EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO REGLA DE RECONOCIMIENTO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO. BREVES NOTAS A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE 2011

Mario Eduardo Maldonado Smith¹

SUMARIO:

I. Introducción

II. La interpretación jurídica a la luz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos

III. El control de convencionalidad in praxis

IV. Control de convencionalidad, regla de reconocimiento en el ordenamiento jurídico mexicano

V. Excursus en torno a los derechos humanos a 10 años de la reforma

VI. Conclusiones

VII. Bibliografía

¹ Doctor en Derechos Humanos por la Università degli Studi di Napoli, Federico II, investigador A del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias de la Cámara de Diputados.

Q uórum 134 Legislativo

I. Introducción

El control de convencionalidad constituye uno de los principales temas en materia jurídica. Sin embargo, ello no es del todo novedoso, pues ha existido ya en diversos países con mucha antelación e, incluso, en México, podríamos afirmar que el mismo se ha encontrado presente en nuestro sistema jurídico desde hace muchísimo tiempo en nuestro artículo 133 constitucional.

Lo que en nuestro país ha ocurrido en estos últimos tiempos ha sido una labor de reinterpretación de nuestro marco jurídico, reconociéndose que el mismo no se constituye solamente por la norma en sí, sino que es mucho más amplio. El presente trabajo pretende argumentar que el control de convencionalidad, sobre todo a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, puede ser empleado como una regla de reconocimiento¹ de nuestro ordenamiento jurídico en tanto permite identificar cuáles son las normas que son parte del sistema jurídico al cumplir con los criterios de validez material y formal.

A 10 años de la reforma constitucional más importante en materia de derechos humanos que nuestra Constitución Política de 1917 ha tenido, una afirmación como la que antecede, considero, viene a reafirmar la propia reforma en cuestión, dando pauta de la centralidad que los derechos humanos desempeñan hoy en día en el texto constitucional.

Metodológicamente, el trabajo se estructura con un primer apartado referente a la interpretación jurídica que es la antesala del control de convencionalidad, seguido del análisis propiamente concerniente al control de convencionalidad en México en el que, además, procedemos a realizar el análisis de este a la luz de la teoría del ordenamiento jurídico, con las figuras que le son concomitantes: unidad, carácter sistémico, validez y coherencia.

¹ La expresión originalmente corresponde a: HART, H.L.A., *The concept of law*, 2a ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 100 ss.

II. La interpretación jurídica a la luz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos

Interpretar el derecho resulta ser una tarea de la más trascendental importancia debido a que finalmente quien interpreta decide qué es y cómo se aplica una determinada norma jurídica. Esta tarea no es nada sencilla y tampoco debe confundirse con una forma subjetiva de aplicar el derecho, pues existen ciertas reglas que deben de ser observadas y sometidas a un control racional de justificabilidad que, precisamente, fundamenta porqué se aplica una norma de determinada manera.

La interpretación jurídica consiste en atribuir un significado a un elemento del orden jurídico.² Se interpretan reglas, principios, valores, derechos, obligaciones y demás elementos que pueden formalizarse a través de normas.³ Cada uno de estos elementos dispone de reglas o directrices especiales que determinan la manera o el modo en cómo debe de interpretarse algo. En el caso concreto, nos referimos a los derechos, pero no a cualquiera de ellos, sino a los derechos más elementales del individuo que justifican la razón de ser de toda entidad estatal: los derechos humanos.

Los derechos humanos tienen también directivas de interpretación que nos determinan el cómo debemos de aplicar las normas en las que se contienen tales derechos. Precisamente, uno de los más grandes logros de la reforma constitucional de 2011 fue la inclusión de reglas hermenéuticas para la interpretación de ellos, una situación no existente previamente en el texto constitucional.

2 VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 13.

3 ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, México, IJ-UNAM, 2011, pp. 85-86.

De este modo, la Constitución federal hoy día recoge lo que podríamos denominar una “directiva constitucional matriz” que orienta toda interpretación en tratándose de los derechos humanos, esta directiva matriz es la del principio *pro persona*. Este principio/directiva, en términos llanos obliga a aplicar en cada caso concreto, aquella norma que mayores beneficios reconozca al ser humano; se trata de una especie de regla de optimización o maximización del contenido normativo y, en contrapartida, en aquellos casos en donde se presente una restricción, el principio *pro persona* obliga a preferir aquella disposición que menores afectaciones provoque al ser humano.

De inicio, debe precisarse que no existe una regla general a aplicarse para todos los casos, por el contrario, se trata de un ejercicio concreto de análisis sistemático respecto de las normas que conforman al ordenamiento jurídico estatal y en el que se incluyen tanto las normas jurídicas de origen interno como las incorporadas al derecho nacional por vía de los tratados internacionales y demás fuentes formales de obligación internacional.

Este principio de máxima protección a la persona humana es, sin lugar a dudas, la piedra angular del engranaje nacional e internacional de protección de los derechos humanos y se constituye en la directiva constitucional matriz para la interpretación y aplicación de las normas. Este principio, incorporado con la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de junio de 2011 es de tal importancia que remodela inclusive el sistema de jerarquía de fuentes del derecho.

A todos los operadores jurídicos que nos formamos previos a la reforma en cita, se nos inculcó un derecho fundado en los principios cardinales de la supremacía normativa, la certeza y la seguridad de las normas, independientemente del contenido material de estas; es esto último, lo que se ha transformado y que ha permitido modificar la forma de ver e interpretar el derecho.

La validez formal no es ya un elemento constitutivo que garantice -en palabras de Jaques Derrida- “la fuerza de ley”,⁴ los derechos humanos obligan a que toda norma sea, además de formalmente válida, también materialmente compatible con los principios y valores fundamentales de los derechos humanos contenidos en el sistema jurídico.

En este sentido, y aplicando el principio de interpretación *pro persona*, no basta con que una norma haya sido formalmente creada y que disponga de una mayor o menor jerarquía normativa en el ordenamiento; cualquier norma, bajo este principio, puede ser preferida y aplicada por sobre otra, siempre y cuando, garantice en el caso concreto, la mayor protección a la persona.

Como se advierte, la tradicional pirámide normativa, propia de un positivismo ideológico⁵ cede ante el contenido sustancial de los derechos humanos pues, incluso, aquellas normas de jerarquía inferior pueden -en tratándose de derechos humanos- tener primacía por sobre aquellas otras que ostenten una mayor. Lo anterior no equivale a restar certeza y seguridad al ordenamiento jurídico, todo lo contrario, pues permite reconciliar el contenido formal con el material al cual aspira toda norma que es creada, precisamente, para ser aplicada en el mundo real.⁶

Para el logro de lo anterior es necesario partir de una interpretación conforme. Nuestro máximo tribunal de justicia en sus cada vez más emblemáticas resoluciones ha delineado una serie de pasos a seguir para el ejercicio de confrontación entre el derecho interno y el derecho internacional en la aplicación de las normas de derechos humanos, mejor conocido como control de convencionalidad (en sede interna).

