lo hasta aquí expuesto, podríamos concluir que una de las grandes críticas a la idea de pluralismo constitucional y “diálogo jurisprudencial” deriva de la idea de que: en la medida que la jurisprudencia se constituya como una verdadera norma general, encargada de orientar la actividad de la totalidad de los órganos jurisdiccionales, es que se contribuye a la creación de un ambiente de seguridad jurídica.¹⁵⁸

Como se puede apreciar, el principio de seguridad jurídica en su relación con la aplicación de la jurisprudencia emitida por un órgano jurisdiccional superior, tal como parece entenderlo la crítica al pluralismo constitucional y al “diálogo jurisprudencial”, exige del juez constitucional y/o convencional la aplicación obligada de esta última

en los siguientes términos: “1. Una tesis consiste en la expresión por escrito, en forma abstracta, del criterio de interpretación de una norma jurídica con el que se resolvió un caso concreto. Luego, la tesis no es un extracto, una síntesis o un resumen de la resolución. 2. La tesis no contendrá en su texto datos concretos (nombre de personas, cantidades, objetos, etc.) de carácter eventual, particular o contingente, sino exclusivamente los de naturaleza general y abstracta. Si se considera necesario ejemplificar con aspectos particulares del caso concreto, deberá expresarse, en primer término, la fórmula genérica, y en segundo lugar la ejemplificación”. para una explicación sobre la sistematización de la jurisprudencia mexicana véase Rogelio López Sánchez, “Breve referencia sobre el reporte de jurisprudencia en el Poder Judicial de la Federación” en Michael Núñez Torres, (coord.), *El debido proceso en el derecho constitucional procesal mexicano. A la luz de la jurisprudencia y precedentes nacionales e internacionales*, México, Bosch, 2013, p. 21 y ss.

157 Por ejemplo, el artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece lo que Ulises Schmill llama el principio de obligatoriedad de la jurisprudencia. Ulises Schmill Ordóñez, *El sistema de la Constitución Mexicana*, México, Themis, 2014, p. 228. Dicha norma constitucional faculta al legislador para establecer la forma en que será obligatoria la jurisprudencia por lo que la vigente Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su artículo 215 que la jurisprudencia se establece por reiteración de criterios, por contradicción de tesis y por sustitución. El artículo 216 dispone los órganos facultados para crear jurisprudencia y el artículo 217 del mismo cuerpo normativo consigna los destinatarios de dicha jurisprudencia con base en la jerarquía judicial mexicana.

158 Carlos de Silva, *op. cit.* p.151.

en casos similares que requieran la aplicación de la misma disposición constitucional, respecto de la cual se pronunció el superior jerárquico; por su parte, en el caso de la RCDH de 2011, reconocer en su totalidad el principio pro persona facultaría al juez constitucional no solamente a aplicar dicha jurisprudencia, sino a que interprete y aplique la norma más favorable en la solución el caso concreto, lo que implicaría hacer la citada jurisprudencia objeto de control de regularidad constitucional (o convencional) y, por consiguiente, un “diálogo jurisprudencial”.

De esta forma el principio de seguridad jurídica, tal y como ha quedado expuesto en la presente investigación, podría reducir la labor del juez a la mera aplicación de jurisprudencias obligatorias emitidas por su superior jerárquico; dicha concepción de la labor judicial implicaría reducirla a mera subsunción de los hechos a lo establecido por el criterio jurisprudencial emitido por un superior jerárquico, es decir que de ser la boca de la ley de que hablaba Montesquieu, el juez constitucional se convertiría en la boca de la jurisprudencia obligatoria.

También se debe considerar que un extremismo en la aplicación del principio de seguridad jurídica en la labor del juez constitucional y convencional podría traducirse en una petrificación del ordenamiento jurídico que implicaría el desconocimiento de la constante transformación del contexto social que está llamado a normar, en este sentido el Tribunal Constitucional español (TCE) ha establecido que el principio de seguridad jurídica “no puede erigirse en valor absoluto por cuanto daría lugar a la congelación del ordenamiento jurídico existente, siendo así que este, al regular relaciones de convivencia humana, debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y de progreso”. (STC 126/1987 de 16 de julio). A este respecto el profesor Pegoraro señala con precisión que:

Generalmente, por tanto, pueden ser sometidos al juez de las leyes casos análogos o idénticos, y se le puede solicita(r), decidir –también en controversias distintas– sobre la constitucionalidad de actos ya

examinados. Incluso donde el principio no está especificado, aparece conforme a la lógica jurídica: el ordenamiento cambia cotidianamente y esto conlleva que un acto que hoy es constitucional, o no inconstitucional, pueda ser considerado inconstitucional seguidamente, por la evolución de las situaciones jurídicas o de hecho.¹⁵⁹

En el caso específico de las normas sobre derechos fundamentales, la mera aplicación del principio de seguridad jurídica a través de la obligatoriedad de aplicar la jurisprudencia emitida por un superior jerárquico implicaría el desconocimiento del principio pro persona, mismo que fue analizado en el capítulo 1 de la presente investigación y conforme al cual, una vez reconocida la calidad de norma jurídica de dicha jurisprudencia, sería inaplicable en aquellos casos donde se considere que exista una interpretación o una norma más favorable.

Es decir, conforme al principio pro persona es factible concluir que, aun cuando exista una jurisprudencia obligatoria en su carácter de norma jurídica que recoge la interpretación general de una disposición de derecho fundamental, un juez constitucional que deba resolver un caso concreto debe acudir directamente a la disposición en cuestión y verificar si existe una interpretación que optimice el ejercicio de un determinado derecho fundamental y, en caso de encontrarla, aplicar directamente dicha disposición constitucional (o convencional) con el sentido que el juzgador constitucional le ha dado para resolver el caso concreto, aún y cuando dicha operación implique desconocer expresamente la jurisprudencia en cuestión.

Tal como se había anticipado, el reconocimiento de una facultad semejante para los jueces constitucionales o convencionales, implicaría aceptar la imprevisibilidad en la actuación de los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar o interpretar derechos fundamentales, creando de esta forma un margen de incertidumbre para las personas

159 Lucio Pegoraro, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 121.

involucradas en el proceso, el cual resulta incompatible con el entendimiento que se le ha dado al principio de seguridad jurídica pero que resulta adecuado para el contexto de un pluralismo constitucional en el que se desarrolla el diálogo jurisprudencial. A este respecto, Bustos Gisbert se ha pronunciado con claridad cuando afirma que:

Lo característico de las situaciones de pluralismo descritas es que ya no puede existir, por definición, una instancia última de solución de controversias jurídicas (para un resumen del problema, las cuatro posiciones sustentadas en Avbelj-Komarek, 2008). Existirán tantas instancias como ordenamientos constitucionales estén siendo aplicados simultáneamente. No hay ya, por tanto, una clara unidad de interpretación, sino tantas unidades de interpretación como ordenamientos constitucionales componentes de ese pluralismo reconocamos. En tales casos, apunta Poriares Maduro (2007), existe un contexto de conflicto potencial entre distintos ordenamientos constitucionales que ha de resolverse de manera no jerárquica.

En estos casos, por tanto, el diálogo se producirá cuando exista una distorsión entre los distintos órganos encargados de interpretar con carácter supremo sus propias normas constitucionales. Distorsión consistente en alcanzar soluciones incompatibles entre sí a idénticos problemas. Esto es, el diálogo no viene impuesto por la diversidad de soluciones, pues la idea de diversidad es consustancial a la idea de pluralismo constitucional. Sin diversidad lo que se ahogaría es precisamente ese pluralismo que se asienta, precisamente, en un proceso dinámico de convergencias y divergencias (Rosenfeld). Lo esencial es que esa diversidad no conduzca a situaciones de incompatibilidad absoluta. No se trata, pues, como en el orden interno nacional tradicionalmente entendido, de asegurar una interpretación totalmente coincidente, sino que lo buscado es un conjunto de interpretaciones mutuamente compatibles. Cuál sea el grado de diversidad tolerado (o lo que es lo mismo, cuál sea el grado de inter-

pretación divergente que se considere compatible) dependerá de la intensidad y la naturaleza del pluralismo constitucional en que nos encontremos. Mucho más reducido en las formas fuertes de pluralismo constituidas por los sistemas de incorporación institucional (v. gr., Unión Europea) y por reconocimiento sistémico (v. gr., Consejo de Europa o el sistema universal de protección de derechos fundamentales) que las formas débiles de pluralismo constitucional. Pero aun en las formas “fuertes” la intensidad y grado de la diversidad tolerable será distinta.¹⁶⁰

En este contexto deben considerarse las manifestaciones del ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación José Ramón Cossío, al establecer que los derechos humanos son “entidades de razón pública universal, sobre los que cualquier persona o autoridad puede opinar y orientar su decisión de acuerdo con lo que exigen a partir de su mejor entendimiento”,¹⁶¹ bajo esta tesis es factible reconocer que la optimización en el ejercicio de dichos derechos y/o la expansión de su ámbito protector es un constante proceso que no puede culminar con la interpretación que de una disposición de derecho fundamental realice el órgano cúspide dentro de la jerarquía judicial de un determinado ordenamiento jurídico, sino que se debe atender al ejercicio de los jueces que, día a día, resuelven los casos que se hacen de su conocimiento.

160 Rafael Bustos Gisbert, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, *op. cit.*, pp. 177-178. En el mismo sentido Armin von Bogdandy sostiene que debe admitirse que la “situación generada por la inexistencia de “una última palabra” por parte de un tribunal, no deja de producir miedos y angustias”. Sin embargo, el mismo autor considera que “se trata de un escenario sumamente positivo, porque es un elemento de una verdadera separación de poderes que responde al fortalecimiento del Poder Judicial. Puede funcionar si las cortes entienden que tienen una responsabilidad común en este nuevo contexto tanto para la aplicación como para el desarrollo del derecho”. Armin von Bogdandy, *op. cit.* p.14-15.

161 Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 13 de octubre de 2014, en: https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/13102014PO.pdf. Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2014.

La posibilidad de exponer distintas soluciones a un mismo problema ya sea que estas provengan de la CoIDH o de los tribunales nacionales, mediante la elección de la norma o interpretación más favorable, ha ocasionado un proceso de formación de lo que la doctrina ha denominado un *ius commune* en materia de derechos humanos, el cual, se analizará en el siguiente apartado.

2.5. EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL Y LA DOCTRINA DEL *IUS COMMUNE*

Tal y como lo explica José María Serna de la Garza “el *ius commune* es el cuerpo normativo y de doctrina integrado a partir del siglo XII en Europa, que vino a conformar una cultura jurídica común en el espacio europeo, de raíces romanas, desarrollada por glosadores y comentaristas”,¹⁶² mismo que tuvo una dimensión transnacional conducente a su adaptación diferenciada en los espacios políticos-territoriales en que pretendió operar.¹⁶³ Con respecto al significado del *ius commune*, Paolo Grossi sostiene lo siguiente:

El Derecho común se encarna y se identifica con la *interpretatio*. Y esto quiere decir dos cosas: que tiene una dimensión sustancialmente científica, es producto de la ciencia; que la ciencia —en cuanto *interpretatio*— no lo produce por sí sola, fantaseando, sino elaborándolo desde su fundación y con el auxilio de un texto autorizado. El Derecho común se despliega y se combina siempre en dos momentos inescindibles, el momento de la validez representado por el *Corpus iuris civilis* y por el *Corpus iuris canonici*, el momento de efectividad representado por la construcción doctrinal (y solo de forma secun-

162 José María Serna de la Garza, “El concepto de *ius commune* latinoamericano en derechos humanos: Elementos para una agenda de investigación” en Armin Von Bogdandy *et al.*, *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, *op. cit.* p.40

163 *Ibid.* p. 41

daría judicial y notarial). Nuestra ciencia jurídica no es pensable sin un texto que interpretar, pero el texto no puede ser considerado más allá de una insustituible referencia formal.¹⁶⁴

En el contexto medieval, la coexistencia entre el universalismo representado por el *ius commune* y el particularismo representado por los *iura propria*¹⁶⁵ no implicaba que estos últimos tuvieran pretensiones totalitarias o que se situaran en un frontal antagonismo con el Derecho común, sino que “en su ámbito y ordenamiento, lo integran, lo especifican, llegan incluso a contradecirlo con variaciones particulares; pero jamás llegan (ni quieren llegar) a impugnarlo”.¹⁶⁶ Continúa en este punto el autor italiano de la siguiente forma.

En conclusión: el particularismo tardomedieval no es una laceración, no es una ruptura de un gran orden unitario. Es el orden integrador que muestra mil facetas, se complica en autonomías, se articula en una pluralidad de ordenamientos que conviven. . .

La correcta visión de la compleja experiencia jurídica medieval tal y como se nos aparece en pleno siglo XIII, en toda su completa madurez, es a su vez pluriordenadora: múltiples ordenamientos concurrentes que no requieren legitimación del exterior, pero que se autolegitiman sustancialmente en la medida que son expresiones espontáneas de las más variadas dimensiones de lo social; dimensiones que pueden ser la comunidad humana universal productora por inspiración divina de reglas racionales interpretadas por las leyes y por

164 Paolo Grossi, *El orden jurídico medieval*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 225. El autor explica que la *interpretatio* “es una declaración, pero es también integración, corrección, modificación del texto, que se enfrenta a dos objetos, formalmente, el texto, materialmente, los hechos; que ella es la mediadora entre estos y aquel”.

165 Este nivel particular corresponde a las estructuras de autoridad de los distintos reinos integrantes del Sacro Imperio Romano Germánico (personificado por reyes y príncipes), tendientes a la fragmentación normativa. José María Serna de la Garza, *op. cit.* p.40

166 Paolo Grossi, *op. cit.*, p. 223

la ciencia, las comunidades territoriales particulares productoras de normas locales, los sujetos del universo feudal, el estamento de los mercaderes, un *ethnos* particular que intenta reafirmar en el plano jurídico la propia originalidad, y así sucesivamente.

Todo esto es Derecho. No existe juricidad de superior o inferior grado; no existe ahí un ordenamiento más válido: el Derecho universal, el Derecho respaldado por los siglos, el Derecho científico, puede ceder ante la pequeña emersión local. No hay jerarquía de fuentes, en su lugar hay un juego de relaciones entre ordenamientos que, coexistiendo y estando todos ellos vigentes al mismo tiempo, se refrenan en la relatividad de la vida jurídica.¹⁶⁷

Son estas características del *ius commune* que han sido extrapoladas a la realidad actual por un sector de la doctrina, tal como se advierte de lo expuesto por García Roca cuando sostiene que:

Asistimos pues a la lenta erección de un nuevo *ius commune* europeo como ocurrió con la construcción del viejo derecho común en torno al derecho romano y al canónico en Bolonia y otras universidades

¹⁶⁷ *Ibid.*, pp. 224 y 230-231. Para García Pelayo “la complejidad del orden jurídico no derivaba solamente del carácter consuetudinario del Derecho y del pluralismo de su fuente creadora, es decir, de la sociedad, sino que se debía también a la creación constante del Derecho por relaciones interpersonales a través del pacto (feudovasallático o de otra especie) y de la Carta. En estos casos el derecho subjetivo creaba norma para las partes, pero, como veremos más adelante, los derechos subjetivos no derivaban mediata o inmediatamente —como es el caso en el Derecho moderno— de una norma general, objetiva e impersonal, sino que, por el contrario, se sustentaba sobre sí mismo o, para ser más precisos, sobre el mero reconocimiento por parte de los demás de *status* de poder heterogéneos y variables, con el que se introducía un nuevo momento pluralista en la estructura del orden jurídico. Y, finalmente, otro factor generador de pluralismo consistía en la amplia vigencia del principio jurídico personal a costa del territorial hasta que, a partir del siglo XI, comienza a afirmarse la primacía de este último. Así pues, cada hombre llevaba consigo el Derecho de su lugar de nacimiento o de su stirpe y dondequiera que estuviera había de ser enjuiciado con arreglo a tal Derecho, lo que contribuía a acentuar la estructura pluralista”. Manuel García Pelayo, “La idea medieval del derecho”, en *Obras Completas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, Volumen II, p. 1083.

italianas. Al igual que en la Baja Edad Media, no tenemos ahora un legislador común de los derechos, pues no puede realmente considerarse como tal el tratado internacional que crea el sistema del Convenio y sus Protocolos adicionales o de reforma dado el margen de indeterminación y de concretización legal que resta por debajo para los parlamentos nacionales en la libre conformación de los derechos. La construcción de este nuevo derecho común vuelve a hacerse también, sobre todo, a través de la jurisprudencia y la doctrina científica y tiene asimismo un nada desdeñable efecto integrador. Como todo verdadero derecho común, no impide el *iura propria*. No es un fenómeno semejante al de la posterior codificación en el siglo XIX. Pero no olvidemos que la codificación no hubiera sido posible sin la previa construcción del derecho común. No hablamos en todo caso de unos derechos idénticos en toda Europa sino de un mínimo común, internacionalmente protegido como basamento, más unos derechos internos que deben ser equivalentes y garantizar una mayor protección.¹⁶⁸

Bajo esta premisa es que el *ius commune* es considerado como el antecedente de lo que actualmente se conoce como *ius constitutionale commune*, mismo que, como sostiene Armin von Bogdandy, se ha configurado como una estrategia para dar respuesta al interrogante sobre cómo entender las estructuras fundamentales del derecho público a la luz de los procesos de apertura y globalización, teniendo en cuenta su caracterización, producto del entrelazamiento de los órdenes normativos internacional, supranacional y nacional de protección de los derechos humanos propios del siglo XXI.¹⁶⁹

168 Javier García Roca, “El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo” en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García, (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, op. cit., p.231

169 Armin Von Bogdandy, “Nota Preliminar” en Armin Von Bogdandy, et al., *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*, op. cit. p.XIII.

A. El caso europeo

Se puede afirmar que el constitucionalismo europeo¹⁷⁰ relacionado con la creación de un *ius commune*,¹⁷¹ el cual abarca tanto las modalidades de ejercicio del poder como la protección de los derechos fundamentales,¹⁷² constituye el ordenamiento jurídico en el que, con mayor amplitud, se ha desarrollado el diálogo jurisprudencial.¹⁷³ La profesora de Derecho público en la Escuela de Derecho de la Sorbona, Laurence Burgogues-Larsen, sostiene sobre este punto lo siguiente:

En realidad, en Europa, la construcción, el desarrollo y el fortalecimiento del llamado “constitucionalismo europeo” o “derecho constitucional europeo” se desarrolla sobre todo mediante un diálogo judicial con una multitud de “actores” jurisdiccionales —las jurisdicciones nacionales (de los jueces “ordinarios” a los jueces constitucionales) y, por supuesto, no se puede ignorar el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que da lugar a un entramado sumamente variado de relaciones. El constitucionalismo europeo es sobre todo “dialogado”, lo que permite, entre otras cosas, superar las barreras, los retrasos de la integración generada por revisiones caóticas de los tratados...¹⁷⁴

170 Al respecto Bustos Gisbert explica que “Desde la II Guerra Mundial se está viviendo fundamentalmente, aunque no solo en Europa un lento proceso de constitucionalización de ordenamientos jurídicos de ámbito superior al estatal. Este proceso ha aparecido en paralelo a la progresiva integración de los Estados europeos, pero ha recibido un fuerte respaldo (ampliando su base territorial) como consecuencia del heterogéneo proceso de interrelación mundial de la vida colectiva que conocemos hoy con el ya manido nombre de globalización”. Rafael Bustos Gisbert, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, *op. cit.* p.1.

171 Este *ius commune* de los derechos fundamentales, afirma Pablo Pérez Tremps, se ha construido sobre tres bases: la Constitución interna, el Convenio Europeo y el Derecho Comunitario, incluida la Carta de Derechos. Véase Pablo Pérez Tremps, “La experiencia española de aplicación de las “Cartas” Europeas de Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García, (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, *op. cit.*, p. 412

172 Laurence Burgogues-Larsen, “La formación de un derecho europeo a través del diálogo judicial”, *op. cit.*, p.25

173 Efrén Vázquez Esquivel y Jaime Fernando Cienfuegos Sordo, *op. cit.*, p. 22.

174 Laurence Burgogues-Larsen, “La formación de un derecho europeo a través del diálogo judicial”

De igual forma, dicho diálogo ha dado como resultado un proceso de *Cross-Fertilization of the Legal Systems*, entendido como la exportación e importación de los conceptos e ideas fundamentales de un sistema jurídico nacional a otro, de un sistema jurídico regional a otro, y de un sistema jurídico internacional (o uno regional) a otros sistemas jurídicos de carácter nacional,¹⁷⁵ produciéndose con esto un sincretismo jurídico-cultural que contribuye a la confianza en los diferentes actores de la comunidad jurídica internacional.

Respecto a lo que en este trabajo mentamos como sincretismo jurídico-cultural, el jurista británico Francis J. Jacobs la denomina “fertilización cruzada”, la cual se produce entre las naciones a través del diálogo judicial. Tampoco hay desatino en esta denominación, pues lo que se produce en los sistemas jurídicos, a través del diálogo judicial, por medio del cual se incorporan recíprocamente elementos de un sistema jurídico a otro, es el mejoramiento de un producto. El autor sostiene:

It is clear, I think, that within the EU there has been a remarkable degree of judicial dialogue and cross-fertilization, all the more significant in view of the great differences in the legal systems of the Member States and their historical foundations.¹⁷⁶

En este sentido, en la Unión Europea es donde el diálogo jurisprudencial ha tenido su mayor desarrollo; al grado de que algunos autores hacen depender el desarrollo del *ius commune* europeo de dicha interacción entre los órganos jurisdiccionales transnacionales y los países miembros.¹⁷⁷

op. cit., p. 30-31.

175 Anne-Marie Slaughter, *op. cit.* p.117.

176 Francis G. Jacobs, *op. cit.* p.556.

177 A respecto Joseph H. H. Weiler y Ulrich R. Haltern han señalado que el “constitucionalismo europeo” se plasma en que las líneas jurisdiccionales deben ser objeto de una conversación

B. El caso de América Latina

La doctrina de un *ius constitutionale commune* surge a juicio del jurista E. Ferrer Mac-Gregor¹⁷⁸ de la misma doctrina establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —la cual se da por medio de la consolidación del control difuso de convencionalidad, mismo que nace en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* en 2006—, y que ha sido desarrollada y matizada por la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas resoluciones.¹⁷⁹ Para Armin von Bogdandy son tres los conceptos que pueden explicar el *ius commune* latinoamericano: diálogo, inclusión y pluralismo normativo.

Por lo que respecta al diálogo, el autor sostiene que para los órganos jurisdiccionales el concepto conlleva ante todo la necesidad de justificar sus decisiones fundamentándolas en argumentos suficientes, ya que, a su juicio en el nuevo derecho público, las cortes están obligadas a argumentar para convencer a otros actores jurídicos y justificar la toma de decisión ya que la autoridad del ente jurisdiccional no es suficiente. En este sentido, el diálogo entre las cortes se torna en un elemento determinante en la formación del *ius commune*, en virtud de que, si bien el concepto diálogo no requiere armonía, debe considerarse que solamente funciona si las partes del diálogo están involucradas

constitucional, no de un “diktat” constitucional. Véase Rafael Bustos Gisbert, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, *op. cit.* p.51.

178 A entender del autor, “la trascendencia de la nueva doctrina sobre “el control difuso de convencionalidad” es de tal magnitud, que probablemente en ella descansa el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico diálogo jurisprudencial —entre los jueces nacionales y los interamericanos—, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitucional commune* en las Américas” Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *op. cit.*, p. 429.

179 Efrén Vázquez Esquivel y Jaime Fernando Cienfuegos Sordo, *op. cit.*, p. 23.

en un proyecto común¹⁸⁰ y, sobre todo, nosotros añadimos, que las partes estén dispuestas a dialogar.

El segundo concepto clave expuesto por el autor es la inclusión, que conlleva la idea de la inclusión de todos en los grandes sistemas sociales: en el de salud, en el de educación, en el económico y de trabajo y en el político. El concepto de inclusión sostiene el autor, “lleva a la visión de una sociedad más pacífica, y por eso tiene prioridad en la agenda del nuevo derecho público”.¹⁸¹

Finalmente, el tercer elemento clave del *ius commune* es el pluralismo jurídico, ya estudiado en apartados anteriores en su vertiente de pluralismo constitucional, pero respecto del cual el autor considera que las teorías pluralistas coinciden en “no considerar a las distintas normas del derecho internacional público, del derecho supranacional o del derecho estatal nacional como parte de un ordenamiento jurídico unitario y por tanto rechazar el paradigma de jerarquía como mecanismo que define la relación entre dichos ordenamientos”.¹⁸²

En concatenación con lo anterior, se aprecia con meridiana claridad que también debido a los factores referidos en América emerge la necesidad de un auténtico diálogo jurisprudencial, mismo que se ha venido desarrollando de la misma manera que en Europa, entre los países parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.¹⁸³ En relación con lo anterior, Raúl Canosa ha expuesto lo siguiente:

Sorprende que con tan pocas resoluciones la Corte de San José haya impuesto en tan poco tiempo un entendimiento común de los derechos y revolucionado las relaciones entre tribunales nacionales y Corte Interamericana, mediante la conversión de los primeros en auxiliares de la segunda. A través del control de convencionalidad

180 Armin Von Bogdandy, *op. cit.* p.14.

181 *Ibid.* p. 15.

182 *Ibid.* p. 20-21.

183 Efrén Vázquez Esquivel y Jaime Fernando Cienfuegos Sordo, *op. cit.*, p. 23.

interno, la Corte acaba por cerrar el círculo de su supremacía, porque en rigor puede hablarse de un principio de supremacía convencional, siempre material y a menudo formal, fraguado en ese diálogo jurisprudencial. Se ha forzado la apertura del derecho constitucional al derecho internacional en su doble vertiente procedimental y sustantiva. Por lo que atañe a la procedimental, en la medida en la que se conforma un sistema de jurisdicción interamericano del que los jueces nacionales son partícipes. Respecto a la segunda porque la Corte ha cambiado el modo de interpretar los derechos y, al hacerlo, acaba imponiendo un entendimiento común.¹⁸⁴

Aunque no compartimos el criterio de supremacía convencional expuesto por el autor y mucho menos la imposición del entendimiento de los derechos desde la CoIDH, en virtud de que aceptar tales afirmaciones sería contrario al pluralismo constitucional sustentado en páginas anteriores, resulta atinado reconocer que la formación del *ius commune* interamericano obedece a la interacción entre las jurisdicciones nacionales e interamericanas, es decir, al diálogo jurisprudencial. Por su parte, para Víctor Bazán, existe una verdadera necesidad de establecer vínculos jurisdiccionales dialógicos entre los jueces internos y la jurisdicción interamericana, al respecto, dicho autor concluye:

El control de convencionalidad y sus “circunstancias” no deberían pensarse ni desarrollarse en el marco de una estricta y exclusiva lógica unidireccional desde la Corte IDH hacia las jurisdicciones nacionales, sino que es preciso generar las condiciones para profundizar “diálogos jurisprudenciales críticos” de los tribunales nacionales entre sí y de ellos con la Corte IDH. [...] La necesidad de edificar paulatinamente una razonable sinergia interjurisdiccional se plan-

184 Raúl Canosa Usera, *El control de convencionalidad*, Navarra, Editorial Civitas, Thomson Reuters, 2015, p. 38

tea partiendo de la premisa de que no existe una relación jerárquica formal entre aquellas instancias jurisdiccionales, sino una deseable convivencia en conexión axiológica y jurídicamente cooperativa en la línea de una hermenéutica *pro persona*, en tanto ellas son copartícipes necesarias de un objetivo convergente: *fortalecer cualitativamente la tutela y la realización de los derechos básicos, lo que supondrá optimizar la salvaguarda de la dignidad humana*.¹⁸⁵

Sobre este punto resulta relevante destacar que Bazán ya habla de puentes dialógicos. Se estima que es correcto hablar de puente dialógico, porque la palabra puente remite, en la tradición occidental, al punto de encuentro de dos o más líneas divisorias de tradiciones diferentes y que, por medio de un puente, se produce la posibilidad de que se comuniquen entre sí. De ahí entonces que el diálogo entre tradiciones jurídicas diferentes, como en todo auténtico diálogo, no puede ser unilateral ni previamente jerarquizado, sino que debe existir una cooperación entre las distintas jurisdicciones encargadas de ejercer un control difuso de la constitución y de la convención.¹⁸⁶

Ahora bien, en América, tal como nos hace recordar E. Ferrer Mac-Gregor,¹⁸⁷ la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que el diálogo jurisprudencial no se da de arriba hacia abajo, sino que es posible de muy diversas formas entre los órganos jurisdiccionales que integran el Sistema Interamericano:

Este diálogo ha tenido dos efectos concretos y palpables en los últimos años. Por un lado, a nivel interno se puede verificar un crecien-

185 Victor Bazán, "Control de convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicos y protección de los derechos humanos" en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Editorial Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2012, julio-diciembre, núm. 18, p. 64. Se respetan las cursivas del texto original.

186 Efrén Vázquez Esquivel y Jaime Fernando Cienfuegos Sordo, *op. cit.*, p. 24.

187 Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *op. cit.*, p. 426.

te número de países que incorporan los estándares interamericanos de derechos humanos fijados por la Corte. Por el otro, la Corte se ve enormemente beneficiada de la jurisprudencia producida a nivel local, lo que ayuda además al desarrollo de su propia jurisprudencia. Esto genera una dinámica que enriquece la jurisprudencia del Tribunal y fortalece la vigencia de los derechos humanos en todos los Estados del hemisferio, ya que la protección internacional de los derechos humanos encuentra aplicación directa en el ámbito interno por parte de los tribunales locales o de cualquier órgano estatal encargado de impartir justicia.¹⁸⁸

Pues bien, es indudable que el diálogo jurisprudencial se encuentra en un proceso de desarrollo en el contexto jurídico interamericano, llegándose a hablar de que existe una configuración *in crescendo* del *ius commune*, es decir, la creación de un orden público común con base en el piso mínimo de protección adoptado a través del consentimiento estatal en el orden interamericano, desarrollado en clave de diálogo tanto por la vía de los tratados de la materia ratificados y vigentes en el ámbito nacional, como por la jurisprudencia desarrollada por la CoIDH.¹⁸⁹

Derivado de lo expuesto, resulta incuestionable que dicho diálogo necesita para su consolidación una evolución en la Teoría constitucional, en donde habrá que examinar de nuevo, de manera preponderante,

188 Síntesis del Informe Anual de la Corte IDH de 2010, que se presenta a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA (Washington, D.C., 18 de marzo de 2011) en: http://www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garciasayan_18_03_11.pdf, fecha de consulta: 16 de enero de 2017. En esta tesitura, queda claro que los países que cada vez más incorporan criterios normativos e interpretativos de la CoIDH lo hacen porque se ven beneficiados; pero también dicho organismo supranacional, por algunas buenas razones, incorpora criterios de los países. Efrén Vázquez Esquivel y Jaime Fernando Cienfuegos Sordo, *op. cit.* p. 25.

