

# La jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México (a la luz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011)

Ramón Ortega García<sup>1</sup>

*SUMARIO: I. Introducción. I. La relación entre el derecho internacional y el derecho interno en la era del pluralismo jurídico global. II. La posición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la Contradicción de Tesis 293/2011. III. Los derechos humanos como bloque axiológico supremo de validez; IV. Referencias bibliográficas.*

## I. Introducción

A principios de los años 90, Héctor Fix Zamudio<sup>2</sup> afirmaba que en varios países de América Latina existía cierta tendencia a reconocer la superioridad de las normas internacionales de tipo convencional sobre las normas del derecho interno de los Estados, no obstante que ese reconocimiento se hacía en la mayoría de las ocasiones de una manera cautelosa y parcial. Algo parecido había sucedido antes en la Europa de la segunda posguerra, si bien la atribución de primacía al derecho

<sup>1</sup> Dirección del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México.

<sup>2</sup> *Vid.* “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año xxv, núm. 75, septiembre-diciembre de 1992, México, pp. 749-784.

internacional por parte de varios países de la región había sido más clara y abierta. Fix-Zamudio comentaba que en nuestro continente esa tendencia se producía con singular ímpetu en materia de protección a los derechos humanos y señalaba a las Constituciones de Perú (1979, reformada en 1993), Chile (1980, reformada en 1989), Guatemala (1985, reformada en 1994) y Colombia (1991) como ejemplos de leyes fundamentales que conferían a los tratados internacionales sobre derechos humanos superioridad jerárquica en el ámbito interno. Dos antecedentes valiosos que en esa época ya demostraban la importancia atribuida a los tratados internacionales sobre derechos humanos eran las Constituciones de Portugal y de España de 1976 y 1978, respectivamente, que ordenaban que los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales debían interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y otros instrumentos de carácter internacional. Todavía hoy el artículo 10.2 de la Constitución española señala que:

Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Vale la pena señalar que: “El uso del art. 10.2 de la Constitución Española es independiente de la posición que los tratados internacionales ocupan en el sistema interno de fuentes del derecho. Lo que ocurre es que, en general, la doctrina constitucionalista española no ha desarrollado el concepto de jerarquía en la valoración de las fuentes del derecho... Por ahora digamos que la ordenación de fuentes es más horizontal (cada materia es regida por una fuente del derecho distinta) que vertical (por jerarquía normativa de las fuentes). Con ello, se presenta un caso curioso: toda la riqueza interpretativa que la jurisprudencia y la doctrina española han extraído de una norma que sólo se refiere a la *interpretación* de normas constitucionales, ha sido posible sin necesidad de asimilar los instrumentos de derechos humanos a la misma jerarquía que la carta magna”. Manili, Pablo Luis, “La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano”, en Capaldo, Griselda, Jan Sieckmann y Laura Clérico (dirs.), *Internacionalización del*

Actualmente es posible hallar en algunas Constituciones latinoamericanas disposiciones que en forma similar a la española prescriben interpretar las normas constitucionales internas relativas a los derechos humanos de conformidad con los tratados internacionales en esta materia. No obstante, también hay casos paradigmáticos, como las Constituciones de Argentina (1994) y de Venezuela (1999), que decididamente van más lejos pues reconocen a los tratados internacionales sobre derechos humanos auténtico rango constitucional. En este sentido, la parte conducente de la Constitución argentina dispone:

Artículo 75.- Corresponde al Congreso: [...] 22. Aprobar o desear los tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*; la *Declaración Universal de Derechos Humanos*; la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*; el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y su *Protocolo Facultativo*; la *Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*; la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*; la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*; la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes*; la *Convención sobre los Derechos del Niño*; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de

---

*derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Eudeba, Fundación Alexander von Humboldt, Buenos Aires, 2012, pp. 473-506, p. 477.

la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.<sup>4</sup> (Las cursivas son propias).

Lo que antecede es importante porque creo que la reforma al artículo 1° de la Constitución mexicana del 10 de junio de 2011 constituye la mejor prueba de que nuestro país está reconociendo finalmente mayor jerarquía y relevancia a los tratados internacionales sobre derechos humanos.<sup>5</sup> Es bien conocido que ese precepto dispone ahora que:

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

<sup>4</sup> Puede decirse que este artículo 75 ha transformado la fisonomía del sistema jurídico argentino, pues más que parecerse a una pirámide con la Constitución en la cúspide, su forma se asimila más a un trapezio con la Constitución y los tratados internacionales en el nivel supremo de la estructura normativa. En este sentido, un reconocido autor señala "...[la reforma de 1994 confirió jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales en materia de derechos humanos] lo que lleva a pensar que la tradicional figura de la pirámide en la que su vértice superior era ocupado en solitario por la Constitución, haya devenido en una especie de trapezio en cuyo plano más elevado comparten espacios en constante interacción la Ley Fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos con idéntica valía". Bazán, Víctor, "Estado constitucional y derechos humanos en Latinoamérica: algunos problemas y desafíos", en López Ulla, Juan Manuel (dir.), *Derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2011, pp. 83-145, p. 87.

<sup>5</sup> Sin perjuicio de diversos criterios de la SCJN que desde el 2007 colocaban a los tratados internacionales en un nivel infraconstitucional, pero por encima de las leyes generales, las leyes federales y las leyes locales. Al respecto, *vid.* Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "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*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011, pp. 39-62, esp., pp. 55 y ss.

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.

Una de las incógnitas que plantea este artículo se refiere a la jerarquía que poseen los tratados internacionales en materia de derechos humanos en el ámbito interno. ¿Se encuentran a la par de la Constitución o en un nivel inferior? Es obvio que la cuestión no puede resolverse considerando aisladamente el artículo 1° constitucional, sino sólo en conexión con el artículo 133 de la propia Carta Magna que establece el sistema de fuentes del derecho en México de la siguiente manera:

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

Considero que la discusión en el foro y en la academia en torno al problema planteado puede resumirse en los términos siguientes: hay quienes sostienen que de la lectura del artículo 1° constitucional se desprende la idea de que los tratados internacionales sobre derechos humanos gozan de la misma jerarquía que la Constitución.<sup>6</sup> La Constitución y los tratados internacionales sobre derechos

<sup>6</sup> Vid. Ramírez García, Hugo Saúl y Sánchez Barroso, José Antonio, “La praxis de los derechos humanos en México a partir de la reforma constitucional de junio de 2011”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 27, julio-diciembre de 2012, pp. 213-249. En opinión de estos autores: “el Decreto de reforma [sobre derechos humanos] eleva los estándares internacionales

humanos se encontrarían en un mismo nivel jerárquico, por así decirlo. Otros afirman, en cambio, que la Constitución sería la única y verdadera norma suprema del ordenamiento jurídico y los tratados internacionales sobre derechos humanos se encontrarían por debajo de ella, según la interpretación literal del artículo 133, cuyo texto no ha sido reformado desde 1934, así como de otras disposiciones constitucionales.<sup>7</sup> Es preciso advertir que el pasado 3 de septiembre de 2013, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), resolvió la Contradicción de Tesis 293/2011 mediante un fallo polémico en el que diez de sus miembros acordaron que los tratados internacionales sobre derechos humanos se ubican a la par de la Constitución, pero que siempre que haya una restricción al ejercicio de un derecho humano en particular establecida por la Constitución –en términos de lo que dispone la última parte del primer párrafo del artículo 1º constitucional– debe estarse a lo previsto por la propia Constitución. Me parece que esta decisión es contradictoria y más adelante expresaré las razones en las que me baso para emitir este juicio.

---

*de esta materia a rango constitucional de manera explícita.* El ya citado artículo 1o. establece que para el caso de los derechos humanos tanto la CPEUM como los tratados internacionales de los que México sea parte, son las fuentes primarias”. (p. 238). (cursivas mías). También *vid.* Bazán, Víctor, *op. cit.*, p. 95.

<sup>7</sup> *Cfr.* Cossío Díaz, José Ramón, “Primeras implicaciones del Caso Radilla”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 26, enero-junio de 2012, pp. 31-63. Este autor se pregunta: “¿las determinaciones del artículo 1o. eliminan la jerarquía entre la Constitución y los tratados internacionales (al menos los de derechos humanos) o, por el contrario, la mantienen?”. Y responde de inmediato: “... desde el momento en que y como no podía ser de otra manera, el fundamento de diversos aspectos de la sentencia [del caso Radilla] es el artículo 133 constitucional, es posible suponer que la SCJN sigue sosteniendo la relación jerárquica entre la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos”. (p. 52). Más adelante, en referencia al propio artículo 133 constitucional, cuando destaca que todos los tratados internacionales que estén de acuerdo con la Constitución serán parte de la Ley Suprema, el autor enfatiza: “Jurídicamente hablando, estar de acuerdo significa que no haya contradicciones entre la norma inferior y la superior en los aspectos orgánicos, procedimentales y/o materiales. De ahí extraigo la idea de que y con independencia de lo que disponga el artículo 1o en su nueva redacción, la relación jerárquica siguió reconociéndose en [la sentencia del caso Radilla]”. (p. 53). (Las cursivas son propias).

Ahora bien, el debate acerca de la posición jerárquica que ocupan los tratados internacionales sobre derechos humanos en el ámbito interno presupone, a mi entender, una problemática más general y compleja. Es la relativa a la forma o formas en que se relacionan entre sí el derecho internacional y el derecho estatal. En esencia, de lo que se trata es de averiguar si en el contexto de la globalización y del pluralismo jurídico global, la relación entre ambos órdenes puede seguir explicándose con ayuda de las concepciones doctrinales de monismo o dualismo, o si requiere en cambio de otro esquema conceptual. Actualmente un sector cada vez más amplio de la doctrina considera que estas teorías surgidas hace cien años han dejado de ser útiles para explicar la relación entre las normas internacionales y las normas del derecho interno debido a que la situación que vivimos ahora es muy diferente. En los últimos cien años han ocurrido cambios fundamentales que hacen que ambas tesis sean prácticamente inoperantes hoy en día.