4 Véase DERRIDA, Jacques, *Fuerza de ley, El fundamento místico de la autoridad*, Madrid, Tecnos, 2008, p. 60 ss.

5 Nos remitimos a la clásica distinción entre positivismo como ideología, teoría y método planteada por Norberto Bobbio. “Como ideología, el positivismo jurídico representa la creencia en ciertos valores y, sobre la base de esta creencia, confiere al derecho que es, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con el derecho ideal...”. BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2009, p. 52.

6 HERRERÍAS CUEVAS, Ignacio Francisco, *Control de convencionalidad y efectos de las sentencias*, México, Ubijus, 2011, p. 88.

Los pasos delineados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) son los siguientes: a) Interpretación conforme en sentido amplio, que implica que todas las autoridades del Estado mexicano deben de interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los operadores jurídicos deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles (facultad reservada exclusivamente a ciertos órganos estatales).⁷

Además de estos pasos a seguirse en el control de convencionalidad, es conveniente señalar también una serie de directivas menores –que se desprenden del principio *pro persona*- aplicables en tratándose de la interpretación en materia de derechos humanos y que han sido delineados precisamente por la jurisprudencia y doctrina relativa al derecho internacional de los derechos humanos.

i. Universalidad de los derechos humanos

De acuerdo con esta directiva, las normas relativas a los derechos humanos deben de ser aplicadas fundamentándose en el principio de igualdad de todo ser humano que conlleva como corolario la no discriminación. La universalidad implica garantizar a todos y cada uno de los individuos los derechos inherentes a la dignidad humana sin distinciones de raza, credo, nacionalidad, preferencias sexuales, políticas o de cualquier otra índole.⁸

⁷ PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, [Tesis aislada], Décima Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, diciembre de 2011, tomo 1, Tesis: P. LXIX/2011(9a.), página: 552.

⁸ PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Editorial Universidad de Buenos Aires (EUDEBA), 2009, p. 13.

ii. Interdependencia de los derechos humanos

Los derechos humanos no se encuentran aislados e independientes entre sí, sino que mantienen estrechos vínculos de conexión siendo todos en su conjunto necesarios para garantizar la existencia del ser humano, razón por la cual son considerados derechos esenciales. Así, el derecho a la vida no tiene sentido si no se garantiza el derecho a la alimentación o a la salud, como tampoco lo tiene el derecho a la participación política si no se dispone de derechos como el del acceso a la información o a la libertad expresión.⁹

iii. Indivisibilidad de los derechos humanos

Esta directiva se encuentra orientada a entender a los derechos humanos como un conjunto armónico, sistemático e interdependiente en el que no existen categorías o clasificaciones que, eventualmente, pudieran dar pauta a entender ciertos derechos como más o menos importantes. Clasificaciones frecuentes como la de derechos civiles y políticos, o, derechos económicos, sociales y culturales, han sido ideadas solamente con efectos didácticos, pero no para dividir a los derechos humanos los cuales, conforme a esta directiva, deben de entenderse como iguales en cuanto a su importancia y, por tanto, como iguales en cuanto a las correlativas obligaciones de protección, defensa y garantía de todos los Estados.

iv. Progresividad de los derechos humanos

Frecuentemente suele asociarse el término “progresividad” a los derechos económicos, sociales y culturales, por considerar que los mismos son derechos que implican un “hacer” de parte de la autoridad. En este sentido, implican erogaciones para los Estados en tanto que garantizar los derechos de corte social conlleva gastos presupuestarios que no todos los países están en condiciones de realizar; por ello, se afirma que deben de ser progresivos en tanto que deben de darse pasos que garanticen gradualmente la concreción de

⁹ Vid. COURTIS, Christian y ABRAMOVICH, Victor, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2004, pp. 37-42.

este tipo de derechos. Teóricos como Christian Courtis, Víctor Abramovich¹⁰ y Stephen Holmes –entre otros-, han demostrado que en realidad todo derecho implica costes para los Estados sin importar su contenido civil, político, económico, cultural, etcétera. Lo que en todo caso existen son márgenes de graduación, pero no una tajante distinción entre derechos “que cuestan” y derechos “que no”. Ser progresivo implica, en este sentido, no dar marcha atrás en los avances conseguidos en la protección, defensa y garantía de los derechos humanos, implica asumir una convicción de que los derechos humanos son insaciables en cuanto a su concreción, que siempre pueden hacerse más y mejores cosas en el ideario de lograr sociedades más igualitarias.¹¹

v. Optimizar la fuerza normativa de la constitución

La Constitución es la norma fundante de todo ordenamiento jurídico, en ella se condensan las reglas, valores y principios más elementales de una sociedad y, claro está, el catálogo de derechos humanos que configuran la esfera de lo indecible.¹² En este sentido, optimizar la fuerza normativa de la Constitución se traduce en una protección maximizada hacia los derechos humanos. La optimización implica: 1) Que todas las autoridades deben de aplicar e interpretar la constitución; 2) Si parece que una norma no tiene significado, hay que dárselo pero que sea congruente con los principios constitucionales y los derechos humanos; 3) incentivar entre los operadores jurídicos el sentimiento constitucional, esto es, de que la Constitución es la norma base de la interpretación, que sirve para interpretar el resto de las normas; 4) Buscar, entre todos los posibles, el significado más amplio, que ensanche los derechos humanos y los principios constitucionales.¹³

¹⁰ Véase COURTIS, Christian, *idem*; HOLMES, Stephen, *El costo de los derechos: porque la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2011, p. 31 ss.

¹¹ PINTO, Mónica. *Op. Cit.*, pp. 52-55.

¹² FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, 7ª ed, Trad. Perfecto Andrés, Madrid, Trotta, 2010, pp. 23-24.

¹³ VIGO, Rodolfo Luis, *Op. Cit.*, pp. 107-116.

vi. Entender la Constitución como parte de un sistema

Tiene que ver con el concepto de “bloque de constitucionalidad”. La Constitución es un sistema que se amplía a través de otras normas secundarias, antecedentes históricos, decisiones de los tribunales, tratados internacionales, costumbre, etcétera. En este sentido, deben de buscarse interpretaciones armonizadoras entre todos los significados jurídicos a partir de los principios constitucionales. A esto también se la ha llamado interpretación conforme, *balancing* o interpretación sistemática *lato sensu*.¹⁴

vii. Unidad del ordenamiento

Supone la presunción de constitucionalidad y legalidad del ordenamiento jurídico. Por tanto, la primera actitud del intérprete debe ser el suponer las normas como constitucionales y coherentes con el sistema de derechos humanos. A esto se le denomina doctrinalmente como el “dogma del legislador racional”, el cual implica que debemos siempre presumir que el legislador actúa constitucionalmente y racionalmente, pues es finalmente el representante de la voluntad soberana del pueblo. En consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad de una norma debe de ser la *última ratio*, pues antes de ello debe buscarse la armonización de la norma con el ordenamiento jurídico, debe dársele sentido si parece que no lo tiene o tratar de armonizarla. Solo si no hay remedio y la norma es manifiestamente contraria a los principios más elementales de los derechos humanos, se acudirá a la declaración de inconstitucionalidad.¹⁵

viii. Atender consecuencias sociales

Las decisiones judiciales y de autoridad deben de conciliar, en la medida posible, el derecho con la opinión ciudadana. Se debe de resolver conforme a derecho, pero sabiendo que esas decisiones tienen consecuencias sociales. La argumentación tiene que ser “consecuencialista” con los valores últimos del

¹⁴ *Ibidem.*, pp. 117-124.

