



LA FUNCIÓN GARANTE DEL ESTADO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE DERECHO

OMAR GIOVANNI **ROLDÁN OROZCO**



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

LA FUNCIÓN GARANTE DEL ESTADO
CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL
DE DERECHO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 270

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Miguel López Ruiz
Cuidado de la edición

José Antonio Bautista Sánchez
Formación en computadora

Lucía Angélica Olvera Badillo
Apoyo editorial

Edgar Daniel Martínez Sánchez
Elaboración de portada

OMAR GIOVANNI ROLDÁN OROZCO

LA FUNCIÓN GARANTE
DEL ESTADO
CONSTITUCIONAL
Y CONVENCIONAL
DE DERECHO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2015

Primera edición: 3 de julio de 2015

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-6655-3

CONTENIDO

Introducción	XI
CAPÍTULO PRIMERO	
LA FUNCIÓN ESTADUAL EN EL CAMINO	
HACIA LA MODERNIDAD DEL ESTADO	1
I. Introducción	1
II. De la forma estadual al Estado garante	4
1. Preservación de justicia y orden estadual	5
2. La forma estadual como necesidad política natural	10
III. La instauración del Estado	15
1. El Estado como tenencia del poder	15
2. El Estado como manifestación de la voluntad general	20
3. El Estado limitado; la autoridad garante	24
4. El Estado como contrato social	26
IV. El Estado constitucional garante	28
1. La función del Estado como condición de justicia: el actuar constitucionalmente establecido	29
2. El Estado como modelo garantista: su actuar a partir de la materialización democrática de la regulación de derechos	35
V. Conclusiones	37

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LA RECEPCIÓN

DEL DERECHO INTERNACIONAL	41
I. Introducción	41
II. Del Estado de derecho al Estado constitucional de derecho.	42
III. Reforma constitucional de derechos humanos en México	51
1. Cambios sustantivos o al sector material	51
2. Cambios operativos o al sector de garantía	52
IV. La Constitución y los derechos.	56
El artículo 1o. constitucional y su adecuada interpretación	60
V. Recepción constitucional del derecho internacional de los derechos humanos	67
VI. Apertura al derecho internacional.	72
VII. Conclusiones	74

CAPÍTULO TERCERO

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Y SU INTERNACIONALIZACIÓN	77
I. Introducción	77
II. El control de convencionalidad en la protección de derechos humanos	78
1. Convencionalismo	78
2. Control convencional concentrado	80
3. Control convencional difuso	83
III. Derecho constitucional internacional.	88
IV. Derecho globalizado supranacional.	93

V. Justicia constitucional y su internacionalización	98
VI. Algunas reflexiones en torno al control de constitucionalidad, control de convencionalidad y a la actividad protectora de derechos humanos.	104
VII. Conclusiones	113

CAPÍTULO CUARTO

LA CONSOLIDACIÓN DEMOCRÁTICA DEL ESTADO

A PARTIR DE LA LABOR GARANTE

DE LAS AUTORIDADES: HACIA UN ESTADO

CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE DERECHO.

I. Introducción.	117
II. El Estado democrático-constitucional de derecho	119
1. Constitucionalismo.	121
2. Democracia	127
III. La legitimación del Estado	136
1. La justicia como condición de legitimación.	140
2. La labor del juez proactivo.	142
IV. Garantismo y democracia constitucional.	145
V. Estado constitucional y convencional de derecho	148
VI. Conclusiones	152
Conclusiones generales	155
Bibliografía	159

INTRODUCCIÓN

La función garante del Estado constitucional y convencional de derecho es una de las directrices de actuación perseguidas desde hace ya mucho tiempo sin que al respecto surjan respuestas efectivas para que se materialice; sin embargo, ello no indica que se trate de una tarea imposible o que necesite de grandes cambios para que se dé, pues su instauración efectiva puede lograrse a través de la adecuada intervención de las autoridades que integran al propio Estado.

El objetivo de este trabajo es más deontológico y propositivo en un plano del constitucionalismo visto desde la teoría política, y constituye un ejercicio propositivo que pretendo perfeccionar y hacer extensivo en futuras investigaciones. Lo que intento ahora es crear conciencia entre las autoridades que integran al Estado, convencerlas de que la función efectiva que realizan en el campo de la protección de derechos humanos es el paso más importante para poder hablar de un Estado legítimamente constituido; es decir, que entiendan que en la labor que cada una desempeñe estará depositada la confianza y la certidumbre de cada individuo.

Trato de crear (tal vez de manera un tanto aventurada) un manual del gobernante, en el que, con argumentos, se diga cuál es la función que se debe desempeñar. No pretendo hacer una modificación revolucionaria o crear una nueva Constitución, simplemente dejar claro que en el campo de los derechos humanos los cambios evolutivos sí favorecen, y la amplitud es algo que se debe considerar al momento de ejercer el poder.

Insisto, no se proponen modificaciones a ninguna ley, cambios de palabras o párrafos; la consideración es un poco más profunda, y trata de desentrañar el verdadero significado de la función de una autoridad en el ámbito de los derechos humanos.

Este manual del gobernante (como intento describirlo, sin que en ningún momento pretenda estar a la altura de la magnífica creación de Nicolás Maquiavelo) quiere decirle al Estado, como unidad política, cuál es el camino que debe tomar y cuál postura asumir cuando se trate de derechos humanos.

Dicho planteamiento pensé desarrollarlo bajo dos esquemas principales: el primero, que comprende a los dos primeros capítulos de este trabajo y que camina sobre los aspectos histórico-teóricos al tiempo de la adopción de soluciones a las necesidades actuales de la vida en sociedad. El segundo esquema tiende a ser un tanto más propositivo en cuanto a describir las acciones que deben emprender las autoridades para erigirse como auténticas garantes de derechos humanos.

De manera específica, en el primer capítulo se trata un camino que va desde Platón hasta Luigi Ferrajoli, en el que se hace visible que la necesidad de un Estado garante, como forma efectiva de gobierno, es una de las preocupaciones que ha avanzado sin que al respecto se hayan logrado las condiciones necesarias para que ello sea posible. Trato de hacer una adecuación de las diversas concepciones tratando de no salirme de la línea discursiva y propositiva que manejo respecto de la labor que tiene el Estado como garante de derechos humanos, escuchando a cada autor y tomando aspectos argumentativos que solidifiquen mis consideraciones al respecto.

En el segundo capítulo intento abordar la importancia que reviste la apertura del derecho interno a la recepción del derecho internacional, así como, en su momento, la apertura hacia afuera que pudiera tener nuestro derecho constitucional; es decir, lograr una internacionalización del derecho constitucional como modelo efectivo de protección a los derechos humanos. En dicho apartado trato de invitar a la autoridad a la reflexión de que la incorporación del derecho internacional no transgrede soberanías si lo que se busca es amplitud en la protección de derechos humanos, así como considerar la relevancia que el derecho internacional imprime al tratamiento de los derechos humanos.

En el tercer capítulo abordo, de manera propositiva, la posibilidad de que las autoridades adopten de manera efectiva el derecho internacional en el ejercicio de sus funciones, incluso considerando que la interpretación que se haga cree puentes entre cortes supremas y tribunales internacionales en el plano interamericano, sin dejar fuera la posibilidad de que en algún momento pueda darse en el plano mundial.

Por último intento establecer que la función garante es una actividad conferida a todas las autoridades en el ámbito de sus competencias, y que la labor de control constitucional o control convencional debe suprimirse para considerarse como una actividad protectora de derechos humanos que constituye una obligación expresa tanto para autoridades administrativas como para actividades jurisdiccionales.

El camino en la protección de derechos humanos no ha sido fácil; de hecho, nuevas propuestas que apuesten por un plano doctrinario y del deber ser dentro de la función de las autoridades es menos sencillo; sin embargo, confío en que la sensibilización y la función interpretativa llevada de la mano con la actualización en este rubro y con un desempeño pro activo de las funciones de las autoridades ayudará a crear un Estado, visto como unidad, capaz de convertirse en un modelo garante y protector a nivel internacional. La autoridad tiene en sus manos la posibilidad de hacerlo oficiosamente; pero si esto no sucede, tal vez sería pertinente abordar el replanteamiento constitucional en el ámbito normativo con el establecimiento de nuevos mecanismos de garantía y de obligaciones sancionables para las autoridades, que tendrían que hacerse ver en un manual para el individuo.

CAPÍTULO PRIMERO

LA FUNCIÓN ESTADUAL EN EL CAMINO HACIA LA MODERNIDAD DEL ESTADO

I. INTRODUCCIÓN

El estudio y comprensión de lo que hoy envuelve la palabra “Estado”, invariablemente nos sitúa en distintos planos, dependiendo de lo que se intente transmitir. Por ello, identifico como función estadual a toda una línea de pensamiento que marca los inicios de un Estado garante de derechos y libertades humanas. El punto fino de este estudio tiene que ver con la idea de colocar al Estado como aquel máximo ente al que se le otorgan atribuciones, facultades y competencias, con la única finalidad de que su dirección tenga como principal premisa colocar a la dignidad humana como la máxima universal a alcanzar. Es preciso aclarar que la metodología de estudio es ya un poco desinteresada de aquellas concepciones por demás estudiadas, pero que sin duda alguna han marcado total trascendencia en el avance y concepción de lo que hoy se quiere demostrar. Los estudios de George Jellinek¹ y los elementos constitutivos del Estado sientan las bases del estudio de la teoría del Estado, desde la que sin duda se abren las brechas como punta de lanza para el estudio complementario de la labor estadual.