Como teorías –dice Armin Von Bogdandy–, 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. En tanto que doctrinas, son igualmente insatisfactorias, ya que no contribuyen a la solución de los problemas jurídicos. *Por todo ello, al discutir la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, la mejor opción es prescindir de los conceptos doctrinales y teóricos de monismo y dualismo.* Tal vez puedan ser útiles para indicar una disposición política más o menos abierta hacia el derecho internacional, pero *desde una perspectiva jurídica y académica son unos zombis intelectuales de otro tiempo que deben descansar en paz o “deconstruirse”.* La concepción general de la relación entre las normas

*internacionales y las del derecho interno deberían asentarse en otra base conceptual.*<sup>8</sup> (Las cursivas son propias).

Esta base es la que ofrecerían las distintas doctrinas del pluralismo jurídico.<sup>9</sup> No pretendo realizar aquí un estudio pormenorizado de estas doctrinas pues mi principal interés es el tema relativo al valor jerárquico de los tratados internacionales sobre derechos humanos a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011. Sin embargo, sí creo conveniente hacer alusión a algunas de las teorías pluralistas que buscan dar cuenta de la interacción entre el derecho internacional y el derecho estatal con el único fin de contextualizar adecuadamente el tema central de mi ensayo. Así entendido, la exposición la desarrollaré de la siguiente manera: empezaré hablando de la relación entre el derecho internacional y el derecho estatal en el contexto del pluralismo jurídico de nuestro tiempo (§1); después me referiré a la resolución de la SCJN en la Contradicción de Tesis 293/2011 del 3 de septiembre de 2013 (§2), y finalizaré esbozando una alternativa de solución para el problema planteado (§3).

<sup>8</sup> Von Bogdandy, Armin, “Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales”, trad. de Claudia Escobar García y María Teresa Comellas, en Capaldo, Griselda, Jan Sieckmann y Laura Clérico (dirs.), *op. cit.*, pp. 21-40, p. 25.

<sup>9</sup> En general, el pluralismo jurídico se distingue tanto de las doctrinas monistas como de las constitucionalistas internacionales. Efectivamente, “las concepciones pluralistas de la escena internacional han sido conscientemente defendidas como un medio de corrección al monismo constitucional o a las posiciones soberanistas, que serían así presentadas como posturas ingenuas, engañosas e incluso peligrosamente volcadas en las ideas de unidad, universalismo y consenso. Los enfoques constitucionalistas, por su parte, son caracterizadas por la doctrina pluralista como intentos mal entendidos o incluso peligrosos de extrapolar el modelo del gobierno nacional, sus soluciones políticas y sus estructuras y modelos políticos a la escena internacional”. Gordillo Pérez, Luis Ignacio, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, prólogo de Pablo Pérez Tremps, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, pp. 463-464.



## II. La relación entre el derecho internacional y el derecho interno en la era del pluralismo jurídico global

Es común afirmar que vivimos en la era de la globalización y de la interdependencia marcada por el surgimiento del pluralismo jurídico a escala global.<sup>10</sup> Este fenómeno se caracteriza por la multiplicación de instancias productoras de derecho supranacional que dan origen a normas que se entrecruzan de manera constante. El pluralismo jurídico global es resultado de la crisis del modelo centralista de producción del derecho vinculada al Estado-nación y de la fragmentación y descentralización de los centros de producción jurídica. Esa fragmentación ha derivado en última instancia en lo que algunos autores llaman la feudalización del derecho.<sup>11</sup>

Según lo expuesto por Alfonso de Julios-Campuzano,<sup>12</sup> el panorama que el pluralismo jurídico global nos presenta es el de la interpenetración de normas pertenecientes a distintas esferas de producción jurídica que coinciden parcial o totalmente en sus ámbitos de validez

<sup>10</sup> *Vid.* De Julios-Campuzano, Alfonso, “El paradigma jurídico de la globalización”, en Belloso Martín, Nuria y De Julios-Campuzano, Alfonso (eds.), *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*, Madrid, Dykinson, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2008, pp. 49-75. Se ha dicho que el fenómeno del pluralismo jurídico presupone las dos ideas siguientes: que dos o más órdenes jurídicos pueden coexistir en la misma sociedad o en el mismo territorio, y que los sistemas jurídicos pueden tener otras fuentes que no son el Estado y existir como esferas independientes del derecho. En este sentido, el pluralismo jurídico no es algo nuevo ni problemático. La existencia de órdenes paralelos con vigencia en un mismo territorio es una constante a lo largo de la historia, desde la época del Imperio romano hasta nuestros días. *Vid.* Galligan, D.J., *Law in Modern Society*, Oxford University Press, 2007, cap. 9, pp. 158-172. Entonces, ¿qué es lo que hace que el pluralismo jurídico de nuestra era sea diferente? Lo que lo hace único, por decirlo así, es que es un pluralismo jurídico *global*. *Vid.* Schiff Berman, Paul, *Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge University Press, 2012, pp. 344.

<sup>11</sup> *Cfr.* De Julios-Campuzano, Alfonso, *La transición paradigmática de la teoría jurídica. El derecho frente a la globalización*, Madrid, Dykinson, 2009, p. 23.

<sup>12</sup> *Ibidem*, cap. I, pp. 15-53.

y que se relacionan entre sí mediante esquemas de interlegalidad. En este contexto marcado por el pluralismo jurídico, el derecho del Estado se convierte en una de las diversas expresiones de juridicidad que compiten entre sí para regular una misma materia. A su lado es posible reconocer otros derechos más o menos informales: i.e. el derecho global, el derecho internacional, el derecho transnacional, el derecho regional, etc. La consecuencia de esta pluralidad es que el fenómeno jurídico deja de ser visto como un sistema único y singular y empieza a concebirse más como un complejo de sistemas superpuestos que coinciden en un determinado territorio. De acuerdo con el autor citado, la interdependencia que supone la globalización ha puesto fin a los ordenamientos estatales autárquicos y conclusos. El derecho de nuestro tiempo –dice– es emergente e informal. Es un derecho desterritorializado, sin confines, con dimensiones cada vez más inabarcables que termina por desbordar al Estado. Se trata de un derecho que no tiene un origen único y que puede adoptar múltiples formas: es poroso, flexible, dúctil, cambiante y adaptable.

En el marco del pluralismo jurídico típico de la globalización (la globalización jurídica) existen varias propuestas que buscan explicar las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. Todos estos planteamientos se caracterizan por rechazar tanto el monismo como el dualismo tradicionales. Uno en particular sostiene que entre ambos órdenes se da una especie de acoplamiento realizado por las instituciones administrativas y judiciales mediante el uso de dos instrumentos: la doctrina de la interpretación conforme y la doctrina del efecto directo de las normas internacionales.

La mediación o “acoplamiento” –señala Von Bogdandy– pueden llevarlo a cabo tanto las instituciones políticas como las instituciones administrativas y judiciales. En este último caso, el efecto interno de las normas internacionales suele derivarse de la doctrina del efecto directo y de la doctrina de la interpretación conforme. De ahí que parezca lógico que *la deconstrucción de la*

*pirámide a través del concepto de “acoplamiento” debe conducir a la exploración y a la construcción más elaborada de estas dos doctrinas.* No en vano, si el acoplamiento entre las normas del derecho internacional y las normas del derecho interno que pueden efectuar las instituciones administrativas y judiciales se sustenta en gran medida en estas dos doctrinas, de ellas depende la intensidad de tal acoplamiento.<sup>13</sup> (Las cursivas son propias).

Tanto el alcance del efecto directo como el de la interpretación conforme han de estar determinados por el derecho constitucional interno. Éste es su fundamento y determina sus límites. Digamos que el efecto directo de las normas internacionales estará cuanto más legitimado si goza del respaldo de la Constitución. Ello es evidente si se repara en que el efecto directo puede incidir sobre diversas cuestiones constitucionales de importancia fundamental como la vida democrática del país, la separación de poderes y la protección de los derechos humanos. A su vez, la interpretación del derecho interno conforme a las normas del derecho internacional deberá estar basada en el contexto interpretativo general de la Constitución.

Ambas doctrinas –dice el autor citado– deben sustentarse en un equilibrio entre diversos principios constitucionales como son la cooperación internacional, por una parte, y el gobierno democrático, la subsidiariedad y la protección de los derechos fundamentales, por la otra. *Teniendo en cuenta que su fundamento se encuentra en el derecho constitucional interno, es probable que las doctrinas asuman diferentes matices de significado en los distintos ordenamientos constitucionales, desde el momento en que se basan en historias constitucionales muy distintas.*<sup>14</sup> (Cursivas mías).

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 27.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 30

Siendo así, el acoplamiento entre el derecho internacional y el derecho interno no implicaría romper de lleno con la idea de la pirámide jurídica y con la racionalidad sistemática del derecho que le es inherente. Pero sí supondría replantear las relaciones entre ambos sistemas en el marco del pluralismo jurídico y de la existencia de múltiples niveles de juridicidad que se superponen y a menudo chocan entre sí.

Otra propuesta doctrinal apunta a la idea de transconstitucionalismo en las relaciones entre el derecho internacional y el derecho estatal en el contexto de un sistema jurídico mundial de niveles múltiples caracterizado por jerarquías entrelazadas. El transconstitucionalismo surge cuando un problema jurídico-constitucional involucra a más de dos órdenes normativos del mismo tipo o de especies diversas. La relación entre los distintos ordenamientos del sistema jurídico mundial no es de supra y subordinación recíproca. Más bien prevalecen entre ellos las relaciones heterárquicas y las jerarquías entrelazadas.

El fenómeno del transconstitucionalismo cobra singular importancia en conexión con el tema de los derechos humanos. Ésta es una cuestión que corta transversalmente todos los órdenes del sistema jurídico mundial de niveles múltiples. Se habla entonces de un transconstitucionalismo pluridimensional de los derechos humanos. Frente a un problema transconstitucional en el que están involucrados este tipo de derechos, resulta imprescindible una articulación concomitante de los diversos órdenes para encontrar la solución idónea. Como ha dicho Marcelo Neves:

*El camino más adecuado en materia de derechos humanos parece ser el “modelo de articulación” (“engagement model”), o mejor, de entrelazamiento transversal entre órdenes jurídicos, de tal manera que todos se presenten capaces de reconstruirse permanentemente mediante el aprendizaje con las experiencias de órdenes jurídicos interesados concomitantemente en la solución de los*

mismos problemas jurídicos constitucionales de derechos fundamentales o derechos humanos.<sup>15</sup> (Las cursivas son propias).