¹⁵ *Ibidem.*, pp.125-126.

ordenamiento pues recordemos que la eficacia del derecho depende también del respaldo voluntario o consensual de sus destinatarios.¹⁶

Como se advierte, la labor del intérprete en tratándose de derechos humanos no es nada sencilla, requiere asumir en primer término una postura maximizadora del contenido material o substancial de los derechos humanos, privilegiando en todo caso la mayor protección a la persona. Este ejercicio de maximización o de irradiación de los derechos humanos implica abandonar primeramente una forma de interpretación clásica arraigada aún en muchos de los operadores jurídicos.

A 10 años de la reforma constitucional de derechos humanos, podemos decir que esta gran reforma afronta aún, como principal obstáculo para su consolidación, no ya solamente las leyes secundarias que reglamenten el contenido constitucional (una situación que, indudablemente es también importante). El problema mayor por abordar, se considera, es ante todo el cambio de cultura jurídica, el cambio en la forma de ver y entender al derecho, uno que no se limite a una sola validez formal que le confiere el sistema tradicional de fuentes del derecho, sino una validez también material determinada por la correspondencia que toda norma debe de tener con el sistema de principios y valores que los derechos humanos instauran en todo el entramado jurídico. Ese, es el principal obstáculo y reto para lograr interpretar los derechos humanos en su exacta dimensión, tomándolos en serio y no como simples hojas de papel al viento.

III. El control de convencionalidad *in praxis*

En nuestro país, el llamado control de convencionalidad tiene sus orígenes en la resolución de la “Consulta a trámite, expediente varios 912/2010” relativo a la instrucción ordenada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la resolución de 7/Sept/2010 dictada en el expediente Varios 489/2010, relacionado con la sentencia emitida el 23 de noviembre de

¹⁶ *Ibidem*, pp. 152-158.

2009 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso 12.511 Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos.

Es de mucha importancia conocer la resolución dictada por el tribunal pleno de la SCJN en el expediente varios 912/2010 y en especial los también orientadores conceptos que, en votos particulares y concurrentes, formularon los Ministros.¹⁷ En este sentido, se señaló:

“Que los jueces del Poder Judicial de la Federación al conocer de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan la Constitución Federal y/o Tratados Internacionales que reconozcan derechos humanos, en el ámbito de sus competencias.

Que los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, podrán desaplicar las normas que infrinjan la Constitución Federal y/o Tratados Internacionales que reconozcan Derechos Humanos, sólo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones.

Que las autoridades del país que no ejerzan funciones jurisdiccionales, deben interpretar los derechos humanos de la manera que más favorezca al ser humano, sin que estén facultados para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos.”¹⁸

La resolución de la SCJN del 14 de Julio de 2011, como puede verse, fue de gran trascendencia porque permitió el control de convencionalidad dentro del sistema judicial mexicano. Dentro del amplio abanico de criterios jurisprudenciales de los que disponemos a 10 años de esta resolución y, junto con ella, de la promulgación de la reforma constitucional en materia de derechos humanos que, sin lugar a dudas, condicionó la adopción de estos

¹⁷ PACHECO PULIDO, Guillermo, *Control de convencionalidad, Tratados internacionales de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2012, pp. XV-XVI.

¹⁸ *Ibidem*, p. XVI.

nuevos criterios, se prefiere, para efectos de este trabajo que conmemora los 10 años de la reforma constitucional, recurrir a las fuentes históricas y analizar, a efectos de presentar cómo el control de convencionalidad es hoy día la regla de reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico nacional, los criterios derivados del histórico fallo “Varios 912/2010”.

IV. Control de convencionalidad, regla de reconocimiento en el ordenamiento jurídico mexicano

La tesis jurisprudencial elegida para efectos del presente trabajo es la siguiente: “Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.” Misma que se desprende del asunto “Varios 912/2010”, tesis “LXVII/2011 (9a.)” y que puede leerse en el Libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, página 535 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.¹⁹

La tesis en cuestión permite el control de convencionalidad en sede nacional. Este tipo de control, como venimos adelantando, cambia la forma en la que era entendido el control jurisdiccional en México.

Podemos señalar que el desarrollo de los sistemas de protección de los derechos humanos está estrechamente relacionado con la aparición de las constituciones modernas. La propia declaración de los derechos y deberes del hombre de 1789 disponía ya en su artículo 16 que “Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”. Con el transcurso de los años, y, particularmente tras la Segunda Guerra Mundial, además del reconocimiento, fue también imperativo la existencia de instrumentos procesales, nacionales

¹⁹ CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD, [Aislada], Décima Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro III, diciembre de 2011, tomo 1, Tesis: P. LXVII/2011(9a.), página: 545.

e internacionales, cuyo objetivo fuera salvaguardar las normas de derechos humanos contenidas en las constituciones.²⁰

Los mecanismos procesales internacionales y nacionales tienen un objetivo común: reintegrar (a los gobernados) en el goce de los derechos humanos cuando han sido desconocidos o violados, por lo que indirectamente, la jurisdicción transnacional viene a ser también un mecanismo de protección del orden constitucional.

Ahora bien, en el contexto del continente americano, en la jurisdicción constitucional transnacional se encuentra el control de convencionalidad que exige la defensa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y para ello se estatuye el control amplio de convencionalidad del derecho interno de los Estados partes de la Convención. En otras palabras, la convencionalidad se trata de un examen de confrontación normativo del derecho interno con la Convención, siendo competente la Corte Interamericana, es decir, se trata de un control de convencionalidad en sede internacional.²¹

Por otra parte, cuando el juez local aplica directamente un instrumento de derecho internacional que otorga mayor protección a los derechos humanos, ejerce también jurisdicción constitucional transnacional, y en caso de que aplique directamente un precepto de la Convención Americana, existe un “control de convencionalidad en sede nacional”.²² Es en este último aspecto donde se circunscribe la protección de los derechos humanos por parte de todos los jueces.

Debe distinguirse el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad. El primero es un control concentrado porque se ejerce de manera exclusiva por ciertos órganos del poder judicial de la federación mediante una acción directa establecida en los mecanismos de amparo,

²⁰ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional, en: *Derecho Procesal Constitucional*, 5° ed., vol. I, México, Porrúa, 2006, p. 522.

²¹ REY CANTOR, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008, p. LII.

²² *Ídem*.

controversias, acciones de inconstitucionalidad, el juicio de revisión constitucional electoral y el juicio para la protección de los derechos políticos electorales, cuya función principal es invalidar leyes o actos, hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y los tratados internacionales.

Por otra parte, el control convencional que señala la tesis, es un control difuso, porque no se concentra en órganos específicos sino que establece que todos los órganos jurisdiccionales locales o federales en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada, estén obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en la norma inferior, es decir, están obligados a dejar de aplicar esas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la materia, sin hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos.