El territorio, la población y el gobierno son, claramente, elementos sin los cuales sería inútil hablar de atribuciones o facultades delegables al Estado, representan la *conditio sine qua non*

¹ Para ahondar acerca del tema y de la referencia conceptual del Estado que contempla a los elementos constitutivos del mismo (territorio, población y gobierno), véase Jellinek, George, *Teoría general del Estado*, México, Oxford University Press, 1999.

para la tenencia del poder. Es claro que la función estadual se va a desenvolver dentro de los límites que se le han conferido, y teniendo en cuenta que para ello es necesario tener bajo su responsabilidad el respeto (al mismo tiempo que la protección) de aquellos que son parte integrante de su Estado. La función de gobierno y la división de poderes que la enmarcan representan, considero, la mayor responsabilidad dentro de la dinámica del poder. Ya Montesquieu² hacía referencia a esta innegable necesidad de establecer pesos y contrapesos al interior del Estado, pues dejar toda la responsabilidad de gobernar en manos de un solo poder contraviene significativamente los principios de un Estado de derecho.

Precisamente, hablar de Estado de derecho como un Estado constitucional que tiende, de manera efectiva y propositiva, a convertirse en un auténtico garante y promotor de los derechos humanos es lo que preocupa aquí; es decir, que la función efectiva a cargo de las autoridades del Estado siempre tenga como finalidad próxima la protección de los derechos humanos. Partiendo de esta premisa, es que se acude a algunos de los autores clásicos, buscando en sus pensamientos, de manera particular, y en la adecuación de sus teorías a la realidad, de manera general, esa homologación teórico-comparativa que sienta las bases para que las ideas se lleven a la práctica con su mejor adaptación.

Ermanno Vitale ha dejado claro, en sus estudios sobre teoría y filosofía política, que la importancia de darle un sustento teórico a cualquier trabajo analítico que se realice reside en la esencia del impacto que se desea tener; no necesariamente se deben tomar en cuenta autores que tiendan a robustecer lo dicho; de hecho, lo ideal es confrontar ideas para tener la oportunidad

² La separación de poderes que sostiene Montesquieu es abordada de manera clara y consistente por Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La división de poderes y la función jurisdiccional”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, México, año IV, núm. 7-8, enero-diciembre de 2007, pp. 175-211. Incluso, el análisis se hace extenso con autores como Aristóteles, John Locke, Felipe Tena Ramírez y el doctor Héctor Fix-Zamudio.

de debatir con el pasado, pero pensando siempre en lo que hoy podemos hacer por el futuro.

El presente capítulo no hace más que sentar las bases teóricas de la temática principal; se intenta crear una infraestructura sólida que sea capaz de soportar, con argumentos, la propuesta a la labor pendiente de nuestras autoridades con relación a la protección y garantía de los derechos humanos.

Por ello, es importante destacar que la concepción de un Estado es a partir de las consideraciones de José Julio Fernández Rodríguez, quien defiende su nacimiento en los siglos XV y XVI,³ en donde el Estado ha aparecido como una nueva y específica forma de organización, en las circunstancias concretas que caracterizaron el fin de la Edad Media y el principio de la Edad Moderna.⁴

La fundamentación teórica no puede ser sino con las tesis más relevantes que existen en la materia; tal vez hay algunas que se han dejado fuera, pero lo importante es que la línea discursiva y propositiva se siga de una manera efectiva. La estructuración del presente apartado es básica y sin mayor complicación; lo que se intenta rescatar es la concepción de Estado (o forma de organización o estructura política) que se ha tenido desde Platón, y cómo es que ésta ha evolucionado al hablar de la instauración del Estado mismo, que se funda en la base de contratos. Desde Maquiavelo hasta Ferrajoli se analiza la forma en la que se considera que se debe desenvolver la función estadual, cuáles son las condiciones para aceptar el sometimiento a un dirigente y cómo es que esto se consigue. Los postulados son la base, lo que a nosotros corresponde es desentrañar la utilidad que actualmente (si consideramos las formas en las que se desenvuelve el actuar de nuestras autoridades) le podemos dar si en progresividad constitucional estamos pensando.

³ Los fundamentos del derecho constitucional (*derecho, Estado y constitución*), Lima, Tribunal Constitucional del Perú, 2008, p. 71.

⁴ Forsthoft, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975, p. 9.

II. DE LA FORMA ESTADUAL AL ESTADO GARANTE

La noción de Estado nos sitúa, invariablemente, en dos vertientes: la primera, referente al conjunto de la organización gubernamental (los gobernantes); y la segunda, que lo considera como una comunidad humana de tipo particular (la nación soberana). El Estado, en el primer sentido (Estado-gobierno), designa al conjunto de gobernantes en una nación; es decir, de un estado en el segundo sentido (Estado-nación).⁵

El Estado-nación se constituye por un conjunto de individuos que se encuentran estrechamente relacionados por cuestiones de idioma, costumbre, ideología, organización, sistema jurídico, y, dejando fuera las concepciones tradicionales que lo enmarcaban bajo el significado del territorio, la población y el gobierno, para considerarlos únicamente como elementos constitutivos del mismo, se cataloga como la agrupación política por excelencia. Esta trilogía explicativa diseña a la agrupación como el género, a la política como la especie; y como hay agrupaciones políticas de rangos diversos, el Estado representa la agrupación política suprema.⁶ La organización de las actividades al interior es lo que hace que el Estado adquiera esa consolidación suprema.

La efectiva organización política del Estado implica la división de trabajo entre los gobernantes; de esta manera, la consecución de las tareas primigenias constituye la regla del correcto funcionamiento estadual. Los gobernantes o tuercas estatales (como los defino en razón a la importancia de su labor para el adecuado funcionamiento de la maquinaria estadual), se clasifican en legisladores, administradores y jueces.

Los legisladores tienen encomendada la tarea de elaborar las leyes y establecer los lineamientos del sistema jurídico que

⁵ Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, 5ª. ed., Barcelona, Ariel, 1996, p. 45.

⁶ Dabin, Jaen, *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política*, trad. de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 9.

encausará nuestro actuar (y para los efectos del presente trabajo), de manera que no vulneren y, por el contrario, garanticen el pleno ejercicio de los derechos humanos de todos los individuos, es decir, el sistema normativo prevalecerá en la medida en que se ajuste a los estándares tanto nacionales como internacionales protectores de derechos humanos.

Los administradores tendrán en sus manos la correcta aplicación del sistema normativo a cada uno de los miembros de la comunidad, ajustándose a los principios de igualdad y equidad establecidos en función de las necesidades actuales del tipo de sociedad al que se le aplique directamente, tratando de materializar la mayor cobertura y la menor exclusión para todos los individuos.

Los jueces, por su parte, se encargarán de la solución de los posibles conflictos que se presenten como consecuencia de una adecuada o inadecuada (a manera de apreciación) aplicación de las leyes, así como de los litigios que se presenten entre los miembros de la misma comunidad, pues corresponde al Estado la protección de cada uno de los individuos conformantes, así como la garantía del orden y la paz pública.⁷

En efecto, de lo que se trata no es de dar una definición convincente de Estado, sino de contemplar y tener clara la generalidad que su quehacer envuelve. Definitivamente la evolución en el tratamiento del mismo es sugerente, por lo que el desarrollo y búsqueda del desencasillamiento de sus funciones (tendiendo a la consolidación de su labor garante) a través de análisis en los diversos contextos tanto políticos como sociales corresponde a quienes, en su momento, se han ocupado de su estudio.

1. *Preservación de justicia y orden estadual*

Platón en su texto *El Estado o la República*,⁸ retoma las ideas de quien fuera su maestro: Sócrates, y replantea una pregunta a

⁷ Duverger, Maurice, *Instituciones políticas...*, cit., p. 45.

⁸ Nace en Atenas, Grecia en el año 427 a. C., y muere en el 347 a. C. en la misma ciudad. Formula el análisis de las primeras concepciones del Estado.

Glauco respecto de quiénes serán los que deben mandar y quienes obedecer. Es claro, la visión que rescata Platón de su maestro radica en la diferencia existente entre los viejos y los jóvenes, pues para Sócrates los jóvenes debían obedecer lo que los viejos mandaran. Pero eso no es todo, pues de entre los viejos, los que tengan el privilegio de mandar deben ser los mejores; los excelentes serán los que tengan en sus manos la dirección del Estado.⁹

Considera también que la dirección del Estado requiere no solo prudencia y energía, sino también devoción, amor por el Estado, pues “...los hombres amamos lo que nos parece tener comunidad de intereses con nosotros, aquello en que el éxito o el insuceso del Estado están íntimamente ligados a los nuestros...”¹⁰ y que resulta en una labor recíproca útil para el correcto funcionamiento estatal.