Según la teoría que se examina, la comunicación entre órdenes jurídicos diversos en materia de derechos humanos asumiría la forma de un entrelazamiento pluridimensional propiciado por las decisiones de algunos tribunales que los cortarían transversalmente. La existencia de problemas constitucionales que involucran a órdenes diversos (problemas en los que están en juego derechos humanos) sería lo que al final generaría su entrelazamiento para la búsqueda constante de soluciones. Si esto es así, el derecho internacional de derechos humanos y el derecho interno –a la luz del transconstitucionalismo– actuarían entrelazadamente en pos de un diálogo continuo que propiciara el aprendizaje mutuo e hiciera posible la alteridad.

el transconstitucionalismo implica –en resumidas cuentas– el reconocimiento de que los diversos órdenes jurídicos entrelazados en la solución de un problema-caso constitucional –a saber, de derechos fundamentales o humanos y de organización legítima del poder– que sea concomitantemente relevante, *deben buscar formas transversales de articulación para la solución del problema*, cada uno de ellos observando al otro, para comprender sus propios límites y posibilidades de contribuir para solucionarlo.<sup>16</sup> (Las cursivas son propias).

Un planteamiento más específico que los anteriores pues se refiere a la relación existente entre el derecho internacional y el derecho constitucional interno es el que se basa en las ideas de complementariedad y

<sup>15</sup> Neves, Marcelo, “Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia latinoamericana”, en Capaldo, Griselda, Jan Sieckmann y Laura Clérico (dirs.), *op. cit.*, pp. 41-75, p. 58.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 67.

retroalimentación.<sup>17</sup> De acuerdo con este esquema, las normas internacionales de derechos humanos pasan a integrar, precisar y enriquecer el contenido de los derechos constitucionales.

Esta perspectiva, considera que las normas del ordenamiento interno y del internacional tienen un sentido y alcance que debe articularse en un sistema en donde ninguno anule al otro ni estén en pugna, *sino que deben aplicarse de tal modo que se alcance una congruencia armonizante...* Al concebir la relación entre derecho interno y sistema internacional como una forma de complementar contenidos y protección, el sistema internacional no sólo cumple el rol de suplir los vacíos que deja la inactividad en el ámbito interno de un Estado, sino que también se erige como una fuente directa a aplicar en el resguardo de los derechos humanos.<sup>18</sup> (Las cursivas son propias).

En el contexto latinoamericano, la relación cada vez más estrecha entre el derecho internacional y el derecho constitucional interno supone que el primero ya no actúa subsidiariamente ante la falta del segundo, sino que los dos se relacionan de manera recíproca. Uno influye en el desarrollo del otro y viceversa.

Podemos ver que *existe una relación recíproca entre ambos sistemas*, en donde el sistema interno de cada Estado se enriquece de los aportes normativos y jurisprudenciales del sistema internacional y en donde, también, el sistema internacional mira el desarrollo normativo constitucional de los Estados para emprender la concreción de nuevos instrumentos internacionales

<sup>17</sup> Vid. Bazán, Víctor, *op. cit.*, p. 132.

<sup>18</sup> Nash Rojas, Claudio, "Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos", en Capaldo, Griselda, Jan Sieckmann y Laura Clérico (dirs.), *op. cit.*, pp. 145-158, pp. 146-147.

o para enriquecer su argumentación jurisprudencial.<sup>19</sup> (Las cursivas son propias).

En materia de derechos humanos se observa cierta tendencia hacia la incorporación de estándares sustantivos internacionales mediante dos vías: la normativa institucional –a través de reformas constitucionales y legislativas–, y la jurisprudencial. Así, en este último caso, la jurisprudencia constitucional latinoamericana ha experimentado una evolución notable hacia el reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos y, en especial, de los criterios fijados por la Corte Interamericana a través de sus resoluciones. Pero también el derecho constitucional interno de los Estados ha influido en el sistema internacional aportando contenido y alcance a los derechos humanos reconocidos internacionalmente. Habría pues una retroalimentación entre los dos sistemas que iría más allá de la mera complementariedad.

Una última propuesta enfatiza la idea de coordinación mutua entre las normas internacionales de derechos humanos y el derecho interno. Los desafíos contemporáneos en esta materia impiden seguir hablando de las formas tradicionales en que ambos sistemas han venido relacionándose entre sí (incorporación, penetración, adecuación, etc.). La vía ideal para proteger a los derechos humanos debe ser la coordinación entre ambos sistemas.

[La tesis de la coordinación] –dice César Landa– caracteriza al derecho internacional como un derecho de integración con el derecho interno, sobre la base de la responsabilidad internacional de los Estados. Así, en función de dicha responsabilidad, no se debe postular la derogación automática de las normas internas en caso de conflicto con sus obligaciones en el plano internacional ni el desconocimiento de estas últimas en el orden nacional, *sino su armonización fundamentándose en la mejor*

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 147.

*protección de la persona humana, en función de un neoiusnaturalismo integrador.*<sup>20</sup> (Las cursivas son propias).

Desde este enfoque de la coordinación mutua, el vínculo entre normas del derecho internacional y normas del derecho interno comprende un abanico de posibilidades de cooperación entre las que destacan algunas formas ya mencionadas como el efecto directo y la interpretación conforme, pero también otras de suma importancia como el control de convencionalidad.

Llegados a este punto quisiera remarcar que todos los planteamientos que he mencionado hasta ahora –con independencia de que algunos pudieran ser mejores que otros– tienen el mérito de reconocer que en el mundo contemporáneo la relación entre el derecho internacional y el derecho estatal difícilmente se puede seguir analizando con base en la dicotomía monismo-dualismo. No es posible ignorar que en nuestros días esa relación está condicionada por la presencia del pluralismo jurídico global. Tampoco se trata de aceptar acríticamente el conjunto de doctrinas pluralistas. Pero sí sería recomendable que toda propuesta sería comenzara por reconocer la importancia de ese fenómeno. Ahora bien, a mi modo de ver, el debate académico y jurisprudencial en nuestro país a propósito de la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos ha venido desarrollándose casi siempre a espaldas de todos estos planteamientos pluralistas.<sup>21</sup> Tal parece que la relación entre el derecho internacional y el derecho estatal sigue siendo vista por una amplia mayoría de estudiosos en términos de un monismo arcaico con la Constitución en la cúspide. Esta

<sup>20</sup> Landa, César, “Jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional: cooperación, conflictos y tensiones”, en Capaldo, Griselda, Jan Sieckmann y Laura Clérico (dirs.), *op. cit.*, pp. 437-449, p. 439.

<sup>21</sup> También están ausentes los planteamientos constitucionalistas internacionales por cierto que tienen su origen en el cosmopolitismo kantiano. Para una aproximación a estas tesis, *vid.* Gordillo Pérez, Luis Ignacio, *op. cit.*, pp. 464 y ss.



concepción fue la finalmente logró imponerse en una polémica decisión del Pleno de la SCJN que analizaré enseguida.

### III. La posición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos en la Contradicción de Tesis 293/2011

El problema relativo a la posición que ocupan los tratados internacionales en materia de derechos humanos a raíz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 ha dado lugar a un largo y nutrido debate entre los miembros de la comunidad jurídica del país. Como dije anteriormente, habría al menos dos posiciones claramente definidas sobre este particular.<sup>22</sup> La primera sostiene que los tratados internacionales se

<sup>22</sup> Quizá haya una tercera posición que a mi parecer no resulta totalmente clara. Es la que pretende separar los derechos humanos de los tratados internacionales que los contienen y ubicar a los primeros a nivel de la Constitución, deslindándolos de los segundos: “La propuesta de reforma que comentamos –dice cierto autor– aborda el tema desde el artículo 1º con la introducción de los tratados internacionales, además de la Constitución, como fuente de los derechos humanos en el orden jurídico nacional; *con lo que les da a los derechos, consignados en los tratados, jerarquía de norma constitucional. Pero debe aclararse que con esto no se reconoce esa jerarquía a los tratados mismos, sino sólo a los derechos en ellos consignados*; lo que sin duda es adecuado, pues de otro modo, nos llevaría a construir un sistema de derechos con fundamento constitucional, que podrían ser considerados como derechos de primera, y una segunda categoría integrada por los derechos contenidos en los tratados...” (Las cursivas son propias). Martínez Bullé-Goyri, Víctor M., “Reforma constitucional en materia de derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XLIV, núm. 130, enero-abril de 2011, pp. 405-425, pp. 410-411. También Cossío Díaz parece adoptar esta postura cuando señala: “¿de qué manera debemos entender la relación existente entre los derechos humanos de fuente constitucional y los de fuente convencional?... la SCJN no estableció una relación jerárquica entre ambos... lo que existe es una relación más sutil entre ambos elementos donde... una vez determinada... la validez de los tratados o de sus normas, los derechos constitucionales y convencionales deben aplicarse en igualdad de circunstancias... *aceptada... la validez de las normas convencionales, los operadores jurídicos deben... aplicar indistintamente los derechos constitucionales o convencionales como si ambos estuvieran colocados en igualdad jerárquica*”. *op. cit.*, p. 57. Y luego añade: “... una vez superado

encuentran a la par de la Constitución, es decir, están situados en el nivel supremo de la estructura escalonada del ordenamiento jurídico. Quienes razonan de esta manera afirman también que los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que México es parte quedan, *ipso facto*, incorporados al ordenamiento jurídico a nivel constitucional por disponerlo así el propio artículo 1° de la Constitución.<sup>23</sup> La segunda posición sobre el tema mantiene, en cambio, que la Constitución es la (única) norma suprema del ordenamiento jurídico de la que derivan su validez todas las demás, incluidas las normas sobre derechos humanos contenidas en los tratados internacionales. Los defensores de esta postura basan su razonamiento en lo establecido por el artículo 133 de la Constitución que históricamente ha sido visto como recipiendario del principio

---

el pedigrí constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos... *el concepto de jerarquía quedaría borrado a fin de dar lugar a un parámetro materialmente unitario...*" (*ibidem*, pp. 57-58). (Las cursivas son propias). Esta tercera posición tiene un gran inconveniente que ilustraré con el siguiente ejemplo. Supóngase que un tratado internacional está formado por cuarenta artículos, de los cuales sólo veinte reconocen derechos humanos. Los demás se refieren a otras cuestiones. A la luz de la propuesta examinada, eso significaría que la mitad del tratado tiene jerarquía constitucional y la otra mitad, rango infraconstitucional. ¿Acaso esto tiene sentido?