Ahora bien, el control convencional en sede nacional requiere una concepción actualizada del derecho, en donde los derechos humanos juegan el papel preponderante. En este sentido, la concepción de que las normas del derecho sean solo reglas de conducta de aplicación mecánica no abona al control de convencionalidad, en virtud de que los derechos humanos casi siempre se identifican con algo más que reglas: los principios, por lo que en sucesivos párrafos nos referiremos a ellos. Previo a realizar dichos comentarios, conviene señalar algunos aspectos que se desprenden del control de convencionalidad y que dejan entrever varios elementos de lo que doctrinariamente se conoce como la teoría del ordenamiento jurídico y en el que se encuentran presentes aspectos tales como la noción de sistema, unidad, validez, coherencia, consistencia y aspectos relacionados como antinomias y lagunas jurídicas, entre otros.

Como sabemos, el derecho reviste un carácter sistémico en el que las normas jurídicas que lo conforman, no existen nunca de forma aislada sino en un

contexto de normas que tienen entre sí relaciones particulares.²³ Esto se puede apreciar en la tesis sujeta a estudio en la que puede inferirse que en nuestro caso disponemos de un sistema u ordenamiento jurídico integrado por las disposiciones contenidas en el artículo 133 constitucional y que, conforme lo señalado en el artículo 1º del mismo ordenamiento, conducen a una interpretación sistémica de todas las normas fundadas en el principio esencial de protección a la persona humana.

Además del carácter sistémico, el ordenamiento jurídico reúne la característica de su unidad que debe ser entendida en el sentido de que todas las normas que lo componen se encuentran conectadas entre sí a través de una regla de reconocimiento. Dicha regla cumple la función de ser criterio de identificación del sistema y de establecer los requisitos de pertenencia al mismo.²⁴ La tesis en comento, permite claramente identificar la unidad de nuestro sistema jurídico, misma que se desprende del artículo 133 constitucional vinculado con el artículo 1º de nuestra norma fundamental. Relacionando estos artículos, como lo ha hecho ya el poder judicial de la federación, podemos estructurar una base o bloque (que vendría a ser la regla de reconocimiento) a la cual se pueden remontar directa o indirectamente todas las normas que conforman nuestro sistema.²⁵

En este sentido, se establece, una “unidad sistemática”.²⁶ Se trata de un sistema pues vincula las diversas normas del ordenamiento y da una unidad en tanto que toda norma deberá de cumplir con la regla de reconocimiento derivada de vincular los artículos 133 y 1º constitucionales, misma que podría expresarse como la interpretación conjunta de tratados, Constitución, leyes federales, locales y demás, bajo la aplicación del principio de mejor favorecimiento a la persona.

23 BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, Trad. Eduardo Rozo Acuña, Madrid, Debate, 1992, p. 153.

24 VÁZQUEZ, Rodolfo, *Teoría del derecho*, Oxford University Press, México, 2007, p. 73.

25 BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, *Op. Cit.*, p. 189.

26 Ídem.

Debe de advertirse que el texto constitucional no hace referencia únicamente a “los tratados internacionales de derechos humanos”, sino a los derechos humanos previstos en “tratados internacionales”. Esto significa que se contemplan no solo los tratados cuya naturaleza y esencia sea de derechos humanos, sino también las disposiciones que contengan tales derechos, así se encuentren en tratados internacionales que no formen parte del grupo reconocido con tal carácter (comerciales, por ejemplo).²⁷

También tiene que señalarse que la tesis bajo estudio no se refiere estrictamente a la jerarquía del ordenamiento jurídico nacional y, concretamente, al valor de los tratados en la jerarquía normativa, sino que la tesis solo hace mención al control convencional, es decir, a un nuevo mecanismo de control que habrá de ser observado por todos los servidores públicos para analizar las normas (en su sentido más amplio) a la luz de los derechos humanos.

Ante este nuevo panorama podemos señalar que, en tratándose de derechos humanos, las normas del orden jurídico no poseen una jerarquía de aplicación *per se*, sino que en cada caso concreto se deberá de aplicar aquella norma que más favorezca a la persona, sin importar si se trata de una norma constitucional, de un tratado internacional, ley federal o local, etc.

Lo anterior se denomina principio “pro persona” y en virtud del mismo, se deberá acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos humanos. Lo encontramos en el segundo párrafo del artículo 1º constitucional.²⁸

Un caso concreto se presenta cuando al servidor público le es posible aplicar dos o más normas vigentes, nacionales e internacionales, cualquiera que sea su jerarquía, en un mismo caso. Con esta regla, el servidor público deberá de seleccionar de entre las distintas normas concurrentes aquella que contenga

²⁷ Así lo ha señalado ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, párrafo 29. “EL EFECTO DE LAS RESERVAS SOBRE LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (ARTS. 74 Y 75)”.

²⁸ Se trata de un principio expreso. *Vid.* ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008, p. 41.

Q₁₃₄

la mejor protección para el individuo. En síntesis, se trata de que la norma con mejor protección a la persona prevalezca sobre otra de igual, inferior o, incluso, de superior rango.²⁹

El principio *pro persona* se constituye así en un criterio hermenéutico que habrá de ser el eje rector en la aplicación de las diversas normas que conforman al ordenamiento jurídico, en este sentido, dicho principio se constituye también como criterio de consistencia y coherencia del propio sistema.

La consistencia se refiere a las relaciones que se dan entre el contenido de las normas desde un punto de vista lógico mientras que la coherencia lo hace desde el axiológico.³⁰ Cuando el contenido de dos o más normas es incompatible, ya desde el punto de vista lógico o desde el axiológico, se presenta una antinomia.³¹

En el control de convencionalidad se desprende la coherencia que debe existir en nuestro orden jurídico en razón de que las diferentes normas que lo integran deben de guardar entre sí una relación de compatibilidad guiadas en todo momento por el valor que tiene que darse al ser humano considerándolo en su máxima expresión. Es decir, lo que en última instancia subyace al principio *pro persona* lo constituye el valor de la igual dignidad inherente a todo ser humano.

En efecto, es la dignidad, expresada en el principio *pro persona*, el sustento valorativo de nuestro sistema jurídico y, por tanto, base de la coherencia que debe existir entre todas las normas que lo conforman. Cuando una norma no reposa en la dignidad del ser humano dicha norma resulta incompatible con el sistema jurídico.

²⁹ HENDERSON, Humberto, *Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el Orden Interno: La Importancia del Principio Pro Homine*, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, n. 39, enero-junio 2004, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, p. 93.

³⁰ VÁZQUEZ, Rodolfo, *Op. Cit.*, p. 79.

³¹ *Ibidem*, p. 80.

En lo que hace a la consistencia, como se comentó en párrafos anteriores, la regla de reconocimiento que se deriva de vincular los artículos 133 y 1º de la Constitución federal señala las pautas para determinar cuándo una norma será considerada parte del orden jurídico. Así, puede suceder que desde el punto de vista lógico (consistencia) una norma ordene algo y otra lo prohíba de tal forma que sea imposible aplicar una sin violentar a la otra. Cuando el servidor público se encuentre en un caso como este, deberá de desaplicar la norma que sea menos benéfica dando prevalencia a la otra. Así es como lo señala la propia tesis jurisprudencial bajo estudio. En última instancia al poder judicial federal corresponderá declarar la invalidez de la misma por ser contraria al control de convencionalidad, constituyéndose así el principio *pro persona*, también en criterio de consistencia para el orden jurídico.