Dentro del diálogo que mantiene Sócrates con Glauco está vigente la posibilidad de buscar a quienes consideren primordial el quehacer del Estado, aquellos que con fidelidad pura estén conscientes y firmes en emprender las acciones que mayor beneficio traigan al Estado, incluso pensar en la posibilidad de engañarlos para que olviden esa misión benefactora, teniendo a bien considerar como posibles candidatos para dirigir a un Estado únicamente a quienes mantengan y no olviden la máxima prevalencia estatal. Serán sometidos a pruebas, incitados a tentaciones y seducciones, y será aquel que demuestre que su vida se encuentra regulada por las leyes de la armonía, aquel que ha pasado todas las pruebas y salido puro se le otorgará el cargo “... de jefe y guardián del Estado”.¹¹

Continúa el diálogo de Sócrates y Glauco, con la curiosa descripción de la hechura de los seres humanos, pues reflexiona advirtiendo que en la composición de los gobernantes se ha incrustado oro; en los guerreros, plata, y el hierro y el cobre se han

⁹ Platón, *El Estado o la República*, París, versión castellana de Enrique Pérez, Casa Editorial Garnier Hermanos, s.a., t. I, p. 194.

¹⁰ *Ibidem*, p. 195.

¹¹ *Ibidem*, p. 198.

utilizado para labradores y artesanos, con lo que nos deja ver el valor que en ese entonces se le imprimía al Estado, como cúmulo de sapiencia y audacia, como un privilegio para quienes lo dirigen, como el ente máximo de respeto y vehemencia.

La idea del Estado de que parte Sócrates en el texto platónico refiere la posibilidad de que sean los guerreros los que se sacrificarán, y que en realidad no contarán con las grandes opulencias ni con los mejores merecimientos, más que el erigir con su sacrificio el Estado ideal para todos; es decir, no se trata de una situación ventajosa para los guerreros, sino que simplemente su labor estará siempre encaminada a la procuración de una vida justa para todos; claro, siempre controlada y dominada por los ciudadanos de oro: los gobernantes.

El principio básico sobre el que se funda el Estado como tal es la idea de encontrar la felicidad para todos por igual. La justicia equilibrada por los guerreros tenderá a la solidificación de esa felicidad, pues *los guardianes del Estado*, como los denomina Sócrates, deben cumplir a cabalidad con su función protectora de las leyes, su función reafirmante de las condiciones de justicia, pues si un alfarero dejara de ser alfarero, o un labrador dejara de ser labrador, nada malo ocurriría; pero si un gobernante dejara de gobernar o un guerrero dejara de vigilar, los desequilibrios y las injusticias permearían por completo.

La postura del Estado y sus dirigentes debe ser abierta; es decir, que se condenen aquellas medidas que tome la autoridad para reprimir los cambios en la constitución (como base o estructura) del mismo. Inclusive, la postura de un Estado debe ser abierta a las posibles críticas de ciudadanos observadores que detectan problemas y defectos en el gobierno y que son lo suficientemente hábiles y virtuosos para proponer posibles soluciones.

Un Estado bien constituido es sabio, valeroso, temperante y justo, además de que reglamenta, en la medida de lo posible, su organización en el interior, para que dichas cualidades sean transmitidas también hacia el exterior, hacia sus relaciones con

otros Estados. Esta parte de la concepción estructural interna de un Estado significa la salvaguardia del mismo, tomando en consideración que son aquellos ciudadanos prudentes y capaces (los sabios), que para Sócrates son los menos, los que efectivamente pueden asegurar la vigencia de la felicidad tanto interna como externamente.

Ahora bien, una de las condiciones que debe revestir todo Estado es la valentía, esto es (en un sentido cuantificable), la conservación que de las leyes se hace, por el solo hecho de haber sido creadas éstas bajo el exigente estándar que le imprimieron aquellos que crearon las leyes. En suma, la capacidad de cuidar y respetar el sistema jurídico impuesto y de elevarlo de manera tal que se convierta en la circunstancia que caracterice al Estado.

La temperancia y la justicia, considera Sócrates, son los elementos más importantes en la constitución de un Estado. Es dable dejar claro que la temperancia precede a la justicia, pues esta se constituye como el acuerdo o la armonía, como el orden o el freno que el hombre pone a sus pasiones para no contravenir los lineamientos legalmente establecidos y reafirmar el valor de las leyes de la mejor manera que se puede hacer: respetándolas.

Finalmente, la virtud por excelencia que glorifica la función de un Estado es la justicia. En un primer sentido, la justicia debe venir del interior de cada individuo; la justicia individual pretende que cada hombre determine las funciones que le corresponden, después de haber asumido un orden en sí mismo y de haberse determinado particularmente, que su pensar y su actuar se armonicen de manera mesurada, para que así su obrar se encamine a la actividad que con mayor eficiencia y atino podrá desenvolver, ya sea que ponga su actividad al servicio de la adquisición de riquezas, ya al servicio de los asuntos públicos, ya que la dedique a la vida privada. La justicia implora que la actividad que realice sea propia y la desarrolle con pleno orden y prudencia, y que, inversamente, señale como injusta la acción que des-

truye su forma de actuar ordenada, y que califique de ignorante la opinión que precedió tal acción.¹²

El concepto de la justicia en un Estado se basará en la manera en que a cada quien se le asigne la tarea para la que ha sido enseñado y educado. Hagamos una regresión hacia la condición de seres humanos de oro, de plata y de cobre y hierro que apunta Sócrates; se trata de la actividad que a cada grupo le compete; por ejemplo: ¿qué sucedería si un gobernante, un hombre de oro o un guerreo, quisieran hacer trabajos de carpintería? Pues bien, pudiera parecer que nada, porque su labor original es más compleja, e involucra mayores responsabilidades, por lo que la realización de actividades propias de los individuos de menor jerarquía no debería implicar mayor problema; sin embargo el debilitamiento en la justicia impactaría en la medida en que quita las posibilidades a un carpintero de desarrollar sus actividades, ocupa un espacio y un lugar que no le corresponde, haciendo a un lado a aquel que ha nacido para ejecutar dicha actividad.

Ahora, ¿qué sucedería si un carpintero intentara ocupar un lugar como guerrero o como gobernante? Claramente sus capacidades se lo impedirían, y lejos de propiciar injusticias propiciaría un caos, por lo que sería idóneo no permitirle tal acción. En ese tenor, la virtud de justicia del Estado radica en la posibilidad de equilibrar dichas situaciones, dejando que cada ser humano ejerza sus funciones como le corresponden y siendo capaz de conservar el orden cuando la situación misma cree el desorden, aplicando con suficiente valor las leyes correspondientes y ejerciendo control sobre los individuos, dando a cada quien su función correspondiente en pro de la vida legítima del Estado.

Es importante destacar que una vez superada la búsqueda de la felicidad social y su democratización, los atenienses centraron su atención en la preservación de las normas con objeto de mantener su historia política y social en un documento denominado Constitución.

¹² *Ibidem*, p. 267.

Concluyo estableciendo la relación que su modelo de Estado, visto como una República, lleva implícita la idea de educar a cada uno de los individuos, creando en ellos la conciencia suficiente acerca del orden y de su relación con las virtudes que a cada uno envuelven. Es clara su incompatibilidad con las formas de gobierno monárquicas y tiránicas. Su replanteamiento parte de principios como la justicia, que garantizan el desarrollo de cada individuo dentro de la sociedad.

2. *La forma estadual como necesidad política natural*

La concepción aristotélica¹³ del Estado argumenta que éste es anterior al individuo; la estructura, la organización, es la que le da sentido al desenvolvimiento individual de un ser humano en sociedad.

Según Aristóteles, para entender la verdadera naturaleza del Estado es necesario descomponer esa compleja estructura en sus partes, se parte de un análisis de la estructura y organización de la *polis*, en la que el desenvolvimiento de cada ser humano de manera individual va a ser la consecuencia positiva o negativa de cómo es que está constituida (organizada y controlada) la sociedad.

¹³ Aristóteles nació en el año 384 a. C. en Estagira. Fue hijo de Filipo de Macedonia, quien fuera médico y principal influencia en el conocimiento de la anatomía para Aristóteles. Gran parte del conocimiento analítico lo adquirió en la medicina, mismo que utilizó en la elaboración de su obra *La política*, partiendo del estudio minucioso de las necesidades que envuelven a la sociedad, así como su comportamiento y la regulación del mismo. Aristóteles fue alumno de Platón, lo que hace que, junto con sus conocimientos en medicina, provoquen la actitud crítica del estagirita después de las exigentes observaciones que hace de todo lo que acontece a su alrededor.

La ciencia política de Aristóteles bien podría clasificarse como una extensión de la zoología, pues su delicada atención y observación de los bichos políticos hacía viable su clasificación, el análisis de sus estructuras y los consecuentes cambios que los mismos experimentaban. Es dable reconocer su observación política al reunir una colección de 158 constituciones de distintas ciudades.