189 Mariela Morales Antoniazzi, “Protección de las personas privadas de libertad: construcción de un *ius constitutionales commune* en clave de diálogo”, en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García, (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, *op. cit.* p.395.

por un lado, el problema de la jerarquía normativa y los conceptos de soberanía y fuentes del derecho; y por el otro, los paradigmas interpretativos de los operadores jurídicos, tal como se demostrará en el capítulo siguiente. Vázquez Esquivel y Cienfuegos Sordo han sostenido:

Esto nos hace pensar (en contra de quienes bajo la bandera de un viejo concepto de soberanía perciben que someterse a los criterios de organismos supranacionales protectores de derechos humanos es algo que menoscaba la soberanía nacional) en que lo importante es el imperio de la razón, sea cual sea su fuente de procedencia. Pues si el derecho es prudencia, como narra Platón ...si este no coincide con la razón, si detrás del derecho no hay buenas razones que lo soporten sino solo la expresión de un poder, entonces, *stricto sensu*, no estaríamos ante ningún derecho.¹⁹⁰

Precisado lo anterior, procederemos al estudio del diálogo jurisprudencial desde la perspectiva de la hermenéutica filosófica, a partir de la cual, siguiendo a Gadamer, para la realización de un verdadero diálogo jurisprudencial, las partes que intervienen en él deben reconocerse como iguales en cuanto a capacidad de comprensión, de argumentación y de interpretación.

2.6. EL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL COMO DIÁLOGO HERMENÉUTICO

Para entender el diálogo jurisprudencial como diálogo hermenéutico, hay que partir del concepto de alteridad u otredad, que hace referencia al otro (o a los otros), diferentes a mí, pero a través del lenguaje que caracteriza al hombre, el otro y yo nos comunicamos en busca de sentido sobre algo. Otredad es la diferencia que tengo, o tenemos

190 *Id.*

con el otro, o con los otros; pero a la vez es concomitancia, en la cual se finca tanto la universalidad como la individualización. Por eso, de acuerdo con uno de los presupuestos de la hermenéutica filosófica, la comprensión (*verstehen*) de uno mismo precisa del otro; esto es, de la comprensión del otro,¹⁹¹ lo cual se logra por medio de un diálogo racional. Comprendiendo al otro nos comprendemos a nosotros mismos; y a la vez, comprendiéndonos a nosotros mismos, comprendemos al otro.¹⁹²

La hermenéutica es esencialmente diálogo racional, lo cual significa que, con miras a un objetivo de comprensión, en el diálogo hay preguntas y respuestas con determinada orientación. Lo característico del diálogo —y cuando este es tal tiene que ser racional—, es que, en primer lugar, el lenguaje es el medio de su realización y en segundo, que el fin del diálogo es la búsqueda de una razón, de ahí que la voz griega *logos* significa no solo razón sino también lenguaje.

Es significativo que en el capítulo doce de *Verdad y método: El lenguaje como medio de la experiencia hermenéutica*, Gadamer inscribe el siguiente epígrafe de F. Schleiermacher: “Todo lo que hay que presuponer en la hermenéutica es únicamente lenguaje”.¹⁹³ En este mismo capítulo, Gadamer plantea la tesis de que la conversación es la mejor forma del diálogo, algo que el mismo Schleiermacher también aborda cuando sostiene que la conversación se da entre espíritus afines: “La verdadera conversación no es nunca la que uno habría querido llevar.

191 Hans Georg Gadamer establece al respecto: “El que quiere comprender no puede entregarse desde el principio al azar de sus propias opiniones previas e ignorar lo más obstinada y consecuentemente posible la opinión del texto... hasta que este finalmente ya no pueda ser ignorado y dé al traste con su supuesta comprensión. El que quiere comprender un texto tiene que estar en principio dispuesto a dejarse decir algo por él. Una conciencia formada hermenéuticamente tiene que mostrarse receptiva desde el principio para la alteridad del texto. Pero esta receptividad no presupone ni neutralidad ante las cosas ni tampoco autocancelación, sino que incluye una matizada incorporación de las propias opiniones previas y prejuicios”. Véase Hans-Georg Gadamer, *Verdad y método*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 2007, pp. 335-336.

192 Efrén Vázquez Esquivel y Jaime Fernando Cienfuegos Sordo, *op. cit.*, p. 28.

193 Hans-Georg Gadamer, *op. cit.*, p. 460.

Al contrario, en general sería más correcto decir que entramos en una conversación, cuando no que nos enredamos en ella”.¹⁹⁴

Un diálogo hermenéutico en cualquiera de sus formas es aquel en el que, a una pregunta con un determinado sentido, le viene aparejada una respuesta, también con un sentido que conduce a una nueva pregunta y así, a través de un proceso de preguntas y respuestas con una determinada orientación, al agotarse las preguntas se llega a un acuerdo de sentido sobre algo. En el ámbito de la hermenéutica filosófica-jurídica, dicho esto con mayor propiedad, se llega al desocultamiento de una verdad jurídica.¹⁹⁵

Para Heidegger preguntar es abrir caminos y para Gadamer preguntar y comprender es lo que da a la experiencia hermenéutica su verdadera dimensión. El que quiere comprender puede, desde luego, dejar en suspenso la verdad de su referencia inmediata de la cosa a la referencia de sentido como tal, y considerar esta no como verdad sino simplemente como algo con sentido que proviene de una interpretación correcta.¹⁹⁶

A partir de la aceptación de que en toda comprensión opera un compromiso, tesis que contradice a los teóricos de la Ilustración para quienes el punto de partida del quehacer científico es deshacerse de los prejuicios, Gadamer postula que “no está en cuestión lo que hacemos ni lo que deberíamos hacer, sino lo que ocurre con nosotros por encima de nuestro querer y hacer”;¹⁹⁷ y la tarea hermenéutica, cuya función esencial es lograr la comprensión de algo, consiste en entrar en diálogo racional con uno o varios interlocutores o con un texto escrito.¹⁹⁸

Es decir, la hermenéutica filosófica reivindica los prejuicios que habían sido denostados por la Ilustración. A la comprensión de un tex-

194 *Id.*

195 Efrén Vázquez Esquivel y Jaime Fernando Cienfuegos Sordo, *op. cit.*, p. 29.

196 *Id.*

197 Hans-Georg Gadamer *op. cit.*, p. 10.

198 *Ibid.* pp. 446-447.

to oral o escrito se llega poniendo en movimiento los prejuicios del intérprete; no hay comprensión sin anticipación de sentido, y es en el proceso de un constante proyectar donde los prejuicios se confirman, en cuyo caso dejan de ser prejuicios y se convierten en juicios, o bien, en el supuesto de que estos no puedan ser confirmados se tienen que abandonar.¹⁹⁹

Se sostiene lo anterior en razón de la posibilidad de comprensión, para Gadamer —uno de los principales fundadores de la hermenéutica filosófica—, se funda en nexos de sentido con las cosas del mundo, que son descubiertos por el intérprete por medio de una movilidad “horizónica”, tradición jurídica en nuestro caso. Horizonte, dice Gadamer, es ámbito de visión o percepción, perspectiva de sentido que se encuentra en los textos escritos y orales, o, en otras palabras, es lo que, por ejemplo, en un texto normativo de naturaleza jurídica, se encuentra presupuesto, no textual o explicitado.²⁰⁰

Es en este contexto en el que la idea de que la comprensión (*verstehen*) del derecho interno o de nuestra Constitución se entiende desde la comprensión de los otros sistemas jurídicos, como dice G. Zagrebelsky²⁰¹ sea uno de los ejes principales sobre el que comienza a girar el debate del diálogo jurisprudencial, el cual, a decir de algunos autores, daría un salto cualitativo si dicho diálogo se entendiera como diálogo hermenéutico.²⁰²

Para que se produzca el diálogo hermenéutico, de acuerdo con Gadamer, no se precisa que la situación hermenéutica del texto o de

199 Hans-Georg Gadamer, *op. cit.*, p. 29.

200 *Ibid.*, pp. 29-30.

201 Sostiene Gustavo Zagrebelsky lo siguiente: “Il rilievo per le giurisprudenze nazionali delle giurisprudenze straniere o sopranazionali non presuppone dunque affatto l’umiliazione delle costituzioni nazionali. Si sta parlando non di un cavallo di Troia per affermare una “dittatura universalistica dei diritti”, ma di uno strumento per intendere la nostre proprie costituzioni nazionali” Véase Gustavo Zagrebelsky y Valeria Marcenò, *Giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2012, p. 561.

202 Efrén Vázquez Esquivel y Jaime Fernando Cienfuegos Sordo, *op. cit.*, p. 30.

los actores de una conversación oral sea idéntica, sino que exista entre los participantes del diálogo —jurisprudencial en nuestro caso— un asunto común para cada una a las partes.

En el caso de los textos se tratan de “manifestaciones vitales fijadas duraderamente” que deben ser entendidas, lo que significa que una parte de la conversación hermenéutica, el texto, solo puede llegar a hablar a través de la otra parte, del intérprete. Solo por él se convierten los signos escritos de nuevo en sentido. Al mismo tiempo, y en virtud de esta reconversión a la comprensión, accede al lenguaje el asunto mismo del que habla el texto. Igual que las conversaciones reales, es el asunto común el que une entre sí a las partes, en este caso al texto y al intérprete [...] En consecuencia está plenamente justificado hablar de una conversación hermenéutica.²⁰³

A lo que debe añadirse, ese asunto común debería tener también en los participantes del diálogo un designio común; es decir, se necesitaría que el pensamiento (o propósito del entendimiento) sea aceptado por la voluntad de los participantes del diálogo jurisprudencial, lo que en el caso del diálogo judicial no podría ser otro que la conformación o construcción de un *ius constitutionale commune*.

A pesar de lo anterior, no en todos los casos es posible que se alcance porque, si bien puede haber un asunto que una a los participantes del diálogo en la comunidad internacional, ni siquiera tratándose de un tema como el de la defensa y desarrollo de los derechos humanos podría encontrarse entre los participantes del diálogo un mismo designio común, condición *sine qua non* para que se realice el diálogo hermenéutico, porque, en este caso, habría una coincidencia entre Derecho y Razón. Mas el problema sería la falta de coincidencia entre los dialogantes, pues habría casos en que otros factores tuvieran mayor

203 Hans-Georg Gadamer, *op. cit.*, p. 466.

peso en las políticas públicas que la defensa misma de los derechos humanos, lo que trae como consecuencia que el diálogo hermenéutico se interrumpa.²⁰⁴

Es en estos casos, en los que el diálogo jurisprudencial no conduce al desocultamiento de una verdad jurídica, cuando debe concluirse que el diálogo jurisprudencial no es un diálogo racional, es decir que no posee la estructura de un diálogo hermenéutico. Ello en razón de que no siempre en las prácticas judiciales los tribunales orientan sus decisiones a la luz del diálogo hermenéutico. Por lo general, las decisiones de los tribunales solo recurren a las fuentes formales del derecho (la ley y los precedentes), la doctrina usualmente no es tomada en cuenta;²⁰⁵ esto por un lado, y por el otro, en la interpretación que se hace de la ley y la jurisprudencia²⁰⁶ se evade el problema de la justificación interna, es decir, se omite dar razones epistemológicas u ontológicas que condujeron a la decisión tomada en el proceso de interpretación, resultando de lo anterior una no coincidencia entre el Derecho y la Razón.²⁰⁷

Desde antiguos tiempos, la hermenéutica se ocupa del problema de la verdad en el ámbito de la interpretación. Y para la nueva hermenéutica, conocida también como hermenéutica filosófica, esta disciplina también se ocupa del problema de la verdad en el ámbito de la interpretación. O de manera más precisa, del fenómeno de la comprensión y la correcta interpretación de lo comprendido;²⁰⁸ las verdades que surgen de la razón hermenéutica no son verdades bivalentes que se comprueban por medio de la correspondencia de un enunciado con una cosa u objeto, sino más bien verdades polivalentes que emergen de una interpretación correcta y muestran la congruencia del pensar en

204 Efrén Vázquez Esquivel y Jaime Fernando Cienfuegos Sordo, *op. cit.*, p. 30.

205 A no ser la que forma parte del paradigma dominante, la cual nos predetermina.

206 La jurisprudencia también tiene que ser interpretada.

207 Efrén Vázquez Esquivel y Jaime Fernando Cienfuegos Sordo, *op. cit.*, p. 31.

208 Hans-Georg Gadamer, *op. cit.*, p. 23.

pro de un determinado designio. En el caso de los jueces, por ejemplo, el designio sería la búsqueda de la realización de la justicia, o en el contexto de la Convención Americana de Derechos Humanos la construcción de un *ius constitucionales commune americano*.²⁰⁹

Ya en la tradición de la vieja hermenéutica, la cual en los primeros años del siglo XIX es apartada de la teología para abordarse filosóficamente por Schleiermacher —y en la segunda mitad del siglo XX, con Heidegger, adquiere un giro ontológico—, la realización de la comprensión no es posible sin la interpretación.²¹⁰

La interpretación, para Gadamer “no es un acto complementario y posterior a la comprensión, sino que comprender es siempre interpretar y, en consecuencia, la interpretación es la forma explícita de la comprensión”.²¹¹ En el caso de la interpretación jurídica, significa que el sentido que trata de comprender el intérprete en el texto de la ley (con relación a una situación específica en la que se desenvuelve el caso en estudio), solo se concreta y completa por medio de la interpretación.²¹²

La comprensión, desde Schleiermacher y desarrollada por Gadamer, es un acuerdo de sentido sobre algo, al cual se llega por medio de un diálogo racional al que ya nos hemos referido. Ahora bien, el diálogo es racional si y solo si a cada pregunta con dirección y sentido le viene de inmediato una respuesta, también con dirección y sentido. El diálogo racional, el cual se remonta a Platón,²¹³ solo llega a su fin en el momento en que los interlocutores logran el acuerdo de sentido que se busca, o cuando alguno de los interlocutores (o los dos) lo abando-

209 Efrén Vázquez Esquivel y Jaime Fernando Cienfuegos Sordo, *op. cit.*, p. 31.

210 *Id.*

211 Hans-Georg Gadamer, *op. cit.*, p. 378.

212 *Ibid.*, p. 405.

213 Siguiendo el Diccionario histórico de la lengua francesa, la autora Laurence Burgogue-Larsen sostiene que el diálogo encuentra sus raíces “en la palabra en latín *dialogus*, que evoca una conversación filosófica a la manera de los diálogos de Platón” Véase Laurence Burgogue-Larsen, *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, *op. cit.*, pp. 161-162.

nan; pero si se abandona el diálogo hermenéutico por renunciar a la verdad que surge del diálogo —la única verdad socialmente aceptada, incluso en las comunidades científicas de las ciencias naturales, en razón de que no hay verdad que no surja de un proceso dialógico—, con ello queda al desnudo un poder por carecer de legitimidad ontológica o epistemológica. En este supuesto el derecho, como hemos dicho, se muestra solo como una expresión del poder; pero no del saber fundado en la razón hermenéutica.²¹⁴

El diálogo se da de muchos modos, sin que necesariamente haya cercanía entre los interlocutores ni una relación estrecha entre preguntas y respuestas y no indefectiblemente es racional. Se produce en las comunidades científicas, en el congreso de los diputados, en los medios de comunicación y no inevitablemente es vinculante. En él pueden participar un número indeterminado de interlocutores, como en el caso del diálogo democrático en el que, además, el acuerdo de sentido alcanzado no es vinculante y no necesariamente concuerda con una determinada razón socialmente aceptada; pero en el caso del diálogo jurisprudencial, además de ser un diálogo institucional, tiene como característica esencial la vinculatoriedad y que, el sentido que se trata de alcanzar es un sentido autorizado definido y final. No obstante su aspecto vinculante, no en todos los casos trae consigo una coacción, por ejemplo, el caso del diálogo jurisprudencial entre países relacionado a la defensa de los derechos humanos es uno de ellos.²¹⁵

Una vez expuesto lo anterior, a fin de verificar nuestra hipótesis, procederemos al análisis de los criterios emitidos por la SCJN y, más precisamente, la teoría constitucional desarrollada por dicho órgano jurisdiccional, para corroborar el impacto que tiene sobre el diálogo jurisprudencial, que como hemos comprobado resulta necesario para el cumplimiento efectivo de la RCDH.

214 Efrén Vázquez Esquivel y Jaime Fernando Cienfuegos Sordo, *op. cit.*, p. 32.

215 *Id.*

CAPÍTULO 3

Directrices hermenéuticas y argumentativas para incorporar el diálogo jurisprudencial en México

Es importante continuar con el hilo conductor delineado en los dos capítulos previos. Se trata del diseño metodológico y epistemológico a través del cual se incorpora el diálogo jurisprudencial en el sistema de precedentes del sistema jurídico mexicano. Por consiguiente, será necesario primero establecer cuál es el sistema de precedentes en México, en virtud de que este diálogo entre tribunales constitucionales e internacionales se da mediante tal sistema. En tal sentido, hasta 2021, en este país existía un sistema de tesis, pero no de precedentes vinculantes. Es decir, la jurisprudencia se limitaba al conjunto de conocimientos generados de manera limitada a través de un sistema de tesis que eran conceptos abstractos en forma de reglas, pero que no guardaban relación fáctica con los casos resueltos.

En tal sentido, el diálogo entre jurisdicciones constitucionales y transnacionales se da a través de un sistema de precedentes en su calidad de tribunales constitucionales e internacionales, respectivamente. Dicho esto, el enfoque por medio del cual se analizan los casos judiciales en los sucesivos apartados es a partir de la doctrina del precedente judicial, tal y como fue aprobado en la última reforma constitucional el 11 de marzo de 2021 en México, respecto de las resoluciones dictadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹ Si bien es cierto que, respecto al resto de los órganos del Poder Judicial de la Federación continúa funcionando el sistema de tesis, en lo tocante al máximo órgano jurisdiccional, todas las resoluciones

1 Decreto por el que se declaran reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativos al Poder Judicial de la Federación, *Gaceta Parlamentaria*, 11 de marzo de 2021, pp. 2-7.

que emita aquel serán vinculantes directamente para el resto de los tribunales inferiores.

Por consiguiente, el antiguo paradigma del precedente ha sido por fin superado en lo que se refiere al conocimiento que se genera en la Suprema Corte, dejando atrás la concepción de que las tesis equivalían materialmente a una ley, como en algún momento se reconoció en los años ochenta en el PJF, ya que gozaban de las mismas cualidades de generalidad, abstracción e impersonalidad.² Lo anterior es bastante significativo, ya que el reporte sobre el conocimiento generado constituye finalmente una especie de precedente vinculante de un auténtico Tribunal Constitucional para los órganos inferiores, situación que anteriormente se reducía debido a que el sistema de tesis era bastante deficiente como explicaremos enseguida. En primer término, en la iniciativa se advierte lo siguiente.

Por ello, en el contexto de transformación que se encuentran México y el Poder Judicial de la Federación, es necesario dotar de mayor coherencia, uniformidad y fuerza a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Para lograr lo anterior, se propone que el mencionado Alto Tribunal avance a un sistema de precedentes en el que las razones que justifiquen las decisiones, compartidas por una mayoría calificada, sean obligatorias para todos los órganos jurisdiccionales sin necesidad de que sean reiteradas.

De esta manera, todas las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación serán relevantes y los justiciables podrán exigir que sean observadas por todos los tribunales. También garantiza que la justicia constitucional beneficie a más personas, especialmente a las personas más pobres y marginadas, quienes tienen más dificultad para litigar sus asuntos en diversas instancias

2 Acuerdo II/88, relativo a la aprobación del instructivo para la elaboración de tesis, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo I, enero-junio de 1988 y Apéndices, Primera Parte-1, p. 507.

y necesitan ver protegidos sus derechos con mucha mayor eficiencia y celeridad.

La crítica hacia el sistema de tesis se basa esencialmente en que las reglas son difíciles de ser aprehendidas por los juzgadores y se convierten en abstracciones obtenidas de las sentencias, prescindiendo absolutamente de la difusión de los hechos y argumentos específicos que se dieron en aquéllas, descontextualizando en muchas de las ocasiones el conocimiento que allí se genera.³ González Oropeza denunciaba esta falta de sistematización en la jurisprudencia constitucional mexicana, advirtiendo de que la reiteración de cinco ejecutorias, que a su vez derivan en las tesis, únicamente se dedican a abstraer los principios sobre los que se deciden esos casos particulares, modificando la intención original de los creadores del Semanario Judicial de la Federación.

Añade que desde 1988 las tesis habían sido definidas por la misma Suprema Corte como criterios abstractos de interpretación de las normas jurídicas aplicadas a los casos resueltos, que prescinden de los datos concretos que inspiraron la resolución, descartando la obligación de resumir las resoluciones que se derivan las tesis de jurisprudencia.⁴ En este sentido, el sistema de reporte de precedentes y generación de jurisprudencia mexicano tenía un atraso notable en relación con países que tienen tribunal constitucional y constituía un grave y notable atraso en la aplicación del conocimiento de los tribunales internacionales.

Sin embargo, el gran retraso notable que tenía dicho sistema era que las tesis no brindaban la identificación del contexto fáctico y situaciones particulares en los que se resuelven los casos difíciles. Otra de las problemáticas detectadas es la existencia en el sistema consti-

3 Conforme con la Ley de Amparo en sus numerales 215 a 230, las formas de creación de jurisprudencia son: reiteración, unificación, resolución de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales por mayoría calificada y revalidación.

4 Manuel González Oropeza, *La jurisprudencia (Su conocimiento y forma de reportarla)*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006, p. 67

tucional mexicano de graves deficiencias relacionadas con los asuntos de legalidad que todavía son vistos por la Suprema Corte, pero en su calidad de tribunal constitucional, y que interfieren en el normal y más efectivo desempeño de su labor como defensor de la Constitución, debilitando su capacidad de difundir los precedentes de mayor relevancia.

Conforme con lo anterior, el análisis que se realizará en este capítulo será a partir de la teoría de los precedentes constitucionales. Desde la perspectiva del derecho anglosajón, el respeto al precedente se realiza a través del diseño de reglas y principios, de acuerdo a las situaciones y circunstancias específicas de cada caso.⁵ Por ende, la doctrina del precedente busca que los jueces puedan “encontrar un punto de equilibrio entre sus intuiciones de justicia en casos concretos, por un lado, y los principios generales que permiten justificar las decisiones alcanzadas en casos particulares.”⁶ Por tanto, una auténtica doctrina jurisprudencial debe lograr la concreción de los principios de justicia en sus resoluciones constitucionales con la finalidad de lograr las ideas de justicia política de una comunidad determinada.⁷

De acuerdo con este hilo conductor, consideramos que el sistema constitucional en nuestro país se encuentra en la fase fundacional o de sentencias fundadoras de línea, cuando se refiere a principios como dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, límites a la libertad de expresión, derecho al honor e intimidad, extensiones y límites al principio de igualdad. Por este motivo, esta nueva concep-

5 Brian Bix, *Jurisprudence (Theory and context)*, Carolina Academic Press, Durham, Carolina, 2009, p. 148. El profesor Michael Gerhardt, por ejemplo, ha diseñado lo que denomina como: “la regla de oro del precedente”, y se refiere precisamente a la dinámica constitucional concerniente a la conexión que deben tener los jueces con los precedentes, a pesar de las experiencias, preparación y temperamento con el que ellos mismos impregnen sus fallos. Michael J. Gerhardt, *The Power of precedent*, Oxford University Press, New York, 2008, p. 79.

6 Víctor Ferreres Comella, “Estudio introductorio” en G. Lawrence Sager, *Juez y democracia (Una teoría de la práctica constitucional norteamericana)*, Marcial Pons, Madrid, 2007,

7 G. Lawrence Sager, *op. cit.*, p. 38.

ción de precedentes auxilia hacia una sólida creación de una teoría constitucional. Entendiendo por esta última, al “esfuerzo por justificar un conjunto de prescripciones acerca de cómo deben decidirse los casos constitucionales controvertidos”⁸ y por precedente vinculante, “aquellas decisiones que dentro de ciertos patrones fácticos conservan la fuerza gravitacional sobre casos análogos por sus hechos y circunstancias”.⁹

Una vez que ha sido explicado lo anterior, se procederá a identificar en los siguientes epígrafes dos de las principales teorías que ha reconocido la doctrina para asignar significado y contenido esencial a los derechos humanos. Ello debido a que las directrices hermenéuticas y argumentativas propuestas en los subsecuentes apartados parten de la asignación de significado y de la extracción de un contenido esencial de los derechos humanos. En este sentido, la jurisdicción constitucional mexicana tendría un modelo de diálogo con otras jurisdicciones, siempre y cuando se supere el antiguo modelo de precedentes y transite hacia uno donde se aborde de manera frontal con el contenido esencial de los derechos humanos.

3.1 PRINCIPALES DOCTRINAS PARA AMPLIAR O REDUCIR EL SIGNIFICADO DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el epígrafe previo se ha reseñado la importancia de transitar hacia un modelo de contenido esencial de derechos humanos, debido a que la mayor parte de las jurisdicciones constitucionales e internacionales en el mundo aplican el test de proporcionalidad o alguna otra metodología para asignar significado esencial a los derechos humanos.

8 David A. Strauss, *What is constitutional theory?* en T. Alexander Aleinikoff et al., *Modern constitutional theory (A reader)*, Thomson West, 1999, p. 12

9 Diego Eduardo López Medina, *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*, Legis, Universidad de los Andes, p. 109.

Por ejemplo, el principio de proporcionalidad ha sido empleado por numerosas jurisdicciones constitucionales como canon de control para justificar racionalmente una decisión que limita derechos fundamentales o principios constitucionales. Asimismo, ha sido empleado por la propia jurisdicción internacional de los derechos humanos, como la Corte Europea donde ha tenido un desarrollo bastante prolijo, e inclusive se ha consagrado como parte del derecho común europeo a través de su inclusión expresa del subprincipio de adecuación y necesidad en la propia Convención Europea sobre Derechos y Libertades Fundamentales.¹⁰ En América Latina, se ha puesto en práctica a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como una especie de derecho común latinoamericano.¹¹

En este contexto, las distintas doctrinas que se emplean para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales que se explican en el presente epígrafe se pueden dividir en dos grandes vertientes: la teoría interna y la externa. En la primera ubicaremos todas aquellas posiciones que explican el contenido del derecho fundamental desde sus límites inmanentes o internos, delimitándolo objetiva-

10 Al respecto, explica la profesora Fernández Nieto: “La jurisprudencia comunitaria [Europa], lo ha venido desarrollando sistemáticamente desde 1970, en la revisión de las normas y resoluciones administrativas que la han sido sometidas a su consideración, hasta el punto de poder calificarse como ‘el principio más importante en el ámbito del Derecho económico del Mercado Común’ y de que sea considerado como un supraprincipio que sirve para enjuiciar la legitimidad de toda medida que emane la Comunidad”. Josefa Fernández Nieto, *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el Derecho Público Común Europeo*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 288. A nivel comunitario han adoptado este instrumento en el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, arts. 8.2 (derecho al respeto a la vida privada y familiar, domicilio y correspondencia), art. 9.2 (derecho a manifestar la religión o convicciones), art. 10.2 (sobre la libertad de expresión), 11.2 (libertad de reunión pacífica y de asociación) y en el 18 (el cual tiene como regla general aplicable a la proporcionalidad). Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Art. 52.1) y Constitución Europea (II.109.3; II.112.1).

11 En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 4, 29). Declaración Universal de Derechos de 1948 (29), 8.1 a). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York en 1966. (Arts. 4.1, 12.3, (derecho a circular libremente y a escoger la residencia), 14.1 (derecho a un proceso público), 18.3 (derecho a manifestar la propia religión o las propias creencias), 19.3 (libertad de opinión), entre otros.

mente y posicionándose (algunas de estas posturas) a favor del margen que dispone el legislador para definir dicho contenido, ya sea a través de una preconcepción del derecho subjetivo, de una teoría objetiva de valores o del uso de una teoría material de derechos fundamentales. Por otra parte, en la teoría externa predomina una concepción discursiva de los derechos fundamentales y el empleo del principio de proporcionalidad como criterio hermenéutico para limitar los contenidos de los derechos desde el exterior. Dicho esto, explicaremos a continuación cada una de las posiciones doctrinales más aceptadas en la teoría constitucional.

El propósito que tienen las teorías tanto subjetiva como objetiva es reducir el grado de indeterminación normativa, estructural o semántica de los enunciados normativos que contienen derechos fundamentales. La teoría subjetiva parte de la premisa de que los derechos fundamentales deben ser entendidos como derechos subjetivos. Los exponentes de esta teoría sostienen que los derechos son entendidos como acciones de parte del Estado, en los que dicha acción debe ser considerada como un derecho subjetivo, individualizado y determinado, la cual deriva de una obligación negativa y positiva para el Estado. Por una parte, “respetar esa esfera de actividad [y la positiva] en prestar su función jurisdiccional para ese caso”.¹²

De acuerdo con esto, existe una serie de interpretaciones sobre el correcto significado de derecho subjetivo, desde la clásica concepción del derecho reflejo de Kelsen,¹³ o el concepto de Hohfeld en sentido estricto o pretensión, o de Ihering, acerca de los derechos como intereses jurídicamente protegidos (concepción predominante en los círculos de juristas en México),¹⁴ hasta concepción moderna de Alexy,

12 Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso. Aplicable a toda clase de procesos*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 177.

13 Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, Porrúa, UNAM, México, 2003, p. 139.