Debe señalarse que este criterio para la solución de incompatibilidades es ajeno a los criterios tradicionales para la superación de antinomias. Esto es así porque en los casos bajo los que deberá de aplicarse es en el de los derechos humanos que encuentran su fundamento último de validez en la dignidad de la persona humana y, por tanto, en principios y valores.

Bajo este análisis, no es que entre derechos humanos existan incompatibilidades (al menos desde el punto de vista teórico) porque todos ellos conforman un sistema armónico cuyo fin último es la protección del ser humano. Lo que se encuentra detrás de los derechos humanos son principios que no son susceptibles de jerarquización, tampoco de temporalización, ni mucho menos de especialización.

Los derechos humanos no se identifican con las características de las normas o reglas, sino que tienen sus propios criterios de identificación como bien lo ha señalado ya Ronald Dworkin³² y que podemos advertir con claridad en la tesis jurisprudencial en el sentido de que las normas no deben verse ya como

simples enunciados normativos que obligan, permiten o prohíben una conducta sino como algo mucho más complejo.

32 *Ibidem*, p. 48.

Bajo esta perspectiva, no existen incompatibilidades entre principios al menos desde el punto de vista abstracto. No obstante, en los casos fácticos bajo los cuales el juzgador debe de dar una respuesta, puede ocurrir que dos o más principios se encuentren en una situación de mutua exclusión en donde no pueda ser posible aplicar un principio sin afectar o dañar a otro.³³

Cuando en un caso concreto dos principios entran en colisión, es decir, que se contraponen uno al otro, uno de los dos tiene que prevalecer. En la tesis jurisprudencial, se desprende que deberá de privilegiarse aquel principio que, dentro de los que se encuentran en colisión, brinde mayores beneficios a la persona, o bien, produzca las menores afectaciones al derecho humano en cuestión. La regla es aplicar el principio *pro persona* pero el procedimiento para hallar la norma más favorable es el de la ponderación.

Ponderar es tomar una decisión sobre qué principio tendrá mayor peso y por consecuencia, cuál de ellos deberá ceder y cuál prevalecer solamente en el caso concreto. Para ponderar, dentro de los intereses en tensión se deberá establecer cuál de ellos posee mayor peso en el caso concreto; para poder realizar esto, se deberá establecer una relación de procedencia condicionada, la cual consiste en tomar en cuenta las condiciones del caso (qué afectación y qué satisfacción habrá si prevalece el otro principio). El resultado de este proceso conducirá a la determinación de un enunciado de preferencia; este debe fundamentarse racionalmente y debe adscribirse a las disposiciones de derecho fundamental.

La ponderación establece que la falta de satisfacción o de afectación de uno de los principios, dependerá del grado de importancia de la satisfacción del otro, es decir, cuanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción, o afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia del grado de satisfacción del otro. Por esta razón, algunos autores consideran que los principios básicamente son mandatos de optimización.³⁴ Este ejercicio

³³ A esta situación Norberto Bobbio la denomina antinomias impropias o antinomias de principio. *Vid.* BOBBIO, Norberto., 1992, *Op. Cit.*, pp. 202-203.

³⁴ Véase ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, *Op. Cit.*, pp. 85-133.

de ponderación para determinar cuál de los principios prevalecerá, debe ser realizado en cada caso particular por los operadores jurídicos a fin de determinar, con base en este procedimiento, cuál es el que proporciona la mayor protección a la persona.

Cabe señalar que en algunos casos será relativamente sencillo determinar la norma que (para ese caso) mejor protección otorgue al ser humano. No obstante, en casos más complejos, el procedimiento de la ponderación deberá de ser empleado para dilucidar la disyuntiva de aplicar diversas normas.

Volviendo a los principios, ellos no solo son de utilidad para solucionar incompatibilidades (cómo lo hace el principio *pro persona*). Podemos decir que esta utilidad es una consecuencia de una función mayor que consiste en darle al propio sistema jurídico su coherencia, sentido y unidad valorativa. En consecuencia, las reglas secundarias que emanan de la Constitución no podrán ir en contra de estos principios fundamentales, ya que de hacerlo serán inconstitucionales y carecerán de validez.

En cuanto a la validez, nos hemos referido implícitamente a ella en anteriores párrafos, pero vale la pena profundizar en la misma. La validez se refiere a una relación que se da entre las propias normas.³⁵ Podemos señalar que una norma será válida siempre que reúna los criterios de pertenencia que establece el sistema jurídico,³⁶ esto es, siempre que se cumpla con la regla de reconocimiento. Dicha regla, como se comentó, se desprende de vincular los artículos 133 y 1º de la Constitución y por la cual, una norma será válida siempre que sea acorde con la protección de los derechos humanos y la dignidad que, bajo el principio *pro persona*, subyace al ordenamiento jurídico.

Como se advierte, existe un cambio en el paradigma pues ya no se ve como válida una norma solamente por haber sido emanada de los órganos facultados y que haya seguido el proceso prestablecido en la ley, sino que

35 VÁZQUEZ CARDOZO, Rodolfo Darío, *Teoría del Derecho*, México, Oxford ed., 2008, p. 54.

36 *Ibidem*, p. 56

Q₁₃₄

ahora, para que una norma sea válida (y coherente con el sistema) deberá ajustar su contenido al respeto y a la protección de la dignidad humana. Consecuentemente, la norma será válida cuando el contenido de la misma se corresponda con el respeto y la protección de los derechos humanos.

En este nuevo modelo de interpretación, lo más importante es el contenido de la norma y, a pesar de que existan normas en el ordenamiento que en un primer vistazo pareciera que no se sujetan a esta idea (por ejemplo, la figura del arraigo), hay que recordar que las normas no están aisladas; es decir, se encuentran interconectadas y de ahí la coherencia del ordenamiento, pues en un segundo análisis más profundo, existen normas que regularán el uso de esta figura (el arraigo), además que existen los mecanismos para la defensa de cualquier acto que vulnere la esfera jurídica de los gobernados, tanto en el plano nacional como en el plano internacional, como lo son el debido proceso, la legalidad, el amparo, entre otros. Solo en un último término, agotados los instrumentos a nuestra disposición y realizadas todas las interpretaciones posibles, si se llega a la conclusión que una norma particular no puede ser armonizada, sobre todo por encontrarse en abierta tensión frente a los principios fundamentales de nuestro ordenamiento (como, se considera ocurre en el arraigo), podrá determinarse por las autoridades conducentes (el poder judicial de la federación) la inconstitucionalidad de la norma.

V. *Excursus* en torno a los derechos humanos a 10 años de la reforma

La reforma constitucional publicada, en el Diario Oficial de la Federación, el día 10 de junio de 2011 refunda –o mejor dicho aspira a refundar– la cultura jurídica de nuestro país, esto es, la concepción o forma de entender a la ciencia jurídica y, en concreto, a la ciencia constitucional, a través de la interpretación basada en la maximización de los derechos humanos conforme al principio *pro persona*.