Aristóteles ve al Estado como el desarrollo de la naturaleza; es decir, la existencia del Estado obedece al avance lógico en la determinación de las condiciones de vida de cada uno de los seres humanos y de las necesidades sociales naturales de cada individuo. La necesidad del hombre es la causa de la existencia de un Estado.¹⁴

La naturaleza política del ser humano juega aquí un papel de suma importancia, pues la existencia de otros seres humanos es indispensable para el adecuado desarrollo de una vida en sociedad; sin embargo, la concepción de los individuos que tiene Aristóteles es igual de curiosa que la de Platón, sigue firme la postura diferenciadora de individuos, pues también afirma que existen aquellos que están hechos para mandar y se contraponen con aquellos que nacieron para obedecer. Esta visión es la que hace que tanto Platón como Aristóteles consideren la existencia del Estado como una necesidad derivada de la consecuente convivencia entre individuos que piensan, actúan y responden de distintas maneras.

La política de Aristóteles plantea una clara y simple clasificación de los gobiernos, utilizando para ello dos criterios: uno cualitativo y otro cuantitativo. El primero, referenciado a la postura que asume el gobierno en cuanto a la atención de los intereses colectivos de sus gobernados, y el segundo tendente a la valoración de quien ostenta el poder; si es uno, varios o muchos. Así, las formas puras y las formas impuras de gobierno quedan establecidas para Aristóteles.

Las formas puras entrañan aquellas que practican la justicia, tales como la monarquía, que es el gobierno ejercido por una sola persona en beneficio colectivo; la aristocracia, que es el gobierno ejercido por una minoría selecta (los mejores) en beneficio colectivo, y la democracia, como el gobierno ejercido por la mayoría de los ciudadanos en beneficio de la comunidad. De manera antagónica, las formas impuras de gobierno envuelven

¹⁴ Aristóteles, *La política*, trad. de Nicolás Estévez, París, Casa Editorial Garnier Hermanos, 1932.

a aquellas que son corrompidas o degeneradas, en donde solo se toma en consideración el interés de los gobernantes; un ejemplo de ello son la tiranía, como el gobierno de una persona en beneficio propio; la oligarquía, como el gobierno de una minoría en perjuicio de la mayoría, y la demagogia, que es el gobierno de la mayoría que oprime a la minoría.¹⁵

La teoría política que desarrolla Aristóteles tiene sus bases en el análisis que hace de la realidad histórica, de la decadencia de la *polis* y del conocimiento y comparación con otras formas de gobierno. El método utilizado por Aristóteles consiste en la formulación de una política viable para la forma de Estado moderado que pretende partir de un estudio inductivo, comparativo-jurídico tanto de las instituciones políticas como de los sistemas de gobierno, en donde lo que importa es lograr un adecuado equilibrio entre los intereses de los miembros de cada Estado.

La naturaleza social del hombre que nota Aristóteles es la que los invita a que se asocien políticamente. Es claro que las desigualdades naturales de los seres humanos en condiciones físicas, en capacidades, en género, en raza, hacen que esté latente la necesidad de que exista una organización política resultante de la asociación de individuos que tenga como finalidad inmediata la solución de conflictos y necesidades básicas de cada ser humano, así como el apoyo para la satisfacción de las mismas necesidades. Esta función social del Estado, que con las leyes y la virtud aseguran la felicidad de cada uno de los seres humanos que pertenecen a él, lo catapulta a candidatearse como un Estado en perfección.¹⁶

Para Aristóteles, la ciudad perfecta sería aquella que adoptara el gobierno mixto, producto del equilibrio y comunicación de elementos oligárquicos y de elementos democráticos. Es así como el justo medio político es el fundamento del Estado. Desde el punto de vista de clase social, considera que "...la asociación

¹⁵ Sabine, George, *Historia de la teoría política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963.

¹⁶ Aristóteles, *La política...*, *cít.*, p. 174.

política es sobre todo la mejor cuando la forman ciudadanos de regular fortuna. Los Estados bien administrados son aquellos en que la clase media es más poderosa y más numerosa que las otras dos reunidas (alta y baja)".¹⁷ El equilibrio en la administración de un Estado invariablemente atenderá a la capacidad que tengan aquellos para gobernar independientemente de su situación dentro de la sociedad; sin embargo, el estar en una posición intermedia respecto de los demás es un aliciente si a objetividad para gobernar nos referimos.

Bien cabría aquí recordar a Platón en cuanto a las capacidades inherentes a cada tipo de ser humano, a aquellos hombres de oro que habían sido concebidos para gobernar y que ante cualquier tentación o debilidad habían logrado permanecer estoicos, en los cuales, sin duda, se confiaba plenamente el ejercicio gubernativo.

Aristóteles, incluso, alcanza a distinguir ya a los tres órdenes de poder, no como una separación de poderes tal cual, pero sí como una distinción funcional basándose en la organización y en las funciones que cada orden debe desempeñar.¹⁸ Es la organización, según Aristóteles, la que hace que un Estado sea distinto de otro. Para él, la asamblea general tiene un peso importante en la estructura democrática, pues es la que delibera sobre los negocios públicos, sobre los magistrados y sobre el cuerpo judicial; decide con respecto a la paz y a la guerra, a la celebración y ruptura de tratados, hace las leyes, impone la pena de muerte, la de destierro y la confiscación, además de tomar en cuenta a los magistrados. La asamblea, dentro de la forma de gobierno democrático, juega el papel de cuerpo deliberante, de verdadero soberano del Estado. Por su parte, el Poder Ejecutivo se compone por las magistraturas, que son las que se encargan de garantizar el buen orden y la tranquilidad con respecto a la vigilancia del mercado público, a la conservación de las propiedades públicas

¹⁷ *Ibidem*, p. 194.

¹⁸ Touchard, Jean, *Historia de las ideas políticas*, Madrid, Tecnos, 1961, p. 49.

y particulares, a las rentas públicas, a la defensa de la ciudad, al culto a los dioses y a los negocios generales del Estado.¹⁹

En este prolegómeno definitorio, Aristóteles también asigna un significado funcional al Senado, pues lo ve como el producto o la intención de un principio democrático, como ese cúmulo de buenas intenciones que pretende el funcionamiento democrático adecuado de una sociedad, donde las ideas vertidas como argumento para la toma de decisiones corresponda a la representación popular. Por último, habla del Poder Judicial, y cree firmemente en la posibilidad de hacer que la integración de este poder atienda a un muestreo al azar de entre el total de los ciudadanos, o que puede limitarse a un grupo más selecto y delimitado, pues la condición de justicia en la vida diaria le corresponde a cualquiera.²⁰

A manera de conclusión, es curioso encontrar en el último libro de *La política*, cómo es que Aristóteles, después de la propuesta de estructuración de un Estado, así como las posibles adecuaciones y alcances del mismo, de la labor y el compromiso que pudiera asumir; hace una referencia a la teoría general de las revoluciones, dándose cuenta desde aquel momento, de que la posibilidad falible del Estado está presente, y su consecuencia inmediata y por demás devastadora (desde un particular punto de vista) es la consecuente generación de desigualdades sociales. Es claro, la estructura y el funcionamiento de todo Estado envuelve la posibilidad de actuar ilegalmente o de no alcanzar a cubrir las expectativas mínimas que sus gobernados merecen. Es precisamente en este punto en donde se distinguen unos Estados de otros.

Así, el modelo aristotélico del Estado nos lleva a la simplificación ideal de que el mismo surge de la naturaleza; la legitimidad del Estado está en la naturaleza de las cosas; el Estado es un organismo vivo. La desigualdad de poder es natural, así como también es natural que unos dependan de otros; bajo esta concep-

¹⁹ Aristóteles, *La política*, Bogotá, Universales, s.a., p. 202.

²⁰ *Ibidem*, pp. 206 y 207.

ción, unos mandan y otros obedecen, teniendo como primicia la salvaguarda y el fortalecimiento del grupo, de la familia, de la comunidad, del Estado, por encima de los intereses individuales.

III. LA INSTAURACIÓN DEL ESTADO

1. *El Estado como tenencia del poder*

Nicolás Maquiavelo²¹ es quien plantea idealmente la manera en que la constitución del Estado tiende a significar (con toda certeza) la materialización de todas las posibilidades de control y gobernanza, pero siempre pensando en la función productiva que la misma labor implica. Es considerado el padre de la teoría del Estado y de la ciencia política, pues en su obra *El príncipe* utiliza por vez primera la palabra “Estado” para referirse a la situación o condición (principado, tiranía, reinado) en que se encontraba Europa. Maquiavelo, sin embargo, no ofrece una definición puntual de Estado; lo que hace es utilizar el término para hacer referencia expresa a las organizaciones políticas, cuyo poder era ejercido por reyes, príncipes, e incluso por grandes terratenientes.²² Maquiavelo decía que

²¹ Nació el 3 de mayo de 1469. A pesar de sus antecedentes aristocráticos pertenecía a una familia de clase media. Claramente, ilustra el momento histórico de su época; el Renacimiento lo impulsa a la codicia por el poder, al sentimiento patriótico, característico de aquellos tiempos, así como la visión de éxito, pero sin dejar fuera su característico humanismo. Maquiavelo se acercó a la política y logró entenderla; está convencido de que a él le corresponde el razonamiento del Estado. Para cumplir con tan complicada tarea, sabe lo indispensable que es recurrir a la historia, y así lo hace; analiza al Estado y su labor para comprender cómo es que funciona la mecánica del poder. La observación y la comprensión de la historia, de los modelos, de la organización, de las instituciones, de las formas y protagonistas del poder, es lo que le da a Maquiavelo el conocimiento político.