<sup>23</sup> Este criterio *incorporacionista* se encuentra reflejado en la Tesis 1a. XLI/2013 (10a.) "DERECHOS FUNDAMENTALES CONTENIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES. GOZAN DE EFICACIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES". [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 1; Pág. 799. "Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que los derechos fundamentales gozan de vigencia en las relaciones entre particulares. No obstante, tal doctrina no deriva de un análisis de los actos del Estado en virtud de los cuales tales derechos son parte del sistema jurídico. Por ello, resulta claro que los derechos fundamentales, ya sea que provengan de fuente constitucional o internacional, gozan de plena eficacia jurídica, incluso en las relaciones entre particulares, pues la exigibilidad deriva del contenido del derecho y no de la forma en que el mismo se incorpora al sistema jurídico. Así, *el hecho de que el Estado mexicano sea quien celebra los tratados internacionales, solamente representa el acto por medio del cual los derechos fundamentales contenidos en los mismos son incorporados al orden jurídico nacional, pero una vez que forman parte del mismo, su naturaleza es la misma que aquellos de fuente constitucional, tal y como lo preceptúa el artículo 1o. de nuestra norma fundamental*". (Las cursivas son propias).

de supremacía constitucional,<sup>24</sup> aunque también se apoyan en otras disposiciones constitucionales como el artículo 15 que prohíbe la celebración de tratados internacionales con un contenido diverso al de la Constitución. Esta oposición de criterios se vio reflejada recientemente en la Contradicción de Tesis 293/2011 que resolvió el Pleno de la SCJN el pasado 3 de septiembre de 2013.<sup>25</sup> Dicha contradicción se suscitó entre el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Aunque los casos que dieron origen a la contradicción se resolvieron con anterioridad a la reforma al artículo 1º constitucional del 10 de junio de 2011, las posiciones de los dos Tribunales Colegiados de Circuito expresan muy claramente los puntos medulares del debate. El Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito dejó fijada su postura sobre el tema que me interesa en la Tesis “TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN

<sup>24</sup> Cfr. Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie Año II, núm. 4, enero-abril de 1969, México, pp. 3-32, p. 23. Sobre el principio de supremacía constitucional merece la pena hacer dos comentarios. El primero es que éste se encuentra reconocido en otros artículos de la Constitución además del 133, por ejemplo, en el 41 y en el 128. El segundo comentario se refiere a una cuestión de mayor importancia. La supremacía constitucional no puede justificarse con fundamento en la propia Constitución. Ninguna norma puede fundar su propia superioridad sobre las demás. Tal como ha repetido Luis Prieto Sanchís, la fundamentación de la supremacía constitucional no es un problema intrasistemático. Su fundamento radica en la práctica de reconocimiento de las autoridades y de los ciudadanos; esto es, en un principio de eficacia externo al propio sistema. “Es decir que, en último término, es el comportamiento de las instituciones y de los propios ciudadanos y, por tanto, una práctica consuetudinaria lo que sostiene la entera normatividad del sistema y también a mi juicio la idea de supremacía constitucional”. Prieto Sanchís, Luis, “Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución”, en *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía política*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 155-173, p. 158.

<sup>25</sup> En esta contradicción se discutieron dos problemas de fondo. Uno fue el tema de la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos frente a la Constitución, el otro, el valor que tienen las decisiones de la Corte IDH en los asuntos en los que el Estado Mexicano no sea parte.

CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN”. Aquí se reproduce íntegramente:

Época: Novena Época

Registro: 164509

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS ADMINISTRATIVA Y DE TRABAJO DEL DÉCIMO PRIMER CIRCUITO

Tipo Tesis: Tesis Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Localización: Tomo XXXI, Mayo de 2010

Materia(s): Común

Tesis: XI.1o.A.T.45 K

Pág. 2079

[TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXI, Mayo de 2010; Pág. 2079

TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN.

*Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial. (Las cursivas son propias).*

Por su parte, el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito fijó su posicionamiento en la Tesis “DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS”. También se reproduce de manera íntegra:

Época: Novena Época

Registro: 169108

Instancia: SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO

Tipo Tesis: Tesis Aislada

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Localización: Tomo XXVIII, Agosto de 2008

Materia(s): Común

Tesis: I.7o.C.46 K

Pág. 1083

[TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, Agosto de 2008; Pág. 1083

DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS.

Los artículos 1o., 133, 103, fracción I, y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen respectivamente: que todo individuo gozará de las garantías que ella otorga; que las leyes del Congreso de la Unión, que emanen de ella, y los tratados acordes a la misma, serán la Ley Suprema de toda la Unión; que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; y, las bases, los procedimientos y

las formas para la tramitación del juicio de amparo. *Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ubicó a los tratados internacionales por encima de las leyes federales y por debajo de la Constitución*, según la tesis del rubro: “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.” (IUS 192867). De ahí que si en el amparo es posible conocer de actos o leyes violatorios de garantías individuales establecidas constitucionalmente, también pueden analizarse los actos y leyes contrarios a los tratados internacionales suscritos por México, por formar parte de la Ley Suprema de toda la Unión en el nivel que los ubicó la Corte. Por lo tanto, pueden ser invocados al resolver sobre la violación de garantías individuales que involucren la de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por México. (Las cursivas son propias).

Así, es fácil advertir de la lectura de ambas tesis que la contradicción radica en el valor jerárquico de los tratados internacionales frente a la Constitución. El Pleno de la SCJN sesionó en los meses de agosto y septiembre de 2013 para resolver el caso. Durante los debates, la discusión giró en torno al proyecto modificado del Ministro ponente Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien expuso las siguientes ideas fundamentales:<sup>26</sup>

1. La reforma al artículo 1º constitucional provocó la constitucionalización de los derechos humanos de origen internacional, con lo cual existe ahora una masa de derechos constitucionalizados que se relacionan entre sí en términos de armonización

<sup>26</sup> Me baso en la versión taquigráfica de las sesiones de Pleno de los días 26, 27 y 29 de agosto, 2 y 3 de septiembre de 2013 por no estar aún disponible al público el engrose del expediente. Esas versiones pueden consultarse en el portal de la SCJN: [https://www.scjn.gob.mx/pleno/Paginas/ver\\_taquigraficas.aspx](https://www.scjn.gob.mx/pleno/Paginas/ver_taquigraficas.aspx)

- y coordinación, mas no de jerarquía, pues no puede haber derechos humanos de primera y de segunda clase.
2. Esta consideración no afecta la vigencia del principio de supremacía constitucional, ya que es la propia Constitución la que incorpora los derechos humanos de fuente internacional. En caso de una antinomia entre la Constitución y los tratados internacionales, para resolverla, habría que acudir a la ponderación de derechos a la luz del principio *pro persona*.
  3. Aunque los tratados internacionales se encuentran jerárquicamente por debajo de la Constitución, las normas de derechos humanos establecidas en los tratados, luego de que éstos son incorporados al ordenamiento jurídico interno por los cauces constitucionales, se convierten en parte de la Constitución y gozan de jerarquía constitucional. Sólo que esto último ocurre respecto de las normas de los tratados internacionales que reconocen derechos humanos, no así respecto de los propios tratados.
  4. Los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte forman un conjunto único de derechos. Éstos se relacionan entre sí con base en los principios de interdependencia e indivisibilidad que consagra el artículo 1° de la Constitución. Ese catálogo único de derechos humanos constituye el parámetro de validez de todo el orden jurídico mexicano.
  5. No es contradictorio decir que los derechos humanos de fuente constitucional e internacional forman un bloque o parámetro de igual jerarquía, y al mismo tiempo sostener que cuando hay un límite establecido por la Constitución, opera la Constitución. En otras palabras, no hay contradicción en afirmar la jerarquía constitucional de los derechos humanos de fuente internacional, y afirmar, al mismo tiempo, que todos los derechos están sujetos a los límites constitucionales.

Frente a este proyecto asomaron distintas posturas por parte de los Ministros integrantes del Pleno que resumiré, procurando observar el orden de las intervenciones.

- Ministro Sergio Valls Hernández: la cuestión planteada es un problema de armonización y no de jerarquía, dado que los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales complementan el catálogo de derechos establecido constitucionalmente, de suerte que los primeros gozan de “estatus material de constitucionalidad”, y todos los derechos humanos, independientemente de su fuente, constituyen un solo parámetro de interpretación. Existe un conjunto normativo integrado por los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, bajo el cual se deben interpretar las demás normas. Desde este enfoque, la Constitución termina por articular el orden jurídico interno y el orden internacional, valiéndose de su posición suprema.
- Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo: la reforma al artículo 1º constitucional pone de manifiesto la intención del Constituyente Permanente de incorporar al nivel de la Constitución las normas de fuente internacional que reconocen derechos humanos. Sin embargo, la última parte del primer párrafo del artículo 1º constitucional que dispone que el ejercicio de los derechos humanos no podrá restringirse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece, refleja la vigencia del principio de supremacía constitucional (y éste trae implícito el de jerarquía normativa). De acuerdo con ese precepto, si la Constitución impone una restricción al ejercicio de un derecho humano, se deberá aplicar la Constitución invariablemente, sin importar que a ese mismo derecho, un tratado internacional no le imponga restricciones de ningún tipo y sea, en consecuencia, más proteccionista; es decir, en el tema de restricciones o limitaciones al ejercicio de los derechos humanos, la Constitución



tiene la última palabra. Por lo tanto, el problema de fondo sí es de jerarquía. Para decirlo de otra manera, el principio de supremacía constitucional condiciona la aplicación del principio *pro persona*: la norma internacional de derechos humanos que protege más y mejor es aplicable en el caso concreto, siempre y cuando la Constitución no establezca expresamente una restricción al ejercicio de ese derecho, porque entonces prevalece la propia Constitución.