14 Rudolf Von Ihering, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, (Estudio Preliminar sobre “Ihering, ensayo de explicación” de José Luis Monereo Pérez), Tomo Primero,

quien defiende una visión amplia y no reduccionista de los derechos, aceptando la reconexión conceptual entre el derecho y la moral, desde una perspectiva moderada del positivismo jurídico.¹⁵

La interesante propuesta del profesor Gavara de Cara consiste en replantear el parámetro de control de constitucionalidad, criticando la frecuente utilización del concepto de derecho subjetivo como punto de partida, ya que en la mayor parte de las ocasiones este concepto no da cuenta de la totalidad de los elementos presentes en la relación jurídica que subyace a un derecho subjetivo (destinatario y objeto), propuestas que se encuentran en juristas alemanes como Ziever, Stein o Krüger.¹⁶

Por su parte, la teoría objetiva considera que el enunciado normativo que contiene un derecho fundamental es el elemento normativo de control de constitucionalidad. Entre algunos de sus principales exponentes se encuentran Friedrich Klein, Harmut Jackel, Eicke Von Hippel, Peter Lerche y Konrad Hesse, entre otros.

Como síntesis de las dos propuestas, Gavara plantea una reconstrucción conceptual de ambas posiciones, a través del análisis estructural de los enunciados que contienen normas constitucionales. En primer lugar, siguiendo las ideas de Alexy, plantea la estructura de los derechos fundamentales desde una relación triádica: sujeto activo, sujeto pasivo y objeto (conducta de acción u omisión).¹⁷ El sujeto activo se constituye como la atribución de una persona para exigir del Estado (sujeto pasivo) el cumplimiento de los mandatos del derecho

Comares, Granada, 1998, p. 1040. Del mismo autor, *El fin del derecho*, (Estudio Preliminar sobre el "Pensamiento Jurídico de Ihering y la dimensión funcional del derecho" de José Luis Monereo Pérez), Granada, Comares, 2000, p. XXIV.

15 Robert Alexy, "Derecho y corrección" en *La institucionalización de la justicia*, Granada, Comares, 2005, p. 40.

16 Juan Carlos Gavara de Cara, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 118 y ss.

17 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, Madrid, p. 86.

fundamental. Finalmente, el objeto, se constituye como la conducta de acción u omisión de parte del Estado para satisfacer el contenido material de la norma en cuestión.

Las indeterminaciones más complejas en las normas que contienen derechos fundamentales son las estructurales y las relacionadas con el supuesto de hecho. Como consecuencia, las propuestas más acabadas en torno a la estructura de los derechos se encuentran en los modelos interpretativos que conciben las normas de derechos fundamentales como principios, así como el modelo de orden objetivo de valores, proveniente de la doctrina jurisprudencial alemana de la posguerra, así como de las ideas del constitucionalista Rudolf Smend. Finalmente, otra propuesta sugerente es la de P. Häberle, quien a partir de su concepción de derechos como instituciones (siguiendo la tesis de M. Hauriou) ha establecido la necesidad de determinación, configuración y actualización de éstos.

3.2. PRIMER CRITERIO SOBRE CONTENIDO ESENCIAL PARA ASIGNAR SIGNIFICADO A UN DERECHO HUMANO: TEORÍA MATERIAL

Uno de los principales seguidores de la teoría interna de los derechos fundamentales es el jurista alemán Ernst Wolfgang Böckenförde, con esta idea es continuación de su paradigma en la transformación del Estado de derecho hacia una concepción material.¹⁸ Después de hacer un repaso sobre los principales métodos tradicionales de interpretación de la ley enunciados por Savigny (analizado en el capítulo 1). Este autor, manifiesta su clara indisposición para seguir la misma metodología al momento de interpretar normas constitucionales y reducir la indeterminación normativa de las mismas. La razón es clara,

18 Ernst-Wolfgang Böckenförde, "Origen y cambio del concepto de Estado de derecho", en *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, 2000, p. 17.

se encuentran inspiradas en el derecho romano y constituyen reglas interpretativas propias del derecho privado. Al contrario de las normas ordinarias, la Constitución contiene un denso contenido fragmentario, indeterminado y complejo. Su concepción se adhiere al modelo de Constitución como un orden marco, donde se fijan las reglas procedimentales para el proceso de acción y de decisión política.¹⁹ Después de hacer un repaso de las principales teorías que auxilian la concreción de los derechos fundamentales, el autor concluye:

Un contenido normativo vinculante no se puede obtener de un texto normativo marco, vago, como es típico para la mayoría de las normas constitucionales, sin recurrir a una teoría de la Constitución (teoría de los derechos fundamentales), a su vez obligatoria, a la que se corresponda la función de directriz normativa para la interpretación. [...]

El análisis de los diferentes métodos de interpretación indica que el punto decisivo para un fortalecimiento o una recuperación de la normatividad de la Constitución —cuando esta es requerida— no descansa en una depuración y meditación metodológica de los singulares pasos interpretativos, por muy importante que estos sean. Más bien, radica en la orientación de la interpretación a un concepto de Constitución, o más exactamente, a una teoría de la Constitución que sea capaz de consignar puntos de vista orientadores y estructuras fundadas en ellos para la interpretación.²⁰

Según esta concepción, el proceso de concreción de las normas de derechos fundamentales viene aparejado con la concepción de una determinada teoría constitucional. Desde nuestra perspectiva, este

19 Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y crítica” en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, pp. 13-43.

20 *Ibid.*, pp. 34-37.

punto de vista representa una visión sustancialista de la teoría constitucional. Para este propósito explica la existencia de distintas teorías de derechos fundamentales que auxilian la labor del operador jurídico, al momento de concretar cada derecho, para lo cual, no es necesario llevar a cabo alguna clase de ponderación, pues el derecho se encuentra definido previamente. Esto significa que el contenido de cualquier derecho fundamental puede ser definido *prima facie*, sin necesidad de ponderación alguna.

La idea es proporcionar guías o directrices básicas que fundamenten los criterios a través de los cuales distintos tribunales constitucionales en el mundo han resuelto casos presentados ante ellos. Una teoría de los derechos fundamentales podemos definirla como “una concepción sistemáticamente orientada acerca del carácter general, los objetivos normativos y el alcance material de los derechos fundamentales”.²¹ La primera se refiere o se encontraría influida por una determinada concepción de Estado y/o una determinada teoría de la Constitución. Esta teoría logra su plena realización cuando los jueces constitucionales resuelven algún conflicto, en la imposición de límites o en restricciones a los derechos.²²

Ambas tienen dos dimensiones: una normativa y otra material. El contenido normativo consiste en una teoría de principios o valores. Por otra parte, la teoría material se encarga de estructurar la argumentación iusfundamental mediante una teoría de principios que los coloque en un orden blando, a través de prioridades *prima facie*, en aras de los principios de la libertad e igualdad jurídica. En primer término, para la

21 Ernst-Wolfgang Böckenförde, “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales” en *Escritos sobre derechos fundamentales*, op. cit. p. 45.

22 Refiere el profesor César Landa que “en la propia práctica de la tutela de los derechos fundamentales se puede apreciar un uso variado de las distintas teorías de la interpretación constitucional. Esto no es perjudicial para el desarrollo constitucional, en la medida que la modificación de la jurisprudencia se encuentre acorde con el principio humanista del *in dubio pro persona*”. “Teorías de la interpretación constitucional” en Eduardo Ferrer Mac-Gregor, (coord.) *Derecho procesal constitucional*, Tomo III, Porrúa, México, 2002, p. 2819.

teoría liberal, los derechos fundamentales son derechos de libertad del individuo frente al Estado. Es decir, los derechos son establecidos con la finalidad de asegurar la libertad frente a la amenaza estatal, los ámbitos de la libertad individual y social a la que se encuentran expuestos. Dicha teoría tiene varias repercusiones en distintos aspectos:²³

1. El que los titulares de los derechos fundamentales hagan uso de su libertad, de derecho fundamental, así como los fines que motivos y fines que persigan es decisión y asunto suyo, es decir, no puede ser objeto de valoración jurídica.
2. El contenido nuclear o la sustancia de la libertad de los derechos fundamentales, conserva su carácter de contenido preexistente frente a las posibles y constitucionalmente admisibles medidas de intervención o delimitación de parte del legislador.
3. Las instituciones jurídicas presentes en el ámbito de un derecho fundamental no tienen ninguna relación directa con el contenido esencial de un derecho fundamental.
4. Finalmente se establece que al Estado no le corresponde ninguna obligación de aseguramiento o garantía para la realización de un derecho fundamental.

Por otra parte, la teoría institucional de los derechos fundamentales ordena ámbitos vitales objetivos tendentes a la realización de ciertos fines. Es decir, los derechos, bajo esta óptica reflejan circunstancias vitales y, al regularlas, las asumen y les confieren relevancia normativa. De esta manera, la libertad servirá para conseguir determinados objetivos y la actuación del Estado se ve reflejada en forma de regulaciones o sanciones. Entre las principales consecuencias jurídicas de esta teoría para la interpretación de los derechos fundamentales destacan:²⁴

23 Ernst-Wolfgang Böckenförde “Teoría e interpretación de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, p. 49.

24 *Ibid.* p. 53.

1. La ley se presenta como favorecimiento y realización de la libertad.
2. La libertad de los derechos fundamentales se orienta a determinados intereses, concretamente a la realización del sentido objetivo-institucional de la garantía de libertad.
3. La garantía institucional de la libertad produce la tendencia a la intangibilidad de las situaciones económicas existentes o de regulación ordinaria en presencia.

El punto de partida de la teoría democrático-funcional de los derechos fundamentales es la concepción de estos desde su función pública y política. Es decir, los derechos fundamentales alcanzan su sentido y su principal significado como factores constitutivos de un libre proceso de producción democrática del Estado y de un proceso democrático de formación de la voluntad política.²⁵ Asimismo, entre sus consecuencias destaca: 1. En ella el contenido y el alcance de la libertad se determina según la función a la que sirven. 2. Se da una fundamentación funcional de la libertad, es decir, convierte la libertad en una competencia.

Por otra parte, la teoría de los derechos fundamentales en el Estado Social parte de las “consecuencias derivadas de la teoría liberal de los derechos fundamentales y de la organización de la libertad del Estado de derecho burgués edificado sobre ella; por otro lado, la sustitución, provocada por el desarrollo de la sociedad general, del espacio vital dominado de autarquía individual, de relaciones y prestaciones sociales efectivas”.²⁶

Finalmente, la teoría axiológica o del orden de valores proviene de la teoría constitucional alemana de primera mitad del siglo XX. En 1928, el jurista alemán Rudolf Smend publicó *Constitución y Derecho constitucional*, en la que expuso la famosa teoría del orden de valores

25 *Ibid.* p. 60.

26 *Ibid.* p. 63.

que ha servido de base a la teoría de los derechos fundamentales que lleva ese nombre. En este libro desarrolló su teoría jurídica de la integración, y en especial la teoría de los derechos fundamentales como factores de integración material y de expresión de un sistema de valores. El iusfilósofo de Basilea entendía la teoría del Estado como parte de las ciencias del espíritu, al igual que Hegel.²⁷

De acuerdo con este postulado, es la realidad y no el texto literal o la abstracción dogmática las que le dan significado a la Constitución, la cual también forma parte de la realidad del espíritu. A su vez, es integradora y reproduce el proceso de la comunidad política. La función principal del texto fundamental de acuerdo con esto es orientarse hacia dicha realidad, en la que influyen los procesos de integración cultural, política y social de una comunidad. Para ello, el saber que brindan las ciencias del espíritu es fundamental para cumplir con este propósito. A partir de este entendimiento de la teoría del Estado y de la ciencia del derecho constitucional, dividía la teoría de la integración en tres apartados:²⁸

- a. la integración personal, formada por los dirigentes políticos (miembros del parlamento, jefes de estado, burocracia administrativa y judicial);
- b. la integración funcional o procesal, que se refiere a las formas de vida que tienden a crear un sentido colectivo, es decir, procesos que tien-

27 Al respecto, Hegel afirma: “El Estado, en cuanto espíritu viviente es solamente como una totalidad organizada y distinguida en actividades particulares, las cuales, procediendo de un concepto único (aunque no sabido como concepto) de la voluntad racional, lo producen perennemente como su resultado [...] la Constitución supone aquella conciencia del espíritu, e inversamente, el espíritu presupone la Constitución, porque el espíritu real mismo tiene solamente la conciencia determinada de sus principios en cuanto estos son para él como existentes”. G. W. F. Hegel, “Filosofía del espíritu” en *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*, Porrúa, México, 2004, pp. 344-346.

28 Rudolf Smend, *Constitución y Derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1985, pp. 62-106. Esta edición contiene otros trabajos del constitucionalista alemán publicados en *Staatrechtliche Abhandlungen* en 1968.

den a producir una síntesis social, representadas en marchas militares, manifestaciones masivas, elecciones, votaciones, los procesos constitucionales; y

- c. la integración material u objetiva, se refiere a un grupo de valores vividos en consonancia por una comunidad (una sociabilidad de las vivencias sustantivas) encarnada en banderas, escudos, territorio, historia, preámbulos, ceremonias políticas, fiestas nacionales, y por supuesto, los derechos fundamentales.

En este contexto, refiriéndose a la Constitución de Weimar el maestro alemán apuntaba:

los derechos fundamentales son los representantes de un sistema de valores concreto de un sistema cultural que resumen el sentido de la vida estatal contenida en la Constitución. Desde el punto de vista político, esto significa una voluntad de integración material; desde el punto de vista jurídico, la legitimación del orden positivo estatal y jurídico. Este orden positivo es válido solo en cuanto representa este sistema de valores y precisamente por él se convierte en legítimo.²⁹

De esta forma, los derechos cumplen con su función integradora al sistematizar el contenido axiológico objetivo del ordenamiento democrático con la aprobación de la mayoría de los ciudadanos. Asimismo, los derechos fundamentales constituyen un sistema coherente que inspira todas las normas e instituciones del ordenamiento y prescribe las metas políticas.³⁰

29 Rudolf Smend, *op. cit.*, p. 212.

30 Antonio Enrique Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2018, p. 298.

3.3. SEGUNDO CRITERIO SOBRE CONTENIDO ESENCIAL PARA ASIGNAR SIGNIFICADO A UN DERECHO HUMANO: TEORÍA INTERNA

La teoría constitucional ha distinguido dos teorías en la restricción de los derechos fundamentales: la interna y la externa. Conforme a la primera, existe desde el principio el derecho con su contenido pre-determinado, con sus límites concretos. Por tanto, cualquier medida que afecte a su contenido resultará una restricción al mismo. Del otro lado se encuentra la teoría externa, la cual presupone la existencia de objetivos jurídicos diversos. El contenido del derecho no puede ser definido *prima facie*, esta clasificación proviene del derecho civil, particularmente de la herencia del derecho romano. Un claro ejemplo de esta teoría externa es la aplicación del principio de proporcionalidad como un instrumento de la hermenéutica constitucional para concretar normas de derecho fundamental.³¹

Müller es un partidario de la teoría interna de los derechos fundamentales, ya que parte de la conexión entre la interpretación y la realidad en la que es aplicada en la Constitución. En tal sentido, después de hacer un repaso sobre los principales métodos de interpretación de la ley distinguidos por Savigny, concluye sobre la necesidad del respeto a los principios constitucionales, así como una interpretación más amplia de las normas constitucionales, cercanas a la realidad en que las mismas se vislumbran, de acuerdo con los casos concretos en los que actúan aquellas.³² En tal sentido, la estructura de las normas jurídicas, debe adecuarse a la realidad en la que se encuentran inmersas.³³ Esta

31 Martín Borowski, *La estructura de los derechos fundamentales*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 66 y ss.

32 Friedrich Müller, *Métodos de trabajo del derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 283 y ss.

33 Friedrich Müller, "Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Año 9. núm. 27, septiembre-diciembre 1989, p. 113.

estructura se basa en el ámbito normativo y el programa normativo, retomando este concepto de Pedro de Vega.

... volviendo la mirada al “programa de la norma”: Es este el resultado de’ la interpretación de los elementos lingüísticos primarios, el mediador con los elementos materiales empíricos. Como se hace con la ley escrita también ha de elaborarse tal “programa” con Derecho consuetudinario. El segundo, el “ámbito de la norma” es, por su parte, la estructura fundamental del sector de realidad social que para sí ha escogido el “programa” desde unos “puntos de contacto” con ella. Pero no se confunde con el “estado de hechos”, como sucede con Kirchhof, ni con el “ámbito material” o “de la realidad”[...] ni con el “ámbito del caso” (Fallbereich), más adensado, ni con la norma jurídica misma. Es, mejor que suma, contexto de hechos y de elementos estructurales comprobables normativamente pertenecientes al ámbito material, y más que generales, susceptibles de generalización en un modo orientado al texto. Y como el “programa de la norma” y lo mismo que el “caso de Derecho”, está lejos de entregarse desde el principio, tiene que lograrse. Es una afirmación acerca del curso del trabajo jurídico. Y también, pues rodeado por un mundo de los hechos, acerca de hipotéticos procesos causales. Y sirve de fundamento a una prognosis de los efectos de una ley [...] Para que se constituya el “ámbito de la norma” han de acreditarse los hechos (el “ámbito material”) como relevantes para el “programa” y compatibles con él.³⁴

En este sentido, la interpretación como la aplicación no pueden ser concebidos como fenómenos aislados. Es indispensable su conexión con la realidad material que regula. Lo mismo sucede con las normas constitucionales. La constante indeterminación y ambigüedad es una cualidad inherente a aquellas. En este sentido, la normatividad de los

34 Friedrich Müller, *Métodos de trabajo del derecho constitucional*, op. cit., pp. 89-91.

derechos fundamentales no puede agotarse en el tradicional método interpretativo de las normas jurídicas ordinarias, de acuerdo con prescripciones cerradas y herméticas, sino que requieren de precisión al caso concreto. Por consiguiente, dos puntos que serán piedra angular de su teoría son: la concepción de que la norma general no puede predeterminar plenamente los casos individuales a los aplicadores del derecho y, por otra parte, que las decisiones no pueden configurarse mediante el empleo de la lingüística (programa normativo), sino que es indispensable el empleo de datos reales (ámbito normativo).

Continuando con este orden de ideas, la fórmula del contenido esencial de los Derechos Fundamentales fue plasmada por vez primera en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en su artículo 19.2,³⁵ seguida por la Constitución española de 1978, en su artículo 53.1.³⁶ Conforme a criterios doctrinales, dicha cláusula se ha definido como aquel ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Se convierte en un límite infranqueable a la actuación tanto del poder legislativo como del ejecutivo, e implica necesariamente la existencia de contenidos limitadores susceptibles de extraer del significado de las normas.³⁷

Existen tres teorías que explican esta institución: la absoluta, la relativa y la mixta. Según las teorías absolutas de distintos autores, el contenido esencial conforma un “núcleo duro del derecho fundamental que puede ser determinado independientemente de argumentos referidos a una ponderación. De esta forma, las restricciones, que caen bajo ese núcleo duro, están prohibidas definitivamente desde el

35 Sobre la restricción de los derechos fundamentales: (2) En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.

36 Artículo 53.1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título se vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a),

37 Rafael de Asís, *El juez y la motivación en el derecho*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 103-107.

punto de vista constitucional”.³⁸ Por consiguiente, la ponderación no es enteramente factible en dichas circunstancias y constituye una de las principales problemáticas, ya que la configuración del contenido queda realizada previamente.

Siguiendo este orden lógico, en la teoría interna los derechos se encuentran configurados previamente y su contenido esencial puede resultar definido con anterioridad por el legislador, en el contexto del margen normativo que le concede. Asimismo, la teoría del contenido esencial presenta tres variantes: la absoluta, la relativa y la mixta. La primera no admite ponderaciones; la segunda presenta una variante relacionada con el margen estructural para la ponderación, y la última es una postura ecléctica entre las dos citadas. A continuación, explicaré en primer lugar, la teoría interna y su distinción con la teoría externa, posteriormente analizaré la teoría del contenido esencial en las variantes propuestas.

En esencia, las teorías absolutas defienden una concepción material de contenido esencial, distinguiendo así en cada derecho dos partes, un núcleo y una parte accesorio, no esencial.³⁹ Por consiguiente el legislador solo tendrá permitido, a partir del principio de reserva de ley, configurar los límites al derecho fundamental en su parte accesorio, no en su núcleo esencial. Un caso paradigmático en la aplicación de esta teoría es la concepción que realizó el TCE cuando señaló en el caso del Decreto-Ley de Huelga, que el contenido esencial del derecho subjetivo puede determinarse a partir del tipo abstracto, conceptualmente previo al momento legislativo, constituido entonces por: “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito”.⁴⁰

38 Martín Borowski, *op. cit.*, p. 97.

39 Antonio Luis Martínez Pujalte, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 22.

40 Sentencia del Tribunal Constitucional español de 8 de abril de 1981, recaída al recurso de inconstitucionalidad 192/1981.

El profesor Otto y Pardo ha formulado una crítica contra la concepción de contenido esencial absoluto, advirtiendo que la misma podría conducir al intérprete a una relativización del contenido de los derechos fundamentales, ya que: “si decidimos que un límite está económicamente justificado por la protección de un bien constitucional, *negar después la posibilidad del límite a partir del contenido esencial es tanto como admitir el carácter contradictorio de las normas constitucionales en juego y desconocer la que presta protección al bien sacrificando este al derecho*”.⁴¹ Esta posición es similar a la defendida por Konrad Hesse cuando señala que la teoría absoluta podría sacrificar los derechos fundamentales a la libre disposición del legislador, es decir, al existir un “núcleo duro”, se obliga al legislador a dejar inmutable dicho núcleo que no resultaría fácil de determinar, dejando únicamente la parte accidental a través del principio de reserva de ley.⁴²

Una de las defensas más sólidas en torno a la teoría relativa es el pensamiento a partir de la tesis institucional que sostiene Peter Häberle. Sobre este punto, el profesor alemán analiza los derechos fundamentales manteniendo una visión en torno a un sistema unitario y objetivo. Si bien la Constitución se encuentra caracterizada como un orden objetivo de valores, estos deben ser concretados y positivizados en el propio texto fundamental. Para concretar el significado de los derechos fundamentales es indispensable una triple función de estos: la función social (en la medida en que necesitan ser configurados y desarrollados para su ejercicio), como relaciones de condicionabilidad mutua (relacionados entre sí); y, finalmente, como base funcional para la democracia constitucional. Conforme a lo anterior, la garantía y

41 Ignacio de Otto y Pardo, “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía del contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en *Obras Completas*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Universidad de Oviedo, Madrid, 2010, p. 1494. Se respetan las cursivas del texto original.

42 K. Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, párr. 46, p. 54; En el mismo sentido: Antonio Pérez Luño, “La interpretación de la Constitución”, en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 1, 1984, p. 93.

ejercicio de los derechos se caracteriza a través de la unión o conexión entre los intereses individuales y públicos.⁴³

Además, influenciado por las ideas del sociólogo francés M. Hauriou, Häberle concibe los derechos fundamentales como instituciones, entendiendo por institución de acuerdo al sociólogo francés, como aquella idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un medio social.⁴⁴ A partir de esta articulación de los derechos, los bienes jurídicos constitucionales tienen relaciones de condicionabilidad mutua, donde se hallan relacionados entre sí. En este planteamiento el jurista germano defiende la necesidad de conciliar esos intereses públicos e individuales desde la ponderación de bienes y a través del empleo de las reservas de ley o límites inmanentes.⁴⁵ En tal sentido, el contenido esencial de un derecho fundamental no se puede realizar de forma aislada, sino tomando en cuenta otros bienes jurídicos constitucionales.

El autor alemán realiza un análisis de los derechos fundamentales como un sistema unitario y objetivo.⁴⁶ Tal y como ya se ha explicado, el triple punto de partida del jurista alemán consiste en entender a la función social que desempeñan los derechos fundamentales para satisfacer intereses individuales y sociales. Esta función social se refleja claramente en su necesidad de configuración y desarrollo para su posterior ejercicio.⁴⁷

43 Peter Häberle, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 34 y ss.

44 Maurice Hauriou, *La Teoría de la Institución y la Fundación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 32.

45 Peter Häberle, *op. cit.* pp. 99-101.

46 Cabe destacar que el planteamiento clásico de C. Schmitt resulta de suma trascendencia para explicar el modelo de derechos fundamentales como garantía institucional. En principio, se debe hacer la aclaración que, con independencia de la ideología nacionalsocialista de este jurista alemán, su análisis clásico es relevante para todos los autores posteriores, ya que él es el creador de esta teoría, y a partir de su estudio en su famosa obra: "Teoría de la Constitución" la concepción de derechos no como libertades, se les concebirá como mecanismos técnicos para la protección de un objeto material reconocido, circunscrito, establecido y fundado. Al respecto: C. Schmitt, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, 1982, p. 175 y ss.; en el mismo sentido: *La defensa de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 86.

47 Peter Häberle, *op. cit.*, p. 11.

En la construcción de esta última premisa (conciliación de intereses individuales y públicos), Häberle plantea la bidimensionalidad de los derechos fundamentales a partir de su carácter individual, es decir, aquel que garantiza a los titulares de los derechos fundamentales como individuos, grupos, asociaciones; mientras que el aspecto institucional se encuentra consagrado por la garantía constitucional de la configuración de esos ámbitos sociales, tal es el caso de la institución del matrimonio, la familia, propiedad y coalición, entre otros.⁴⁸

Algunas críticas a las que ha sido sometida la teoría institucional de P. Häberle se centran en determinar que los derechos fundamentales son directamente aplicables, debiendo ser protegidos por el Estado. Esto se relaciona con la configuración y desarrollo posterior de los derechos por parte del legislador a través del principio de reserva de Ley. Algunos autores sostienen que dicho desarrollo no es posible en todos los casos, por ejemplo, tratándose del principio de igualdad y no discriminación.⁴⁹ En el caso mexicano, la Suprema Corte en épocas recientes ha desarrollado la jurisprudencia de igualdad en torno a cláusulas sospechosas, situación que sería desde el punto de vista de la técnica legislativa, imposible prever en todos los supuestos de hecho posibles.

Otra crítica puntual es la relacionada con el margen de discrecionalidad que le queda reservado al Tribunal Constitucional al momento de ejercer el control de regularidad. En definitiva, la amplia vinculación a través del principio de reserva de ley al cual se le habilita al legislador para desarrollar los derechos deja poco margen para la ponderación al juez, en consecuencia, una interpretación un tanto excesiva de esta facultad reglamentaria de los derechos fundamentales dejaría sin efectos la tesis de la discrecionalidad judicial.

Los límites inmanentes a los derechos fundamentales han sido explicados con gran tino por P. Häberle, quien concibe dichos límites como

48 *Ibid.*, p. 103.

49 Juan Carlos Gavara de Cara, *op. cit.*, pp. 108-110.

parte de su esencia (límites conforme a su esencia). Este planteamiento consiste básicamente en que la concreción a los derechos fundamentales no se realiza desde el exterior de estos, sino que los límites inmanentes se encuentran en la esencia del propio derecho y las limitaciones pueden encontrarse a través de la ponderación de bienes.⁵⁰

Las repercusiones de la teoría de los límites inmanentes de Häberle reside en la posibilidad de que el legislador presuponga el contenido esencial de los derechos fundamentales a través del principio de reserva de ley. Lo cual trae problemas graves al momento de sostener o defender un modelo interpretativo o principialista de los derechos fundamentales. Es decir, si el control constitucional es ejercido por los tribunales se dejaría un margen de discrecionalidad muy reducido debido al mismo concepto de inmanencia, donde el contenido esencial del derecho tiene así mismo sus propios límites, sin admitir una posible colisión con otros bienes jurídicos de igual o mayor envergadura, es decir, negaría el propio ejercicio de ponderación que el mismo autor alemán pregona en su teoría.

Este último modelo resulta bastante seductor para las constituciones latinoamericanas, principalmente el modelo mexicano, donde el legislador actúa como defensor de ese contenido esencial a través del principio de reserva constitucional, sin ningún límite a la mutabilidad constitucional, desarrollando o reglamentando derechos humanos desde la propia Ley Fundamental. El desarrollo de un derecho a través de reglas es común en la Constitución mexicana y leyes reglamentarias (orgánicas), donde en gran parte de las ocasiones se desnaturaliza la esencia del contenido esencial del propio derecho a través del vaciamiento de este sobrerregulando el derecho o desnaturalizándolo con el desarrollo excesivo de requisitos para su ejercicio.

Una adopción concreta de esta teoría relativa puede ser vista en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, la cual ha pre-

50 Peter Häberle, *op. cit.*, p. 54.

cisado al contenido esencial: como el ámbito intangible del derecho cuyo respeto se impone a las autoridades y a los particulares. Por otra parte, conforme al ámbito de aplicación, el contenido esencial de un derecho fundamental consiste en aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales dejaría de adscribirse a ese tipo, desnaturalizándose.⁵¹ Es el núcleo básico del derecho fundamental, no susceptible de interpretación o de opinión sometida a la dinámica de coyuntura o ideas políticas.⁵²

En esta misma sintonía se encuentra el concepto de contenido esencial como derecho subjetivo, entendido como aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito, el cual puede determinarse complementariamente a partir de los denominados intereses jurídicamente protegidos, de modo que se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.⁵³

En tal sentido, la función de impedir al legislador, en uso de la reserva legal (autorización constitucional para limitar los derechos) se convierta en amo y señor de estos, lo cual llevaría a su vaciamiento. En cuanto a su aplicación la interpretación y aplicación de esta cláusula está vinculada al orden de valores consagrado en la Constitución. El núcleo esencial de un derecho fundamental es resguardado indirectamente por el principio constitucional de ponderación del fin legítimo que alcanzar frente a la limitación del derecho fundamental, mediante la prohibición de limitaciones desproporcionadas a su libre ejercicio.⁵⁴

51 Sentencia No. T-426/92, Corte Constitucional Colombiana, párr. 23 y ss.

52 Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana (SCCC) Núm. SU-250/98, párr. 1.2.