²² Berlín, Isaiah, “La originalidad de Maquiavelo”, *Contra corriente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984, p. 100.

... al principio del mundo, siendo pocos los habitantes, vivieron largo tiempo dispersos, a semejanza de los animales; después, multiplicándose las generaciones, se concentraron y para su mejor defensa escogían al que era más robusto y valeroso, nombrándole jefe y obedeciéndole. Entonces se conoció la diferencia entre lo bueno y lo honrado, y lo malo y lo vicioso, viendo que, cuando uno dañaba a su bienhechor, producíanse en los hombres dos sentimientos: el odio y la compasión, censurando al ingrato y honrando al bueno. Como estas ofensas podían repetirse, a fin de evitar dicho mal, acudieron a hacer leyes y ordenar castigos para quienes las infringieran, naciendo el conocimiento de la justicia, y con él que en la elección del jefe no se escogiera ya al más fuerte, sino al más sensato y justo.²³

Es en ese momento preciso en que la regulación de las conductas es un aspecto que Maquiavelo considera elemental; sabe de la importancia central que la labor garante y veladora de justicia implica y del compromiso que tiene en sus manos aquel que efectiva y contundentemente lo pueda hacer. Fue en Italia en donde los estudios acerca del Estado tuvieron sus raíces, pues basándose en lo que fue, principalmente, la situación e historia de Florencia, Maquiavelo intentó el establecimiento de una ley y un gobierno para la adecuada vida de su Estado.

Conocía a la perfección la situación que imperaba; conocía los caminos hacia distintos escenarios y pregonaba que

En la historia de Florencia —que en este sentido merece el nombre de primer Estado moderno del mundo— se encuentran unido el pensamiento político más elevado y las formas de desarrollo humano más variadas. En ellas la gente se ocupa de lo que en las ciudades despóticas es asunto de una sola familia. Ese admirable espíritu florentino, a la vez agudamente crítico y artísticamente creador, estaba transformando incesantemente la condición social y política del Estado, y describiendo y juzgando los sucesivos

²³ Maquiavelo, Nicolás, “Discurso sobre la primera década de Tito Livio”, *Obras políticas*, trad. de Luis Navarro, Buenos Aires, El Ateneo, 1952, p. 43.

cambios con la misma asiduidad. Florencia llegó a ser la patria de las teorías y doctrinas políticas, de los experimentos y de los cambios repentinos...²⁴

En realidad, lo que Maquiavelo pretendió nunca fue explicar o indagar los orígenes del ejercicio del poder ni tratar de encontrar el fundamento del Estado; estaba consciente de que existía, y también de la importancia de su conservación. En esencia, la importancia de su obra radica en mostrar la manera adecuada en que se puede crear y conservar el poder. Nos va a delinear cómo es posible llegar al poder; pero lo más importante no es tenerlo, sino mantenerlo. Así que el establecimiento de mecanismos idóneos para defender el orden y los intereses son esenciales en la labor política. Valoró la importancia paralela existente en el orden económico, necesario para mantener las milicias, el aparato gubernamental y el orden social.²⁵

Afirma consecuentemente que si estamos en presencia de una organización política, en realidad estamos siendo testigos de la unión natural de las virtudes individuales en una virtud colectiva encaminada a realizar la seguridad general. La existencia de esta virtud general se personifica en el Estado y se manifiesta en la capacidad que éste posea para crear un orden, que no es otra cosa que dar respuesta a las necesidades de la población. Además, mostrar capacidad no es una función mecánica, sino el resultado de esa virtud colectiva antes dicha, de mantener vivas las buenas costumbres contra el humor maligno de todo orden civil.²⁶

Para Maquiavelo, son las minorías quienes se ocuparán de la creación, del liderazgo, de la estructuración y de la renova-

²⁴ Mayer, J., *Trayectoria del pensamiento político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 86.

²⁵ Maquiavelo, Nicolás, *El Príncipe*, 8a. ed., Puerto Rico, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 1998, p. 130.

²⁶ Gurdíán, Ehandi, "El concepto de Estado y los aportes de Maquiavelo a la teoría del Estado", *Revista de Ciencias Jurídicas*, Costa Rica, núm. 119, mayo-agosto de 2009, pp. 155-184.

ción del Estado, tanto en su carácter natural como jurídico. Esta función creadora e interpretativa de las realidades políticas va a depender de la capacidad y de la virtud de cada individuo; contando estos, primero que nada con la suficiente libertad para poder hacerlo. Así, la libertad individual que cada individuo tendrá para ser parte activa de las decisiones que le impactan no va a depender directamente de las formas de gobierno que pretendan instaurarse, sino del grado de aceptación y adecuación a la forma de vida cotidiana que cada individuo exija.²⁷

A ciencia cierta, la libertad de que cada individuo gozará para ser parte activa dentro de determinada forma de gobierno va a depender de la capacidad que cada uno, siendo minoría, tenga para poder influir en lo que Maquiavelo denomina los “grandes”, cuando hace referencia a aquellos que gobiernan. Pues en los principados civiles (como lo es el planteado por el autor en análisis) el apoyo popular es el que determina el grado de poder de aquel que gobierna.

Maquiavelo tiene clara cuál debe ser la función del gobernante; conoce la importancia de que “Procure un príncipe conservar el Estado, los medios que emplee serán siempre considerados honrosos y alabados por todos; porque el vulgo se deja siempre coger por las apariencias y por el acierto de la cosa, y en el mundo no hay sino vulgo; los pocos no tienen lugar en él, cuando la mayoría no tiene dónde apoyarse”.²⁸ Ante lo cual, jamás se ponen en entredicho los modos utilizados, las medidas adoptadas, así como las posibles vejaciones que tengan lugar, pues lo que al final importa es mantener el poder, y es lo que la mayoría aplaudirá.

La conservación del poder político es lo que debe importar al príncipe. Bajo ese panorama, sin duda, la fortaleza y consolidación de un Estado no podría debatirse; sin embargo, se dejan fuera aspectos más importantes, y que deben regir la vida profesional de un gobernante: el respeto y la garantía de los dere-

²⁷ *Idem.*

²⁸ Maquiavelo, Nicolás, *El príncipe...*, *cit.*, p. 130.

chos para cada uno de los individuos conformantes de su Estado. Bajo este principio, la función del príncipe, al desarrollarse bajo el esquema adquisitorio de poder político y mantenimiento del mismo, tiende a partir "... de una división social biclasista fundada en la necesidad inevitable de una minoría que conduzca las masas populares",²⁹ lo que conlleva a la innegable ruptura con el principio de igualdad entre los hombres.

El alcance de la obra de Maquiavelo nos ilustra la condición político-social del pleno siglo XVI. Las repúblicas comienzan a confederarse, se empiezan a formar verdaderas ciudades-Estado, aparecen los principados, y son precisamente los príncipes quienes logran construir las primeras ciudades modelo. A Maquiavelo le importa la conservación del poder, estudia los fenómenos desde el punto de vista natural, se avoca a los fines por encima de los medios, y en realidad, *El príncipe* se hace para dar consejos acerca de cómo es que debe gobernarse un Estado.

Maquiavelo era un político pragmático (vive para la política y vive de la política); tenía la idea de que las repúblicas permitían a los hombres ser más libres, dado que ellos respetaban las leyes que ellos mismos habían hecho. Entiende a la política como la lucha por el poder político y sabe que en esta lucha resulta de suma importancia plantear correctamente una estrategia: la forma en cómo se obtiene y se mantiene el poder. La idea en que se basa es la de tener estabilidad como forma de perdurar en el tiempo, y no precisamente como suministrador de condiciones ideales de desarrollo.³⁰

Parte de la inspiración de Maquiavelo para escribir *El príncipe* la toma de César Borgia, y no lo hace porque se trate de una excelente persona o de un modelo ejemplar de ciudadano, sino por su capacidad para ser un buen príncipe, de tener el poder (en un sentido amplio de la palabra, me refiero al político, económico e ideológico) y saber mantenerlo. De hecho, uno de los argumentos

²⁹ Gurdíán, Ehandi, *El concepto de Estado...*, cit.

³⁰ Salazar Carrión, Luis, *Para pensar la política*, México, UAM-I, 2004, pp. 139-175.

que sostiene tratándose de la permanencia en el poder es que se debe actuar de mala manera, debido a que si se actuara como se debe, sería imposible mantener el poder, pues serían más los que actuarían mal.

Lo que le interesa a Maquiavelo es fundar un Estado, y piensa que la única manera de conformarlo es si todos los actores se constituyen bajo las órdenes de un poder absoluto denominado “príncipe”.

Para Maquiavelo, el Estado es libre de injerencias religiosas; es un bien que se coloca como objeto, como entidad, como fin que hay que salvaguardar. Así, también está consciente de la importante labor que implica la tenencia del poder en un Estado, y no solamente apuesta a la obtención y permanencia en el poder, sino que argumenta que aquel que lo ostente está obligado a hacer grandes cosas, y sabe que el mejor príncipe es el que pasa del principado a la república, pues conservar el valor del Estado implica que las grandes cosas, que las grandes acciones del príncipe impacten benéficamente en el ámbito público de gobierno.³¹

2. *El Estado como manifestación de la voluntad general*

La forma en cómo un Estado se constituye puede variar determinando las circunstancias que orillen a su población a llegar a acuerdos que propicien un mejor desenvolvimiento de la sociedad en su conjunto. Las expectativas iniciales se fundan en la idea de poder que tiene como base la manifestación de las voluntades, claramente convencidas, que determinan la creación y construcción de un ente supremo.