- Ministro Alberto Pérez-Dayán: todos los tratados internacionales sin importar su materia deben adecuarse al texto constitucional satisfaciendo dos requisitos formales y uno de fondo. Los primeros se refieren a la exigencia de que los tratados sean celebrados por el Presidente de la República y aprobados por el Senado, en tanto que el segundo consiste en la adecuación que debe existir entre el contenido de los tratados y el de la Constitución. Esto supone reafirmar el principio de supremacía constitucional que coloca a la Constitución por encima de los tratados (independientemente de la materia sobre la que versen). Por lo demás, en vista de que el artículo 133 de la Constitución no fue reformado a la par del artículo 1° constitucional, se advierte que la voluntad del Constituyente Permanente ha sido la de conservar la redacción del artículo 133, tal como la conocemos desde 1934, incluyendo desde luego el principio de supremacía constitucional. Según esto, los tratados internacionales son normas derivadas, surgidas de la voluntad de órganos constituidos conforme a la Constitución, lo que hace inadmisibles suponer siquiera que esta última tuviese que sucumbir frente a los tratados internacionales, que son normas derivadas. La supremacía de la Constitución supone, entonces, que ocupa una posición incompatible con cualquier otra norma que tenga como origen la competencia de los Poderes constituidos. Éstos tienen como referente y límite de validez su conformidad con la Constitución. Por eso,

cualquier antinomia que surja entre ella y las normas derivadas, deberá ser resuelto a favor de la Constitución.

- Ministra Margarita Luna Ramos: La contradicción de tesis sí supone un problema de jerarquía normativa toda vez que el derecho se concibe como un orden jerarquizado de normas que comienza en la Constitución como norma suprema y que va de lo más abstracto a lo más concreto. La Constitución, por decirlo así, es el origen de donde parte todo el ordenamiento jurídico. De ahí el valor que mantiene el principio de supremacía constitucional, el cual sigue vigente hasta ahora ya que el artículo 133 de la Constitución no fue modificado en las últimas reformas constitucionales de junio de 2011. Además, el propio artículo 1° de la Carta Magna confirma la supremacía de la Constitución al decir que el ejercicio de los derechos humanos (incluyendo a los de fuente internacional) no podrá restringirse ni suspenderse salvo en los casos y bajo las condiciones que establece la propia Constitución. Este principio de supremacía constitucional también se encuentra consagrado en otros artículos de la Constitución y también, por cierto, en la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados. Por otra parte, de la simple lectura del artículo 1° constitucional no es posible concluir que exista un catálogo formado por los derechos constitucionales y los derechos de los tratados internacionales, como si la Constitución ampliara su articulado de acuerdo con el número de tratados celebrados por México. El artículo 1° constitucional reconoce los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales, pero en la jerarquía normativa que les corresponde, esto es, subordinados a la Constitución, y no a nivel constitucional. Por lo mismo, en caso de un conflicto entre la Constitución y el tratado, la primera debe prevalecer. Sería equivocado pensar que la Constitución puede inaplicarse en un caso y en su lugar aplicarse el tratado internacional a la luz del principio *pro persona*. La Constitución establece ciertas restricciones al ejercicio de los derechos humanos (prisión

preventiva, arraigo, extinción de dominio, etc.) que el Constituyente Permanente consideró importantes dadas las circunstancias que vivimos. La SCJN no puede válidamente sostener que la Constitución debería inaplicarse en todos esos casos en donde los tratados internacionales sean más favorables en términos del principio *pro persona*, pues ello sería usurpar la función del Constituyente Permanente.

- Ministro Luis María Aguilar Morales: el proyecto que se discute sí introduce un concepto de jerarquía y de subordinación. Esto es así sin importar que se acepte que los tratados sobre derechos humanos o las normas de derechos humanos contenidas en los tratados sean equiparables a la Constitución o formen parte de ella, pues al final serían inevitables las antinomias entre las normas constitucionales y las del tratado. Y es que en el proyecto se sostiene que las normas que constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, sean de origen constitucional o internacional, no se relacionan entre sí en términos jerárquicos. Pero añade que si dos normas de ese parámetro que provienen de fuente diversa se refieren al mismo derecho en un caso individual, entonces se deberá aplicar aquélla que resulte más favorable. Esto significa que no importa la fuente ni la jerarquía de la norma, aunque se trate de una norma constitucional, ésta deberá desapplicarse si la otra norma –la de fuente internacional– es más proteccionista, lo cual contraviene la última parte del primer párrafo del artículo 1° constitucional, que dice que frente a una restricción establecida en la Constitución, será ésta la que deba preferirse. Sin embargo, de ninguna manera puede justificarse la no aplicación de la Constitución, que es la que da existencia y validez a las normas del derecho internacional. El principio *pro persona* no debe hacer que se prefiera la aplicación del tratado sobre la Constitución, lo que implicaría que el tratado se ubica por encima de ella. Se corre entonces el riesgo de que sea el juez el que modifique la Constitución. Lo

cierto es que las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales operan como un referente para la interpretación de las normas constitucionales. Cuando el artículo 1° constitucional dice que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, en realidad establece un sistema de derechos, conceptualmente racionalizado por los alcances establecidos en los tratados, pero no como un sistema paralelo de normas. Por eso, todo conflicto entre la Constitución y los tratados desaparece y se reafirma, al mismo tiempo, la supremacía constitucional.

- Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz-Mena: todos los tratados internacionales mantienen una relación de subordinación frente a la Constitución pues el artículo 133 constitucional no ha sido reformado. En este sentido se mantiene el principio de jerarquía formal. Pero otro es el caso de los derechos humanos. A partir de la reforma al artículo 1° de la Constitución, los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales se incorporaron a la Constitución y constituyen un catálogo indivisible que funciona como parámetro de control constitucional, es decir, como límite sustantivo a la actuación del Estado. Otro tema es el de las antinomias entre derechos. ¿Cómo resolver la falta de coherencia entre derechos? La respuesta que da el propio artículo 1° constitucional es mediante la ponderación en la que se dé una deferencia al Constituyente Permanente de manera indefectible. No es un asunto de jerarquías. Si lo fuera, el derecho que no prevalece tendría que ser eliminado. Por lo tanto, se trata de una ponderación de derechos de igual jerarquía a la luz del principio *pro persona*.
- Ministro José Ramón Cossío Díaz: nadie pone en duda que la Constitución tiene una posición jerárquicamente superior al resto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico. Por ese motivo, los tratados que cumplen las condiciones señaladas en la Constitución son incorporados al ordenamiento

interno bajo el criterio de validez y de jerarquía. Una vez que se produce esa incorporación, el artículo 1° constitucional dispone que la Constitución y los tratados internacionales se articulan de otra manera, basándose en el principio *pro persona*. Porque los tratados que son válidos entran en una conjunción de igual posición jerárquica con la Constitución; de ahí que tanto los tratados o sus derechos, como los derechos constitucionales se relacionen entre sí de otra manera. Los derechos que son parte del ordenamiento jurídico interno deben ser interpretados conforme al principio *pro persona* y a las demás reglas operativas específicas que señala el artículo 1° constitucional. Esto es así porque la reforma a la Constitución ha hecho que ésta tenga una antropología distinta, es decir, una visión distinta del ser humano. Lo establecido en el artículo 1° constitucional de que los derechos no podrán restringirse o suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que señala la propia Constitución, no debe interpretarse en términos de jerarquía. Porque lo que se tiene que armonizar –partiendo del principio *pro persona*– son derechos que ya forman parte del ordenamiento jurídico mexicano. Si se interpretara el artículo 1° constitucional como un asunto de jerarquías, entonces debería concluirse que el problema se resuelve siempre a favor de la Constitución. Pero esto no tiene por qué ser así. Más bien, la solución debe dejarse a la libre operación de los intérpretes jurídicos y, en última instancia, a la SCJN.

Luego de las sesiones de los días 26, 27 y 29 de agosto, el proyecto fue modificado una vez más en el punto relativo a las restricciones constitucionales. Esta modificación permitió que el proyecto fuera aprobado por mayoría de diez votos. Lo que se votó y aprobó el día 3 de septiembre fue en el sentido de conservar el rango constitucional de los derechos humanos de fuente internacional, pero con una importante salvedad: en caso de restricción expresa en la Constitución, se tendría que estar a lo señalado en la propia Constitución (con lo cual la pretendida

igualdad jerárquica quedó en el limbo). El voto en contra fue del Ministro Cossío Díaz, quien en un primer momento se había manifestado a favor del proyecto. Sin embargo, con la última modificación que presentó el Ministro Zaldívar el 30 de agosto de 2013, aquél cambió el sentido de su parecer. En esencia, el disidente expresó que estaba en contra por dos razones fundamentales: primero, porque existe una contradicción lógica en la tesis que se propone (en tanto que se afirma que los derechos humanos de la Constitución y los de fuente internacional son de igual jerarquía, pero que siempre que la Constitución prevea una restricción, se deberá estar a lo que indique la propia Constitución), y segundo, porque el proyecto genera una regla general de carácter hermenéutico que dice que siempre que haya un conflicto entre la Constitución y el tratado deberá prevalecer la primera, lo que carece de justificación. Con este último giro, la posición del Pleno supuso –a juicio del disidente– una clara regresión respecto de lo que sus miembros habían sostenido en el expediente Varios 912/2010 y en la acción de constitucionalidad 155/2007, en donde se dio preferencia a la norma más favorable según el principio *pro persona*.