Esta reforma, revitalizó a nuestra norma fundamental dotándola de un profundo contenido material a través de diversas reglas, principios y valores

con el objeto de lograr la máxima irradiación de los derechos fundamentales a todo el ordenamiento jurídico.³⁷

La reforma en comentó, impuso a los operadores jurídicos la obligación de desarrollar los mandatos constitucionales y de adaptar todo el sistema normativo a la nueva forma de ver e interpretar el derecho.

A diez años de la reforma en cita, los cambios son alentadores, los avances en materia de derechos humanos superan con creces todo el desarrollo normativo que previo a la reforma de 2011 pudo existir en nuestro país y ello es *per se* profundamente significativo. Tan solo adviértase esta situación en la asunción del control de convencionalidad como regla para aplicar el derecho, por parte del poder judicial de la federación, un criterio hermenéutico sin precedentes y que, como hemos visto, opera bajo directivas altamente progresistas.

A lo anterior podemos sumar, tan solo como otros ejemplos: la aplicación directa que de la Constitución se hace por diversos tribunales, el cambio de “época” de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la aprobación de una nueva ley de amparo, la reestructuración orgánica de diversos organismos públicos a fin de tutelar los derechos humanos en mejores condiciones, el reconocimiento pleno de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el efecto irradiador de todas sus sentencias, etcétera.

Sin lugar a dudas, esta reforma inauguró un nuevo paradigma en la interpretación y aplicación del derecho y, los resultados, se considera, han sido en gran medida positivos. No obstante ello, de ninguna manera debe de permitirse que el conformismo haga mella en el inconsciente colectivo, la reforma ha sido trascendental pero no ha –ni debe de- terminar aún; esta debe de vérsese tan solo como el primer paso –quizá el más importante- de una misión aún más trascendental que es la de colocar a los derechos humanos en su real valor y dimensión, lo cual implica, en primer lugar, reducir las

37 ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 43-46.

profundas desigualdades existentes entre lo que por una lado es el discurso y por el otro la situación fáctica de los mismos.

En este orden de ideas, el principal reto que la reforma constitucional en materia de derechos humanos aún enfrenta, para no quedarse solo en el papel y en el discurso, es el de poder llegar al día a día de todas las personas y, particularmente de aquellos que más los necesitan por encontrarse en la pobreza, por ser víctimas de las enormes desigualdades que aún existen en nuestro país, de la discriminación, el abandono y la opresión.

Es a estos individuos a quienes, tras 10 años de vigencia, la reforma habría de haber elevado y transformado para no perdurar las profundas condiciones de inequidad en la que se encuentran. La situación, como todos sabemos, poco ha cambiado, incluso, ante las graves crisis que hoy se ciernen sobre la humanidad entera (referencia expresa a la crisis sanitaria derivada del nuevo coronavirus Sars-CoV-2, junto con sus concomitantes consecuencias en la economía, trabajo, educación y otros tantos aspectos) probablemente sus condiciones han empeorado.

Como señalara el gran politólogo Norberto Bobbio,³⁸ antes de destinar nuestros esfuerzos a la elaboración de construcciones teóricas y novedosas sobre la fundamentación, el carácter o el sentido de los derechos, no debe perderse de vista la razón misma por la que empleamos este constructo y que no es otra que la de salvaguardar la dignidad inherente en todo ser humano. Es esta situación, la de la garantía y protección del ser humano, la que ante todo debemos de considerar y a la que más atención debemos de prestar.

Los derechos fundamentales se expresan en forma de normas y, dentro del sistema normativo, asumen la estructura de principios. Cuando usamos la expresión “derecho”, afirma Josep Raz, no nos referimos a las normas jurídicas en sí mismas, sino a la razón que justifica la existencia de tales normas.³⁹

38 BOBBIO, Norberto, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 2014, p. 22 ss.

39 RAZ, Josep, *El problema de la naturaleza del derecho*, Isonomía, n. 3, 1995, pp. 131-151.

Por ejemplo, el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece en su quinto párrafo el principio de igualdad, que es un derecho fundamental. Este derecho se manifiesta en el texto legal de forma asertiva “Queda prohibida toda discriminación”; en este caso, cuando hablamos del principio de igualdad no nos estamos refiriendo a la descripción normativa, sino a la razón que la motiva: los seres humanos no gozan de igualdad en la realidad y, por tanto, la propia Constitución reconoce esta situación fáctica, al proporcionar una optimización de precepto: la igualdad debe perseguirse eliminando todos los obstáculos existentes que impiden, de hecho, alcanzar esa hipotética condición de plenitud para todas y para todos.

A partir de este parámetro, los derechos humanos se articulan normativamente como razones o principios de especial valor en el ordenamiento jurídico. En tanto “razones”, proporcionan las directrices o parámetros de la acción a realizar para su garantía y eficacia, operando como una especie de “norma de reconocimiento” de todo el ordenamiento jurídico.⁴⁰ Es esta, precisamente, la fuente o matriz en la que reside su fuerza.⁴¹

Estos derechos dan lugar, por tanto, a una “pretensión de corrección” del ordenamiento jurídico. Normalmente, las decisiones jurídicas se relacionan con cuestiones de distribución y compensación. En definitiva, estos problemas son, a su vez, una cuestión de justicia. Robert Alexy sostiene que un ordenamiento que no responde a estos parámetros es un orden autoritario.⁴² Los derechos fundamentales, en cuanto principios constitucionalizados, son expresión de una clara posición del ordenamiento jurídico frente al individuo,⁴³ se trata de valores positivizados al interior del ordenamiento

⁴⁰ Véase PALOMBELLA, Gianluigi, *L'autorità dei diritti, I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

⁴¹ FEINBERG, Joel, *The nature and value of rights*, Journal of Value Inquiry, n. 4, 1970, pp. 245-257.

⁴² ALEXY, Robert, *El no positivismo incluyente*, Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho, n. 36, 2013, p. 16.

⁴³ ALEXY, Robert, *On necessary relations between Law and morality*, Ratio Juris, n. 2, 1989, pp. 167 ss.; MORALES, José Juan, *El reino de los derechos y la objetividad de la moral*, Revista Virtual de la Facultad de Derecho, n. 5, 2003, pp. 9 ss.; NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Ariel, 2003, pp. 417-423; HABERMAS, Jürgen, *Morale, diritto e politica*, Torino, Comunità ed., 1992, p. 36; ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2010, p. 112.

y corresponden a una elección contingente o convencional asumida por el Estado.⁴⁴

Los derechos responden a una orientación deontológica, relativa al “deber ser”. El mismo hecho de que deban de ser reconocidos en la Ley Fundamental implica que esta situación (la de su reconocimiento) es necesaria porque en la vida real el ser humano muchas veces no tiene lo que estas normas sancionan.

Los derechos humanos son una construcción social,⁴⁵ un antídoto a las desigualdades existentes en la vida real que, a través de estos principios, intentamos corregir:

“La igualdad no es un hecho sino un valor; [...] su declaración no es una declaración, sino una receta; [...] como tal lo asumimos y defendemos precisamente porque, de hecho, somos diferentes y desigualdades: en apoyo, por un lado, de la igualdad de valor que queremos garantizar a todas nuestras diferencias de identidad (de sexo, idioma, religión, nacionalidad, opinión política y condiciones personales y sociales... y, por otro lado, la eliminación o reducción que queremos promover de las desigualdades (como obstáculo para el pleno desarrollo de la persona humana...)”.