53 SCCC No. T-426/92, párr. 23 y ss.

54 SCCC No. T-426/92, párr. 25. Consultar también del mismo Tribunal: T-047/95, Sentencia No. T-426/92, T-044/95.

La teoría relativa también ha sido objeto de críticas, entre cuyas sentencias emblemáticas en la jurisprudencia española se encuentra la STC-161/1987, relativa a la cláusula de objeción de conciencia en las fuerzas armadas, donde se permitió la suspensión de este derecho durante el periodo de actividad en el servicio militar, justificando la medida a partir de un bien constitucional: el buen funcionamiento de las fuerzas armadas. El Tribunal Constitucional español determinó a partir del empleo del principio de proporcionalidad que la medida resultaba adecuada, pero sin tomar en cuenta el contenido del derecho afectado (objeción de conciencia).⁵⁵

Finalmente, una concepción mixta de las anteriores se traduce en el pensamiento de Prieto Sanchís. Esta cláusula obliga a los jueces a adecuarse a los contenidos y principios establecidos por la Constitución. Igualmente, a pronunciarse sobre la misma forma en todos los casos en que estuviera en juego un derecho fundamental.⁵⁶ Dicho lo anterior, esta cláusula debe respetarse en cualquier acto de autoridad (leyes o actos), ante una posible limitación o necesidad de justificar limitaciones para la preservación de otros bienes constitucionales. De esta forma, el legislador o el Estado en ejercicio de su actividad ejecutiva, únicamente puede establecer límites o restricciones en la parte accesoria del derecho fundamental.⁵⁷ Por otra parte, la teoría relativa explica que el contenido esencial es aquello que queda después del ejercicio de ponderación respectivo, ante otros bienes o principios que deben ser tutelados por el Estado, reduciendo por consiguiente el contenido esencial al ejercicio que se lleva a cabo a través del principio de proporcionalidad.

55 Antonio Luis Martínez Pujalte, *op. cit.*, p. 28.

56 Luis Prieto Sanchís, “La limitación de los derechos fundamentales”, en *Neoconstitucionalismo, derechos fundamentales y ponderación judicial*, p. 60.

57 Antonio Luis Martínez Pujalte, *op. cit.*, p. 22.

3.4. TERCER CRITERIO SOBRE CONTENIDO ESENCIAL PARA ASIGNAR SIGNIFICADO A UN DERECHO HUMANO: TEST DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad se ha convertido hoy en día en una de las herramientas más empleadas por los operadores jurídicos para justificar racionalmente decisiones donde se encuentran involucrados principios o derechos fundamentales. Esta herramienta metodológica ha sido empleada en numerosas jurisdicciones constitucionales como canon de control para justificar racionalmente una decisión que limita derechos fundamentales o principios constitucionales. Asimismo, se ha empleado por la propia jurisdicción internacional de los derechos humanos, como la Corte Europea, donde ha tenido un desarrollo bastante prolijo, e inclusive se ha consagrado como parte del derecho común europeo, a través de su inclusión expresa del subprincipio de adecuación y necesidad en la propia Convención Europea sobre Derechos y Libertades Fundamentales.

En América Latina a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha implementado una especie de un derecho común latinoamericano.⁵⁸ En este sentido guarda especial relevancia la teoría principialista de los derechos fundamentales, la cual ha sido uno de los elementos con mayor incidencia para el desarrollo del principio de proporcionalidad. Las objeciones y dilemas planteados a este método se centran en la visión (según los críticos) un tanto romántica del constitucionalismo contemporáneo. Los principios son mandatos de optimización, es decir, normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible, dentro de las posibilidades jurídicas y

58 En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Art. 4, 29). Declaración Universal de Derechos de 1948 (29), 8.1 a). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York en 1966. (Arts. 4.1, 12.3, (derecho a circular libremente y a escoger la residencia), 14.1 (derecho a un proceso público), 18.3 (derecho a manifestar la propia religión o las propias creencias), 19.3 (libertad de opinión), entre otros.

fácticas. De esta forma, los conflictos entre principios no son resueltos a través de una simple subsunción, sino mediante el ejercicio de ponderación.

Si bien la práctica judicial ha tenido una importancia trascendental en el desarrollo de esta herramienta como parte de la argumentación jurídica, también se puede afirmar que la dogmática constitucional ha desarrollado una serie de elementos muy precisos, que han permitido configurar una teoría que auxilia y retroalimenta la labor jurisprudencial. Su auge y perfeccionamiento ha tenido lugar en el ámbito de las jurisdicciones constitucionales, principalmente por el Tribunal Constitucional Federal alemán (TCFA), así como por la doctrina jurídica contemporánea, cuyo debate se ha extendido por largos años desde su origen y recepción en distintas latitudes.

En el contexto de análisis del principio de proporcionalidad me adhiero a una teoría relativa del contenido esencial de los derechos fundamentales. Los fundamentos de esta aserción los detallaré en el primer epígrafe, ya que son imprescindibles en el proceso de comprensión y aplicación de la proporcionalidad. Básicamente residen en la idea de que es necesaria una configuración del contenido esencial de los derechos fundamentales para evitar su vaciamiento a causa de una posible discrecionalidad desproporcionada por parte del juez constitucional. Es decir, una concepción de límites a los límites de los derechos fundamentales.

Se explicarán a detalle el funcionamiento del principio de proporcionalidad, una vez que el juez constitucional ha activado las premisas del mismo. Se analizarán los tres subprincipios que intervienen para la correcta aplicación: adecuación, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto (ponderación). Cabe advertir que estos subprincipios están relacionados con los márgenes estructurales y epistémicos, referidos en los epígrafes anteriores, que permiten al legislador configurar los medios que considere más convenientes para alcanzar los fines de las normas, así como el margen estructural para la ponderación.

El subprincipio de idoneidad o medio alternativo será analizado en el siguiente apartado. Se detalla cómo funciona y su correcta aplicación a partir de las reglas de medio más benigno o indispensabilidad de los medios que afecten en menor medida los derechos fundamentales intervenidos por la autoridad. El último epígrafe de este capítulo lo dedico al análisis de la proporcionalidad en sentido estricto (ponderación), de acuerdo con las reglas elaboradas con mayor precisión y detalle por Robert Alexy y el refinamiento que hace sobre la fórmula del peso.

Sobre las cuestiones particulares y su adaptación a la teoría constitucional española y de América Latina consideramos adecuado y coherente el modelo creado por los juristas Bernal Pulido y Laura Clérico. La construcción conceptual que realizan brinda un mayor soporte argumentativo en la fundamentación en los casos de derechos fundamentales, ya que tiene variables mejor elaboradas y una estructura basada en reglas precisas, que permiten a través de una serie de sencillos pasos concatenados y coherentemente enlazados uno con otro el óptimo funcionamiento de este. En igual sentido la profesora argentina Laura Clérico, explica de manera elocuente el funcionamiento de una de las vertientes más complejas del principio de proporcionalidad en una serie de sencillas fórmulas. Se trata de la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto, nombrado en la terminología alemana como prohibición del exceso (Übermaßverbot) y la prohibición de protección deficiente (Untermaßverbot). Es decir, si un acto estatal, normalmente una omisión, vulnera un derecho fundamental.

El juicio de ponderación como criterio hermenéutico-constitucional para lograr la concreción de los derechos fundamentales goza de un gran prestigio en la jurisdicción constitucional e internacional. Tal y como he apuntado previamente, su empleo se ha vuelto común en el derecho público común europeo y latinoamericano. Casi desde su nacimiento, el Tribunal Constitucional español había aplicado escasamente este principio, con ciertos matices y precisiones conceptuales,

pero cercanos a la idea de control y asignación de significado al contenido de las normas de derechos fundamentales.

En España en 1995 es receptiva la jurisprudencia de aquel alto Tribunal, en materia de principios y valores constitucionales, con la sentencia 66/1995, reconociéndolo como un auténtico criterio para controlar la intervención y restricción a los derechos fundamentales.⁵⁹ No obstante su aplicación por el Tribunal Español, este ha sido objeto de innumerables concepciones que lo han llevado a ser objeto de una cantidad considerable de mutaciones conceptuales (criterio, factor, regla, examen). Por su parte, en México su empleo por la SCJN data apenas a principios del presente siglo, 2003, con la solución a distintos casos en materia de igualdad y principio de razonabilidad.

Para llegar a la ponderación es necesario seguir tres fases escalonadas, conocidas como subprincipios: la adecuación o idoneidad, la necesidad o alternatividad y la proporcionalidad en sentido estricto.⁶⁰ A continuación, se detallarán cada uno de los aspectos técnicos para la correcta aplicación de esta herramienta argumentativa.

Primer paso de la proporcionalidad: subprincipio de idoneidad

Este subprincipio se presenta de la siguiente forma: el medio escogido por el Legislador para lograr el objetivo de la norma debe ser idóneo y adecuado, es decir, perseguir una finalidad constitucionalmente legítima. Esta acepción está compuesta de dos elementos: el fin y el medio. Para ello, es imprescindible analizar el fin de la ley que se pretende favorecer, así como el análisis de los medios para conseguirlo. En principio, un fin legítimo será aquel que no vaya en contra de los

59 Carlos Bernal Pulido, “¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España” en Jan-R. Sieckmann, (Ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales (Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy)*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 226.

60 Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 693 y ss.

principios consagrados en el texto constitucional, ya sea que se encuentre la prohibición de manera expresa en el texto fundamental o se desprenda de algún criterio interpretativo del mismo.⁶¹ Al respecto la profesora Clérico ha indicado que este subprincipio se podría enunciar de la siguiente manera: “cuando los derechos fundamentales y/o los bienes constitucionales colectivos colisionan y el medio establecido puede fomentar el fin (no i-) legítimo, entonces debe ser examinada la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida (estatal)”.⁶²

En esta sintonía, la adecuación se encuentra en estrecha conexión con la teoría de los márgenes legislativos expuestos en los epígrafes anteriores. El margen de apreciación estructural, a favor del legislador, consiste en que los medios elegidos por el mismo han sido los más adecuados y óptimos para perseguir el fin u objeto de la norma en cuestión. Asimismo, uno de los elementos fundamentales para su comprensión es la relación fáctica que existe entre la finalidad de la norma y la medida para llevarla a cabo por la autoridad. La complejidad surge cuando no se cumple a cabalidad con la relación teleológica del fin u objetivo perseguido, acorde a los principios constitucionales o normas de derecho fundamental. Por tanto, uno de los elementos imprescindibles en dicho examen es la conexión positiva entre los medios para conseguir los fines de la norma en cuestión.

Acorde a Laura Clérico, existen dos versiones para el examen de adecuación técnica: una débil y otra fuerte. Este aspecto, se relaciona íntimamente con la discrecionalidad fuerte o débil que ejerce el juez constitucional para evaluar las medidas tomadas por el legislador para alcanzar los objetivos de la norma. Dicho en otras palabras, permite un margen de acción estructural para el examen de adecuación. En este aspecto, la versión fuerte de dicho mandato, exige que la elección

61 Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 704.

62 Laura Clérico, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009, p. 39.

del medio(s) permita alcanzar en la mayor medida posible el fin perseguido por la norma, desde la perspectiva cuantitativa, cualitativa y de probabilidades.⁶³ Esta visión o modelo fuerte del principio de adecuación es bastante exigente, ya que en ocasiones determinadas variables son desconocidas al momento de creación de la norma, escapando por consiguiente del proceso legislativo y de las demás circunstancias e intereses de los afectados con la vulneración del derecho en cuestión, no solamente al momento de creación de la norma, sino durante toda la vigencia de aquella.

Para satisfacer de mejor manera el examen de adecuación técnica o idoneidad, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha desarrollado dos formulaciones (una negativa y otra positiva) para determinar si se han satisfecho los requerimientos de este principio. Por una parte, la versión negativa ha quedado delineada de la siguiente manera:

¿Es el medio escogido por el legislador “inapto objetivamente”, “inadecuado objetivamente”, “sin más inadecuado”, “en principio inadecuado”, para fomentar el fin perseguido (o “no guarda ninguna relación” o mantiene “ninguna conexión” con el fomento del fin perseguido)?” Por otro lado, la formulación positiva señala: “¿puede con su ayuda ser fomentado el resultado deseado?”⁶⁴

Si después de un examen cuidadoso, el juez determina que en la aplicación de la regla de la adecuación técnica aún subsisten dudas sobre si el medio es o no adecuado de manera abstracta y general, debe pasarse a la siguiente fase o paso de la ponderación, que es la regla del medio alternativo menos gravoso (principio de necesidad o elección de medios alternos), para examinar la justificación a la restricción de los derechos invocados.

63 *Ibid.*, p. 59 y ss.

64 *Ibid.*, p. 61 y ss.

Segundo paso de la proporcionalidad: subprincipio de necesidad

El subprincipio de necesidad se formula de la siguiente manera: el medio establecido en la norma o el acto de autoridad es necesario, si el legislador no pudo elegir otro medio (igualmente adecuado técnicamente), pero que podría haber limitado menos el derecho o principio constitucional afectado. Siguiendo la ley material de la ponderación elaborada por Alexy, esto tiene una explicación sencilla: “Cuanto mayor sea el grado de interferencia (o no realización) de un principio, tanto mayor debe ser el grado de realización del otro principio”. Es decir, el legislador o la autoridad no pueden conseguir objetivos o fines de manera desproporcional o innecesaria, si existen medios alternativos menos gravosos para conseguirlo⁶⁵

La aplicación del subprincipio de necesidad consiste en superar desde el punto de vista normativo y fáctico aquellas medidas que resultan igualmente idóneas para alcanzar el fin propuesto y sobre el cual versa la restricción o limitación al derecho fundamental. Por último, la aplicación del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto consiste en valorar las distintas magnitudes de cada uno de los contenidos esenciales que se encuentren en conflicto. La superación de esta fase deberá concluir en la asignación de significado para cada principio, armonizando y volviendo compatibles ambos, pero sin quedar anulado alguno de los dos, ya que de lo contrario se podría caer en el riesgo de desnaturalizar algunos de los contenidos.

Tercer paso de la proporcionalidad: subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto

Alexy ha elaborado dos leyes para explicar la ponderación: la ley material y la ley epistémica. La primera es enunciada de la siguiente forma: “Cuanto mayor sea el grado de interferencia (o no realización) de un principio, tanto mayor debe ser el grado de realización del otro

65 *Ibid.*, p. 114 y ss.

principio”. La segunda se define de la siguiente manera: “Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención”.⁶⁶ A diferencia de la primera ley de ponderación, esta segunda ley no enfatiza la importancia material de las razones que sustentan la intervención, sino su calidad epistémica, es decir, en el peso factual de la argumentación jurídica.

En esta medida, la interferencia en la realización de cada derecho en conflicto no debe afectar el contenido esencial los mismos. Esto significa que las ventajas que se obtienen mediante la intervención legislativa o el acto de autoridad en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general. La estructura argumentativa, la configura Bernal Pulido en tres pasos:

- a. Determinar las magnitudes que deben ser ponderadas, es decir, la importancia de la intervención en el derecho fundamental y la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa.
- b. Comparar dichas magnitudes, a fin de determinar si la importancia de la realización del fin perseguido por la intervención legislativa es mayor que la importancia de la intervención en el derecho fundamental.
- c. Finalmente, se trata de construir una relación de precedencia condicionada entre el derecho fundamental y el fin legislativo, con base en el resultado de la comparación llevada a cabo en el segundo paso.⁶⁷

66 Robert Alexy, “La fórmula del peso”, en *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, pp. 349-372.

67 Carlos Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, op. cit., p. 693 y ss.

Cuando nos encontramos ante dos derechos fundamentales de igual jerarquía y peso no se pueden llevar a cabo ponderaciones en abstracto. De acuerdo con la teoría de Robert Alexy, la ponderación debe ser llevada a cabo a través de procesos de concreción a partir de las distintas circunstancias en que se desenvuelve cada caso. Ninguna ponderación puede ser igual a otra, esta es una de las distinciones fundamentales entre los casos fáciles de los difíciles. La ley epistémica de la ponderación exige que se evalúen las premisas empíricas de cada caso en particular, tomando en cuenta la magnitud, rapidez, velocidad, probabilidad, alcance, duración, así como la certeza de cada una de las premisas.⁶⁸ A partir de este análisis concienzudo que se lleve a cabo entre la afectación a cada peso en concreto, deberá determinarse si la afectación a cada derecho resulta ser leve, intermedia o intensa.

Cuarto paso: respeto al principio de reserva de ley

El principio de reserva de ley implica que un precepto constitucional exige que sea la ley, formal y materialmente válida, aquella que regule determinada materia. De acuerdo con De Otto y Pardo, la materia reservada se refiere a todas aquellas normas distintas a la ley, por lo que implica que el legislador ha de establecer por sí mismo la regulación y no puede remitirlas al Reglamento, por ejemplo. Lo que se pretende con ello es que la regulación quede sometida al debate legislativo, lo cual dota de legitimidad y garantiza el pluralismo democrático.⁶⁹

García de Enterría lo identifica como uno de los pilares indiscutibles del moderno Estado de derecho, además de obedecer al principio de división de poderes como garantía del ejercicio democrático y no

68 *Ibid.*, p. 791.

69 Ignacio de Otto y Pardo, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 132 y ss.; *Vid.* Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 2000, p. 178; Francisco Rubio Llorente, "El principio de legalidad", en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 346; Ricardo García Macho, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 110 y ss.

arbitrario del poder público.⁷⁰ De acuerdo a esto, la administración solo puede actuar si ha sido habilitada para ello mediante una ley.⁷¹ El Tribunal Constitucional español (STC 83/1984) se ha referido a este principio de la siguiente manera:

Una garantía esencial de nuestro Estado de derecho, cuyo significado último es asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción de ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos.

Tradicionalmente se han distinguido dos modelos principales en torno al principio de reserva de ley: el alemán y el francés. El primer modelo implica que el legislador se encuentra habilitado para intervenir en cualquier materia. Sobre este modelo, Christian Starck explica que el principio de reserva de ley deriva del principio de legalidad, el cual precisa el fundamental legal de la actividad administrativa. La formulación del principio de reserva de ley se dirige expresamente en contra de la opinión mayoritaria relativa a que la ley es únicamente un límite negativo y un marco para la administración pública.⁷²

Por su parte, en el modelo francés el legislador solo se encuentra facultado para intervenir en determinadas materias establecidas expresamente por la Constitución. La reserva se convierte en un instrumento para restringir materialmente la supremacía de la Ley mediante la distribución de competencias.⁷³ En tal sentido, el principio de reserva de ley exige que, cualquier acto del poder público que tenga

70 Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *op. cit.* p. 245.

71 Hartmut Maurer, *Derecho administrativo alemán*, IJ-UNAM, México, 2012, p. 114.

72 C. Starck, *El concepto de Ley en la Constitución alemana*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1979, p. 383.

73 J. C. Gavara de Cara, *op. cit.*, p. 138.

por objeto restringir los derechos y libertades de los ciudadanos y que afecte su esfera jurídica, debe ser desarrollado por el Poder Legislativo, a través de leyes que cumplan a cabalidad con el proceso legislativo correspondiente (iniciativa, discusión, aprobación, sanción, promulgación y vigencia), y no a través del ejercicio discrecional del Poder Ejecutivo a través de la emisión de Reglamentos.

En México, en la jurisprudencia se ha reconocido dicho principio con estrecha vinculación con el de legalidad. Asimismo, ha clasificado aquel en dos: la absoluta y la relativa. La primera sucede cuando la regulación de una determinada materia queda acotada en forma exclusiva a la ley formal (Poder Legislativo local o federal). En tal sentido, la materia reservada a la ley no puede ser regulada por otras fuentes. Por otra parte, se encuentra la reserva relativa, que permite que otras fuentes de la ley vengan a regular parte de la disciplina normativa de determinada materia, pero a condición de que la ley sea la que determine expresa y limitativamente las directrices a las que dichas fuentes deberán ajustarse, lo cual sucede mucho con las normas de carácter administrativo. Es decir, que la ley se limita a establecer los principios o directrices de una disciplina (ambiental, seguridad social, entre otras) mientras que a través de una fuente secundaria se desarrolla la misma.⁷⁴ Esto es muy común en el ejercicio de los derechos de carácter tributario o fiscal, ya que es necesaria la regulación detallada de aspectos técnicos contables, indispensables para la plena concreción de las normas fiscales.

En la tipología de las reservas de ley en la Ley Fundamental de Bonn se distinguen varios tipos de reserva: ley ordinaria, ley general, ley cualificada, regulación y configuración y los derechos garantizados sin reserva. La primera reserva (ley ordinaria) exige al legislador cuando interviene en una norma de derecho fundamental la existencia

74 Legalidad tributaria. Alcance del principio de reserva de ley. Registro: 197375; [TA]; 9^ª Época; Pleno; *S.J.F.* y su *Gaceta*; Tomo VI, noviembre de 1997; Pág. 78.

de un interés público y constituye la competencia más amplia para que limite o configure los derechos fundamentales. Por otra parte, la reserva de ley general se equipara a la reserva de ley común, principalmente en materias como la libertad de expresión. La finalidad de la ley general tendrá como propósito perseguir un interés general, por lo que cualquier posible colisión con el derecho al honor, por ejemplo, podrá ser resuelto a través de una ponderación concreta, debido a que la confección de las normas de estas leyes generales observa una neutralidad valorativa.⁷⁵

La reserva de ley cualificada o calificada es aquella que establece en los propios enunciados jurídicos que contienen de derechos fundamentales un límite en cuanto a su contenido. Explicamos con un ejemplo. En el caso de la Constitución mexicana este tipo de reserva es muy común tratándose de la restricción y configuración de algunos derechos fundamentales, ya que el legislador suele limitar tratándose de la persecución del interés público de seguridad por encima de la integridad o la libertad personal (arraigo, extinción de dominio, crimen organizado).⁷⁶

La reserva de ley de configuración y regulación hace referencia a la autorización al legislador para dotar de contenido el derecho fundamental. El desarrollo normativo implica el establecimiento de reglas para la realización de los derechos, tal es el caso por ejemplo de las profesiones. Por último, se encuentran los derechos que se garantizan sin que exista una reserva de ley. En el siguiente epígrafe se analizará la concepción de los derechos fundamentales como principios, a partir de su indeterminación estructural y semántica. En tal sentido, el hecho que los derechos no se encuentren garantizados por la reserva de ley no implica que no puedan ser limitados en razón de una ley, sino que el legislador en determinadas materias renuncia a añadir una reserva, con el propósito de fortalecer los determinados derechos.⁷⁷

75 Juan Carlos Gavara de Cara, *op. cit.* p. 143 y ss.

76 *Ibid.*, pp. 148-149.

77 *Idem.*

3.5. APERTURA AL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL MEDIANTE LA ASIGNACIÓN DE CONTENIDO ESENCIAL A LOS DERECHOS HUMANOS

Conforme a la tipología explicada en el capítulo 2 de esta obra, se realizará un análisis en torno a la metodología a través de la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su calidad de Tribunal Constitucional, implementa diversas formas de diálogo jurisprudencial. Recordemos que existen distintas clasificaciones sobre la comunicación transjudicial, así como los grados de reciprocidad, elementos que sirven para definir el tipo de diálogo que sostiene un órgano jurisdiccional con otro, así como su nivel de recepción. Sintetizamos la referida tipología en estos breves esquemas.

COMUNICACIÓN TRANSJUDICIAL

Horizontal	Diálogo entre cortes o tribunales de un mismo nivel jerárquico realizado por empatía o deferencia. Por ejemplo, COIDH citando Corte Europea de Derechos Humanos; o bien la SCJN emplea para la resolución de casos jurisprudencia de otros Tribunales Constitucionales, v.g. Tribunal Constitucional Federal alemán, Corte Constitucional Colombiana, Corte Suprema de Estados Unidos (CSUSA) o viceversa.
------------	--

Vertical	Diálogo entre un tribunal nacional y otro (s) supranacional (es), el cual sucede cuando la jurisprudencia del segundo es vinculante para la del primero. V.g. la SCJN cuando cita jurisprudencia de la COIDH.
----------	---

Vertical-horizantal	Combinación de los modelos horizontal y vertical. Frecuentemente, se emplea en jurisdicciones transnacionales como el sistema europeo de derechos humanos. En tal caso, la Corte Europea de Derechos Humanos actúa como un vehículo que transmite y comparte experiencias en el <i>ius commune</i> europeo.
---------------------	---

GRADOS O NIVELES DE RECIPROCIDAD

Diálogo directo	Genuino diálogo en el cual un tribunal responde a otro, actúan conscientes de que ambos están interactuando.
Monólogo	Cuando no existe una conversación recíproca, ya sean tribunales nacionales o supranacionales.
Diálogo intermedio	El tribunal supranacional actúa como intermediario entre las cortes nacionales.

FUNCIONES DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

- Mejorar la efectividad de los tribunales supranacionales.
- Asegurar y promover la aceptación de obligaciones internacionales recíprocas.
- *Cross-fertilization*: diseminación de ideologías jurídicas.
- Resaltar la persuasión, autoridad y legitimidad de una decisión individual.
- Deliberación colectiva: problemas comunes que aquejan a una sociedad.

COMUNICACIÓN TRANSJUDICIAL. Tipología Slaughter.

Horizontal	Diálogo entre cortes o tribunales de un mismo nivel jerárquico realizado por empatía o deferencia. Por ejemplo, CoIDH citando Corte Europea de Derechos Humanos; o bien la SCJN emplea para la resolución de casos jurisprudencia de otros tribunales constitucionales, v.g. Tribunal Constitucional Federal alemán, Corte Constitucional colombiana, CSUSA o viceversa.
Vertical	Diálogo entre un tribunal nacional y otro(s) supranacional(es), el cual sucede cuando la jurisprudencia del segundo es vinculante para la del primero. V.g. la SCJN cuando cita jurisprudencia de la CoIDH.
Vertical-horizontal	Combinación de los modelos horizontal y vertical. Frecuentemente, se emplea en jurisdicciones transnacionales como el sistema europeo de derechos humanos. En tal caso, la Corte Europea de Derechos H actúa como un vehículo que transmite y comparte experiencias en el <i>ius commune</i> europeo.

COMUNICACIÓN TRANSJUDICIAL. Tipología Burgorgue-Larsen.

Diálogo regulado o concentrado	Es un tipo de diálogo vertical y deriva de una serie de reglas procesales, v.g. la vinculación de la jurisprudencia de la CoIDH con los Estados parte.
Diálogo integrado	Vigencia y efectividad de los instrumentos internacionales, v.g. el reenvío de un asunto para la implementación de medidas reparatoras de derechos humanos.
Diálogo convencional	Es un diálogo regulado y se presenta en los sistemas convencionales, cuyas cortes nacionales se encuentran vinculadas a un sistema común, por ejemplo, el sistema interamericano.
Diálogo espontáneo	No deriva de obligaciones internacionales.

3.5.1. Tipo de diálogo: caso “*uso lúdico de la marihuana*” frente al caso *cannabis*

A continuación, presentamos uno de los casos más destacados en los últimos años en los cuales se ha implementado un diálogo jurisprudencial de tipo horizontal y espontáneo que inició la SCJN, citando un precedente del TCFA. Este diálogo no tiene un nivel de reciprocidad, sino que constituyó por sí mismo un monólogo debido a que la SCJN refiere el caso *cannabis* para resolver la prohibición sobre el uso lúdico de la marihuana. Es emblemático, ya que se empleó el test de proporcionalidad y muchos de los razonamientos y argumentos que habían sido empleados por el tribunal germano para realizar algunas de las principales inferencias y premisas en la decisión del tribunal mexicano.

Caso “*Uso lúdico de la marihuana*” (SCJN)

El asunto resuelto por la Primera Sala de la SCJN versó sobre una respuesta negativa emitida por las autoridades de salud mexicanas a cuatro

personas para sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar el estupefaciente conocido como cannabis y el psicotrópico THC para su uso lúdico o recreativo.⁷⁸ La resolución identifica como derecho fundamental el libre desarrollo de la personalidad, empleándolo incluso como premisa mayor de la resolución, determinando que la medida legislativa que prohíbe realizar actividades relacionadas con la producción y el consumo de la marihuana resultaba innecesaria, toda vez que existían medios alternativos igualmente idóneos que restringían menos ese derecho fundamental. Siendo además desproporcional (ponderación), porque genera una protección mínima a la salud y orden público frente a la intensa intervención que tiene una persona de decidir (libre desarrollo de la personalidad) qué actividades lúdicas desea realizar.

La resolución de la Primera Sala de la SCJN se encuentra dividida en tres partes. En la primera sección se analiza la posible incidencia de la medida legislativa prohibicionista en el contenido *prima facie* del libre desarrollo de la personalidad, retomando precedentes dictados con antelación, reasignación sexual⁷⁹ y divorcio sin causa.⁸⁰ El derecho fundamental en cuestión es entendido como la permisión para que las personas mayores decidan, sin interferencia alguna, qué tipo de actividades recreativas o lúdicas desean realizar, para llevar a cabo todas las acciones o actividades necesarias para materializar dicha elección, lo cual forma parte de la autonomía personal.

Para determinar si el Estado incide en dicha esfera de autonomía personal, la Sala analiza el libre desarrollo de la persona antes y después del principio de proporcionalidad, con base en la medida legislativa, siguiendo el test de tres fases: adecuación, necesidad y

78 Amparo en revisión 237/2014, resuelto por la Primera Sala de la SCJN el 4 de noviembre de 2015.

79 Reasignación sexual. Es una decisión que forma parte de los derechos al libre desarrollo de la personalidad. Localización: [TA]; 9ª Época; Pleno; *S.J.F.* y su *Gaceta*; Tomo XXX, diciembre de 2009; Pág. 17. P. LXIX/2009. Registro No. 165 698

80 Divorcio sin expresión de causa. Constituye una forma de ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Localización: [TA]; 10ª Época; 1ª Sala; *Gaceta S.J.F.*; Libro 15, febrero de 2015; Tomo II; Pág. 1392. 1ª LIX/2015 (10ª). Registro No. 2 008 492

proporcionalidad en sentido estricto (ponderación). Sobre la primera fase se concluye que ambas finalidades, tanto la protección de la salud como el libre desarrollo, son principios reconocidos y protegidos por la Constitución. El test de necesidad se realiza bajo una idea de relación empírica entre la intervención al derecho y el fin que persigue esa afectación. Para esto el Tribunal determina que debe existir evidencia científica que avale el daño a la salud.