Siendo esto así, de lo visto con antelación se deduce que una mayoría de Ministros se pronunció en defensa del principio de supremacía constitucional, lo que les llevó a concluir lo que ya se dijo: las normas de la Constitución y las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen igual jerarquía, pero en caso de conflicto, si la Constitución prevé una restricción a un derecho humano en particular, debe prevalecer la propia Constitución. Es obvio que esta idea es contradictoria. Lo que se dice es que la Constitución y los tratados tienen el mismo rango o nivel jerárquico sólo en apariencia, pero en los hechos, la Constitución siempre derrota al tratado. No importa que éste sea más proteccionista o garantista en el caso concreto. La consecuencia de esto es que el principio *pro persona* acaba subordinándose al principio de supremacía constitucional y ello equivale a desconocer que el primero constituye la columna vertebral del derecho mexicano a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011.

En este sentido, la decisión del Pleno es resultado de la pugna entre dos concepciones antagónicas e irreconciliables al interior de ese órgano colegiado: la minoría de sus integrantes muestra un entendimiento progresista y de apertura a favor del valor de los derechos humanos en el nuevo esquema constitucional y del papel que en él desempeña el principio *pro persona*, en tanto que la mayoría se aferra a un monismo nacionalista con la Constitución en la cúspide, favoreciendo una interpretación excesivamente rígida del principio de supremacía constitucional. En el afán por reconciliar ambas posturas contradictorias, el Pleno ha aprobado algo que carece de toda lógica y sentido.

También el Constituyente Permanente –al incluir la última parte del primer párrafo del artículo 1° de la Constitución– adoptó desde el inicio una concepción restrictiva de los derechos humanos en perjuicio de una perspectiva más garantista a la luz del principio *pro persona*.<sup>27</sup> La reforma en materia de derechos humanos de junio de 2011 quedó de este modo privada de todo su potencial. La SCJN validó ese enfoque restrictivo con el argumento de que deben prevalecer las limitaciones a los derechos humanos previstas en la Constitución, sin tomar en cuenta que el propio artículo 1° constitucional ordena aplicar e interpretar la norma jurídica más favorable para la protección de la persona. Esta solución más protectora o garantista también tiene sustento en la propia Constitución y es congruente con el espíritu de la reforma. Por eso hubiere sido preferible que la SCJN la adoptara en su carácter de máximo intérprete del texto constitucional.

En la próxima sección esbozaré mi propuesta personal acerca de la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en el ámbito interno. Esta propuesta parte de que tome en cuenta la realidad del pluralismo jurídico global sin caer en los excesos más comunes que suelen atribuírsele. En este sentido, me parece que la relación entre las

<sup>27</sup> Aunque esto lo hizo de manera inconsciente pues al menos en el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores, respecto del Proyecto de Decreto de reforma constitucional en materia de derechos humanos, no se dijo nada sobre esa cuestión.

normas del derecho interno y las normas de los diversos órdenes paralelos, incluido el derecho internacional de los derechos humanos, deberá estar determinada por la Constitución en cuanto norma suprema del ordenamiento jurídico mediante la figura del acoplamiento o alguna otra de las señaladas en la primera parte de este trabajo.

De acuerdo con la propuesta que defiende, la Constitución debería ser considerada por encima de los tratados internacionales sobre derechos humanos (de conformidad con el artículo 133 constitucional). Sin embargo, la supremacía de la Constitución habría que entenderla en un sentido estrictamente formal y condicionada también en un doble aspecto: primero, los actos del Constituyente Permanente –bajo esta perspectiva– estarían controlados por el conjunto de derechos humanos reconocidos en las fuentes formales relevantes por gozar de supremacía axiológica (de modo que una norma constitucional cualquiera debería respetar ese conjunto de derechos humanos para ser válida). Segundo, la última parte del primer párrafo del artículo 1º constitucional que dice que el ejercicio de los derechos humanos no podrá restringirse excepto en los casos y bajo las condiciones que la Constitución establece, deberá interpretarse en un sentido relativo y no absoluto, por lo que en caso de conflicto entre una norma de la Constitución que impone una restricción a un derecho humano en particular y una norma de un tratado internacional que otorga una protección más amplia, no tiene por qué prevalecer la primera sobre la segunda (invariablemente), sino que la solución del caso dependerá del balance de las razones justificativas subyacentes de cada una de las normas en pugna, una más restrictiva que la otra.

Como resultado de esto último, es posible que la Constitución tenga que ceder ante un tratado internacional si éste otorga mayor protección a los derechos humanos de la persona y en el caso sometido a examen no se justifica la aplicación de la medida restrictiva que la Constitución determina. Si esto es así, mi propuesta se caracterizaría por reconocer la primacía del derecho constitucional interno desde el punto de vista formal, pero también por resaltar que la validez de la



Constitución y de los actos del Constituyente Permanente deben estar controlados en su aspecto material o sustantivo por el acervo de derechos humanos axiológicamente supremos, y por sostener además que las restricciones al ejercicio de los derechos humanos que la Constitución establece deberán ser debidamente sopesadas en cada caso mediante un ejercicio ponderativo que tome en cuenta el peso relativo del principio *pro persona*. En este tenor se puede decir que mi tesis responde a un modelo constitucionalista moderado<sup>28</sup> que concibe al derecho interno regido por el principio de jerarquía formal con una norma suprema que es la Constitución, no obstante que esa superioridad estaría limitada en los aspectos ya referidos.

<sup>28</sup> Luis Ignacio Gordillo Pérez habla de un constitucionalismo atenuado en un sentido diferente pues con ello se refiere a lo que en la literatura especializada se conoce como *soft constitutionalist approach*, que es considerada una tercera vía frente a las concepciones pluralistas y constitucionalistas internacionales ortodoxas. El constitucionalismo atenuado, que comparte algunos aspectos del pluralismo constitucional, tendría tres grandes postulados: 1) la existencia de una comunidad internacional de algún tipo; 2) la universalización de los principios que inspiran a los distintos ordenamientos que conviven en esa comunidad; y 3) unas normas comunes o principios de comunicación entre estos ordenamientos que permitan reconducir los conflictos reales que puedan producirse. “Estas tres características distinguirían el constitucionalismo atenuado claramente de los enfoques pluralistas, dado que estos asumen la existencia de una pluralidad distinta y separada de entidades desechando la idea de una comunidad global, haciendo hincapié en los procesos decisorios autónomos y basados en su propia autoridad y en los valores autóctonos de cada una de las entidades, al tiempo que canalizan la comunicación y la resolución de conflictos a través de procesos políticos «agónicos», negociaciones *ad hoc* y ajustes puntuales y de tipo pragmático. El enfoque constitucionalista atenuado también se diferenciaría de las concepciones constitucionalistas más ortodoxas en que no insistiría en una clara jerarquía de normas, sino más bien en una serie de principios comúnmente negociados y compartidos para reconducir los conflictos. Gordillo Pérez, Luis Ignacio, *op. cit.*, p. 472. El constitucionalismo atenuado también se distinguiría de la doctrina monista basada en una concepción jerárquica del ordenamiento internacional en tanto que asume la diversidad de órdenes y de los mecanismos de negociación y concertación para negociar los conflictos. Así, el constitucionalismo atenuado se basaría en el empleo de unos estándares universalizables, la mutua deferencia, la coherencia general y el compromiso con un ordenamiento internacional común (*vid. ibidem*, p. 473).

### III. Los derechos humanos como bloque axiológico supremo de validez

En esta sección trataré de responder tres preguntas clave. La primera es cómo habría que entenderse el artículo 1° constitucional que dispone que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte. La respuesta es que los derechos humanos –independientemente de la fuente formal que los reconozca– constituyen una categoría normativa axiológicamente suprema que se ubica por encima de la Constitución y de los tratados internacionales por derivar de valores morales a los que se considera supremos. Esta respuesta condiciona los términos de la segunda pregunta: si los derechos humanos son axiológicamente supremos, ¿es posible mantener la supremacía de la Constitución? La respuesta es afirmativa: la Constitución es suprema al interior del ordenamiento jurídico en un sentido estrictamente formal, pero con una importante excepción: la Constitución puede ceder ante un tratado internacional que en el caso concreto otorgue mayor protección a los derechos humanos de la persona, siempre que en términos del balance de razones subyacentes no se justifique la aplicación de la medida restrictiva que la Constitución establece. De aquí se sigue la tercera y última interrogante: si la Constitución puede ceder ante un tratado internacional que ofrece una protección más amplia, ¿cómo interpretar la última parte del primer párrafo del artículo 1° constitucional que dice que el ejercicio de los derechos humanos no podrá restringirse excepto en los casos y bajo las condiciones que la Constitución establece? La respuesta es que deberá interpretarse en sentido relativo y no absoluto, de tal manera que, frente a un conflicto entre dos normas sobre un derecho humano en particular, una restrictiva (la de la Constitución) y otra extensiva (la del tratado internacional), la primera no tenga que prevalecer sobre la segunda siempre y en todos los casos, sino que la solución será una

variable dependiente del balance de las razones justificativas subyacentes de las normas a la luz del caso concreto.