Por ello, ante todo reafirmamos que, es a los más desprotegidos a quienes los derechos humanos se dirigen, es a ellos frente a los que se debe de redoblar todo esfuerzo a fin de que dispongan de lo que las normas de derechos humanos efectivamente dicen.

La historia de los derechos humanos es también la historia de su conquista, una historia que dista mucho de esa imagen idílica con la que suele relacionarse la expresión “derecho humano”. Es una historia de sufrimiento,

⁴⁴ ALEXY, Robert, *El no positivismo incluyente*, Op. Cit., p. 16.

⁴⁵ NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos, Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989. p. 2; ZAGREBELSKY, Gustavo, *La legge e la sua giustizia, Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2017, p. 112; VIOLA, Francesco, *¿Los derechos humanos, son derechos naturales?* *Quaestio iuris*, n. 2, 2013, pp. 171 ss.

servidumbre, opresión y guerra librada en los campos político, económico, moral y religioso.

Detrás de todo derecho humano siempre resuena el eco de una injusticia sufrida, por esta razón, Luigi Ferrajoli afirma que los derechos son siempre las “leyes del más débil” como alternativa a la ley del más fuerte que gobernaba y gobernaría en su ausencia.⁴⁶ Los derechos humanos contienen en sí mismos una “prisión dolorosa en su idioma” porque constituyen la culminación de la libertad de los históricamente marginados.⁴⁷

Ahora bien, cambiar estas situaciones de opresión (sería ingenuo) no solo pasa por ampliar el ámbito del conocimiento de los destinatarios de estas normas, sino también requiere de un cambio en la forma en la que los operadores jurídicos ven, piensan y entienden al propio derecho. En suma, lo que se requiere es un cambio en la cultura jurídica de todos y de todas, para que los derechos humanos sean verdaderamente tomados en serio.⁴⁸

El nuevo paradigma inaugurado por la reforma debe de ser llevado a la práctica, las bases jurídicas han sido delineadas constitucionalmente, falta ahora traducirlas a la realidad. Se requiere vivenciar a los derechos humanos en el día a día, hacerlos efectivos, hacerlos reales en el mundo fáctico y no solo en el normativo. El “cambio en la cultura jurídica”, se sostiene, es aún el más grande obstáculo a lograr y que, como se ha visto, es también la empresa más ardua de llevar.

Si bien es cierto que el principal problema a combatir no es el jurídico sino el social/cultural, también lo es que el derecho sí cumple una función orientadora de la conducta humana pues determina el acontecer cotidiano de toda persona. En este sentido, a través del derecho pueden ser logrados cambios culturales dentro de una sociedad, puede ser una guía para entender

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Op. Cit.*, pp. 54-55.

⁴⁷ WILLIAMS, Patricia, La Dolorosa prisión del Lenguaje de los Derechos, en: BROWN, Wendy y WILLIAMS, Patricia, *La Crítica de los Derechos*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2003, p. 55.

⁴⁸ Se retoma la conocida expresión de: DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Bloomsbury Academic, 1978, p. 184 ss.

Q₁₃₄

los nuevos avatares y retos que demandan las sociedades complejas, así como las posibles soluciones ante la vorágine de problemas a las que tales sociedades se enfrentan.

La reforma constitucional de junio de 2011, bajo estos parámetros, debe de ser maximizada también a través de la reglamentación de las disposiciones normativas que se vieron afectadas. A 10 años de la reforma, aún hay leyes secundarias que no han sido desarrolladas, tan solo como un ejemplo, se vea la aún faltante ley sobre reglamentación de los estados de emergencia o de excepción la que, en términos de la propia Constitución comporta una eventual suspensión o restricción a los derechos fundamentales (art. 29 Const.).

El efecto irradiador de los derechos humanos debe de ser reconducido a todo nuestro sistema jurídico para que, en el día a día de todo operador jurídico, los derechos humanos sean inseparablemente su herramienta orientadora en la aplicación del derecho. De este modo, a través del propio derecho, se pretende influir en todo el entramado estatal para dar cuenta que los derechos humanos son, hoy por hoy, la piedra angular sobre la que se sustenta la legitimidad, e incluso la propia existencia, del Estado.

Desde el poder legislativo, se dispone de ese apremiante e ineludible deber/facultad de hacer posible el efecto irradiador de los derechos humanos a través de la reglamentación de las disposiciones correspondientes, así como de la armonización de las restantes normas que conforman nuestro ordenamiento jurídico y que, eventualmente, pueden no responde al paradigma garantista inaugurado por la reforma constitucional de 2011.

A 10 años, no han sido reglamentados diversos preceptos constitucionales, se ha omitido desarrollar los derechos humanos tutelados por nuestra Constitución y con ello, se ha violentado el mandato constitucional. Fuera del escenario de cambio social y cultural, dentro del Congreso de la Unión, es posible y necesario emprender acciones inmediatas dirigidas a la armonización del marco normativo interno, el caso de la Ley reglamentaria del artículo 29 constitucional es tan solo un ejemplo.

En el ámbito de la legislación secundaria, también existen asignaturas pendientes; tareas que pueden logarse armonizando y, en algunos casos, eliminando, la legislación incompatible con esta reforma, como simples ejemplos, podemos señalar: la figura del arraigo; la prisión preventiva oficiosa; la potestad de aceptar, en cada caso, la jurisdicción de la Corte Penal Internacional; la “flagrancia equiparada”, etc., figuras que, aunque insertas en el texto constitucional, responden a un tradicional paradigma positivista/legalista recalitrante, incapaz de ser armonizado con un paradigma fundado en la tutela de los derechos fundamentales y, particularmente, en el principio de máxima protección a la persona.

Nuestra Constitución, en palabras de Zagrebelsky, es dúctil, responde a una pluralidad de contenidos pero que en su conjunto deben –a partir de la reforma de junio de 2011- ser reconducidos a un único principio guía en la aplicación del derecho: la máxima protección del ser humano. Solo así podrá tener el alcance suficiente para desterrar de nuestro ordenamiento jurídico y, de la propia cultura jurídica, el mantenimiento de instituciones y figuras que no corresponden a un Estado constitucional y democrático de derecho.

Son múltiples los obstáculos frente a los cuales se enfrenta nuestra reforma constitucional en materia de derechos humanos, aún se yerguen los viejos modelos legalistas fundados en el positivismo ideológico con los que casi todos los operadores jurídicos nos formamos en este país. Resulta sin lugar a dudas difícil asumir de un momento a otro una nueva forma de ver, entender, interpretar y aplicar el derecho, más, sin embargo, de no hacerlo, esos viejos fantasmas seguirán rondando, socavando la eficacia y la trascendencia de la reforma constitucional más importantes en la historia de nuestro país.

VI. Conclusiones

Entre las transformaciones más importantes se encuentran las culturales, las mentales, ligadas a la forma en que se entienden e interpretan las cosas. El derecho no es ajeno a todo esto, es un producto cultural, cambiante, determinado por las condiciones históricas, políticas y sociales. La “ley”

Q¹³⁴

responde a un tiempo, a un contexto y, claramente, a una ideología particular. Por tanto, no es el “derecho” como tal lo fundamental, sino la idea o interpretación que se da de él y en torno a la cual giran los grandes problemas y reflexiones de la ciencia jurídica.