Esta fase de necesidad es concluida por la Primera Sala, apuntando que no existe evidencia concluyente para considerar que el uso de la marihuana causa un daño grave a la salud. Incluso en la sentencia se propone la limitación de su uso, la prohibición de publicitación del producto, restricciones por razones de edad, y conducir vehículos o manejar aparatos o sustancias peligrosas bajo los efectos de dicha sustancia. El test de proporcionalidad en sentido estricto (ponderación), es concluyente al afirmar lo siguiente:

En efecto, resulta evidente que una intervención en un derecho fundamental que prohíba totalmente la realización de una conducta amparada por ese derecho será más intensa que una intervención que se concrete a prohibir o a regular en ciertas condiciones el ejercicio de ese derecho. Desde este punto de vista, la afectación al libre desarrollo de la personalidad que comporta el “sistema de prohibiciones administrativas” regulado en la Ley General de Salud puede calificarse como muy intensa, pues consiste en una prohibición prácticamente absoluta para consumir la marihuana y realizar las actividades relacionadas con el autoconsumo de esta, de tal manera que suprime todas las posiciones jurídicas en las que podría ejercerse el derecho. En este sentido, la medida analizada no se circunscribe a regular la forma y lugar en que pueden realizarse dichas actividades ateniendo a las finalidades constitucionalmente válidas que efectivamente tienen esos artículos, como podría haberlo hecho el legislador, sino que directamente prohíbe todas esas conductas.

Los efectos de la sentencia consistieron en otorgar el amparo para efectos del autoconsumo de los demandantes (siembra, cultivo, cosecha, preparación, posesión y transporte), de cantidades limitadas a las establecidas en la Ley General de Salud. La resolución que es objeto de análisis es sugestiva al establecer como premisa mayor el libre desarrollo de la personalidad y sesgar el análisis de la proporcionalidad de la medida legislativa para analizarlo a parte. En primer término, porque en la sentencia se sustituye al legislador y se entra peligrosamente al ámbito que necesariamente debe ser motivo de regulación por el Estado.

Caso “Cannabis” (TCFA)

Ahora bien, el primer asunto resuelto por el Tribunal Constitucional Federal alemán (TCFA)⁸¹ derivó de diversos asuntos penales en los que estuvieron involucradas cuatro personas detenidas por distribuir y trasladar marihuana, lo cual provocó su encarcelamiento. La impugnación por parte de los demandantes se centraba en determinar si la prohibición contenida en la Ley de Estupefacientes⁸² vulneraba su libre desarrollo de la personalidad contenido en el artículo 2.1 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana.⁸³

El Tribunal determinó que las prohibiciones penales no vulneraban el libre desarrollo debido a que no se reconocía un derecho a drogarse como actividad recreativa en la Ley Fundamental de Bonn

81 Sentencia de la Segunda Sala dictada el 9 de marzo de 1994. BverfGE Vol. 90, p. 145. § 45 a 65. 2 BVL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/92.

82 BtMG, (Betäubungsmittelgesetz), se refiere a la Ley de Estupefacientes alemana. Dicha Ley establecía en su párrafo 25. (1) Se impondrá una pena de prisión de hasta cinco años o con multa a cualquier persona que: 1. Coseche, fabrique, comercialice para traslado, comercio, importación, exportación, distribuya, ponga en circulación o adquiera cualquier clase de narcóticos.

83 Ley Fundamental de Bonn. Artículo 2 [Libertad de acción y de la persona] (1) Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.

(LFB). Cuando el TCFA analiza la idoneidad de la medida establece claramente, a través del principio de proporcionalidad, que “la valoración y pronóstico de la existencia de amenazas en contra de los individuos o de la comunidad que se dan en este contexto, se ha dado al legislador un margen de decisión, el cual puede ser revisado por el Tribunal Constitucional Federal en forma limitada”,⁸⁴ ya que existen escenarios en los cuales los órganos de justicia se encuentran autorizados a prescindir de una sanción, en caso de que exista causa de justificación, por ejemplo.

El estudio que realiza el TCFA es similar al mexicano, incluso en sus conclusiones, al determinar que el daño a la salud por el consumo del cannabis es muy bajo, clasificando la marihuana como una droga blanda, sin generar dependencia física, reconociendo igualmente los peligros en la conducción de vehículos automotores y con efectos menos perniciosos que el alcohol. A pesar de lo anterior, la motivación del Tribunal germano se encaminó en justificar la idoneidad de la permisón resuelta por el legislador y ampliamente debatida previamente por aquella sociedad en su momento.

3.5.2. Crítica a la implementación de la metodología de diálogo jurisprudencial

Existen diferencias sustanciales entre las decisiones del TCFA y del SCJN. La primera de ellas consiste en el análisis de los tipos penales contenidos en la Ley alemana frente a la solicitud, en el caso mexicano, de una licencia para cosechar, trasladar, distribuir y consumir marihuana. Si bien el análisis abstracto de las normas es distinto, el fundamento de la decisión con base en el libre desarrollo de la personalidad es el mismo, pero con una extensión distinta. Mientras que en caso mexicano este derecho se potencializa al grado de nulificar la re-

84 Jürgen Schwabe, (comp.) *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán (Extractos de las sentencias más relevantes)*, Konrad-Adenauer-Stiftung, México, 2009, p. 105.

gulación administrativa y, en parte hasta la penalización de la norma, pues su consumo implica la necesidad de cosechar y la distribución del estupefaciente, en el caso alemán el juez constitucional confronta el tipo penal directamente con el principio y determina que las razones del legislador son suficientes para tener por colmada la constitucionalidad de la norma.

Los efectos de una resolución de esta magnitud son enormes, sobre todo en el caso mexicano, por el impacto en las políticas públicas y la ausencia en la legislación de un marco normativo permisivo para su cosecha, consumo y distribución del estupefaciente en el Estado mexicano. Por ello, una decisión de esta naturaleza, como señala el ministro Cossío en su voto, requiere de efectos precisos y concretos sobre el tratamiento legislativo y políticas públicas. Una resolución no puede acabar intempestivamente con una política prohibicionista y criminalizadora que por décadas imperó en México.

Pero sobre todo, las sentencias, incluso de los Tribunales Constitucionales, deben procurar el respeto a los principios democráticos, siendo exigentes de los principios constitucionales y la supremacía de la Ley Fundamental, a través del control de regularidad constitucional que implican los derechos humanos, pero de ninguna manera deben soslayar las razones del legislador para absolutizar principios, pues dentro de la dogmática constitucional un principio absoluto representa el latente peligro para nuestras sociedades de acabar con el debate público y ceder su espacio de decisiones a los tribunales.

Existían distintos obstáculos desde el punto de vista procesal y legislativo, ya que la penalización incluso en el consumo de la marihuana subsiste en el Estado mexicano, permitiendo la cantidad mínima de cinco gramos para aquellas personas identificadas como farmacodependientes o consumidores en términos de la Ley General de Salud. De esta suerte, es interesante el cuestionamiento del ministro Pardo Rebolledo en su voto particular:

¿Dónde se va a adquirir la droga? ¿A quién o de quién se va a adquirir? Tendría que haberse establecido una regulación adecuada para garantizar esa adquisición y entonces, a partir de ahí, garantizar las siguientes conductas respecto del autoconsumo, y yo, por este aspecto inicial, no puedo coincidir con la concesión del amparo, porque existe una cuestión previa, una cuestión inicial que —desde mi punto de vista— impide —en caso de que proceda—, la restitución al ejercicio del derecho que se estima violado.

Las dos propuestas contenidas en los votos concurrentes (adhesivos) de los ministros Ortiz Mena y José Ramón Cossío contienen planteamientos metodológicos de crítica a la resolución, que, desde nuestra perspectiva, hacen endeble el planteamiento inicial de fondo establecido en la resolución. El primero de ellos es la metodología empleada para el análisis del contenido esencial del libre desarrollo de la personalidad. En el voto se propone el establecimiento de una “expectativa razonable de privacidad”, para determinar si se constata una “expectativa de privacidad legítima” de mantener algo como privado y calificar como razonables y justificadas, por las circunstancias, en un estado democrático de derecho.⁸⁵

El peligro de sustituir a través de una sentencia al legislador democráticamente electo es latente, tal y como advierte el ministro José Ramón Cossío en su voto concurrente. La propuesta del mismo consistía en dar efectos integrales a la sentencia que exhortaran a los Poderes Legislativo y Ejecutivo, entre las que destacan: Consejo de Salubridad, Hacienda, Educación Pública, visualizando las posibles consecuencias del fallo favorable. Asimismo, el voto hace una crítica en torno a la deficiencia de la resolución contenida en la ausencia de un análisis sesgado de la “magnitud del daño” no tan grave, además

85 Voto Concurrente del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, en el Amparo en Revisión 237/2014, resuelto por la Primera Sala, párr. 22.

de prescindir de los tratados multilaterales de cooperación signados por México.

Uno de los problemas más graves que encierra la sentencia es el empleo recurrente de un diálogo horizontal a modo de monólogo y de derecho comparado. Resulta especialmente relevante la cita de precedentes de países como Uruguay, Países Bajos y de algunas entidades de Estados Unidos de Norteamérica, ya que en aquellas regiones se trató más bien de un amplio consenso y debate legislativo y social para después concluir en políticas públicas sólidas regulatorias y de salud. En tanto en el caso mexicano la legislación y las políticas públicas han sido en los últimos años de criminalización hacia la producción, distribución y consumo de esta clase de estupefacientes.

Es importante advertir la peligrosidad que encierra el contenido esencial en abstracto que se le otorga al libre desarrollo de la personalidad en la resolución ya que, desde el plano de la doctrina, se asume implícitamente una teoría absoluta, que incluso establece *prima facie*, un contenido esencial predeterminado judicialmente, pero sin límites, ya que la regulación administrativa o legislativa del consumo de una sustancia en este contexto carecería de sentido, sobre todo ante la pretendida ponderación de principios donde el libre desarrollo de la persona siempre llevaría una ventaja por encima del orden público o el derecho a la salud.

En el ejercicio de ponderación aprobado por la mayoría de la Primera Sala de la SCJN se encuentran ausentes otros elementos de relevancia y trascendencia para ejemplificar la magnitud del daño producido por esta droga. Se encuentran análisis científicos que demuestran que el daño producido es menor incluso al de sustancias legales como el tabaco y el alcohol. Tal y como señala Cossío en su voto concurrente:

... cerrar la discusión a la oposición del libre desarrollo de la personalidad y la magnitud del daño que genera el consumo de cierta sustancia, es una sobre-simplificación del problema que representa

el análisis de la política estatal en materia de drogas, y deja en una pobre posición al Estado para generar la regulación que garantice los derechos humanos de la población a la luz de la Constitución y de los tratados internacionales aplicables, tal como nos lo mandata el artículo 1° constitucional.

Tampoco me convence la comparación que realiza la resolución entre la marihuana con el tabaco y el alcohol, por ser sustancias que producen “un daño similar”. Me parece que cada sustancia debe ser regulada conforme a sus especificidades y que, de hecho, sería plenamente justificado a la luz de la Constitución darle un tratamiento diferenciado a cada una de ellas. Contrariamente a lo que sostiene la resolución, el que el tabaco y el alcohol se encuentren regulados y no prohibidos, no se sigue en automático que deba autorizarse la siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión y transporte de la marihuana. Máxime que una traslación así obligaría también a aceptar su venta y comercialización, pues no habría justificación para negarlas, si el tabaco y el alcohol se venden y comercializan.⁸⁶

En tal sentido, la resolución contiene una grave paradoja. Autorizar el consumo, necesariamente conduce a la necesidad de producción, de traslado y de distribución. Un tribunal constitucional debe actuar respetando en todo momento el ejercicio legítimo de un Estado democrático al quehacer legislativo. La sentencia no contiene ningún elemento que conmine o excite al Estado para actuar en consecuencia. Desde el plano formal, la resolución contiene una estructura argumentativa ponderativa, pero prescinde de la misma desde el momento en que el libre desarrollo de la personalidad adquiere un tamiz absoluto y no valora los posibles efectos que podría ocasionar absolutizarlo para

86 Voto Concurrente del ministro José Ramón Cossío, en el Amparo en Revisión 237/2014, resuelto por la Primera Sala.

nulificar las reglas creadas previamente por el legislador, sobre todo en un contexto prohibicionista, criminalizador y sobrerregulador del consumo, traslado y distribución de estupefacientes en el país mexicano. Esta situación se encuentra absolutamente ausente en la decisión.

Un conflicto similar se ha presentado en España, con el surgimiento de clubes de consumo compartido y el surgimiento de organizaciones civiles con un objeto similar al de la nación azteca. En ese caso, el Tribunal Español ha creado la figura de la atipicidad del consumo, bajo ciertas condiciones y circunstancias,⁸⁷ pero sin definir ni precisar ante el vacío de regulación legislativa, el listado o catálogo de condiciones para no evitar la aplicación estricta de los tipos penales que castigan su abuso.

3.5.3. Consolidación de un bloque de convencionalidad en torno a los principios de dignidad humana y de libre desarrollo de la personalidad

El caso analizado sobre el uso lúdico de la marihuana marca un hito importante en la teoría de los precedentes judiciales en el sistema jurídico mexicano, ya que consolida una línea jurisprudencial en torno a dos valores fundamentales: la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, a partir del diálogo jurisprudencial de la SCJN con el TCFA y el TCE, respectivamente. Esto es así, ya que, a su vez, el caso analizado en este apartado deriva de otros dos precedentes también emblemáticos en la jurisprudencia mexicana: cambio de sexo⁸⁸ y ma-

87 1º) Que se trate de consumidores habituales o adictos que se agrupan para consumirla. Con esta limitación se pretenden evitar supuestos de favorecimiento del consumo ilegal por terceros, que es precisamente la conducta que sanciona expresamente el tipo, salvo los que ya fuesen consumidores habituales de la sustancia en cuestión. 2º) El consumo de la misma debe llevarse a cabo “en lugar cerrado”. La finalidad de esta exigencia es evitar la promoción pública del consumo y la difusión de la sustancia a quienes no forman parte de los inicialmente agrupados. 3º) Deberá circunscribirse el acto a un grupo reducido de adictos o drogodependientes y ser estos identificables y determinados. 4º) No se incluyen en estos supuestos las cantidades que rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato. En consecuencia, solo se aplica a cantidades reducidas, limitadas al consumo diario. STS 484/2015 dictada el 7 de septiembre de 2015, fj 9.

88 Número de Registro: 165696. Reasignación sexual. La nota marginal en el acta de nacimiento de la

rimonio homosexual,⁸⁹ en los cuales la SCJN reconoce, al igual que sus homólogas alemana e ibérica, la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad como valores superiores del ordenamiento jurídico.

En la primera decisión sobre el cambio de sexo la SCJN orienta su interpretación en torno a la igualdad y la autonomía de la persona, considerándola como un derecho fundamental y base de todos los demás derechos, haciendo una lista exhaustiva de los derechos no reconocidos por el texto fundamental, pero que derivan de este como el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal.⁹⁰ Para motivar su decisión emplea el diálogo horizontal con tribunales constitucionales como el peruano, así como la legislación tanto europea como latinoamericana.

En esta misma sentencia el tribunal mexicano define el libre desarrollo de la persona como “el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere

sentencia que otorgó la demanda de rectificación del nombre y sexo, con la consiguiente publicidad de datos, viola los derechos fundamentales del interesado. Localización: [TA]; 9ª Época; Pleno; *S.J.F.* y su *Gaceta*; Tomo XXX, diciembre de 2009; Pág. 18. P. LXXII/2009; Número de Registro: 165695. Reasignación sexual. La sentencia que niega la expedición de una nueva acta de nacimiento en la que se rectifiquen los datos relativos al nombre y sexo de una persona transexual, es inconstitucional (legislación civil del Distrito Federal, vigente antes de la reforma publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 10 de octubre de 2008). Localización: [TA]; 9ª Época; Pleno; *S.J.F.* y su *Gaceta*; Tomo XXX, diciembre de 2009; Pág. 18. P. LXIV/2009; Número de Registro: 165694. Reasignación sexual. No existe razonabilidad para limitar los derechos fundamentales de una persona transexual, impidiéndole la adecuación de sus documentos de identidad, bajo el pretexto de preservar derechos de terceros o el orden público. Localización: [TA]; 9ª Época; Pleno; *S.J.F.* y su *Gaceta*; Tomo XXX, diciembre de 2009; Pág. 19. P. LXXIV/2009.

89 Matrimonio entre personas del mismo sexo. La reforma al artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, publicada en *La Gaceta Oficial* de la entidad el 29 de diciembre de 2009, no contraviene el contenido de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tesis Aislada: P. XXVIII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XXXIV, Pleno, 10ª Época, agosto de 2011, p. 877. Acción de inconstitucionalidad 2/2010.

90 Dignidad humana. El orden jurídico mexicano la reconoce como condición y base de los demás derechos fundamentales. Tesis Aislada: P. LXV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXIII, enero de 2011, página 1707.

ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera”.⁹¹ En este razonamiento se encuentra una idea de libertad en sentido negativo y positivo.

Por otro lado, la decisión sobre la constitucionalización de los matrimonios homosexuales en el entonces Distrito Federal se trata de invocar como parámetro hermenéutico.

La orientación sexual de una persona, como parte de su identidad personal, responde a un elemento relevante en su proyecto de vida, que incluye el deseo de tener una vida en común con otra persona de igual o distinto sexo.

Este mismo criterio se utiliza en otras decisiones relevantes sobre el matrimonio homosexual en aquellas entidades federativas en que no está reconocido. La orientación y el sentido que se le otorga a estos principios son a partir de la igualdad y la autonomía de la persona, empleando el diálogo jurisprudencial horizontal de nueva cuenta, a modo de monólogo espontáneo, citando una línea de precedentes de algunas cortes estatales de Estados Unidos de Norteamérica, donde se razona en base a la idea de igualdad y no exclusión.⁹²

Por otro lado, se encuentra la aplicación del principio de la dignidad, en relación con la procura existencial o vida digna. El sentido que se le otorga es un poco más claro en esta decisión, ya que lo relaciona con el valor de la solidaridad, “configurada como el requerimiento de que los individuos tengan como punto de partida condiciones tales que les permitan desarrollar un plan de vida autónomo, a fin de facilitar

91 Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aspectos que comprende. Tesis Aislada: P. LXVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta* XXX, diciembre de 2009, Página: 7.

92 Amparo en Revisión 581/2012 (Derivado de la Facultad de Atracción 202/2012), Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 5 de diciembre, 2012, pp. 16-17.

que los gobernados participen activamente en la vida democrática”.⁹³ Haciendo una síntesis de las decisiones más emblemáticas y trascendentales donde se ha empleado la dignidad humana como criterio hermenéutico, podemos señalar las siguientes.

DERECHO CIVIL

Reconocimiento del matrimonio homosexual (en su vertiente de libre desarrollo de la persona-autonomía e igualdad).⁹⁴

Derecho al honor (con base en el aspecto subjetivo o ético –dignidad de la persona– y el aspecto objetivo) y la colisión con la libertad de expresión.⁹⁵

Derecho al honor de las personas morales (derivado de la dignidad).⁹⁶

Divorcio sin causa (se invoca la dignidad humana y el libre desarrollo de la persona –en sentido de autonomía y libertad– para declarar inconstitucional las causales de divorcio).⁹⁷

93 Derecho al mínimo vital. Su alcance en relación con el principio de generalidad tributaria. Tesis Aislada: 1º X/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXIX*, enero de 2009, p. 547; Derecho al mínimo vital. Concepto, alcances e interpretación por el juzgador. Tesis: I.4o.A.12 K (10º); [TA]; 10ª Época; T.C.C.; S.J.F. y su *Gaceta*; Libro XVII, febrero de 2013, Tomo 2; Pág. 1345.

94 Número de Registro: 2006875. Matrimonio entre personas del mismo sexo. No existe razón de índole constitucional para no reconocerlo. Localización: [TA]; 10ª Época; 1ª Sala; *Semanario Judicial de la Federación* 1ª CCLX/2014 (10a); Número de Registro: 2003282. Exclusión de las parejas del mismo sexo del matrimonio. El hecho de que exista un régimen similar pero distinto al matrimonio y que por ello se les impida el acceso a las parejas del mismo sexo es discriminatorio. Localización: [TA]; 10ª Época; 1ª Sala; S.J.F. y su *Gaceta*; Libro XIX, Abril de 2013, Tomo 1; Pág. 959. 1º CIV/2013 (10º); Número de Registro: 2006878. Normas discriminatorias. No admiten interpretación conforme y existe obligación de reparar. Localización: [TA]; 10ª Época; 1ª Sala; *Semanario Judicial de la Federación* 1ª CCLXI/2014 (10º).

95 Número de Registro: 2005523. Derecho fundamental al honor. Su dimensión subjetiva y objetiva. Localización: [JJ]; 10ª Época; 1ª Sala; *Gaceta S.J.F.*; Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I; Pág. 470. 1º/J. 118/2013 (10º); Número de Registro: 171882. Vida privada. El artículo 1º De la ley sobre delitos de imprenta, al proteger el honor y la reputación frente a cualquier manifestación o expresión maliciosa, no excede el límite establecido por el artículo 7º de la Constitución Federal. Localización: [TA]; 9ª Época; 1ª Sala; S.J.F. y su *Gaceta*; Tomo XXVI, julio de 2007; Pág. 272. 1º CXLVIII/2007.

96 Número de Registro: 2000082. Derecho fundamental al honor de las personas jurídicas. Localización: [TA]; 10ª Época; 1ª Sala; S.J.F. y su *Gaceta*; Libro IV, Enero de 2012, Tomo 3; Pág. 2905. 1ª XXI/2011 (10º).

97 Número de Registro: 2005338. Divorcio. El artículo 175 del código familiar para el estado libre y

DERECHO PENAL

Individualización de penas (como no instrumentalización del inculpa-
do al imponer una pena) en adultos⁹⁸ y menores infractores.⁹⁹

Ejecución de penas (no instrumentalización del sujeto en Penitencia-
ria y el principio de legalidad, la posibilidad de la suspensión condi-
cional de la ejecución de la pena).¹⁰⁰

Derechos del inculpa-
do (la dignidad humana en relación con la inte-
gridad personal de los detenidos).¹⁰¹

Derechos del inculpa-
do (privacidad e intimidad del inculpa-
do en un
proceso penal mediante la toma de fotografías –no instrumentaliza-
ción de la persona).¹⁰²

soberano de Morelos, al exigir la demostración de determinada causa para lograr la disolución del vínculo matrimonial, cuando no existe consentimiento mutuo, es inconstitucional al restringir el derecho al desarrollo de la personalidad humana. Localización: [TA]; 10ª Época; T.C.C.; *Gaceta S.J.F.*; Libro 2, enero de 2014, Tomo IV; Pág. 3050. XVIII.4o.10 C (10ª); Número de Registro: 2005339. Divorcio necesario. Debe decretarse aun cuando no queden demostradas las causales invocadas, tomando en consideración el derecho fundamental a la dignidad humana. Localización: [TA]; 10ª Época; T.C.C.; *Gaceta S.J.F.*; Libro 2, enero de 2014, Tomo IV; Pág. 3051. XVIII.4o.15 C (10ª).

- 98 Número de Registro: 2005918. Derecho penal de acto. Razones por las cuales la constitución política de los estados unidos mexicanos se decanta por dicho paradigma (interpretación sistemática de los artículos 1o., 14, tercer párrafo, 18, segundo párrafo, y 22, primer párrafo). Localización: [J]; 10ª Época; 1ª Sala; *Gaceta S.J.F.*; Libro 4, marzo de 2014, Tomo I; Pág. 354. 1ª/J. 21/2014 (10ª).
- 99 Número de Registro: 2004726. Medida de tratamiento en internación para adolescentes infractores. Si para su adecuada aplicación el juez toma en consideración el diagnóstico técnico que les fue practicado, ello no transgrede su derecho a la dignidad humana, ni el principio de legalidad (legislación del Distrito Federal). Localización: [TA]; 10ª Época; T.C.C.; *S.J.F.* y su *Gaceta*; Libro XXV, octubre de 2013, Tomo 3; Pág. 1825. I.9o.P.36 P (10ª).
- 100 Número de Registro: 2003779. Suspensión condicional de la ejecución de la pena. Si el juez pondera el contenido del estudio de personalidad practicado al inculpa-
do para negarle dicho beneficio, transgrede su derecho a la dignidad humana, el principio de legalidad y la prohibición de imponer penas inusitadas. Localización: [J]; 10ª Época; T.C.C.; *S.J.F.* y su *Gaceta*; Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 2; Pág. 1649. I.9o.P. J/7 (10ª).
- 101 Número de Registro: 163167. Derechos a la integridad personal y al trato digno de los detenidos. Están tutelados constitucional y convencionalmente y son exigibles independientemente de las causas que hayan motivado la privación de la libertad. Localización: [TA]; 9ª Época; Pleno; *S.J.F.* y su *Gaceta*; Tomo XXXIII, Enero de 2011; Pág. 26. P. LXIV/2010.
- 102 Número de Registro: 166037. Acto de molestia. Lo constituye la toma de fotografías a quienes no tienen la calidad de detenidos o presuntos responsables. Localización: [TA]; 9ª Época; 1ª Sala; *S.J.F.* y su *Gaceta*; Tomo XXX, Noviembre de 2009; Pág. 401. 1ª CLXXXVIII/2009.

Derechos de la víctima (se invocan la dignidad de la mujer como víctima en un proceso penal).¹⁰³

Derechos de la víctima (se amplía el derecho a la reparación del daño en el proceso penal a partir de la dignidad humana- derecho a la verdad, a la reparación material y moral).¹⁰⁴

Trabajo penitenciario (como no instrumentalización de la persona humana en el trabajo penitenciario).¹⁰⁵

DERECHO ADMINISTRATIVO

Derecho a la intimidad (como un acto de molestia en base al principio de proporcionalidad).¹⁰⁶

DERECHO CONSTITUCIONAL

Igualdad jurídica y no discriminación (se interpreta el principio de igualdad, en base a la dignidad, cuando la desigualdad carezca de justificación objetiva y razonable).¹⁰⁷

103 Número de Registro: 2005296. Prueba pericial en psiquiatría forense. La omisión del juez de ordenar oficiosamente su desahogo cuando advierta que la mujer acusada de homicidio sufrió violencia de género por la víctima, a efecto de conocer el estado mental de aquella al momento de los hechos, viola derechos humanos (legislación del Distrito Federal). Localización: [TA]; 10ª Época; T.C.C.; *Gaceta S.J.F.*; Libro 2, enero de 2014, Tomo IV; Pág. 3189. I.9o.P.44 P (10ª).

104 Número de Registro: 2004579. Reparación del daño de la víctima u ofendido del delito. Contenido de este derecho fundamental (legislación del estado de Chiapas). Localización: [TA]; 10ª Época; T.C.C.; *S.J.F.* y su *Gaceta*; Libro XXIV, septiembre de 2013, Tomo 3; Pág. 2660. XXVII.1o.(VIII Región) 22 P (10ª).

105 Número de Registro: 2005110. Trabajo penitenciario. Su desarrollo debe estar erigido sobre la observancia y el respeto a la dignidad humana. Localización: [J]; 10ª Época; Pleno; *Gaceta S.J.F.*; Libro 1, diciembre de 2013, Tomo I; Pág. 128. P./J. 34/2013 (10ª).

106 Número de Registro: 2006575. Instituto de Seguridad Social del Estado de México y Municipios. La verificación de la dependencia económica del posible beneficiario de sus servicios, mediante el estudio socioeconómico que se le practique conforme al formato aprobado por el comité de afiliación, al permitir la invasión de espacios de su vida privada, viola el derecho fundamental a la dignidad humana. Localización: [TA]; 10ª Época; T.C.C.; *Gaceta S.J.F.*; Libro 6, mayo de 2014, Tomo III; Pág. 2038. II.1o.A.14 A (10ª).

107 Número de Registro: 2003583. Igualdad jurídica. Interpretación del artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Localización: [TA]; 10ª Época; 1ª Sala; *S.J.F.* y su *Gaceta*; Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1; Pág. 541. 1ª CXXXIX/2013 (10ª).

Derechos de personas con discapacidad (como dignidad ontológica de todos los seres humanos).¹⁰⁸

DERECHO SOCIAL

Procura existencial –mínimo vital– (en relación con el concepto de vida digna y el principio de solidaridad, ante las cargas desproporcionadas del derecho fiscal y laboral).¹⁰⁹

Derecho a la cultura (como una manifestación directa de la dignidad humana –autonomía y libertad en sentido positivo– actuar del Estado para mantenerla).¹¹⁰

Prestaciones laborales (se argumenta la violación directa a la dignidad humana como derecho humano, pero sin argumentar el sentido en que se emplea).¹¹¹

Salario mínimo (en relación con el concepto de vida digna –artículo 25–, gravámenes excesivos al salario).¹¹²

108 Número de Registro: 2002519. Discapacidad. Presupuestos en la materia que deben ser tomados en cuenta por los operadores del sistema jurídico mexicano. Localización: [TA]; 10ª Época; 1ª Sala; *S.J.F. y su Gaceta*; Libro XVI, Enero de 2013, Tomo 1; Pág. 633. 1ª VII/2013 (10ª).

109 Número de Registro: 159820. Derecho al mínimo vital. Su contenido trasciende a todos los ámbitos que prevean medidas estatales que permitan respetar la dignidad humana. Localización: [TA]; 10ª Época; Pleno; *Gaceta S.J.F.*; Libro 1, Diciembre de 2013, Tomo I; Pág. 136. P. VII/2013 (9ª); Número de Registro: 168160. Derecho al mínimo vital. Su alcance en relación con el principio de generalidad tributaria. Localización: [TA]; 9ª Época; 1ª Sala; *S.J.F. y su Gaceta*; Tomo XXIX, Enero de 2009; Pág. 547. 1ª X/2009; Número de Registro: 172546. Derecho al mínimo vital. Constituye un límite frente al legislador en la imposición del tributo. Localización: [TA]; 9ª Época; 1ª Sala; *S.J.F. y su Gaceta*; Tomo XXV, Mayo de 2007; Pág. 792. 1ª XCVIII/2007.