## Los derechos humanos son axiológicamente supremos

¿Cómo habría que entender la parte del artículo 1° constitucional que dice que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte? Como ya lo adelanté, los derechos humanos –independientemente de la fuente formal que los reconoce– constituyen un acervo de valores que goza de supremacía axiológica frente a la Constitución y a las demás normas del ordenamiento jurídico (incluidos los tratados internacionales una vez que éstos son incorporados por los cauces normales). Ese bloque axiológico sirve como parámetro de control al permitir al intérprete determinar si las normas positivas son congruentes o no con el contenido de justicia expresado por los derechos humanos. El bloque está integrado por todos los derechos de este tipo reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte. Sin embargo, los derechos humanos existen con independencia de la fuente normativa que los reconoce. El fundamento de su existencia reside en el hecho mismo de que emanan de valores morales a los que se considera supremos. Las fuentes sólo son el medio a través del cual encuentran expresión formal. De aquí se derivan al menos dos preguntas más: ¿cómo se identifica el contenido de ese bloque de derechos humanos? y ¿qué significa aseverar que estos derechos gozan de supremacía axiológica? En primer lugar, el contenido del bloque de derechos humanos se identifica extensionalmente, por enumeración. Digamos que en un tiempo T, el parámetro de control se compone de los derechos [D1, D2, D3, D4....] y así sucesivamente. Esto no quiere decir que el intérprete deba tomar en cuenta todos los derechos humanos del bloque axiológico en cada caso concreto para llevar a cabo el control de las normas jurídicas; sólo los derechos involucrados o los derechos que están en juego. En segundo lugar, para

entender qué significa sostener que los derechos humanos gozan de supremacía axiológica es preciso identificar los distintos tipos de jerarquías normativas que la teoría del derecho contemporánea reconoce. Éstos serían cuatro:<sup>29</sup>

- I. *Jerarquía formal o estructural*. Es la que se presenta cuando una norma regula la producción de otra, estableciendo quién o quiénes son competentes para ello. La primera es una norma de competencia y se dice que ella es jerárquicamente superior a la que se dicta en ejercicio de esa competencia. Por ejemplo: la norma de la Constitución contenida en el artículo 73, que regula la producción de normas generales por parte del Congreso de la Unión, sería formalmente superior a las leyes que el Congreso dictara en ejercicio de esa competencia legislativa. Del mismo modo, la norma constitucional, expresada en el artículo 89, fracción I, que confiere al titular del Ejecutivo Federal competencia para proveer a la exacta observancia de las leyes en la esfera administrativa, sería una norma formalmente superior a los reglamentos emitidos en ejercicio de esta facultad.
- II. *Jerarquía material*. Se dice en este sentido que una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la primera prevalece sobre la segunda en caso de que entre ellas surja un conflicto lógico; es decir, un conflicto que nace porque las diversas normas establecen soluciones normativas distintas e incompatibles para un mismo caso. Normalmente, la señalada jerarquía formal entre dos normas implica su jerarquía material, esto es, la norma que regula la producción de otra prevalece sobre ésta en

<sup>29</sup> Vid. Ferrer, Jordi y Rodríguez, Jorge Luis, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011, pp. 135-146. También, sobre el tema de jerarquías normativas, vid. Guastini, Riccardo, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Turín, 1996, pp. 311-313; *id.*, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Giappichelli, Turín, 2001, pp. 91-95, y *id.* *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Turín, 2011, pp. 237-252.

caso de que una y otra se contradigan. Así, por ejemplo, la Constitución, que regula la producción de las normas generales, prevalece sobre las leyes del Congreso cada vez que entre ellas se suscita un conflicto lógico.

- III. *Jerarquía lógica*. De acuerdo con este tipo de jerarquía, una norma es superior a otra cuando la primera versa sobre la segunda. Es el caso de las normas de aplicación, esto es, aquellas que establecen el deber de aplicar otras normas, pues las primeras son superiores en sentido lógico a las segundas, y también es el caso de una norma derogatoria y la derogada, donde aquélla es lógicamente superior a esta última. Merece la pena advertir que la jerarquía formal es un supuesto específico de la jerarquía lógica, pues la norma que regula la producción de otra u otras, necesariamente ha de referirse a estas últimas.
- IV. *Jerarquía axiológica*. Se dice que entre dos o más normas hay una jerarquía axiológica cuando una de ellas expresa un valor superior a las demás. Esto puede suceder porque la norma axiológicamente superior está constituida por valores éticos o principios de justicia que dan forma sustancial a una parte del ordenamiento jurídico o a todo. La jerarquía axiológica entre dos normas implica el reconocimiento de una jerarquía material entre ellas que hace prevalecer a la que se considera axiológicamente superior en caso de conflicto, pues de otro modo no tendría sentido decir que a una de las normas se le reconoce un valor superior frente a la otra.

Creo que con base en esta clasificación es posible explicar adecuadamente la superioridad axiológica de los derechos humanos. Sostengo que este bloque es axiológicamente superior a las normas positivas del ordenamiento jurídico pues los derechos humanos que lo constituyen, en cuanto derivan de principios de justicia y de valores éticos, informan a todo del ordenamiento sin excepción, irradiando de moralidad a las normas y calificando su validez. Esta jerarquía axiológica produce como

efecto que los derechos humanos constituyan el fundamento, la justificación o *ratio* de las normas, y éstas, a su vez, sean o deban verse como concreciones de aquéllos. En virtud de esa superioridad axiológica, los derechos humanos dan forma sustancial a todo el ordenamiento jurídico, determinando su contenido. Digamos que los valores que ellos expresan producen un efecto invasor en el derecho, lo irradian y lo moralizan. Habría un ordenamiento revalorizado, es decir, impregnado del valor que le confieren los derechos humanos. Desde su posición axiológicamente suprema, los derechos humanos servirían como parámetro de control de la validez de las normas positivas del ordenamiento jurídico. Por validez de las normas jurídicas entiendo algo muy diferente a su vigencia formal. Esta última se determina en base al procedimiento seguido para la emisión de la norma, en tanto que la validez depende de que su contenido sea compatible con los derechos humanos y con los valores supremos que ellos representan. La distinción entre validez y vigencia ha sido establecida por Luigi Ferrajoli,<sup>30</sup> quien afirma que en el Estado constitucional de derecho una ley válida no es aquella que está en vigor simplemente al haber sido promulgada en la forma autorizada por el ordenamiento jurídico, sino aquella que es coherente con los derechos y libertades reconocidos a nivel constitucional. De ahí la divergencia deóntica entre el deber ser interior (o en el derecho) y el ser de las normas inferiores de rango infraconstitucional.

<sup>30</sup> El deber ser interno del derecho se refiere a los contenidos de justicia (principalmente derechos fundamentales) positivizados a nivel constitucional. Por eso es un deber ser *jurídico* y no ético-político de carácter externo. “Este deber ser constitucional de las normas –dice Ferrajoli– es obviamente de tipo sustancial, y atañe a los que el legislador no debe (o debe) establecer so pena de invalidez. Se trata, sin embargo, de un deber ser no simplemente ético-político sino jurídico, no de derecho natural sino de derecho positivo, no externo sino interno al ordenamiento.”: “Constitucionalismo y teoría del derecho: respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso”, en AA.VV., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, pp. 167-216, p. 191. También *vid. Id.* “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, núm. 34, 2011, Alicante, pp. 15-53; y *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2011, p. 16.

Esto significa que validez y vigencia no siempre coinciden, ya que una ley que está en vigor puede ser inválida al mismo tiempo. Por eso, Ferrajoli cree que en el paradigma del Estado constitucional es posible hablar de derecho jurídicamente inválido sin que ello sea un oxímoron.

Concebir al conjunto de derechos humanos como una categoría normativa que goza de supremacía axiológica respecto de la Constitución y de los tratados internacionales permite resolver ciertos problemas de la práctica constitucional que tienen su origen en la interpretación de algunas cláusulas constitucionales. Tómese el caso del artículo 15 de la Carta Magna:

Artículo 15.- No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; *ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.* (Las cursivas son propias)

Los equívocos que suscita el artículo 15 constitucional han sido destacados por José Ramón Cossío Díaz cuando dice que:

La segunda parte del precepto, debido a su falta de técnica jurídica o, más aún, a la falta de claridad en los conceptos, *da lugar a equívocos importantes, algunos de los cuales podrían tener que ver con la jerarquía.*<sup>31</sup> (Las cursivas son propias).

Estos problemas de jerarquía se originan porque de una interpretación literal del artículo 15 se deduce que pueden surgir dos tipos de conflictos normativos: el primero, entre un tratado internacional y la Constitución (si aquél alterara los derechos humanos reconocidos en

<sup>31</sup> *Op. cit.*, p. 54.

ésta), y el segundo, entre dos tratados internacionales (si uno de ellos llegara a alterar los derechos humanos reconocidos en el otro tratado del que México es parte).

El primer conflicto claramente presupone una relación jerárquica entre la Constitución y el tratado que se pretende celebrar, con lo cual la antinomia quedaría eliminada mediante el uso del criterio *lex superior* (sólo que ello echaría por tierra la supuesta igualdad jerárquica entre derechos constitucionales y derechos de fuente convencional, según lo dispuesto por el artículo 1°).

El segundo conflicto, por su parte, el que surge entre tratados internacionales, es más difícil de resolver. Existen al menos dos posibilidades. La primera es admitir lisa y llanamente que se da una relación jerárquica entre tratados, esto es, que entre ellos hay unos que pesan o valen más que otros. Pero esta solución no parece convincente por muchas razones, principalmente porque ello haría necesario encontrar un criterio objetivo que permitiera identificar aquellos tratados que tienen un nivel superior. En efecto, ¿cuáles serían estos tratados? No parece correcto responder que lo son todos aquellos que reconocen derechos humanos pues hay instrumentos (acuerdos, pactos, convenciones, etc.) que lo hacen sin pertenecer formalmente a la categoría de tratados internacionales sobre derechos humanos, con lo cual la lista podría incrementarse significativamente. La otra solución es admitir que los tratados que cuentan a los efectos del artículo 15 para determinar si el tratado que se pretende celebrar altera o no los derechos humanos reconocidos *en los tratados internacionales de los que México es parte*, son los celebrados antes del 10 de junio de 2011, cuando se produjo la reforma constitucional. Pero esta solución tampoco resulta conveniente porque entonces sería forzoso distinguir dos clases diferentes de derechos: los que gozaban de reconocimiento jurídico antes de la reforma y los que se fueran incorporando con posterioridad (siempre y cuando no alteraran los derechos ya reconocidos). Esto implicaría que los primeros disfrutaran de un estatus especial –el de servir de parámetro de control del tratado que pretende celebrarse– que



no puede justificarse usando como fundamento una cuestión puramente contingente como lo es la fecha de la reforma. Si así fuera, se tendrían sin quererlo derechos de primera y de segunda categoría, dependiendo de la época en la que hubieren sido reconocidos (algo que el Constituyente Permanente pretendió evitar). Ahora bien, en este punto es preciso insistir en que los problemas a que se ha hecho referencia obedecen a una interpretación literal del artículo 15, de la que se infiere que el control de regularidad de un tratado debe realizarse confrontándolo directamente con la Constitución y con otros tratados internacionales de los que México es parte como fuentes separadas. De ahí, Cossío distingue una serie de supuestos que han dado lugar a algunas confusiones. Precisamente, aquí es donde mejor puede comprobarse la utilidad de mi propuesta. Si se concibe al conjunto de derechos humanos como una categoría normativa axiológicamente superior, los problemas interpretativos del artículo 15 desaparecen o, por lo menos, se reducen drásticamente. Porque entonces es posible ofrecer una lectura coherente de dicho precepto. Cuando en éste se establece que “no se autoriza la celebración... de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”, hay que entender que esos derechos son los que integran el bloque axiológico supremo como único parámetro de validez de todas las normas jurídicas positivas. El control de regularidad del tratado se realizaría contrastándolo con ese conjunto de derechos humanos a los que se reconoce superioridad axiológica. No se realizaría ni con la Constitución ni con otros tratados internacionales como fuentes separadas, sino con el parámetro unitario de validez integrado por los derechos humanos provenientes de fuentes diversas.