En efecto, Gustavo Zagrebelsky señala:

“Lo que importa y de lo que todo depende es la idea del derecho, de la Constitución, del código, la ley, la sentencia. La idea es tan decisiva que a veces, donde está particularmente viva y ampliamente aceptada, incluso es posible prescindir de la “cosa” en sí [...] Y, por el contrario, donde no existe, se disuelve en múltiples arroyos que cada uno alimenta a su gusto, la ley “positiva” se pierde en una Babel de lenguajes incomprensibles entre sí y desconcertantes para el público profano.”⁴⁹

A 10 años de la reforma constitucional más importante en la materia desde la existencia de nuestra norma fundamental, los derechos humanos han pasado a situarse en el centro del engranaje estatal y a ser parte de los discursos contemporáneos escuchados tanto en la labor pública, como en la academia y en otros sectores. No obstante, es allá donde más hacen falta estos derechos en los que aún no arriba su eco y su fuerza transformadora.

Arreglos institucionales y jurídicos como el control de convencionalidad son herramientas “interesantes” que permiten fortalecer el contenido esencial de los derechos fundamentales, así como propender por su promoción y tutela; sin embargo, no son en modo absoluto la panacea. Esta última pasa por hacer llegar a los más urgentes destinatarios de estos derechos el conocimiento que les permita hacerlos efectivos en su día a día. Del mismo modo, es necesario cambiar esa forma de pensar e interpretar el derecho que aún se prolonga en múltiples operadores jurídicos y que impide la concreción de esta reforma.

⁴⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, p. 3.

En este trabajo hemos pretendido analizar el control de convencionalidad y propugnarlo como una “clave” hermenéutica para determinar las normas que “hacen parte” del ordenamiento jurídico nacional. Se ha visto que, esta nueva forma de interpretación tiene su origen, de una parte, en los grandes avances regionales en materia de derechos humanos, inaugurados por el activismo judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero también, por el reconocimiento que de esta, su jurisdicción y, el alcance de la interpretación, han hecho los respectivos Estados del sistema interamericano. De otra parte, en nuestro país, la recepción de esta forma de control jurisdiccional y, sobre todo, la evolución que ha tenido en los últimos diez años, pasa necesariamente por el tamiz de los progresos experimentados con motivo de la reforma constitucional en materia de derecho humanos de 2011.

Ambos eventos se han presentado de manera concomitante y, afortunadamente, se han dado en un contexto caracterizado por una cada vez mayor concientización respecto del sentido, alcance y contenido de los derechos fundamentales. Como señalara, de nueva cuenta, Norberto Bobbio, nos encontramos hoy en día en el “tiempo de los derechos”⁵⁰ y esto, en el caso de México, puede verse, tanto en su texto constitucional, como en las leyes secundarias y en la interpretación jurisdiccional que de los mismos se ha hecho en tiempos recientes.

Sin embargo, y como hemos señalado en esta investigación, no debemos de perder de vista que los derechos fundamentales, así como las herramientas para su promoción y garantía, son ante todo “constructos” ideados para transformar situaciones de inequidad que, hoy en día, se estiman intolerables.

Más allá de la creación de novedosas herramientas o bien, de interesantes discusiones abstractas que puedan hacerse sobre estos derechos, la exigencia real e inmediata que se demanda es el de transformar realmente, en la *praxis*, aquellas situaciones de pobreza extrema, desigualdad, discriminación, dolor y sufrimiento que tan frecuentemente circundan a las sociedades contemporáneas. Frente a estos retos, ante todo, nuestras principales

⁵⁰ BOBBIO, Norberto, *L'età dei diritti*, Op. Cit., p. 16.

herramientas serán, de una parte, el conocimiento que de estos derechos pueda darse a quienes más los necesitan, sus legítimos destinatarios, y, por la otra, el cambio de interpretación (el cambio en la cultura jurídica) por parte de los servidores públicos y de los diversos operadores de los mismos.

VII. Bibliografía

ALEXY, Robert, *El no positivismo incluyente*, Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho, n. 36, 2013.

ALEXY, Robert, *On necessary relations between Law and morality*, Ratio Juris, n. 2, 1989.

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008.

ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2010.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho, Teorías de la argumentación jurídica*, México, IIJ-UNAM, 2011.

BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2009.

BOBBIO, Norberto, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 2014.

BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, Trad. Eduardo Rozo Acuña. Madrid, Debate, 1992.

COURTIS, Christian y ABRAMOVICH, Víctor, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2004.

DERRIDA, Jacques, *Fuerza de ley, El fundamento místico de la autoridad*, Madrid, Tecnos, 2008.

DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Bloomsbury Academic, 1978.

FEINBERG, Joel, *The nature and value of rights*, Journal of Value Inquiry, n. 4, 1970.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías, La ley del más débil*, 7ª ed., Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2010.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Aportaciones de Héctor Fix-Zamudio al derecho procesal constitucional, en: *Derecho Procesal Constitucional*, 5º ed., vol. I, México, Porrúa, 2006.

HABERMAS, Jürgen, *Morale, diritto e politica*, Torino, Comunità ed., 1992.

HART, H.L.A, *The concept of law*, 2a ed., Oxford, Clarendon Press, 1994.

HENDERSON, Humberto, *Los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en el Orden Interno: La Importancia del Principio Pro Homine*, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, n. 39, enero-junio 2004, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

HERRERÍAS CUEVAS, Ignacio Francisco, *Control de convencionalidad y efectos de las sentencias*, México, Ubijus, 2011.

HOLMES, Stephen, *El costo de los derechos: porque la libertad depende de los impuestos*, Buenos Aires, Siglo XXI editores, 2011.

MORESO, José Juan, *El reino de los derechos y la objetividad de la moral*, Revista Virtual de la Facultad de Derecho, n. 5, 2003.

Q¹³⁴

NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos, Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989.

NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, Buenos Aires, Ariel, 2003.

PACHECO PULIDO, Guillermo, *Control de convencionalidad, Tratados internacionales de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2012.

PALOMBELLA, Gianluigi, *L'autorità dei diritti, I diritti fondamentali tra istituzioni e norme*, Roma-Bari, Laterza, 2002.

PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires (EUDEBA), 2009.

RAZ, Josep, *El problema de la naturaleza del derecho*, Isonomía, n. 3, 1995.

REY CANTOR, Ernesto, *Control de Convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008.

VÁZQUEZ CARDOZO, Rodolfo Darío, *Teoría del Derecho*, México, Ed. Oxford, 2008.

VÁZQUEZ, Rodolfo, *Teoría del derecho*, México, Oxford University Press, 2007.

VIGO, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.

VIOLA, Francesco, *¿Los derechos humanos son derechos naturales?* Quaestio iuris, n. 2, 2013.

WILLIAMS, Patricia, *La Dolorosa prisión del Lenguaje de los Derechos*, en: BROWN, Wendy y WILLIAMS, Patricia, *La Crítica de los Derechos*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *La legge e la sua giustizia, Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, 2017.

Q uórum 134 Legislativo