Hobbes ve al Estado como un producto artificial, pues considera que su origen no es la naturaleza humana, sino la voluntad de los individuos, cree que lo más importante son los individuos, cada uno en particular, y son precisamente los individuos quienes, a través de un acto de voluntad (contrato social), crean

³¹ *Idem.*

al Estado; se trata de una decisión artificial, de una voluntad humana.

Los individuos al crear al Estado se encuentran en un estado de igualdad; la legitimidad del Estado reside en la voluntad de los individuos al crearlo artificialmente.³²

Hobbes ve mal que los individuos sean libres e iguales en un lugar en donde no hay instituciones, porque cree que es precisamente esa situación la que los pone en riesgo. Por ello, plantea que la solución es la renuncia a la condición de libre e igual, la renuncia a los derechos en favor de la creación de un *Leviatán*, de un Estado que esté por encima de todos y que ponga orden. Explica que el riesgo residía en que la ley del más fuerte (la ley natural) era la que prevalecía invariablemente en una sociedad de “salvajes”, por lo que ante esta situación ahora existen las leyes civiles (la ley artificial).³³

Hobbes pide que cada individuo renuncie a todos sus derechos, menos a su derecho a la vida; lo que pretende es legitimar a un poder a través de esa función garante de la vida, evitando así el abuso de los más fuertes sobre los más débiles, en el entendido de que si no lo cumple cabalmente, perderá legitimidad.

Uno de los principales argumentos de existencia del *Leviatán* es el hecho de que todos ambicionen lo mismo, los pone en situación de igualdad, por lo que su fuerza y su perspicacia hacen que cada individuo busque lo que quiere mediante sus propios medios. Es cierto, hay igualdad en la medida en que todos son capaces de aspirar a las mismas cosas; el plano mental tiende a ser el mismo en todos (o por lo menos similar), y las capacidades que creen que pueden desarrollar también es la misma para todos; sin embargo, el punto fino que destaca Hobbes, y que es el que le da fundamento a su postura es que la búsqueda de un determinado fin o la consecución de un objetivo que solo le puede pertenecer a un individuo tiende a crear enemistades entre los

³² Hobbes, Thomas, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 137-151.

³³ *Idem*.

miembros de una misma sociedad. Esto genera que haya competencia entre los individuos que desean lo mismo, que desconfíen unos de otros y que la seguridad resida en ellos mismos, además de que a toda costa busquen la gloria, porque saben que eso les acarreará reputación. Se vive en una constante guerra de todos contra todos.³⁴

En ese escenario la gente se vuelve solitaria, pobre, y todo el tiempo tiene miedo de una muerte violenta. Las pasiones y la ambición hacen que la gente tienda a actuar violentamente, hace que todos deban cuidarse de todos, y la desconfianza está latente en todo momento.

Las pasiones se vuelven delito cuando hay una ley que las prohíbe, y esa ley solo la puede hacer alguien a quien se le reconozca autoridad. La intención en la construcción de leyes es hacer que las pasiones no sean actos perjudiciales para los demás; las leyes moderan las pasiones. El poder común que se reúne en el reconocimiento que se tiene por aquel que dicta las leyes, las aplica y las hace respetar es lo que genera la estabilidad deseable dentro de cualquier forma de gobierno, pues donde no hay ley no hay justicia, y donde no hay justicia no puede haber legitimación de autoridad.³⁵

El modelo de contrato propuesto por Hobbes tiende a crear expectativas positivas entre aquellos que contratan; este acuerdo se materializa por la mutua transferencia del derecho. En sociedad, cada individuo pactará, a su vez, con aquel que se ha comprometido a velar por su vida y por su seguridad, se ha comprometido también a respetar las reglas y los lineamientos impuestos, al grado de ceder su derecho a vivir si en algún momento desatiende las condiciones impuestas por quien gobierna.

El individuo renuncia a su libertad para crear un poder que lo obligue de manera simultánea a observar las leyes a través del uso de la fuerza, las leyes y el Estado son el medio para la conservación de la vida. La sociedad pretende civilizarse, y sabe que

³⁴ Salazar Carrión, Luis, *Para pensar la política...*, cit., pp. 177-256.

³⁵ *Idem.*

la civilización implica el establecimiento de normas, de reglas. El pacto es el paso a partir del cual el individuo se sale del estado de naturaleza; es la condición en la que un hombre o una asamblea de hombres ceden su voluntad para que se constituya una sola voluntad; se trata de la creación de un poder indivisible, concentrado.³⁶

De hecho, la visión autoritaria de Hobbes apunta a que la división de poderes tiende a la posibilidad de que se presente una guerra entre los propios detentadores del poder.

La fórmula del pacto bajo la que se envuelve la premisa de Thomas Hobbes se basa en autorizar y transferir a un solo hombre o asamblea de hombres el derecho de gobernarse a sí mismo, con la única condición de que todos a su vez transfieran su derecho, así como autorizar cada uno de sus actos, con la firme confianza en que el único derecho que se privilegiará por encima de cualquier otro será la vida.

El Estado, como lo plantea Hobbes, es un poder artificial que tiene en sus manos la única forma de garantizar la vida (siempre y cuando las conductas individuales se adecuen a lo previamente establecido y pactado), y que adquiere su legitimidad como poder soberano a través del contrato. Este pacto tiene un doble efecto simultáneo, ya que por un lado crea a la sociedad política (que decide y se organiza como cuerpo colectivo), y por el otro crea al Estado (como un ente supremo, con poder absoluto e indivisible y que tiene la capacidad de aplastar a aquel que rompa con el pacto).³⁷

La premisa que importa, y que hace pertinente que el actuar del Estado tenga como finalidad prioritaria el aseguramiento del goce y disfrute de una vida digna para todos los individuos que se han comprometido en un contrato, es que el mismo se puede romper cuando el Leviatán no cumpla, pues ello hace que pierda legitimidad y que los individuos regresen a su estado de naturaleza.

³⁶ Hobbes, Thomas, *Leviatán. O la materia, forma y poder...*, cit.

³⁷ Salazar Carrión, Luis, *Para pensar la política...*, cit.

3. *El Estado limitado; la autoridad garante*

El Estado, con todas y cada una de sus funciones, debe desenvolverse en un marco regulatorio que a la vez le proporcione solidez como máxima autoridad reguladora de una sociedad. John Locke, al ser un contractualista iusnaturalista moderno, es un liberal que cree que el Estado o el poder debe estar limitado; defiende las libertades de los individuos y sabe que la fórmula es lógica: a mayor poder, menor libertad, y quien ostenta el poder absoluto no puede considerarse gobernante, sino dueño de los demás.

En un esquema liberal, lo que se pretende es limitar al poder para privilegiar y proteger la libertad. Locke pone como valor supremo a la libertad, y dice que no es, bajo ninguna circunstancia, legítimo sacrificar las libertades del individuo para otorgarle mayor poder al Estado; es decir, plantea la función del Estado bajo un esquema de protección de las libertades individuales, en donde no se permita el menoscabo de la misma, la función del Estado ya no es solo gobernar, sino gobernar bajo un esquema proteccionista.³⁸

La libertad es un derecho humano natural y fundamental, y haciendo una homologación positiva, los derechos de los individuos se encuentran por encima del poder del Estado, son la base de legitimación del poder y la condición de legitimidad del mismo.

La condición para que el poder sea legítimo es que preserve los derechos, pues el Estado que no protege los derechos pierde legitimación.³⁹

Por otra parte, el liberalismo, así como lo ha propuesto Locke, ha caminado por dos ramas: liberalismo político y liberalismo económico. La discusión principal versa sobre la posibilidad que de coexistan o de que uno sea independiente del otro.

³⁸ Salazar Carrión, Luis, *Para pensar la política...*, cit., pp. 257 y ss.

³⁹ Locke, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.

El liberalismo político sostiene la necesidad de limitar al poder del Estado para garantizar derechos y libertades, mientras que el liberalismo económico sostiene que el derecho fundamental por encima de cualquier otro es la propiedad privada, y que la economía de los Estados debe estar en razón del libre mercado sin intervención del Estado. Solo los particulares tienen la facultad de poner en movimiento la economía, y los gobernantes no deben intervenir.

Ambas posturas pueden parecer radicales; sin embargo, la que considero debe prevalecer es la preocupación primaria por salvaguardar la dignidad humana a través de la efectiva protección de los derechos humanos por parte de los gobernantes, limitando su actuar al momento en que se cause afectación o se transgreda la esfera jurídica de los individuos, lo que invariablemente constituye también un hacer positivo en aquellas áreas donde se considere prioritaria la intervención estatal en favor de un desarrollo económico adecuado.⁴⁰

Locke es el padre del liberalismo moderno, entendido como el poder limitado por los derechos. Él dice que existe un estado de naturaleza real en el que todos los individuos son iguales, libres, tienen propiedades y son independientes. Desafortunadamente, el hombre se sale de este estado cuando surge algún conflicto, y se necesita de alguien imparcial que decida si la conducta motivo del conflicto es correcta o no.