110 Número de Registro: 2001625. Derecho fundamental a la cultura. Localización: [TA]; 10ª Época; 1ª Sala; *S.J.F. y su Gaceta*; Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 1; Pág. 502. 1ª CCVII/2012 (10ª). Ver especialmente: Considerando quinto del amparo directo 11/2011, resuelto por la Primera Sala el dos de mayo de dos mil doce.

111 Número de Registro: 2000768. Derecho a la dignidad humana. Se vulnera si en la cuantificación de quinquenios a favor de un empleado al servicio del Gobierno del Estado de Oaxaca se aplica la conversión contenida en el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de junio de 1992, por el que se creó la nueva unidad del sistema monetario nacional. Localización: [TA]; 10ª Época; T.C.C.; *S.J.F. y su Gaceta*; Libro VIII, mayo de 2012, Tomo 2; Pág. 1856. XIII.T.A.3 L (10ª).

112 Número de Registro: 171297. Salario mínimo. El marco constitucional vigente constriñe al legislador ordinario a no gravar los ingresos de los trabajadores que solamente obtienen ese salario. Localización: [J]; 9ª Época; 2ª Sala; *S.J.F. y su Gaceta*; Tomo XXVI, Septiembre de 2007;

En este contexto es de gran valía revisar la interpretación que ha realizado la Corte Interamericana (vigente para los jueces mexicanos desde 2011) sobre la dignidad de la persona en temáticas de integridad personal,¹¹³ derechos de la mujer,¹¹⁴ vida privada (no discriminación),¹¹⁵ dignidad del embrión (fecundación in vitro),¹¹⁶ derechos del niño,¹¹⁷ personas con discapacidad,¹¹⁸ derechos de migrantes,¹¹⁹ derechos indígenas¹²⁰ y protección de la honra y dignidad.¹²¹ Aunque es sumamente criticable que estos precedentes

Pág. 553. 2^a/J. 172/2007.

- 113 Corte IDH: Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, § 154, 156, 158 y 165; Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22, § 53; Caso Neira Alegría y otros vs. Perú. Fondo. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20, § 86; Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, § 164 y 166; Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160, § 306.
- 114 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, § 118; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, § 108.
- 115 Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239, § 162.
- 116 Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012 Serie C No. 257, § 247.
- 117 Sentencias Corte IDH: Caso “Instituto de Reeduación del Menor” vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No. 112, § 159; Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, § 179; Caso Forneron e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242, § 49.
- 118 Corte IDH. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012 Serie C No. 246, § 130.
- 119 Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, § 233; Caso Vélez Loo vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218, § 100.
- 120 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, § 162; Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, § 154.
- 121 Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213, § 205.

estén circunscritos a la integridad de la persona y se incorpore la idea de dignidad de manera indirecta, sería interesante formular nuevas concepciones a partir de las reflexiones del organismo internacional.¹²² Finalmente, cabe concluir que todo proceso de construcción de una categoría como la dignidad e imagen de la persona humana desde la Constitución y para definir el contenido esencial de los derechos fundamentales debe ser realizado bajo distintos horizontes de comprensión del fenómeno jurídico, tal y como he explicado en líneas anteriores.

3.6. MONÓLOGO JURISPRUDENCIAL DE LA SCJN CON LA CoIDH Y SU NEGATIVA AL DIÁLOGO REGULADO

Los derechos humanos son un factor clave para el normal desarrollo democrático y consolidación de cualquier Estado constitucional.¹²³ A pesar de ello, su paulatina consolidación después de la transición política no ha sido sencilla. En este panorama de crisis y déficit a la protección efectiva de los derechos humanos, la Ley Fundamental mexicana ha tenido una cantidad alta de mutaciones constitucionales lo cual ha permitido el rediseño de muchas instituciones. A cien años de su promulgación, los especialistas calculan casi 696 modificaciones al texto constitucional, entre los que se encuentran 230 decretos de reformas, como consecuencia de los distintos procesos de cambio tanto orgánicos como dogmáticos.¹²⁴

122 Luis Amezcuca, “Algunos puntos relevantes sobre la dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N°. 8, 2007, pp. 339-355

123 Manuel Aragón, *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.

124 Héctor Fix-Fierro, “Hacia el centenario de la Constitución mexicana de 1917: Una reflexión a propósito de reformas, textos, modelos y culturas constitucionales” en Miguel Carbonell Sánchez, Héctor Fix-Fierro y Diego Valadés, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, tomo IV, volumen 1, UNAM, IJ, Ciudad de México, 2015.

A este complejo entramado normativo se suma que el Estado mexicano ha suscrito 181 tratados internacionales en materia de derechos humanos, de los cuales 21 son regionales y 160 mundiales; 73 vinculantes y 108 no vinculantes. Para las y los operadores judiciales representa un gran desafío conocer todos estos instrumentos que han sido signados por el Estado mexicano a lo largo de casi siete décadas, pero, sobre todo, aquellos vinculantes y que forman parte del derecho interno, según favorezcan a la persona humana, siguiendo la lectura del artículo primero, párrafo segundo de la Constitución mexicana.

El referido plano convencional ha sido parte de la nueva arquitectura constitucional generada como consecuencia de la reforma a los derechos humanos promulgada en junio de 2011;¹²⁵ revisada un mes después por la Suprema Corte de Justicia mexicana, dicho órgano resolvió el Caso Radilla con el propósito de ampliar por la vía interpretativa del artículo 133 el catálogo de derechos humanos consagrados en la Constitución federal todos aquellos contenidos en los instrumentos internacionales. Poco después, el Pleno de la Suprema Corte reconoció a los derechos humanos como un parámetro de regularidad constitucional en la contradicción de tesis 293/2011.

No obstante que esta interpretación integracionista incluye los instrumentos internacionales de derechos humanos con aquellos establecidos en la Constitución mexicana, persiste todavía cierta resistencia de algunos operadores para incorporarlos de manera plena en el derecho interno. En principio, se observa una aparente dicotomía interpretativa entre los enfoques hermenéuticos de las Salas Primera (Tesis: 1a./J. 29/2015, 10a.) y Segunda de la Suprema Corte mexicana (Tesis: 2a./J. 56/2014, 10a.), ya que para el primer órgano prevalece el contenido esencial del derecho humano que más favorezca a la persona, con independencia de si este se encuentra en un tratado

125 José Luis Caballero Ochoa, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y el control de convencionalidad*, Porrúa, IMDPC, 2013.

internacional o en la Constitución mexicana (paradigma integracionista); mientras que para la Segunda Sala dicho contenido debe quedar acotado a los límites que la propia Constitución establezca, incluso cuando el contenido esencial del derecho sufra restricciones que puedan limitarlo más allá de lo razonable desde la óptica del derecho internacional de los derechos humanos (paradigma soberanista).

Esta divergencia de criterios es plenamente observable en casos difíciles resueltos por el pleno, donde se restringe y en algunas ocasiones hasta se pone en entredicho el contenido esencial de ciertos derechos humanos, como sucede en los casos de arraigo (amparo directo en revisión 1250/2012), geolocalización de teléfonos móviles (acción de inconstitucionalidad 32/2012), extinción de dominio (acción de inconstitucionalidad 18/2010), entre otros. No cabe duda de que los enormes cambios sucedidos por la vía de la interpretación constitucional se deben, en parte, a la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos con el derecho interno, por medio de decisiones vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictadas en contra del Estado mexicano (ver Casos Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Castañeda 2008; Campo Algodonero 2009; Radilla Pacheco 2010; Cabrera García y Montiel Flores 2010), mismas que han impactado directamente en temáticas concretas tales como fuero militar, derecho electoral, uso de la fuerza, equidad de género y en la incorporación del modelo de control difuso de convencionalidad.¹²⁶

Asimismo, es relevante destacar las reformas constitucionales del Constituyente permanente o las decisiones de la Suprema Corte mexicana que han ampliado el contenido esencial de los derechos, ya que, a pesar de ser parte del margen de apreciación nacional según el derecho internacional, estos órganos nacionales han decidido ampliar

126 Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Miguel Carbonell y Pedro Salazar Ugarte, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, UNAM, IJ, México, 2011, pp. 339-429.

aún más el catálogo convencional para otorgar mayor protección a la persona. Claro ejemplo de ello es la introducción de nuevos derechos como las candidaturas independientes y consultas populares de personas que no pertenecen a comunidades indígenas o el reconocimiento por parte de la Corte mexicana del matrimonio y adopción homoparental en todo el país, aun cuando determinadas legislaciones locales no lo regulen expresamente.

Asentado lo anterior, será motivo de análisis una de las reformas más debatidas en la última década en materia de seguridad ciudadana, se trata de la figura del arraigo, introducida en la Constitución federal en su artículo 16. Se analizará la interpretación que realiza la SCJN a partir de una concepción soberanista y doméstica de los derechos humanos, dejando de lado el plano convencional y situándose en una especie de monólogo jurisprudencial donde abandona por completo los cánones que exige el derecho interamericano de los derechos humanos.

3.5.1. Tipo de diálogo: caso “arraigo” frente al bloque de convencionalidad de la CoIDH sobre la libertad personal

En el caso del arraigo la SCJN implementa un diálogo vertical (SCJN-CoIDH), más parecido a un monólogo jurisprudencial que no respeta las reglas de un diálogo regulado, pese a ser vinculante la jurisprudencia de la CoIDH en materia de libertad e integridad personal. Además, despoja a la práctica del diálogo jurisprudencial de sus auténticas funciones, como es mejorar la efectividad de la jurisprudencia de la CoIDH, minimizando las obligaciones del Estado mexicano hacia la Convención Americana e instrumentos internacionales de los cuales es parte, imponiendo en tal sentido un modelo basado en una tesis soberanista de los derechos humanos, haciendo una interpretación deficiente del derecho convencional. Lo anterior, pese a que si bien son invocados los precedentes del tribunal interamericano, el grado o nivel de reciprocidad es ineficiente o casi nulo.

CASO ARRAIGO

El arraigo es una figura incorporada en 2008 a través de una reforma constitucional al artículo 16 de la Constitución. En principio, existe de entrada una problemática aguda al momento de plantear que el arraigo penal en casos de actualizarse la figura del crimen organizado puede prolongarse hasta ochenta días. En tal sentido y considerando que es la Constitución la que limita el derecho fundamental y el marco de un sistema garantista de corte acusatorio y que pretende la oralidad; y más aún, que se trata de una medida cautelar, en la que ni siquiera se ha determinado la presunta culpabilidad del indiciado, esto podría contrariar de manera abierta los principios de presunción de inocencia en el marco del debido proceso.

En el caso del arraigo, la SCJN analizó la inconstitucionalidad del artículo 133 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, el cual establece

- a) la solicitud de arraigo la debe realizar el Ministerio Público; b) la que debe ser resuelta por la autoridad judicial tratándose de delitos graves, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia; c) y en caso de decretarse, se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de cuarenta días.

Por su parte, el artículo segundo transitorio del decreto que reformó el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de enero de 2009 estableció:

lo dispuesto en el artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales estará vigente hasta en tanto entre en vigor el sistema procesal acusatorio a que se refiere el Decreto por el que se

reforman los artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22, las fracciones XXI y XXIII del artículo 73, la fracción VII del artículo 115 y la fracción XIII del apartado B, del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008.

Asimismo, el artículo 16, párrafo octavo y noveno de la CPEUM determinó en este sentido:

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.

El propio artículo décimo primero transitorio de la reforma constitucional publicada el dieciocho de junio de dos mil ocho, establece por otra parte lo siguiente:

Artículo décimo primero. En tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de cuarenta días.

Esta medida será procedente siempre que sea necesaria para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia.

Sentado lo anterior, se efectuará un análisis crítico en torno a la implementación de esta metodología de diálogo jurisprudencial en la sentencia de la SCJN.

3.5.2. *Crítica a la implementación de la metodología de diálogo jurisprudencial*

La sentencia inicia con el análisis del arraigo, advirtiendo que se trata de un análisis de un artículo del Código Penal federal, a la luz de una restricción establecida en la propia Constitución federal de manera idéntica. Es decir, los requisitos y condiciones de la limitación al encontrarse expuestos expresamente en la misma, convierten al análisis de constitucionalidad en la verificabilidad de los presupuestos materiales en formales. Esta premisa mayor acaba con cualquier contenido esencial que se estime vulnerado, ya que traduce la posibilidad de nulificarlo si así lo estima el Constituyente permanente. Incluso el proyecto original avalaba la constitucionalidad, pero confrontando las normas y citando precedentes de la CoIDH sobre restricción a la libertad personal. En cambio, la sentencia aprobada evade el conflicto de fondo, nulifica por completo el contenido esencial y acaba con la posibilidad de someter a un escrutinio constitucional su impugnación, convirtiendo al juez en un ente mecánico que se dedicará únicamente a verificar si se satisfacen o no los requisitos configurados en la propia Constitución, por las razones que expondremos a continuación.¹²⁷

127 Amparo directo en revisión 1250/2012. Resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión correspondiente al día 14 de abril de 2015, párr. 121.

Dicho en términos más simples, el arraigo es válido porque está en la Constitución. Esta concepción típicamente formal encierra dos problemas sumamente graves. El primero consiste en tratar de dar coherencia, unidad y plenitud (valores del positivismo jurídico) a la Ley fundamental aun cuando las normas aprobadas por el legislador sean altamente cuestionables a nivel convencional, pero, sobre todo, cuando las figuras penales forman parte de un derecho penal del enemigo y su empleo ha implicado abuso de parte de las autoridades federales como una regla y no como excepción.

La segunda de las cuestiones tiene que ver con la manera en que se configuran los límites al derecho a la libertad personal en materia penal. La SCJN confunde claramente los presupuestos para el ejercicio de un derecho con el establecimiento de sus límites, desnaturalizando así el contenido esencial. Es patente que el legislador en este caso introdujo la figura del arraigo en el artículo 19 debido a que el Tribunal mexicano declaró en su momento la inconstitucionalidad de la figura, tal y como consta en el Diario de Debates del Congreso. En su momento, la figura del arraigo establecida para las entidades federativas había sido declarada inconstitucional, ya que violaba el derecho a la libertad personal (acción de inconstitucionalidad 20/2003). Tiempo después también se afirmó que los Poderes Legislativos locales no contaban con facultades para legislar sobre la figura del arraigo (acción de inconstitucionalidad 29/2012)¹²⁸.

Existen dos posturas antagónicas entre los ministros que integran el pleno en la SCJN. La primera, que establece que los tratados in-

128 Arraigo local. La medida emitida por el juez es inconstitucional. "Arraigo en materia penal. A partir de la reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, las legislaturas locales carecen de competencia para legislar sobre aquella figura, al ser facultad exclusiva del Congreso de la Unión". Y "arraigo en materia penal. El artículo décimo primero transitorio del decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, no habilita a los congresos locales a legislar sobre aquella figura, con posterioridad a esa fecha".

ternacionales en materia de derechos humanos como la CADH o el PIDCP forman parte de un bloque de convencionalidad que también forma parte del derecho interno. En tanto que, la segunda postura conformada por otra mayoría determina que estos instrumentos internacionales (convencionalidad) están sujetos a los límites y restricciones que la propia Constitución federal establece. En síntesis, en este caso concreto la mayoría decidió establecer que el arraigo, al tratarse de una figura consagrada expresamente en la Constitución, donde se restringe la libertad personal de una persona que aún no ha sido sometida a un proceso penal ni acusada formalmente, sino que tiene efectos precautorios (medida cautelar), permite a la autoridad investigar sin que el detenido tenga la posibilidad de evadir la acción de la justicia durante un periodo no mayor de ochenta días (§ 148).

En la sentencia se advierte que los únicos supuestos configuradores para la restricción a la libertad personal de acuerdo a la CPEUM son los siguientes: a) la comisión flagrante de un delito, b) en casos urgentes tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un juez, c) orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, d) auto de formal prisión dictada por el juez de la causa; e) arresto hasta por treinta y seis horas por infracción a reglamentos gubernativos y de policía y f) arraigo penal de hasta 80 días (§ 150).

El argumento contiene una falacia lógica de petición de principio, ya que la respuesta a cualquier configuración de límites o restricciones a cualquier derecho, en tanto se encuentren en la Constitución serán válidos y aceptados, por el solo hecho de estar contemplados en la misma. A pesar de que el Pleno precisa que no se trata de un criterio de jerarquía normativa, en el fondo sí lo es, ya que el hecho de estar contemplado en la Carta magna impide cualquier análisis de fondo para contrastar el contenido de la norma con lo estipulado en un tratado internacional o en precedentes dictados por la CoIDH.

Sin más, en la resolución se declara la constitucionalidad del precepto, sin realizar un análisis material de la norma en relación con los criterios de convencionalidad que pudieran limitar la libertad personal. Se concluye que en el caso concreto: “no procede realizar un ulterior estudio de la norma impugnada, pues, se insiste, el legislador recogió fielmente el texto de la Constitución que contiene la restricción expresa a los derechos humanos, por lo que no existe un desarrollo reglamentario que pueda analizarse en sus méritos” (§ 160 a 162).

La sentencia tiene cuatro votos particulares y dos votos concurrentes. Cabe señalar que por unanimidad, los criterios disidentes contienen como premisa mayor el criterio que ha sido adoptado por la Primera Sala de la SCJN después de la contradicción de tesis (293/2011), el cual establece que los instrumentos internacionales pueden servir de parámetro de regularidad para analizar la convencionalidad de las normas, aun cuando estas sean idénticas o similares a las establecidas en la propia Constitución (en el caso concreto se trata de una transcripción de lo establecido en un Código Penal y la Constitución federal).

El voto particular de la ministra Sánchez Cordero propone que el análisis de regularidad constitucional se dé a través de un juicio de ponderación, análisis de proporcionalidad en sentido estricto o de razonabilidad (es decir, verificar si dicha limitante es admisible, necesaria y proporcional). En tal sentido es necesario precisar que el ejercicio de un derecho configura las condiciones para que el mismo se realice dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas, en tanto que un límite se constituye como un obstáculo para la realización del mismo que merece ser analizado bajo un canon más estricto, trayendo los diversos instrumentos internacionales que protegen también la libertad personal.

Lo anterior resulta determinante, ya que de acuerdo a lo establecido por la CoIDH acerca de la figura más similar al arraigo (prisión

preventiva), el mencionado órgano regional ha determinado: “Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aun calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad”.¹²⁹ En ese sentido, el arraigo establecido a nivel de las entidades federativas no fue declarado inconstitucional por no estar en la Constitución, en cambio, se le ha declarado como violatorio de los artículos 11, 16, 18, 19, 20 y 21 de la Carta Magna, así como del 5 y 7 de la CADH, con ellos, la libertad de tránsito y el derecho a no ser molestado, así como violación al debido proceso toda vez que el plazo de detención es –por mucho– mayor a setenta y dos horas, además de su afectación a la libertad personal.¹³⁰

Asimismo, es también posible establecer que aunque la averiguación previa no arroje datos que conduzcan a establecer que en el ilícito al que se pudieran referir tenga probable responsabilidad penal, se ordena la privación de su libertad personal por determinado plazo (cuarenta días), sin que medie ningún auto de formal prisión en el que se le informen los detalles del delito que se le imputa, ni se le da la oportunidad de ofrecer pruebas a su favor, con lo que se vulnera el artículo 20 constitucional, fracción I, la cual prescribe la pre-

129 CoIDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C N° 170, párr. 89-93.

130 Arraigo penal. El artículo 122 BIS del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua que lo establece, viola la libertad de tránsito consagrada en el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. P. XXIII/2006, (TA), 9ª Época, Pleno, *S.J.F.* y su *Gaceta*, p. 1171; arraigo, orden de. Afecta la libertad personal y de tránsito. I.40.P.18 P, (TA), 9ª Época, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito., *S.J.F.* y su *Gaceta*, p. 828; Arraigo penal. El artículo 122 BIS del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua que lo establece, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Federal. P. XXII/2006, (TA), 9ª Época, Pleno, *S.J.F.* y su *Gaceta*, p. 1170; arraigo, orden de. Afecta la libertad personal y de tránsito. I.40.P.18 P, (TA), 9ª Época, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito., *S.J.F.* y su *Gaceta*, p. 828; Arraigo domiciliario, orden de. Afecta la libertad personal. 1ª/J. 78/99, (J), 9ª Época, 1ª Sala, *S.J.F.* y su *Gaceta*, p. 55.

sunción de inocencia, en conformidad con las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, regla 84 (2); y la fracción III, la cual conviene con el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos respecto al debido proceso. Este último precepto establece también el aseguramiento con todas las garantías necesarias para su defensa, lo cual es vulnerado al no poder la persona arraigada acceder a un abogado defensor ni presentar pruebas en su beneficio.

A partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 se establece el principio pro persona y la interpretación conforme en el artículo 1º como pautas imperativas en aras de la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, lo cual significa la obligatoriedad de interpretarlos a la luz de la Constitución y de los tratados internacionales de los que México es parte, al ser estos una extensión de lo previsto en esta Ley fundamental, en concordancia con el artículo 29 de la CADH. En cuanto al principio pro persona, este es un criterio hermenéutico que impone el deber de acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, respecto a los derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer límites a los derechos.

La incompatibilidad de la figura del arraigo con los modelos garantistas —a los que todo Estado de derecho debe aspirar— es por demás palpable, pues no crea una base lo suficientemente sólida y coherente para ser defendida. La exposición de motivos de Felipe Calderón Hinojosa a la reforma del artículo 16, publicada en 2008 respecto al arraigo, no señala ningún argumento de peso para la restricción a los derechos involucrados; por lo que se puede concluir que la decisión de añadirlo al texto constitucional fue precisamente porque la SCJN la señaló como inconstitucional sin dar más explicaciones al respecto en la exposición de motivos. El Comité contra la Tortura, en sus observaciones finales de los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, observa con preocupación la elevación a rango constitu-

cional de la figura del arraigo por las diversas denuncias de actos de tortura y malos tratos a personas arraigadas.¹³¹

Del mismo modo, la política criminal encaminada a reaccionar a un estado de emergencia es inconstitucional e inconvenional. Para que se consolide un estado de emergencia se debe pasar por un proceso especial a fin de que no se haga mal uso de este estado en provecho de intereses que no son los del bien común, conforme al artículo 29 Constitucional y 27 del Pacto de San José. El caso Brandeburg de 1969 en Estados Unidos ayuda a comprender que “entre más remoto sea el daño, menos es la probabilidad de que se materialice y mayor la oportunidad del gobierno de tomar otras medidas.” En vista de la situación de combate al crimen organizado, el tiempo que ha tenido el arraigo en los ordenamientos federales y estatales, así como su muy reciente inclusión al texto Constitucional, demuestran que no dio los resultados esperados; sin embargo, este mismo tiempo que se ha tenido desde antes de su “constitucionalización” sería suficiente para buscar alternativas y suprimir la necesidad de recurrir a esta práctica, que ni siquiera ha demostrado ser una medida efectiva en el combate a la delincuencia organizada y, en cambio, ha demostrado su violación a preceptos constitucionales.

En este sentido, resulta ilustrativo lo resuelto por la CoIDH en el caso Suárez Rosero vs. Ecuador, en el cual indica que existe una “obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia. Pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva”.¹³²

131 Comité contra la Tortura, ONU, Observaciones finales de los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, adoptada por el Comité en su 49º periodo de sesiones. 29 de octubre a 23 de noviembre de 2012, p. 4.

132 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (SCIDH). Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No.

Por ello, en el caso del arraigo urge aclarar que, como medida cautelar llevada a la práctica, se materializa en medida punitiva, en la medida en que si se encuentra culpable de algún ilícito a la persona que se encontraba bajo arraigo, el tiempo en cuestión será “abonado” a su sentencia penal.¹³³ A pesar de ser una medida cautelar, la realidad indica que se transgrede el principio de presunción de inocencia, pues sí hay situaciones a las que se le impone a uno y no a otro y las características propias de las penas se imponen a una persona a la que no se le ha demostrado su participación en ningún delito y, al no tratar a la persona en consecuencia, sigue siendo restringido de sus derechos sin sentencia alguna.¹³⁴

En igual sentido, es criticable el criterio sostenido por el Poder Judicial de la Federación que tiene un nivel de inexactitud muy alto, al afirmar “al evitar la sustracción de la persona señalada como probable responsable de hechos posiblemente constitutivos de delito”; esto solo corrobora la incapacidad de investigación pues ni siquiera se han encontrado como delito los hechos que se le imputan.¹³⁵ De este modo se configura una detención arbitraria, acorde a la CoIDH en el Caso Tibi vs. Ecuador. La prisión preventiva (lo más parecido a aplicarse al arraigo de manera analógica y conforme a la misma interpretación de la tesis presentada) es arbitraria cuando: (i) No existen indicios suficientes para suponer que la persona imputada

206, párr. 121; Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, párr. 180; Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 77.

133 Arraigo. Aun cuando la retención del indiciado sea con motivo de la orden de dicha medida, en términos de lo establecido por el artículo 16.

134 Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos. Regla 84.2 (1995) el Principio 36 del conjunto destinado a la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, de 1988.

135 Arraigo. Constituye un solo acto de tracto sucesivo, pues la ampliación del plazo máximo concedido (hasta cuarenta días) de la petición inicial no es un acto diverso y tiene unidad de propósito o finalidad perseguida consistente en impedir que el indiciado se sustraiga de la acción de la justicia. Tesis 166500. I.4o.P.44 P. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXX, septiembre de 2009, Pág. 3095.

es autor o cómplice del delito —donde ni siquiera se ha demostrado la existencia de este—. (ii) No se puede probar su necesidad (iii) Se aplica durante un período excesivamente prolongado, y —por lo tanto— desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida.¹³⁶

Respecto a la prolongación temporal y tomando de ejemplo otro criterio del Poder Judicial de la Federación se define en esta que el arraigo civil se limita a que el arraigado no se ausente del lugar donde se encuentra radicado el juicio o salga del país, en tanto no deje apoderado suficientemente instruido y expensado, pero, contrario al arraigo penal, sigue disfrutando de su libertad de tránsito. En un arraigo civil ya está comenzado un juicio civil en contra del arraigado; en el caso penal no existe siquiera la certeza de la comisión de un delito, mucho menos de la participación del arraigado en él, por lo que no solo la restricción exhaustiva resulta excesiva, sino que el tiempo es claramente desproporcionado a los hechos.¹³⁷

En palabras de García Ramírez “es necesario deslindar entre la actividad ejercida con reflexión y cautela justificables, y la desempeñada con excesiva parsimonia, exasperante lentitud y exceso ritual”.¹³⁸ Ninguna excusa procesal debiera afectar negativamente los derechos del individuo. En este mismo orden de ideas, el PJJF toma en cuenta para determinar el plazo razonable lo siguiente: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales, y d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.¹³⁹ Ahora bien,

136 Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas) Párr. 107.

137 SCIDH. Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), voto concurrente, 27 de noviembre de 2008, párr. 6.

138 Sergio García Ramírez, Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, Sentencia de 27 de noviembre de 2008 (Fondo, Reparaciones y Costas), voto concurrente, 27 de noviembre de 2008, párr. 6.

139 Plazo razonable para resolver. Concepto y elementos que lo integran a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. Tesis 2002350. I.4o.A.4 K (10^o). Tribunales Colegiados

en cuanto al hecho de que existe un plazo máximo de privación de la libertad en el arraigo, la CoIDH ha concluido que:

La fijación de plazos máximos en la legislación no garantiza su consonancia con la Convención, ni otorga una facultad general al Estado de privar de libertad al acusado por todo ese lapso, pues habrá que analizar en cada caso hasta qué punto subsisten los motivos que justificaron inicialmente la detención, sin perjuicio de lo legalmente establecido.¹⁴⁰

En este sentido, no debe equipararse el concepto de arbitrariedad al de contrario a la ley,¹⁴¹ sino que debe interpretarse de la manera más amplia para no excluir los elementos que incurren en violaciones a los derechos fundamentales de las personas por la injusticia, ineficacia, incorrección y falta de certeza jurídica en que las autoridades incurren alrededor de la detención. Además, es importante puntualizar que la existencia de políticas arbitrarias donde se faculta al Ministerio Público a la detención de personas a pesar de no existir delito alguno, se basa en el muy subjetivo criterio de ser sospechoso, el cual fomenta la discriminación en base a estereotipos y ponen en riesgo la seguridad de las personas al someterse al examen ejecutado por personal que no está capacitado para no sucumbir a estos criterios que derivan de estigmatizaciones sociales.¹⁴²

de Circuito. Décima Época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XV, diciembre de 2012, Pág. 1452.

140 SCIDH. Informe No. 84/10, Caso 12.703, Fondo, Raúl José Díaz Peña, Venezuela, 13 de julio de 2010, párr. 159; CIDH. Informe No. 86/09, Caso 12.553, Fondo, José, Jorge y Dante Peirano Basso, Uruguay, 6 de agosto de 2009, párr.139; CIDH. Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Bolivariana de Venezuela en el caso 11.663, Oscar Barreto Leiva, 31 de octubre de 2008, párr. 136.

141 Comité de Derechos Humanos, Hugo van Alphen c. Países Bajos, U.N. Doc. CCPR/C/39/D/305/1998, párr. 5.6-5.8.

142 Guillermo Zepeda, *La Policía mexicana dentro del proceso de reforma del sistema penal*, CIDAC, México, 2010, p. 16.

Una vez detenida la persona y librada la orden de arraigo se encuentra en un estado de indefensión total, ya que se encuentra in-comunicado,¹⁴³despojado de sus derechos políticos, recluso en un lugar que pueden ser instalaciones militares, hoteles o casas especiales para los propósitos del arraigo.¹⁴⁴ El estado de indefensión es tal, que el Comité contra la Tortura constata la ineficacia del amparo en estos casos y también comprueba que la figura ha propiciado la utilización como prueba de confesiones presuntamente obtenidas bajo tortura, reiterando su recomendación de que “el Estado parte elimine la detención mediante arraigo de la legislación y la práctica, tanto a nivel federal como estatal.”

Es menester, por tanto, otorgar la protección y garantía que los casos merecen cumpliendo el Estado con su deber de justicia, relacionado íntimamente con el artículo 1.1 de la Convención Americana y cobra relevancia en cuanto a la justicia penal. En palabras de Antonio Cançado Trindade, expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto al propósito de la defensa de los más débiles y vulnerables:

Es este el sentido propio del derecho internacional de los derechos humanos, cuyas normas jurídicas son interpretadas y aplicadas teniendo siempre presentes las necesidades apremiantes de protección de las víctimas, y reclamando, de ese modo, la humanización de los postulados del Derecho Internacional Público clásico.¹⁴⁵

143 Silvano Cantú Martínez, Juan Carlos Gutiérrez Contreras y Michaela Telepovska, *La figura del arraigo en México*, CMDPDH, México, D.F., 2012, pp. 34 y ss.