En otro trabajo me he referido a la manera de realizar ese examen y remito a él al lector.<sup>32</sup> Pero no está de más enunciar las que para mí

<sup>32</sup> Ortega García, Ramón, “Supremacía de los derechos humanos y control de convencionalidad *ex officio*”, *Ex Legibus*, núm. 6, octubre de 2013, pp. 47-68 (también consul-

serían sus tres etapas fundamentales. La primera consiste en elegir la interpretación de la disposición jurídica del tratado que sea compatible con los derechos humanos del bloque axiológico que estén en juego. Luego, si no fuera posible ofrecer una interpretación conforme del tratado y éste “alterara” uno o varios derechos del bloque, la segunda etapa del control consistiría en examinar si esa alteración es proporcional en términos del juicio de proporcionalidad en sentido amplio y sus respectivas fases de idoneidad, racionalidad, necesidad y ponderación. Suponiendo que la afectación a los derechos humanos fuera desproporcionada, la tercera y última etapa del control consistiría en aplicar el remedio previsto por el propio ordenamiento (p. ej. la declaración de invalidez del tratado o su inaplicación en el caso concreto, con las consecuencias que ello supondría a nivel internacional). En suma, el control de validez se efectuaría en estas tres etapas: interpretación conforme, juicio de proporcionalidad y fase remedial.<sup>33</sup>

## Superioridad axiológica de los derechos humanos y supremacía constitucional

Si se asume la primacía axiológica de los derechos humanos en el sentido mencionado, ¿atentaría ello contra el principio de supremacía constitucional? Me parece que la respuesta es negativa. La Constitución mantiene su estatus de norma suprema del ordenamiento jurídico mexicano, si bien en un sentido estrictamente formal. La Constitución es, en efecto, formalmente superior a todas las normas del derecho positivo porque es ella la que establece los modos de producción de tales normas (siendo también, por ende, lógicamente superior a éstas).

table en línea a través de la página de la Escuela Judicial del Estado de México: <http://www.pjedomex.gob.mx/ejem>).

<sup>33</sup> Este esquema se basa en el modelo de control de constitucionalidad de las leyes de Aharon Barak, tal como se expone en su obra *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, trad. de Doron Kalir, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 611, vid. esp. parte III.

Así sucede de igual modo con relación a los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que México es parte: la Constitución está por encima de ellos (desde este punto de vista formal) dado que establece quiénes son competentes para suscribirlos y ratificarlos, y en esto no hay ninguna diferencia entre tratados internacionales sobre derechos humanos y tratados internacionales de otras materias. Pero la Constitución también es materialmente superior a ese conjunto de tratados y convenciones porque, por regla general, si se produce un conflicto lógico entre un tratado internacional sobre cualquier materia y la Constitución, entonces debe prevalecer esta última. La única excepción a dicha regla vendría dada por el principio *pro persona*, establecido en la propia Constitución y que dice que en cada caso concreto se tiene que aplicar la norma constitucional o internacional sobre derechos humanos que sea más favorable para la protección del individuo; entonces, puede suceder que la norma internacional sobre derechos humanos desplace a la norma constitucional si se demuestra que el ámbito de protección de aquella es más amplio que el de ésta y en el caso sometido a examen no se justifica la aplicación de la medida restrictiva que la Constitución establece.

### ¿Intepretación restrictiva o extensiva de los derechos humanos?

De acuerdo con estas consideraciones, ¿cómo habría que entender la última parte del primer párrafo del artículo 1° constitucional que dice que el ejercicio de los derechos humanos no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la Constitución establece? Hay al menos dos formas posibles: una es que el Constituyente Permanente ha dictado algo contradictorio con el espíritu mismo de la reforma al subordinar el principio *pro persona* a un enfoque restrictivo de los derechos humanos. Aquí valdría el mismo comentario que se hizo al aludir a la decisión de la SCJN en la contradicción de tesis 293/2011: el Constituyente Permanente optó por aferrarse a las categorías dogmáticas tradicionales de supremacía de la Constitución

y de soberanía del Estado, desvirtuando así la propia reforma del 10 de junio de 2011. La otra lectura posible del precepto –que me parece preferible pues ofrece una solución coherente con el punto de vista defendido en este trabajo– es que las restricciones de la Constitución no deben interpretarse en sentido absoluto sino relativo a la luz del principio *pro persona*. En otras palabras, que las restricciones establecidas a los derechos humanos por las normas constitucionales deberán sopesarse mediante un ejercicio ponderativo que tome en cuenta el peso relativo de ese principio fundamental. Frente a un conflicto entre la Constitución y el tratado internacional sobre derechos humanos, la solución deberá hallarse ponderando las razones justificativas subyacentes de las normas en pugna, considerando seriamente el mandato constitucional de que a las disposiciones hay que interpretarlas favoreciendo en todo tiempo a la persona la protección más amplia, pues el reconocimiento de este postulado es la mayor aportación de la reforma de junio de 2011. Ello no contraviene el principio de supremacía constitucional, pues en realidad es la propia Constitución la que ordena interpretar las normas del modo más favorable posible en cada caso concreto. Así se evitaría adoptar desde el origen una concepción restrictiva de los derechos humanos y se otorgaría al enfoque garantista o protector de la reforma la importancia que merece.

#### IV. Referencias bibliográficas

- Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, trad. de Doron Kalir, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- Bazán, Víctor, “Estado constitucional y derechos humanos en Latinoamérica: algunos problemas y desafíos”, en López Ulla, Juan Manuel (dir.), *Derechos humanos y orden constitucional en Iberoamérica*, Pamplona, Civitas-Thomson Reuters, 2011, pp. 83-145.
- Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Carbonell, Miguel y

- Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011, pp. 39-62.
- Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año II, núm. 4, enero-abril de 1969, México, pp. 3-32.
- , “La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, 2012, pp. 801-858.
- Cossío Díaz, José Ramón, “Primeras implicaciones del Caso Radilla”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 26, enero-junio de 2012, pp. 31-63.
- De Julios-Campuzano, Alfonso, “El paradigma jurídico de la globalización”, en Belloso Martín, Nuria y De Julios-Campuzano, Alfonso (eds.), *¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos*, Madrid, Dykinson, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2008, pp. 49-75.
- , *La transición paradigmática de la teoría jurídica. El derecho frente a la globalización*, Madrid, Dykinson, 2009.
- Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo y teoría del derecho: respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso”, en AA.VV., *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, pp. 167-216.
- , *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 2011.
- , “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, núm. 34, 2011, Alicante, pp. 15-53.
- Ferrer, Jordi y Jorge Luis Rodríguez, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, Buenos Aires, 2011.
- Fix-Zamudio, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año xxv, núm. 75, septiembre-diciembre de 1992, México, pp. 749-784.
- Galligan, D.J., *Law in Modern Society*, Oxford University Press, 2007.

- Gordillo Pérez, Luis Ignacio, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, prólogo de Pablo Pérez Tremps, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- Guastini, Riccardo, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Turín, Giappichelli, 1996.
- , *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Turín, Giappichelli, 2001.
- , *La sintassi del diritto*, Turín, Giappichelli, 2011.
- Landa, César, “Jurisdicción constitucional y jurisdicción internacional: cooperación, conflictos y tensiones”, en Capaldo, Griselda, Jan Sieckmann y Laura Clérico (dirs.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, Fundación Alexander von Humboldt, 2012, pp. 437-449.
- Manili, Pablo Luis, “La recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el derecho constitucional iberoamericano”, en Capaldo, Griselda, Jan Sieckmann y Laura Clérico (dirs.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, Fundación Alexander von Humboldt, 2012, pp. 473-506.
- Martínez Bullé-Goyri, Víctor M., “Reforma constitucional en materia de derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XLIV, núm. 130, enero-abril de 2011, pp. 405-425.
- Nash Rojas, Claudio, “Relación entre el sistema constitucional e internacional en materia de derechos humanos”, en Capaldo, Griselda, Jan Sieckmann y Laura Clérico (dirs.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, Fundación Alexander von Humboldt, 2012, pp. 145-158.
- Neves, Marcelo, “Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia latinoamericana”, en Capaldo, Griselda, Jan Sieckmann y Laura Clérico (dirs.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, Fundación Alexander von Humboldt, 2012, pp. 41-75.

- Ortega García, Ramón, “Supremacía de los derechos humanos y control de convencionalidad *ex officio*”, *Ex Legibus*, núm. 6, octubre de 2013, pp. 47-68.
- Prieto Sanchís, Luis, “Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución”, en *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía política*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 155-173.
- Ramírez García, Hugo Saúl y José Antonio Sánchez Barroso, “La praxis de los derechos humanos en México a partir de la reforma constitucional de junio de 2011”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 27, julio-diciembre de 2012, pp. 213-249.
- Schiff Berman, Paul, *Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law Beyond Borders*, Cambridge University Press, 2012.
- Von Bogdandy, Armin, “Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos nacionales”, trad. de Claudia Escobar García y María Teresa Comellas, en Capaldo, Griselda, Jan Sieckmann y Laura Clérico (dirs.), *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, Buenos Aires, Eudeba, Fundación Alexander von Humboldt, 2012, pp. 21-40.