En el estado de naturaleza, cuando surge el conflicto, el individuo recurre solo a su fuerza y a la justicia por propia mano, por lo que impera la violencia y la muerte, lo que lleva a Locke a la propuesta para salir de dicho estado, pero esta vez, a diferencia de Hobbes, a través de dos contratos: uno que se hace entre los hombres para crear a la sociedad, y que se va a llamar *pactio societatis*, en que todos deciden conformar una sociedad política; y un pacto de sujeción política con quien va a gobernar, va a ser un pacto de sumisión política para crear a la autoridad. Esto es,

⁴⁰ Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Tecnos, 2006.

los individuos no renuncian a los derechos naturales, sino que se les dará mayor fuerza, y constituirán límites al poder del gobernante; los hombres siguen libres y conservan su propiedad. El único derecho al que renuncian los individuos es al de la justicia por propia mano; va a haber una ley que limita el actuar, un juez que sentencia la conducta y un poder que aplica las sentencias. Con Hobbes, la renuncia a la libertad natural es en beneficio del orden; la libertad solo es permitida por “el silencio de la ley”; opuestamente en Locke, la garantía efectiva de la libertad es una condición para aceptar el pacto.

Es importante mencionar que para Locke el Poder Legislativo prevalece sobre los demás y regula la actuación de los otros poderes, pues la creación de los lineamientos a los que se sujetará la actividad del Estado está en manos de los legisladores.

Así, Locke comienza a poner énfasis en la función efectiva del gobernante, una función que se encuentre limitada y guiada por los derechos de cada uno de los individuos. La prioridad del gobernante será la consecución y preservación del máximo de derechos sin la intervención violatoria del gobernante al gobernado, aunada a la resolución de conflictos que entre los mismos gobernados se presente; la función garante del Estado se encuentra identificada, y en el cumplimiento a la obligación de mantenerla reside la legitimación efectiva por parte de los gobernados.⁴¹

4. *El Estado como contrato social*

La regulación de la vida al interior de un Estado es clave para la sana convivencia y para el progreso conjunto de cada uno de sus habitantes; la idea de que la función del Estado se ajuste a las necesidades, tanto individuales como colectivas, hace que dicha función deba quedar establecida a través de un contrato.

⁴¹ Salazar Carrión, Luis, *Para pensar la democracia*, México, Fontamara, 2010, pp. 63-81.

Jean Jacques Rousseau⁴² es considerado como el primer socialista; tiene una fuerte objeción ante la idea de la propiedad privada (postura claramente antilocke). Escribe su *Discurso sobre la desigualdad humana*, en donde sostiene que el origen de todos los males surgió cuando alguien dijo “esto es mío”. En ese punto se genera la base del sometimiento de unos hombres a otros, y no solo de los pobres a los ricos, sino también de los ricos hacia su necesidad de riqueza.⁴³

Propone la existencia de tres estadios o estados: primero habla de una situación natural, en la que todos los individuos son iguales, libres, independientes y felices, una situación que se puede considerar como ideal, pero surge la propiedad, y con esto el conflicto florece; se pasa a un segundo estado, en el que ya no se habla de la condición individual del ser humano, sino de la estructuración de una sociedad civil, en la que los individuos se vuelven corruptos, injustos, violentos, inequitativos, dependientes, y lo único que les interesa es la consecutiva defensa de su propiedad; dicha situación hace necesario llegar a un tercer estado, el del acuerdo, del contrato social, en el que la sociedad se homologue en un “yo común”, en el que se constituya una sociedad democrática que llegue a acuerdos a partir de la voluntad general. Es en este punto en el que el Estado surge sacando a los individuos de la sociedad corrupta en la que se encuentran, y de la necesidad de regular las relaciones entre los seres humanos de una manera pacífica y efectiva.⁴⁴

En este caso no se debe salir de un estado de naturaleza, sino de una sociedad corrupta; se va a dejar atrás a partir de un pacto social en el que participan todos. La propuesta de Rousseau es que se renuncie a todos los derechos. Se renuncia a ellos en favor

⁴² Fue un hombre del siglo XVIII; es de Ginebra, pero piensa en la Francia de su tiempo, pues los límites geográficos no eran tan marcados. El evento social-político de su tiempo es la Revolución francesa, que se vuelve en ejemplo de transformación social radical y violenta desde abajo.

⁴³ Salazar Carrión, Luis, *Para pensar la política...*, cit., pp. 305-371.

⁴⁴ Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, Buenos Aires, Losada, 1998, pp. 41-167.

de sí mismo, ya que se trata de una renuncia que va a traer beneficios y a la vez mayor libertad. El individuo va a renunciar a su libertad para obtener mayor libertad como individuo autónomo que se autodetermina, se impone sus propias normas y sus propios límites: individuo autónomo y soberano (libertad positiva, libertad de la democracia).

El individuo es parte de la comunidad política a la que él mismo se obligó a pertenecer, en donde las reglas de la comunidad son las reglas que deberá respetar cada individuo, a la vez que el Estado hace que se respeten. La voluntad general es la que decide la dirección que debe tomar la comunidad.⁴⁵

En el modelo rousseauiano la función del Estado será la de liberar a los individuos de la corrupción y la violencia, situándolos en un modelo de sociedad en el que la voz de cada uno se haga escuchar de manera directa a través de la voluntad que de manera generalizada se ha decidido y aprobado (lo más cercano a un sistema democrático). Desafortunadamente, la idea bien planteada por Rousseau es aplicable en sociedades pequeñas, pues en sociedades modernas como la nuestra resulta complicado que el Estado pueda atender a la voluntad general adoptada unánimemente por todos los integrantes de una sociedad, pues el incremento en la densidad de población lo vuelve una tarea difícil, lo que no quiere decir que resulte imposible la protección y garantía de derechos inherentes a la condición de ser humano.⁴⁶

IV. EL ESTADO CONSTITUCIONAL GARANTE

Después de hablar de una constitución homogénea del Estado, considerando diversas teorías y vertientes que se pueden suscitar dependiendo de la finalidad que persiga dicho Estado, es claro que existe un motivo principal que aqueja a las formas de Estado y que debe guiar la actuación de los gobernantes en todo mo-

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Idem.*

mento, y es la salvaguarda de los derechos humanos, procurando una legitimación verdadera y efectiva de acuerdo con las necesidades actuales del Estado de derecho.

1. *La función del Estado como condición de justicia:
el actuar constitucionalmente establecido*

La concepción de un Estado que se funda a partir del compromiso con el quehacer protector de derechos humanos debe encaminarse por completo al planteamiento de las condiciones de justicia que desea establecer dentro de su territorio. John Rawls maneja las aristas teóricas necesarias para el planteamiento adecuado de dicha problemática, así como las posibles soluciones generales que se pueden considerar. Lo que le interesa es que la función de aquel que se encuentra al frente del gobierno, aquel que ha sido elegido como el representante común y que tiene encomendada esa función garante que los gobernados han depositado confiadamente, se materialice de la mejor manera.

Rawls dice que si es posible que los individuos miembros de un Estado se pongan de acuerdo genuinamente sobre cuáles deben ser los principios reconocidos por todos (los miembros integrantes de la colectividad) sobre los cuales se funda una sociedad justa, y siendo que todos los individuos deciden la primacía de dichos principios guiados, de manera objetiva, por la única guía objetiva: la razón.⁴⁷

Es un autor que está pensando en las sociedades modernas de los siglos XX y XXI; escribe en el siglo XX después de que terminara la Segunda Guerra Mundial (aproximadamente veinte años después), por lo que ya había vivido el totalitarismo; conocía sus consecuencias negativas. Rawls sabe que las sociedades actuales son plurales; es decir, sociedades en las que las personas no están de acuerdo con las decisiones que se toman; hay una divergencia de opiniones (por ejemplo, el aborto, tema que en-

⁴⁷ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, 2ª. ed., México, Porrúa, 1995, pp. 17-61.

cierra una pluralidad de ideas). También sabe que son sociedades diversas, con una multiculturalidad muy amplia, tanto religiosa como étnica, sexual, social, etcétera.

Al encontrar y estudiar tanto la pluralidad como la diversidad, está consciente de que irremediablemente surgen desequilibrios entre los miembros de las comunidades que desembocan en desigualdad social, por lo que en su obra *Teoría de la justicia* propone la clave de su pensamiento, ya que considera que la pluralidad se debe administrar, pues es válido que existan ideas distintas en torno a temas específicos que impactan directamente en los intereses de los individuos, lo que significa que la búsqueda del consenso debe ser una tarea de todos los días; la diversidad debe fomentarse, pues es importante que coexistan inclinaciones culturales, religiosas, sexuales, sin que esto implique intolerancia hacia los que piensan distinto de como lo hace la generalidad; por el contrario, es importante tratar de que confluyan la mayor cantidad de posicionamientos para que no pierdan representación en la toma de decisiones de las autoridades; finalmente, está seguro de que la desigualdad representa un mal, una calamidad que debe superarse, y que es una desproporción que genera conflictos al interior de las sociedades, que, según la experiencia de las sociedades actuales, tiende a generar problemas mayores dignos de análisis en políticas públicas e institucionales.⁴⁸

Rawls parte de una sociedad imaginaria, ideal, que tiene una estructura institucional ordenada, por lo que se pregunta: ¿cómo es posible llegar a una sociedad justa, con instituciones justas? ¿Cómo debe ser una sociedad justa? Sabe que lo primero que debe hacer es definir lo que es una sociedad justa, para intentar llegar a ella y saber en qué momento lo ha conseguido. Rawls dice que una sociedad justa es aquella en la que los bienes primarios se encuentran distribuidos de manera equitativa, entendiendo que los bienes primarios son aquellos básicos y necesarios de satisfacer para tener una vida digna; sabe que lo importante es garantizarle a cada persona la libertad de ejercer su autonomía.