144 Comité contra la Tortura, ONU, Observaciones finales de los informes periódicos quinto y sexto combinados de México, adoptada por el Comité en su 49º periodo de sesiones, 29 de octubre a 23 de noviembre de 2012.

145 Corte IDH. Caso Blake vs. Guatemala. Sentencia, Fondo, Reparaciones y Costas. 22 de enero de 1999.

3.5.3. *Retroceso en torno a un bloque de convencionalidad sobre el derecho humano a la libertad personal*

A partir del momento en el que el arraigo abandonó su carácter excepcional en el plano fáctico se ha convertido en un mecanismo sistemáticamente utilizado, careciendo de justificación, toda vez que la excepcionalidad es básica para la manifestación del arraigo sin que incurra (de jure) en violaciones infundadas a los derechos humanos de aquellas personas sometidas a este. Esta sistematización ha sido reconocida por la Cámara de Diputados a través de su agenda de noticias que, refiriéndose al dictamen que reforma la Constitución para reforzar los requisitos del arraigo y reducir su tiempo máximo de aplicación de 80 a 35 días en abril del 2013, expresa que el arraigo “de ser una medida excepcional se llegó a convertir en una medida común”.

Por otra parte, el problema de la inconstitucionalidad de las normas contenidas en el texto fundamental podemos hallarlo en lecturas como la de Otto Bachof, quien planteaba que existen principios fundamentales que incluso el Constituyente permanente tiene la obligación de respetar, entre los que se encuentran los bienes y valores jurídicos fundamentales como la vida, la dignidad humana, la igualdad y la libertad.¹⁴⁶

Ahora bien, el populismo punitivo que sigue hoy en día el Estado mexicano se encuentra amparado en los alarmantes índices de violencia generados desde hace más de una década como consecuencia del fenómeno del crimen organizado y la inestable situación política que imperaba en el país. El arraigo penal es un elemento ejemplificativo de esta vorágine penal situada en lo que podría reconocerse en términos del distinguido profesor Günther Jakobs, como derecho penal del enemigo, quien ha expuesto la necesidad de tutelar ciertos bienes jurídicos bajo condiciones de excepcionalidad.¹⁴⁷ Dicha excepciona-

146 Otto Bachof, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, Palestra, Lima, 2008.

147 Günther Jakobs, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” en *Estudios de Derecho Penal*, UAM Ediciones, Civitas, Madrid, 1997, pp. 293-324; *Dogmática de Derecho Penal y la configuración normativa de la sociedad*, Civitas, Madrid, 2004, p. 27. *Derecho penal del enemigo*,

alidad¹⁴⁸ juega un papel preponderante para el estudio de la figura del arraigo, ya que los enemigos del Estado serían los factores principales para justificar una política criminal punitiva en exceso y la creación de figuras sin apropiados controles judiciales.

En la exposición de motivos de la reforma penal se afirma que el narcotráfico se ha convertido en un enemigo para el país.¹⁴⁹ La realidad imperante solo ha demostrado una y otra vez el amplio campo de maniobra que el crimen organizado tiene en términos de impunidad. En 1996 Ernesto Zedillo expidió la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada (LFDO), donde se planteó una política criminal alternativa y novedosa para asegurar una actuación eficaz en cuanto a la investigación, persecución y juicio de un enemigo de tal magnitud. Por estos motivos, una serie de excepciones a las —entonces llamadas— garantías individuales, se presentan como repuesta a la imposibilidad práctica en el combate de desmembrar las intrincadas organizaciones criminales.

Asimismo, el Poder Ejecutivo Federal de ese entonces presentó una iniciativa de reforma a la Ley Federal de Delincuencia Organizada, colocando como prioridad la caída del crimen organizado de las posiciones de poder que habían sido obtenidas en los últimos años por medio de convenios de las Fuerzas Armadas de la Federación con las unidades locales, incrementando también los salarios de las fuerzas civiles y militares, además de iniciar reformas sustanciales que dieran soporte a los cambios estructurales que vivía el país. De esta manera, el Estado adoptó paulatinamente una política criminal de

Thomson, Madrid, 2003, p. 42-43 y Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003, p. 94.

148 Carl Schmitt, *La defensa de la Constitución* (Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución), Tecnos, Madrid, 1983, p. 190 y *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 2003, p. 150.

149 Secretaría de Servicios Parlamentarios, *Cuaderno de apoyo, Reforma Constitucional en material de justicia penal y seguridad pública*, México, D.F., junio de 2008, <http://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>

Estado agresiva, buscando alcanzar una eficacia en la persecución de delitos del crimen organizado y de este modo justificar la vulneración o limitación de ciertos derechos fundamentales en aras de la protección y la seguridad nacional.

Esta práctica, además, no ayuda a la profesionalización del Ministerio Público pues se parte de la premisa de arraigar para investigar y no a la inversa, y de este modo entrega tiempo y comodidad para que los agentes cumplan con su deber con estándares muy bajos y exigencias mínimas, lo cual provoca un desempeño mediocre y evidencia la injustificada necesidad, pues existen órganos especializados en la investigación de la delincuencia organizada de ese tiempo para lograr (a medias) hacer su trabajo, atentando contra el principio de eficiencia instaurado en el artículo 21 de la Constitución Mexicana.¹⁵⁰

Igualmente, estas prácticas dan cabida a que agentes estatales violen garantías con el propósito de interrogar, torturar, amenazar de muerte e incluso, ejecutar a las víctimas, sin control judicial alguno. En su Recomendación Número 2 sobre la práctica de las Detenciones Arbitrarias, la CNDH precisa que “las detenciones arbitrarias constituyen una práctica común de los agentes de la Policía Judicial y de los elementos que integran los diversos cuerpos policiacos”.¹⁵¹ De este modo, se demuestra que no hay razón alguna para seguir favoreciendo este tipo de prácticas, y se pone de manifiesto la imperativa necesidad de suprimir una figura que no ha hecho más que dar un campo muy amplio de maniobra al Estado para configurar violaciones a los derechos fundamentales de sus ciudadanos, poniendo en riesgo su seguridad y libertad personal, restringiendo y limitando

150 Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A. C., Centro por la justicia y el Derecho Internacional, *et al.*, *Informe sobre el impacto en México de la figura del arraigo penal en los derechos humanos*, p. 6.

151 SCIDH. Casos Juan Humberto Sánchez vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C N° 99, párr. 80; Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2003. Serie C N° 103, párr. 69.

sus derechos, en pos de una causa que no se ha sabido afrontar y, en cambio, recurre a un estado-policía en la búsqueda de un control que no mira al progreso.

CONCLUSIONES

La globalización como universalización de los derechos constituye presupuesto necesarios del diálogo jurisprudencial ya que, en primer término, el nuevo constitucionalismo del mundo globalizado se caracteriza por la ausencia de la tradicional norma última claramente identificable y, además, por la no existencia de una jurisdicción última que resolviera la cuestión, por lo que la efectividad de los derechos se encuentra en un constante desarrollo que se da a través de la interacción entre las distintas jurisdicciones llamadas a aplicar una misma disposición.

Por lo que respecta a la universalidad de los derechos humanos y el diálogo jurisprudencial, la relación entre ambas categorías se da en virtud de la interacción de los tribunales de distintas jurisdicciones que parten de la premisa de que los derechos humanos son aplicables a todas las personas independientemente del espacio; mientras que por otro lado, dicha universalidad, en tanto proceso de mayor reconocimiento de un mismo estándar de protección de los derechos humanos también se desarrolla a través de la aplicación jurisprudencial de los derechos humanos utilizando la interpretación realizada por otras instancias protectoras de dichos derechos.

Asimismo, estimamos que es precisamente en los escenarios de pluralismo constitucional donde resulta propio hablar de diálogo jurisprudencial, ya que, al no existir una última instancia de solución de controversias en materia de derechos humanos, sino tantas instancias como ordenamientos estén siendo aplicados, no es posible la unidad en la interpretación. Dichas tensiones serán resueltas a través del diálogo jurisprudencial que se desarrolle entre las diversas instancias jurídicas

participantes, ya sea para estar de acuerdo o discrepar, pero siempre con miras a la constante construcción de un *ius commune* de protección de los derechos humanos.

En México, la SCJN en su calidad de Tribunal Constitucional ha tenido altibajos en este proceso de incorporación del diálogo jurisprudencial en su sistema de precedentes, ya que la prevalencia expresa de restricciones desde la propia Constitución federal a algunos derechos humanos prevalece, aun cuando existen obligaciones que derivan del sistema interamericano. En este sentido, el máximo tribunal ha sostenido en la contradicción de tesis 293/2011,¹⁵² de la cual deriva a su vez la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.), que si bien las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no

152 En el caso objeto de análisis se estudió la contradicción de tesis entre los criterios sostenidos por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito al resolver el amparo directo 1060/2008 y los criterios sostenidos por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito al resolver los amparos directos 344/2008 y 623/2008. Cabe resaltar que antes de la resolución de la Contradicción de Tesis que se analiza, existió una tensión entre las Salas de la SCJN en torno a la aplicación y entendimiento de la relación entre las dos fuentes de derechos humanos mismas que, como lo sostienen Raúl M. Mejía y José Ramón Cossío, constituyen el preludio de las restricciones constitucionales. Sostienen los autores por ejemplo que al citar el texto del artículo 133 de la Constitución, la Segunda Sala afirma que este artículo implica que las leyes y los tratados internacionales se encuentran en un plano jerárquicamente inferior a la Constitución. Lo cual se refuerza cuando la Sala apunta que en la reforma de 2011 al artículo 1 del texto constitucional no se modificaron a su vez los artículos 103, 107 y 105 en la parte que permiten someter a control constitucional tanto el derecho interno como los tratados internacionales. La Segunda Sala afirma, en este sentido, que el artículo 1 de la Constitución “categóricamente ordena” que las limitaciones y restricciones al ejercicio de los derechos solo pueden establecerse en la Constitución y no así en tratados internacionales. Lo cual es acorde con el principio de supremacía constitucional y el principio que, según esta Sala, es reconocido en el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Este entendimiento de la supremacía constitucional lleva a la Segunda Sala a concluir que “se obstaculiza cualquier posibilidad de que las normas internacionales se conviertan en parámetro de validez de la Constitución, a la cual, por el contrario, se encuentran sujetas”. Por su parte la Primera Sala “reconoció expresamente que la reforma al artículo 1º de la Constitución exigía que las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales, debiendo prevalecer aquella que representara una mayor protección a la persona o que implicara una menor restricción”. En Raúl M. Mejía y José R. Cossío, “Derechos descafeinados”, *Nexos*, 1, junio, 2013, en: <http://www.nexos.com.mx/?p=15368>, (Documento web), Fecha de consulta 10 de enero de 2015.

se relacionan en términos jerárquicos como consecuencia del contenido del párrafo primero del artículo 1° constitucional, “cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional”, ya que a juicio de dicho órgano jurisdiccional “el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma”.

La primera observación a esta tesis es la carencia de legitimidad epistemológica de la decisión restrictiva de la SCJN antes descrita, pues sin ninguna buena razón y sin consideración alguna de la naturaleza de su fuente (algo que, dicho sea de paso, resulta irracional determinar en abstracto), el máximo tribunal de la nación determina, en primer lugar, que no hay relación de jerarquía —excepto cuando una norma constitucional prevea una restricción expresa—, y, en segundo lugar, cancela la posibilidad interpretativa de los jueces que recurren a la doctrina, o bien, al diálogo jurisprudencial vertical a fin de dar plena efectividad al derecho convencional y encontrar el sentido correcto de las leyes inaplicables solo para proteger el ideal chauvinista llamado supremacía constitucional, con lo que el control difuso de la constitucionalidad y/o convencionalidad se desvanece.

En la misma contradicción de tesis 293/2011, la SCJN reconoce el carácter vinculante de la jurisprudencia de la CoIDH, sin embargo, determina que lo anterior debe entenderse en clave de progresividad, es decir, que una vez emitida dicha jurisprudencia, los Estados que hayan reconocido la competencia de la CoIDH deben aplicarla ya sea de manera armónica con la jurisprudencia nacional o como un estándar mínimo para ser desarrollado por los tribunales nacionales. Igualmente, partiendo de la distinción entre disposición y norma, el proyecto establece que la jurisprudencia emitida por la CoIDH es una extensión de la CADH y con fundamento en el artículo 1° constitucional, la

cual reconoce a los derechos humanos de fuente internacional como parte del mismo catálogo que conforma el parámetro de control de regularidad del ordenamiento jurídico mexicano, y concluye que los criterios emitidos por la CoIDH son vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales en México.¹⁵³

La misma ejecutoria reconoce la obligación de los tribunales nacionales (el proyecto hace referencia exclusivamente a las Cortes Supremas) y de los Estados que hayan reconocido la competencia de la CoIDH, de mantener un diálogo jurisprudencial con dicho órgano interamericano, en tanto ambos comparten la finalidad de proteger los derechos humanos; razón por la cual las relaciones entre la SCJN y la CoIDH debe entenderse en términos de cooperación y colaboración.¹⁵⁴ El mismo proyecto expone que la aplicación de la jurisprudencia de la CoIDH no debe realizarse de forma acrítica, de modo que, ante una contradicción de criterios, el juzgador nacional deberá resolverse con base en el principio *pro persona*; en consecuencia, el operador jurídico podrá optar por el criterio del Poder Judicial de la Federación o del emitido por la CoIDH, pero el resultado deberá atender a la mejor protección de los derechos humanos de las personas.¹⁵⁵

Por el contrario, esta obligatoriedad debe entenderse como una vinculación para los operadores jurídicos internos a observar en sus resoluciones un estándar mínimo, que bien podría ser el interamericano o el nacional, dependiendo cuál sea el más favorable a las personas. En todo caso, lo importante será que la inaplicación de un criterio jurisprudencial, nacional o interamericano se justifique atendiendo a la aplicación de otro que resulte más favorecedor a la persona”.¹⁵⁶ De lo anterior se desprende que la propia SCJN reconoce en la ejecutoria la posibilidad a favor de los operadores jurídicos de inaplicar un cri-

153 Foja 57 de la Ejecutoria.

154 Foja 58 de la Ejecutoria.

155 *Id.*

156 Foja 58 de la Ejecutoria

terio jurisprudencial, independientemente de que sea emitido por un tribunal nacional o por la CoIDH, pero siempre justificando que el criterio aplicado resultará más favorecedor a la persona; lo anterior en atención al principio pro persona reconocido en el artículo 1º constitucional.

Ahora bien, aunque en principio la tesis referida parece tener un resultado positivo, al dar carácter vinculante a los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y estableciendo directrices para su aplicación por los jueces nacionales que redundan en un verdadero diálogo jurisprudencial, los efectos de la tesis relativa a las restricciones constitucionales y su superioridad en relación con los derechos convencionales surte sus efectos e impacta también en la aplicación de la jurisprudencia de la CoIDH y, en consecuencia, en el diálogo jurisprudencial,¹⁵⁷ tal como se desprende de la tesis P. XVI/2015 (10a.), en la cual se determina que aun cuando se haya reconocido el carácter vinculante de la jurisprudencia de la CoIDH “si alguno de los deberes del fallo implica desconocer una restricción constitucional”, debe prevalecer dicha restricción, tomando como base la tesis P./J. 20/2014 (10ª). Sentencias de la corte interamericana de derechos hu-

157 Para Silva Meza y Silva García resulta clara la implicación entre los temas de jerarquía y diálogo jurisprudencial; los autores sostienen lo siguiente en relación con el tema: “En tal sentido, la relación entre tratados internacionales sobre derechos humanos y Constitución es de complementariedad, en el sentido de que si bien las normas constitucionales sobre derechos y libertades se deben presentar como eje dentro del sistema jurídico nacional, también tendrían que considerarse, en cierta medida, abierta para integrar contenidos y niveles derivados del sistema jurídico internacional. Ello ha tendido a crear las bases para la existencia de interacciones jurisdiccionales capaces de establecer una relación de influencia y control dinámico en la tutela de los derechos humanos. De manera que la relaciones entre la SCJN y la CoIDH podrían basarse en un principio de mutua coexistencia, lo que podría dar lugar a un diálogo jurisdiccional sobre el balance de los derechos fundamentales de fuente internacional, reconocidos en el Pacto de San José y aquellos de fuente nacional consagrados en la Constitución, tal como sucede en otras latitudes. Este tipo de relación normativa entre normas internacionales y normas constitucionales sobre derechos fundamentales pone de manifiesto una cierta capacidad de interacción entre ambas, que ha llegado a derivar resultados interesantes en el plano de la eficacia de aquellas en el orden jurídico nacional”. Juan N. Silva Meza y Fernando Silva García, *Derechos fundamentales*, Editorial Porrúa, México, 2013, p. 391.

manos. Directrices para establecer y concretar las obligaciones que debe cumplir el Poder Judicial de la Federación tratándose de restricciones constitucionales.

Como se aprecia, la SCJN vuelve al discurso de la prevalencia de las restricciones constitucionales, pero ahora en relación con la jurisprudencia de la Corte IDH, aun cuando se trate de un fallo en que el Estado mexicano sea parte. Lo anterior significa que el juez nacional, ante estas limitaciones constitucionales que la SCJN le impone a través de sus criterios sobreinterpretativos, se encuentra impedido para acudir a la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales para buscar el criterio más favorable para la persona.

Desde nuestra perspectiva, el Pleno de la SCJN no se apartó del criterio tradicional de jerarquía normativa que supuestamente resultaba insuficiente en el nuevo paradigma constitucional, sino que lo confirma cuando sostiene que una restricción constitucional prevalecerá siempre sobre un derecho convencional, sin posibilidad de ponderación por parte del juzgador.¹⁵⁸ Ahora bien, desde nuestro punto

158 José Ramón Cossío et al. *“La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos. Estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011”*, México, Editorial Porrúa, 2015, pp. 37-38. Sostiene el mismo José Ramón Cossío que “con la reforma de 2011, el Constituyente, como órgano democráticamente legítimo, generó una solución novedosa que puede no gustar a muchas personas. No obstante, al asumir el cargo de ministro de la Suprema Corte protesté guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen. Es por ello que independientemente de la posición que se tenga con respecto a la idea derechos humanos, en la Constitución se les ha otorgado un estatus específico que debe ser cabalmente garantizado. Lo dispuesto en ella nos conduce a maximizar la interpretación conjunta de los derechos humanos de fuente constitucional y convencional en aras de otorgarle la mayor protección posible a las personas. Desde el momento en que se dice que ello será así, salvo cuando exista una restricción constitucional expresa, se está desconociendo lo dispuesto por el propio texto constitucional en razón del desplazamiento que se hace de los derechos de fuente convencional frente a lo dispuesto, no como derecho, sino como restricción, por la Constitución nacional”. Véase José Ramón Cossío, *Bosquejos constitucionales II*, México, Editorial Porrúa, 2015.p.47. Para Jorge Rivero Evia “. . . es evidente que la SCJN ha asumido un papel, por decir, nacionalista, al referir al imperio de cualquier restricción contenida en el texto fundamental, sin importar de qué límite se trate, presuponiendo que por encontrarse en el documento fundacional del Estado mexicano, se actualiza una especie de súperlegalidad. (...) Aunque no se quiera reconocer y se indique la existencia de un bloque de regularidad constitucional, lo resuelto no hace más que

de vista, las implicaciones en el diálogo jurisprudencial de lo resuelto en los puntos antes señalados expresan una relevancia negativa pues aunque pretenda adecuarse al nuevo contexto constitucional en materia de derechos humanos, lo que en realidad se hace es desobedecer un mandato constitucional.

Desde la perspectiva de la hermenéutica filosófica se puede sostener que en este caso estamos ante una sobreinterpretación, es decir, que la opinión que el tribunal supremo hace valer en una tesis jurisprudencial que emite trasgrede (o se aparta del fin u objetivo) de lo proyectado por el legislador en la comprensión que logró alcanzar en el contenido de la ley (o enunciados normativos) que dictó.¹⁵⁹ Es verdad que la teoría más consistente de la interpretación sostiene que la interpretación no es algo que se logre por medio de un proceso deductivo o de subsunción, sino que interpretar es concretar y completar lo que ordena una ley o enunciado normativo. Pero no es jurídico ni racional que la interpretación que se haga de la ley se aparte del designio proyectado por el legislador, en este caso por el Poder Reformador de la Constitución, porque en este supuesto no estaríamos propiamente ante una interpretación sino más bien una sobreinterpretación.

Para entender lo anterior sirve debe acudirse a la tesis sostenida por Martin Heidegger, para quien, desde la perspectiva de la ontologización de la hermenéutica, “la interpretación no es tomar conocimiento de lo comprendido, sino el desarrollo de las posibilidades

jerarquizar niveles de normatividad, atribuyéndole un sobrepeso a las restricciones aludidas en el párrafo primero del artículo 1 constitucional por encima del criterio hermenéutico (pro persona) también situado en el propio artículo (párrafo segundo). Jorge Rivero Evia, “Las restricciones constitucionales a los derechos humanos de fuente convencional. Refutabilidad y alternativa ante la jurisdicción supranacional. Mínimas reflexiones a partir de la resolución de la contradicción de tesis 293/2011”, *Revista In Jure Anáhuac Mayab*, 2016, año 5, núm. 9, pp. 46-47. (Documento web) <http://anahuacmayab.mx/injure>

159 Efrén Vázquez Esquivel y Jaime Fernando Cienfuegos Sordo, “El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: Perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la jurisdicción interna” en *Revista da Faculdade de Direito-UFPR*, p. 34.

proyectadas en el comprender”.¹⁶⁰ Y es el caso que, en el tema que nos ocupa, la jurisprudencia de la SCJN se aparta de las posibilidades proyectadas por el legislador en el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, principalmente en el segundo y tercer párrafo.¹⁶¹ Igualmente, la teoría constitucional sustentada por la SCJN, deja de reconocer que el contenido del *ius commune interamericano* supone límites a la capacidad normativa de los Estados, es decir, se trata de normas vinculantes que, en virtud de las herramientas consistentes en el control de convencionalidad, el principio *pro persona* y la interpretación conforme cuentan con “una garantía jurisdiccional en virtud de la cual se deben descartar todas aquellas normas que las contravengan”.¹⁶²

Por nuestra parte, con relación a la supremacía de las restricciones constitucionales expresas (respecto a los derechos humanos de fuente internacional), sostenemos que se configura la imposibilidad del diálogo desde el momento en que la SCJN establece una prohibición procesal consistente en solicitar la preferencia de los citados derechos y su desarrollo a través de la jurisprudencia interamericana, tal como se desprende de la jurisprudencia 2a./J. 119/2014 (10a).¹⁶³

160 Heidegger, Martin, *Ser y tiempo*, México, Fondo de la Cultura Económica, 2010, p. 166

161 Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

162 Paola Andrea Acosta Alvarado, “El pluralismo constitucional como respuesta a los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica. Comentarios a la propuesta de René Uruña”, *Revista Derecho del Estado*, No, 13, 2013, p. 356.

163 Tesis 2°/J. 119/2014 (10°.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 12, tomo I, noviembre de 2014, p. 768.

Como se puede apreciar a lo largo de esta exposición, y sobre lo que desde el principio marcamos con énfasis: la teoría constitucional de la SCJN en cuanto a jerarquía normativa deja de lado el contenido del artículo 1º constitucional tal y como fue entendido por el propio Poder Reformador de la Constitución, toda vez que aun cuando se sostiene que los derechos humanos de fuente constitucional y de fuente internacional no se relacionan en términos jerárquicos, se introduce sin ninguna buena razón, en términos de Habermas, una superioridad de las normas constitucionales que establecen restricciones, lo que a su vez obstaculiza el diálogo jurisprudencial al impedir a los jueces, en cada caso concreto, ponderar la norma a aplicar y al interpretación que de la misma haya hecho el propio Poder Judicial de la Federación o la CoIDH. En este sentido, lo que debió privilegiar la SCJN es la primacía normativa de los derechos humanos independientemente de su fuente, lo que tendría un efecto de diálogo ente la jurisdicción interamericana y los jueces nacionales. Se trata, sostiene Pedro Salazar, “de un control “dinámico y complementario” recíproco entre las autoridades internas y las internacionales.”¹⁶⁴

Resulta igualmente grave la cancelación de posibilidades de diálogo racional entre órganos jurisdiccionales inferiores y un supremo tribunal, porque, de acuerdo con las directrices de la hermenéutica filosófica que aquí estamos siguiendo, principalmente en la versión de Gadamer, las verdades del ámbito de la interpretación, que son precisamente las verdades del derecho, surgen del diálogo. En el contexto de un pluralismo constitucional, las relaciones fundadas en el diálogo requieren una teoría constitucional¹⁶⁵ que reconozca, en plenitud, que

164 Pedro Salazar Ugarte, (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, UNAM, IJ, México, 2011, p. 73

165 Sostiene Zagrebelsky que la interpretación de las constituciones pluralistas no puede ser como la interpretación de la ley, ya que lo esencial de dichas constituciones es que se insertan principios universales, uno junto al otro, pero faltan la regulación de la compatibilidad, la solución de las colisiones y la fijación de los puntos de equilibrio. Gustavo Zagrebelsky, *Historia y Constitución*, Madrid, Trotta, 2011, p. 86.

la CPEUM y la CADH “no se basan en relaciones de jerarquía, de supremacía materia y formal, sino que son un conjunto de fuentes cuya validez no deriva cada una de la otra, pero que se relacionan entre sí de manera interdependiente, y ordenada”, necesarias para una integración latinoamericana que nos llama a flexibilizar las categorías tradicionales y a comprenderlas de manera diversa y dinámica¹⁶⁶ y es que la idea de dejar de lado planteamientos estrictamente jerárquicos es fundamental en la noción de diálogo.¹⁶⁷

166 Javier García Roca, “El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo” en Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Alfonso Herrera García (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, op. cit., pp.226-227.

167 Rodrigo Brito Melgarejo, *Diálogo jurisprudencial y protección de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2016, p. 16.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis, *On Legal Reasoning*, Turku, Annales Universitatis Turkuensis, 1977.
- ____ “Sobre la ambigüedad semántica de la interpretación jurídica”, *Derecho, racionalidad y comunicación social*, México, Fontamara, 2000.
- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, “El pluralismo constitucional como respuesta los desafíos de la protección multinivel en Latinoamérica. Comentarios a la propuesta de René Uruña”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 13, Colombia, 2013.
- AGUILERA PORTALES, Rafael, *Teoría política y jurídica. Problemas actuales*, México, Editorial Porrúa, 2010.
- AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, Barcelona, Editorial Ariel, 2012.
- ALEINIKOFF, Alexander, *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, Lima, Palestra, 2010.
- ALEXY, Robert, “Acerca de la relación entre derecho, moral y punibilidad”, en VIGO, Rodolfo, (coord.), *La injusticia extrema no es derecho. (De Radbruch a Alexy)*, México, Fontamara, 2004.
- ____ *El concepto y la naturaleza del derecho*, trad. y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Marcial Pons, 2008.
- ____ *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.
- ____ *Derecho y razón práctica*, 2ª edición, México, Fontamara, 1998.
- ____ *La institucionalización de la justicia*, edición y presentación José Antonio Seoane, trad. José Antonio Seoane, Eduardo Roberto Soderó y Pablo Rodríguez, Granada, Comares, 2005.
- ____ “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, Universidad de Alicante, 1988. Documento web: <<https://doxa.ua.es/article/view/1988-n5-sistema-juridico-principios-juridicos-y-razon-practica>>

- _____ “Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección”, en SIEC-KMANN, Jan-R (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- _____ *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra Editores, 2010.
- _____ *Teoría del discurso y derechos humanos*, trad. e introducción de Luis Villar Borja, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1995.
- _____ *The Argument from Injustice (A Reply to Legal Positivism)*, trad. Boonie Litschewski Paulson y Stanley L. Paulson, Nueva York, Oxford University Press, 2002.
- _____ *Tres escritos sobre derechos fundamentales y la teoría de los principios*, presentación y trad. Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- _____ “Una defensa de la fórmula Radbruch”, *Anuario da Facultades de Dereito da Universidad de da Coruña*, núm. 5, España, 2001.
- ANDERSON, M. S., *La Europa del siglo XVIII*, México, Fondo de Cultura Económica, 1968.
- ANSUATEGUI ROIG, Francisco Javier, *Orígenes doctrinales de la libertad de expresión*, prólogo Gregorio Peces-Barba Martínez, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1994.
- ARAGÓN, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, 3ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013.
- ARISTÓTELES, *Tratados de Lógica (El Órganon)*, Madrid, Gredos, 1989.
- ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho constitucional*, 3ª edición, México, Oxford University Press Mexico, 2008
- ATIENZA, Manuel, “Constitutionalismo, globalización y Derecho”, en CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, España, Editorial Trotta, 2010.
- _____ “El derecho como argumentación”, en *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*, México, Fontamara, 2004.
- _____ “Juridificar la bioética una propuesta metodológica”, en *Bioética, Derecho y argumentación*, Lima, Palestra, 2004.

- _____ “Los límites de la interpretación constitucional (De nuevo sobre los casos trágicos)”, *Isonomía*, núm. 6, México, abril de 1997.
- _____ *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- _____ *Un debate sobre la ponderación*, Lima, Palestra, 2012.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel, 1996.
- AYALA CORAO, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.
- _____ “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, tomo II, 5ª edición, México, Editorial Porrúa, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, A.C., 2006.
- BACHOF, Otto, *Jueces y constitución*, Madrid, Civitas, 1985.
- BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, “Las funciones y los poderes del juez en una sociedad democrática”, en *El juez y la cultura jurídica contemporánea, Tomo III. La función y los poderes del juez en una sociedad democrática*, Madrid, Centro de Documentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 2009.
- BARBER CROSBY, Margaret, *The Making of a German Constitution (A Slow Revolution)*, Nueva York, Berg, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del Derecho. El triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- BAZÁN, Víctor, “Control de convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicas y protección de los derechos humanos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 18, México, Editorial Porrúa, julio-diciembre de 2012.
- _____ “Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso,

- (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos. Entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México, Tirant lo Blanch, 2013.
- BECERRA RAMÍREZ, José de Jesús, *El constitucionalismo ante los instrumentos internacionales de Derechos Fundamentales*, México, UBIJUS, Ara Editores, CEDHJ, 2011.
- BENDA, Ernst, “Dignidad humana y derechos de la personalidad” en BENDAS, Ernst *et al.* *Manual de Derecho constitucional*, presentación Konrad Hesse, trad. Antonio López Piña, Madrid, Marcial Pons, Instituto Vasco de Administración Pública, 2006.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2008.
- ____ “¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático? Una discusión sobre la teoría de los derechos fundamentales como principios en el contexto de España”, en SIECKMANN, Jan-R (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- ____ *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- ____ “La racionalidad de la ponderación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 77, Madrid, mayo-agosto, 2006.
- BILBAO UBILLOS, Juan María, *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado. La noción de state act en la jurisprudencia norteamericana*, Madrid, Mac Graw Hill, 1997.
- BINDDREITER, Uta, *Why Grundnorm? A Treatise on the implications of Kelsen’s Doctrine*, Londres, Kluwer Law International, 2002.
- BIX, Brian, “Can Theories of Meaning and Reference Solve the Problem of Legal Determinacy?” *Ratio Juris*, vol. 16, núm. 3, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 2003, pp. 281-295.
- ____ *Jurisprudence. Theory and Context*, Carolina, EE. UU., Carolina Academic Press, Durham, 2009.
- BLACK, Edwin, *IBM and the Holocaust: The Strategic Alliance Between Nazi Germany and America’s Most Powerful Corporation*, Washington, D.C., Dialog Press, 2001.

- BLECKMANN, Albert, “Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte”, *DVBl*, 1988.
- BLUCHE, Frederic, *El bonapartismo*, México, FCE, 1984.
- BOBBIO, Norberto, *Derecho y lógica*, 2ª edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.
- _____ “Diálogo jurisprudencial y protección de los derechos humanos”, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2016. Documento web: <<http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas-CTDH-Dialogo-Jurisprudencial.pdf>>
- _____ *El positivismo jurídico. Lecciones de filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Morra*, trad. Rafael de Asís y Andrea Greppi, Madrid, Debate, 1998.
- _____ *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1965.
- _____ *Teoría general de la política*, Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- _____ *Teoría general del Derecho*, Madrid, Debate, 1998.
- _____ *El tiempo de los derechos*, trad. Rafael de Asís Roig, Madrid, Editorial Sistema, 1991.
- BÖCKENFORDE, Ernst, *Escritos sobre derechos fundamentales*, trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Alemania, Nomos, 1993.
- _____ “Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y crítica”, en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, prólogo Francisco J. Bastida, trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, Alemania, Verlagsgesellschaft, Nomos, 1993.
- _____ “Origen y cambio del concepto de Estado de Derecho”, en *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, traducción y prólogo Ra. de Agapito Serrano, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- BOROWSKI, Martin, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.
- BRIE, Roberto J. *Polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional. El defensor de la constitución versus ¿quién debe ser el defensor de la constitución?*, Madrid, Editorial Tecnos, 2009.

- BRITO MELGAREJO, Rodrigo, *El diálogo entre tribunales constitucionales*, México, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2011.
- BUCHANAN, Allen, *Human Rights. Legitimacy and the Use of Force*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.
- BULIGYN, E., “An Antinomy in Kelsen’s Pure Theory of Law”, *Ratio Juris*, vol. 3, núm. 1, Oxford, Blackwell Publishing Ltd., 1990, pp. 29-45.
- BUNGUE, M. *et al.*, *Las teorías de la causalidad*, trad. Miguel A. Quintanilla, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1977.
- BURGOA, Ignacio, *Las garantías individuales*, México, Editorial Porrúa, 2004.
- _____ *El juicio de amparo*, México, Editorial Porrúa, 2006.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence, *El diálogo judicial. Máximo desafío de los tiempos jurídicos modernos*, México, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.
- _____ “La formación de un derecho europeo a través del diálogo judicial”, en SAIZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencia. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2012.
- BURKE, Edmund, *Reflections on the Revolution in France*, Nueva York, Prometheus Books, 1987.
- BUSTOS GISBERT, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México, Tirant Lo Blanch, 2013.
- _____ “Diálogos jurisdiccionales en escenarios de pluralismo constitucional: la protección supranacional de los derechos en Europa”; en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ZALDIVAR, Arturo, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del Derecho. Tomo IX: Derechos humanos y tribunales internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, IMDPC, Marcial Pons, 2008.
- _____ *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2012.

- CABALLERO OCHOA, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona. Artículo 1º., segundo párrafo, de la Constitución”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, 2ª edición, México, Editorial Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- _____ *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México y España*, México, Editorial Porrúa, 2009.
- _____ *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, México, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.
- CABRALES LUCIO, José Miguel, *El principio de interpretación conforme en la justicia constitucional. Teoría, práctica y propuesta en perspectiva comparada*, México, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2015.
- CANCADO TRINIDADE, Antonio Augusto, “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos (1948-2001)”, en GÓMEZ ISA, Felipe y PUREZA, José Manuel, *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003.
- CANOSA USERA, Raúl, *El control de convencionalidad*, Navarra, Editorial Citivas, Thomson Reuters, 2015.
- CAPPELLETTI, Mauro, “La justicia constitucional”, en *Obras*, México, Editorial Porrúa, 2007.
- CARBONELL, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del Derecho en México*, 6ª edición, México, Editorial Porrúa, 2008.
- _____ “Los derechos en la era de la globalización”, en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, 2ª edición, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2003.
- _____ *Los derechos fundamentales en México*, 5ª edición, México, Editorial Porrúa, 2012.
- _____ “El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis”, en CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (eds.), *El canon neoconstitucional*, Editorial Trotta, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, Madrid, 2010.

- _____ “Las obligaciones del Estado en el artículo 1° de la Constitución Mexicana”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, 2ª edición, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2012.
- _____ (comp.) *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2008.
- _____ y SALAZAR, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2012.
- CARMONA Tinoco, Jorge Ulises, “Art. 133”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada, tomo V*, 20ª edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Editorial Porrúa, 2009.
- _____ “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2012.
- CARPIZO, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, 14ª edición, México, Editorial Porrúa, 2004.
- _____ *La Constitución Mexicana de 1917. Longevidad casi centenaria*, 16ª edición aumentada y actualizada, México, Editorial Porrúa, 2013.
- _____ “¿Es acertada la probable transferencia de la función de investigación de la Suprema Corte a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos?”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, 2ª edición, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2012.
- _____ *Estudios constitucionales*, 8ª edición, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2003.
- _____ *El presidencialismo mexicano*, 2ª edición, México, Siglo Veintiuno Ed., 2002.
- _____ *Temas constitucionales*, 2ª edición, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2003.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond, *La ley, expresión de la voluntad general. Estudio sobre el concepto de ley en la Constitución de 1875*, trad. Ignacio Massot Puey, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- CASTILLA, Karlos, *25 años de jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: De las excepciones preliminares de 1987 a los derechos interpretados en 2012*, México, UBIJUS Editorial, 2013.

- _____ “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XI, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- _____ “El principio pro persona en la administración de justicia”, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 20, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, enero-junio de 2009.
- COSSÍO, José Ramón, *Bosquejos constitucionales*, México, Editorial Porrúa, 2004
- _____ “Constitucionalismo y globalización”, en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, 2ª edición, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2003.
- _____ “Primeras implicaciones del caso Radilla”, *Revista Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 26, México, ene-jun, 2012.
- _____ *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- _____ *La teoría constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, México, Ed. Fontamara, 2008.
- _____ “La teoría constitucional en México”, en CARBONELL, Miguel, *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 4ª edición, México, Editorial Porrúa, 2008.
- _____ et al., *El caso Radilla. Estudio y documentos*, México, Editorial Porrúa, 2012.
- _____ et al., *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos. Estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011*, México, Editorial Porrúa, 2015.
- _____ y LARA CHAGOYÁN, Roberto “¿Derechos humanos o jurisprudencia infalible?”, *Revista Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 32, México, enero-junio de 2015.
- COURTIS, Christian, “Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del derecho”, en COURTIS, Christian (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2006.
- _____ “El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática”, en COURTIS, Christian (ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Madrid, Editorial Trotta, 2006.
- CRUZ Villalón, Pedro, *La constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Madrid, Editorial Trotta, 2004.

- DEVIS, H. *Teoría general del proceso. Aplicable a toda clase de procesos*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1997.
- DE CABO Martín, Carlos, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- DE LUCAS, Javier, “Para una discusión de la nota de universalidad de los derechos. (A propósito de la crítica del relativismo ético y cultural)”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 3, Madrid, 1994, Documento web: <<https://core.ac.uk/download/pdf/29398581.pdf>>
- DE OTTO Y PARDO, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Editorial Ariel, 1987.
- _____ “La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional”, en *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981.
- DE SILVA NAVA, Carlos, *La jurisprudencia. Creación jurisdiccional del Derecho*, México, Editorial Themis, 2010.
- _____ “La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho”, en VÁZQUEZ, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 1998.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *De la mano de Alicia: lo social y lo político en la posmodernidad*, Bogotá, Uniandes, Siglo del Hombre Editores, 1998.
- _____ “Universalismo, contextualización cultural y cosmopolitismo”, en SILVEIRA GORSKI, Héctor C. (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis, *La democracia en América*, trad. Dolores Sánchez de Aleu, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- DE VERGOTTINI, Giuseppe, “El diálogo entre tribunales”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México, Tirant Lo Blanch, 2013.
- _____ *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, trad. Pedro J. Tenorio Sánchez, Madrid, Cuadernos Civitas, 2010.
- DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos, *La cláusula de supremacía constitucional. El artículo 133 constitucional a la luz de su origen, evolución jurisprudencial y realidad*

- actual*, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2011.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. “El derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 54, año 18, 1998.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 1984.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El juez nacional como juez comunitario europeo. Sus consecuencias constitucionales”, *Revista Peruana de Derecho Público, Administrativo y Constitucional*, año 5, núm. 9, julio-diciembre de 2004.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 7ª edición, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Grepp, Madrid, Editorial Trotta, 2010.
- _____. “Más allá de la soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global”, en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.) *Estado constitucional y globalización*, 2ª edición, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2003.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte en la Convención Americana (*res interpretata*). (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay)”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México, Tirant Lo Blanch, 2013.
- _____. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ª edición, Madrid, Ed. Trotta, 2009.
- _____. *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, 2ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- _____. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR UGARTE, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- _____. *Principia iuris. Teoría del derecho y la democracia, vols. I y II*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Editorial Trotta, 2011.
- FIORAVANTI, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, 6ª edición, trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Ed. Trotta, 2009.

- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 7ª edición, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2010.
- _____*Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, 3ª edición, México, Editorial Porrúa, UNAM.
- FIX-FIERRO, Héctor, “Hacia el centenario de la Constitución mexicana de 1917: Una reflexión a propósito de reformas, textos, modelos y culturas constitucionales”, en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, FIX-FIERRO, Héctor y VALADÉS, Diego, *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional, tomo IV, volumen 1*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, (coord.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, “La idea medieval del derecho”, en *Obras completas. Volumen II*, 2a edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, vol. V, núm. 26, 2011.
- _____*“El control judicial interno de convencionalidad”*, en SAIZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.) *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2012.
- GARCÍA ROCA, Javier, “El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo” en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México, Tirant Lo Blanch, 2013.
- _____*El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Navarra, Thomson, Civitas, 2010.
- GARCÍA ROCA, Javier, “La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo” en GARCÍA ROCA, Javier (ed.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.

- _____. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2015.
- _____ y DEL TORO HUERTA, Mauricio Iván, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3ª edición, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2015.
- _____ y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 3ª edición, México, Editorial Porrúa, 2013.
- GARLICKI, Lech, “Conferencia introductoria: Universalism v. Regionalism? The role of the supranational dialog”, en GARCÍA ROCA, Javier (ed.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.
- GIRARDI FACHIN, Melina *et al.* “The Inter-American and European Context of Human Rights Protection; A Brief Comparative Analysis of Regional Courts’ Decisions” en *Revista da Faculdade de Direito, UFPR*, Curitiba, vol. 61, núm. 3, septiembre-diciembre, 2016.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim, *Teoría de la constitución*, trad. Carlos Lema Añón, Madrid, Editorial Dykinson, 2004.
- GOMEZ LARA, Cipriano, *Teoría general de proceso*, 10ª edición, México, Oxford University Press, 2004.
- GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David, *La lucha por el amparo fiscal. Evolución del artículo 31, fracción IV, constitucional, en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (principios de proporcionalidad y equidad tributarios)*, 2ª edición, México, Editorial Porrúa, 2010.
- GONZÁLEZ MORALES, Felipe, *Sistema Interamericano de derechos humanos. Transformaciones y desafíos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013.
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *Derecho procesal constitucional: El debido proceso*, Argentina, Rubinzal Culzoni, 2004.
- GROPPI, Tania “Bottom-up globalization? El uso de precedentes extranjeros por parte de las Cortes Constitucionales”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 16, México, Editorial Porrúa, julio-diciembre de 2011.
- GUASTINI, Riccardo, “La constitucionalización del ordenamiento jurídico: El caso italiano”, en CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Editorial Trotta, 2009.

- _____ “En torno a las normas sobre producción jurídicas”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 89, Nueva Serie Año XXX, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, mayo-agosto de 1997.
- _____ *Estudios de teoría constitucional*, 4ª edición, trad. Miguel Carbonell, México, Fontamara, 2013.
- _____ *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5ª edición, México, Editorial Porrúa, 2003.
- GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, “Lo confuso del control difuso de la Constitución”, en CASTRO Y CASTRO, Juventino V. (coord.), *Estudios en honor de Humberto Román Palacios*, México, Editorial Porrúa, 2005.
- GROSSI, Paolo, *El orden jurídico medieval*, trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Madrid, Marcial Pons, 1996.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, 5ª edición, Madrid, Ed. Trotta, 2005.
- HÄBERLE, Peter, “La jurisdicción constitucional en la fase actual del desarrollo del Estado Constitucional”, en HESSE, Konrad y HÄBERLE, Peter, *Estudios sobre la jurisdicción constitucional. Con especial referencia al Tribunal Constitucional Alemán*, trad. Joaquín Brage Camazano, México, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2011.
- _____ *Pluralismo y constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. Emilio Mikunda-Franco, Madrid, Editorial Tecnos, 2002.
- HAMILTON, Alexander *et al.*, *El federalista*, 2ª edición, trad. Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- HEIDEGGER, Martin, *El ser y el tiempo*, 2ª edición, México, Fondo de Cultura Económica, 2010.
- HELD, David, “¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política”, en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.) *Estado constitucional y globalización*, 2ª edición, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2003.
- HERRERA GARCÍA, Alfonso, “Jurisprudencia constitucional de la Suprema Corte de Justicia de México en 2014”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 23, México, Editorial Porrúa, enero-junio de 2015.
- HERRERA PÉREZ, Jairo Enrique, “Pasado, presente y futuro de la jurisdicción interamericana de derechos humanos”, en FERRER MAC-GREGOR,

- Eduardo y ESCALANTE LÓPEZ, Sonia, *Derechos procesal de los derechos humanos*, México, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2012.
- HITTERS, Juan Carlos, “Control de convencionalidad. Adelantos y retrocesos”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 22, México, Editorial Porrúa, julio-diciembre de 2014.
- _____ “La Corte Interamericana de Derechos Humanos (20 años de vigencia)”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional, tomo II*, 5ª edición. México, Editorial Porrúa, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, AC, 2006.
- _____ “Los efectos en el derecho interno de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en CORZO SOSA, Edgar, *et al.* (coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant Lo Blanch, 2013.
- _____ “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, México, Editorial Porrúa, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, julio-diciembre de 2008.
- HELD, David, “¿Hay que regular la globalización? La reinención de la política”, en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (Comp.) *Estado constitucional y globalización*, 2ª edición, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2003.
- JACOBS, Francis G. “Judicial Dialogue and the Cross-Fertilization of Legal Systems: The European Court of Justice”, *Texas International Law Journal*, núm. 38, 2003.
- JELLINEK, Georg, *Reforma y mutación de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- KÄGI, Werner, *La constitución como ordenamiento jurídico fundamental del Estado. Investigaciones sobre las tendencias desarrolladas en el moderno Derecho constitucional*, trad. Sergio Díaz Ricci y Juan José Reyven, Madrid, Editorial Dykinson, 2005.
- KELSEN, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10,

- trad. Rolando Tamayo y Salmorán, México, Editorial Porrúa, julio-diciembre de 2008.
- _____. *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, 2ª edición, 3a reimpresión, México, UNAM, 1983.
- _____. *Teoría general del Estado*, trad. Luis L. Lacambra, México, Ediciones Coyoacán, 2004.
- _____. *Teoría pura del Derecho*, 16ª edición., trad. Roberto J. Vernego, México, Editorial Porrúa, 2009.
- KERN, Lucian y MÜLLER, Hans Peter, *La justicia: ¿Discurso o mercado? Los nuevos enfoques de la teoría contractualista*, trad. Jorge M. Seña, Barcelona, Editorial Gedisa, 1992.
- KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*, 3ª edición, trad. Carlos Solís, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco Javier, “Sobre el concepto de derechos humanos”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 04, Universidad de Alicante, 1987, Documento web: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10897/1/Doxa4_01.pdf>
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio, “Breve referencia sobre el reporte de jurisprudencia en el Poder Judicial de la Federación”, en NÚÑEZ TORRES, Michael G. (coord.), *El debido proceso en el derecho constitucional procesal mexicano. A la luz de la jurisprudencia y precedentes nacionales e internacionales*, México, Bosch, 2013.
- _____. *Interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, 2ª edición, México, Editorial Porrúa, 2016.
- MACCORMICK, Neil, *Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford, Oxford University Press, 1999.
- MARTÍN DE LA VEGA, Augusto, “En torno a la teoría de la Constitución y los nuevos contextos del constitucionalismo”, *Estudios de Deusto*, núm. 2, vol. 64, México, julio-diciembre de 2016.
- MAYER, Franz. “The European Constitution and the Courts. Adjudicating European Constitutional Law in Multilevel Systems”, *European Integration: The New German Scholarship*, Heidelberg, Jean Monnet, Working Paper 9/03, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law,

- Documento web: <<http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/03/030901-03.pdf>>
- MEDINA MORA, Alejandra, *et al. Derechos humanos y restricciones. Los dilemas de la justicia*, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2015.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, 18ª edición, México, Editorial Porrúa, 2010.
- MORALES ANTONIAZZI, Mariela, “Protección de las personas privadas de libertad: construcción de un *ius constitutionales commune* en clave de diálogo”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México, Tirant Lo Blanch, 2013.
- NASH, Claudio, *Control de convencionalidad de la dogmática a la implementación*, México, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, México, UBIJUS Editorial, 2014.
- _____ “Los desafíos del control de convencionalidad del Corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales”, en SAIZ ARNAIZ, Alejandro y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.) *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencia. Una visión desde América Latina y Europa*, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2012.
- _____ “La pertinencia del derecho público comparado dentro de la teoría constitucional del institucionalismo jurídico”, en NÚÑEZ TORRES, Michael G. y ENRÍQUEZ FUENTES, Gastón J. (coords.), *Isotimia: Revista Internacional de Teoría Política y Jurídica*, núm. 4, México, Editorial Porrúa, 2011.
- _____ “Sobre el principio del efecto directo y primacía del derecho comunitario. (Comentario a la sentencia del 24 de abril de 1990 del Tribunal Supremo español en Jurisdicción Contencioso-Administrativa)”, *Revista Conocimiento y Cultura Jurídica*, 2ª época, año 1, núm. 1, San Nicolás de los Garza, Facultad de Derecho y Criminología UANL, enero-junio de 2007.

- NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro, “Ciencia jurídica”, en FABRA ZAMORA, José Luis y NÚÑEZ VAQUERO, Álvaro (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- NUÑEZ TORRES, Michael, *La capacidad legislativa del Gobierno desde el concepto de institución. El paradigma Venezuela y España*, México, Editorial Porrúa, 2006.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. “La universalidad de los derechos humanos”. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 15-16, Universidad de Alicante, 1994, Documento web: <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10645/1/doxa15-16_30.pdf>
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio y FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio (dirs.). *Historia de los derechos fundamentales. Tomo I: Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*, Madrid, Editorial Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 1998.
- _____. *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II, vol. I: El contexto social y cultural de los derechos*. (Rasgos generales de evolución), Madrid, Editorial Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 1998.
- _____. *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II, Vol. II: La filosofía de los derechos humanos*, Madrid, Editorial Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 1998.
- _____. *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II, Vol. III: El derecho positivo de los derechos humanos. Derechos humanos y comunidad internacional: los orígenes del sistema*, Madrid, Editorial Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 1998.
- PEGORARO, Lucio, *Diritto Costituzionale Comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, Bononia University Press, 2014.
- _____. *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, México, Editorial Porrúa, 2006.
- _____. “Estudio introductorio. Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México, Tirant Lo Blanch, 2013.

- _____. *La justicia constitucional una perspectiva comparada*, trad. Martha León Alonso, Madrid, Editorial Dykinson, 2004.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*, 10ª edición, Madrid, Tecnos, 2011.
- _____. “Seguridad jurídica”, en GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (eds.), *El derecho y la justicia*, 2ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2000.
- PÉREZ TREMPES, Pablo, “La experiencia española de aplicación de las ‘Cartas’ Europeas de Derechos Humanos por el Tribunal Constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México, Tirant Lo Blanch, 2013.
- PINTO, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en ABREGÚ, Martín y COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.
- PIOVESAN, Flávia, “*Ius Constitutionale Commune* Latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: Rasgos, potencialidades y desafíos”, en VON BOGDANDY, Armin, et al., *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, México, Max Plank Institute for Comparative Public Law and International Law, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.
- POIARES MADURO, Miguel, “Interpreting European Law: Judicial adjudication in a context of constitutional pluralism”, *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, núm. 2, 2007. Documento web: <<http://www.ejls.eu/2/25UK.pdf>>
- PRADO MAILLARD, José Luis, *Hacia un nuevo constitucionalismo*, México, Editorial Porrúa, 2006.
- RABASA, Emilio, *La constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, 10ª edición, México, Editorial Porrúa, 2011.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, “Una relectura del Dr. Bonham Case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la *Judicial Review*”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, Madrid, septiembre-diciembre de 2007.

- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Madrid, Civitas, 1998.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “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 VON BOGDANDY, Armin *et al.* (coords.) *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Planck Institute, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, UNAM, 2011.
- ____ “De la Constitución nacional a la Constitución ‘convencionalizada’”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 24, México, Editorial Porrúa, julio-diciembre de 2015.
- ____ *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución, volumen III*, 3ª edición, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro. *La apertura al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial de la Federación, 1999.
- SALTALAMACCHIA ZICCARDI, Natalia y COVARRUBIAS VELASCO, Ana, “La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos. Antecedentes históricos”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2012.
- SÁNCHEZ CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, Olga María del Carmen, “La tutela multinivel de los derechos fundamentales ante el nuevo paradigma constitucional”, en GARCÍA VILLEGAS SÁNCHEZ CORDERO, Paula M., *El control de convencionalidad y las cortes nacionales. La perspectiva de los jueces mexicanos*, México, Editorial Porrúa, 2013.
- SÁNCHEZ LEGIDO, Ángel, “Las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33. Año 11, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.
- SCHMILL, Ulises, *Las fuentes del derecho*, México, Ediciones Coyoacán, 2012.

- _____. *El sistema de la Constitución Mexicana*, México, Themis, 2014.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. Francisco Ayala, Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- SEPÚLVEDA, Ricardo J. “Análisis sobre los aspectos de la reforma constitucional relacionados con el ámbito internacional (asilo y refugio)”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2012.
- SERNA DE LA GARZA, José María, “El concepto de *ius commune* latinoamericano en derechos humanos: Elementos para una agenda de investigación”, en VON BOGDANDY, Armin, *et al.*, *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, México, Max Plank Institute for Comparative Public Law and International Law, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.
- _____. “¿Hacia un modelo dialógico en las relaciones entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales de América Latina?”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México, Tirant Lo Blanch, 2013.
- SERNA, Pedro (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, 2ª edición aumentada, Granada, Comares, 2005.
- SILVA MEZA, Juan N. y SILVA GARCÍA, Fernando, *Derechos fundamentales*, 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 2013.
- SILVA GARCÍA, Fernando, “Derechos humanos y restricciones constitucionales: ¿Reforma constitucional del futuro vs. Interpretación constitucional del pasado? (Comentario a la C.T. 293/2011 del Pleno de la SCJN)”, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 30, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, enero-junio de 2014.
- _____. “El impacto normativo de las sentencias internacionales sobre derechos humanos: su evolución en el orden jurídico mexicano”, en CORZO SOSA, Edgar, *et al.* (Coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant Lo Blanch, 2013.

- SLAUGHTER, Anne-Marie, “A Typology of Transjudicial Communication”, *University of Richmond Law Review*, vol. 29, 1994. Documento web en: <<https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2120&context=lawreview>>
- TARUFFO, Michele, “Factores institucionales que influyen en los precedentes”, en MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert, *La interpretación del precedente. Un estudio comparativo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2016.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 40ª edición, México, Editorial Porrúa, 2009.
- TORRES PÉREZ, Aida, “En defensa del pluralismo constitucional”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*, México, Tirant Lo Blanch, 2013
- TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, 3ª edición, Nueva York, Foundation Press, 2000.
- TRON PETIT, Jean Claude y ORTIZ REYES, Gabriel, *La nulidad de los actos administrativos*, 3ª edición, México, Editorial Porrúa, 2009.
- _____ “Los derechos humanos en el reino de la imprecisión y confusión conceptual, jurídica y política”, *Revista Las Transformaciones del Derecho, el Estado y la Política en el Nuevo Contexto Global*, México, Centro de Investigaciones Jurídicas y Criminológicas, Facultad de Derecho y Criminología, Oficio Ediciones, 2010.
- VÁZQUEZ, Luis Daniel y SERRANO, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un nuevo paradigma*, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2012.
- VAZQUEZ ESQUIVEL, Efrén, *Derecho y comprensión*, México, Editorial Tirant Lo Blanch, 2016.
- _____ “La interpretación conforme en México. (Dos de sus antecedentes teóricos: Kelsen y Huarte de San Juan. Un estudio crítico desde la perspectiva de la

- hermenéutica filosófica)”, *Revista Conocimiento y Cultura Jurídica*, San Nicolás de los Garza, Facultad de Derecho y Criminología, UANL, 2009.
- VAZQUEZ ESQUIVEL, Efrén y CIENFUEGOS SORDO, Jaime Fernando, “El diálogo judicial como diálogo hermenéutico: Perspectivas de los derechos humanos en el diálogo de las Altas Cortes y la jurisdicción interna” *Revista da Faculdade de Direito, UFPR*, vol. 61, núm. 1, Curitiba, enero-abril, 2016.
- VON BOGDANDY, Armin, “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual en derechos humanos: Elementos para una agenda de investigación” en VON BOGDANDY, Armin, *et al.*, *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*, México, Max Plank Institute for Comparative Public Law and International Law, Editorial Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013.
- WALKER, Neil, “Beyond boundary disputes and basic grids: Mapping the global disorder of normative orders”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, núm. 3-4, julio-octubre de 2008.
- _____ “The Idea of Constitutional Pluralism”, *EUI Working Paper LAW*, núm. 2002/1, Italia, European University Institute. Documento web en: <<http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/179/law02-1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>
- WEBBER, Max, *Economía y sociedad*, 2ª edición en español de la 4ª en alemán, trad. José Medina Echavarría, México, Fondo de la Cultura Económica, 1964.
- XIOL RÍOS, Juan Antonio, “El diálogo entre tribunales”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 90, V época, España, 2011.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *Historia y constitución*, 2ª edición, trad. Miguel Carbonell, Madrid, Editorial Trotta, 2011.
- _____ “El juez constitucional en el siglo XXI”, trad. Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, México, Editorial Porrúa, julio-diciembre de 2008.
- ZAGREBELSKY, Gustavo y MARCENÒ, Valeria, *Giustizia costituzionale*, Boloña, Il Mulino, 2012.

Protección multinivel de los derechos humanos en México a través del diálogo jurisprudencial se terminó de imprimir en marzo de 2022 en los talleres de Grupo Espinosa, Centeno 195, Valle del Sur, C.P. 09819, Iztapalapa, Ciudad de México.

El cuidado editorial estuvo a cargo del
Fondo Editorial de Nuevo León.

OTROS TÍTULOS:

**Sobre la deconstrucción
teórica de la perspectiva
de género**

Ana Lilia Ulloa Cuéllar

**Derecho y política.
Análisis filosófico de tópicos
jurídicos**

Ana Lilia Ulloa Cuéllar

**Gobernanza y gestión pública:
Enfoques transdisciplinarios
desde la ética, el poder y el
derecho**

Rogelio López Sánchez

Xóchitl A. Arango Morales

COORDINADORES

**SARS-COV2. COVID-19.
La pandemia: reflexión
y retos desde la Bioética y
la Tanatología**

Pedro Quezada Bautista

COORDINADOR

Protección multinivel de los derechos humanos
en México a través del diálogo jurisprudencial.
Un enfoque hermenéutico y argumentativo

ofrece al lector un manual comprensible y didáctico, enmarcado en la hermenéutica constitucional y en los rasgos característicos del pluralismo axiológico y cultural de las sociedades modernas, que permite conocer las principales directrices empleadas por la Suprema Corte mexicana para dialogar con otros tribunales constitucionales o internacionales. Este diálogo parte de la idea de la universalidad de los derechos humanos, debido a que los principios de dignidad humana, libre desarrollo de la persona, la vida, la igualdad y la libertad forman parte de un bloque convencional a partir del cual los tribunales constitucionales e internacionales interpretan los derechos humanos.

ISBN 978-607-8485-81-9



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES
JURÍDICAS Y DOCENCIA
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN

FONDO EDITORIAL
DE NUEVO LEÓN