⁴⁸ *Idem.*

Una persona es autónoma cuando puede planear su propio plan de vida e intentar llevarlo a cabo. Cuando el Estado brinda los elementos para que los seres humanos puedan planear su vida de manera autónoma e independiente e intentar llevarla a cabo, entonces, y solo entonces, estará garantizando la consecución de una vida digna.⁴⁹

La idea de la justicia como equidad para Rawls depende de que los individuos puedan intentar las cosas; la mala fortuna (accidentes, malformaciones, discapacidades) puede impedir que se cumpla el plan de vida; sin embargo, el compromiso y la responsabilidad de suministrar los bienes primarios es independiente y sigue correspondiendo su cumplimiento al Estado.

Una sociedad justa es la que cuenta con los bienes primarios en condiciones de igualdad que les permitan llevar a cabo el plan de vida que pensaron, autónomamente elegir el plan de vida que les gustaría llevar a cabo e intentar conseguirlo. En este sentido, si no se materializa ese plan de vida, no significa que la vida sea injusta; lo injusto sería que no se les otorgaran los bienes primarios a todos por igual para poder intentarlo.

Rawls es un liberal heredero del pensamiento de Locke y de Kant. Es individualista, pues cree que los individuos deben ser los protagonistas de la vida social; cree que los poderes deben estar limitados; los poderes se limitan porque lo que se quiere es dar libertad a los derechos. Está en contra de las posturas utilitaristas, que sostienen que lo que importa para lograr la justicia es conseguir el mayor beneficio para el mayor número de personas, sacrificando los derechos de unos en aras de la felicidad de muchos, pues nunca acepta que se pueda poner en riesgo el derecho de una persona en aras de la felicidad de la mayoría.

Un liberal dice que se debe tolerar al indeseable porque es titular de derechos; un utilitarista sostiene que si la felicidad del grupo depende de expulsar al indeseable, lo haga. Rawls rechaza al utilitarismo, al perfeccionismo y al intuicionismo: al utilitarismo, porque pone al individuo en un segundo plano respecto del

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 119-184.

agregado social; al perfeccionismo, porque propone un Estado moral de vida buena y trata de imponerlo. Hace pedazos la autonomía, y, consecuentemente genera disminución en las libertades (por ejemplo: la Iglesia); y al intuicionismo, porque el liberalismo cree que a los principios morales podemos llegar a través de la razón, mientras que el intuicionismo dice que podemos llegar a los principios por medio de intuiciones emocionales, irracionales e irreflexivas. El intuicionismo confunde la diferencia entre lo que está bien y lo que es justo; hay veces que la justicia es distinta de lo que intuitivamente está bien.⁵⁰

Habla de la existencia de tres tipos distintos de justicia: la justicia procesal perfecta, la justicia procesal imperfecta y la justicia puramente procesal, pensados todos ellos como posibilidades para llegar a ser justos. La justicia procesal perfecta parte de la premisa de que un resultado justo parte de un procedimiento estricto para lograrlo; es decir, se empata el procedimiento con la justicia; por ejemplo: el reparto justo del pastel, en el que se espera que el resultado del procedimiento sea justo, lo que lo convertiría en un modelo deseable, pero que lamentablemente no siempre lo es, pues analógicamente las rebanadas no siempre son iguales.

La justicia procesal imperfecta es el típico caso de los procedimientos penales, en el que los delincuentes van a la cárcel, y los inocentes, a la calle; se crea un procedimiento de etapas probatorias, de contradicción judicial que pretende acercarnos a la justicia. Lamentablemente, por más bueno que sea, siempre va a haber un lugar para el error, para la duda. Fallan los resultados con cierta frecuencia, pues es posible que se tenga derecho a un juicio justo, pero no a una sentencia justa.⁵¹

La justicia puramente procesal (que es a la que aspira Rawls) es posible de lograr con una sociedad ordenada; se trata de la justicia que nos dan los juegos de azar, pues si los individuos son capaces de ponerse de acuerdo en las reglas del juego y éstas

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 62-118.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 119-184.

se cumplen, entonces el resultado será justo. De la observancia misma del procedimiento se desprende el resultado justo, si se respeta el procedimiento, se tienen que aceptar los resultados. Lo que pretende Rawls es que se logren reglas institucionales que permitan obtener resultados justos. Si se lleva el procedimiento conforme a lo establecido, entonces el resultado es correcto, es justo, porque aunque pueda parecer injusto para algunos, si se ha aceptado el procedimiento, el resultado es justo al momento que es correcto. Sabe que resultaría complicado ponerse de acuerdo en los resultados justos, y por eso apuesta a que sean los principios los que tiendan a arrojar aquellos resultados justos que se desean, que se trate de principios que todos acepten, y que las instituciones efectivamente los reflejen. La identificación de dichos principios tiene que ser a través de la razón.

En la teoría de Rawls unos sujetos importantes son los desfavorecidos; sabe que la naturaleza no es justa ni injusta; lo que es justo o injusto es la sociedad. Remarca que en la lotería natural cada individuo tuvo más o menos suerte; que no tiene sentido pelearse con la naturaleza (la que nos arroja al mundo); lo que sí se puede cuestionar es qué hace la sociedad para enfrentar las desigualdades naturales. Por la manera en que una sociedad administra los bienes primarios podemos valorar si se trata de una sociedad más o menos justa.⁵²

La idea de naturaleza que ofrece es el símil de la situación originaria de Hobbes o de Locke. Supone que todos los individuos se colocan en una situación originaria en la que se buscarán los principios de la justicia, pero colocando a todos el velo de la ignorancia, una cortina que les nuble la vista para no saber cómo les tocará ser colocados por la lotería natural (limitados, ricos, bellos, feos, inmigrantes, príncipes, empresarios), no saber cuál será su suerte, ni su posición en la sociedad a la que darán los principios de la justicia.

Cierto es que no nos dice cuáles deben ser estos principios, pero propone que sean generales, universales, públicos, que es-

⁵² *Ibidem*, pp. 62-118.

tén orientados a la búsqueda de la justicia y definitivos (que se les acepte y no se les esté cuestionando). El criterio para determinar si una sociedad es justa o injusta es la posición en la que se encuentran los derechos: si se encuentran en una misma base, entonces nos encontramos en una sociedad justa; pero si están distribuidos, entonces estamos en una sociedad injusta.⁵³

Son dos los tipos de derechos a los que Rawls da prevalencia: de libertad y de igualdad. Se elegiría primero un principio de libertad, la mayor libertad posible para la sociedad (desde la de expresión hasta la política), pero existiría un principio de diferencia, que es la excepción al primer principio, que permite poner límites a las libertades, y que va a estar justificado cuando se generen desigualdades en derechos para favorecer a los más desfavorecidos (los derechos de igualdad). En este sentido, deja claro que solo se vale la excepción a las libertades cuando se va a favorecer a los desfavorecidos y se va a propiciar la igualdad. El principio de igualdad debe entrar mediante pulsaciones del Estado para limitar las libertades de unos a favor de las libertades de otros, con el fin de generar igualdad, pues el Estado mismo debe darse cuenta de que las libertades están mal distribuidas en la medida en que se presente mayor desigualdad social. Rawls cree que la libertad es el principio más importante, y que la igualdad sirve para controlar las libertades.

La idea de la libertad de Rawls en una sociedad de bienes comunes está en contra de las sociedades que se van haciendo guetos con el pretexto de la libertad, guetos que son exclusivos y excluyentes. Si las sociedades son diversas, se necesita socializar la diversidad, romper los guetos; lo que debe orientar a la sociedad es la justicia. La justicia debe ser un proyecto que se encuentre por encima de las diferencias (no debe importar de quien se trate; lo que debe importar es que se trata de un ser humano). Lo que caracterice socialmente a un ser humano no debe influir en como sea tratado por las instituciones; la función garante de un Estado

⁵³ *Ibidem*, pp. 17-61.

radica en la capacidad que tenga para saber controlar y disminuir las desigualdades, para promover y administrar las libertades.⁵⁴

2. *El Estado como modelo garantista: su actuar a partir de la materialización democrática de la regulación de derechos*

La función garante dentro de un Estado representa la otra cara del constitucionalismo, concretamente aquella que se encarga de formular las técnicas de garantía idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos reconocidos constitucionalmente.⁵⁵

El Estado constitucional de derecho expresa la fórmula política del garantismo, el único marco institucional en el que puede prosperar el ambicioso programa garantista. Un programa cuyo elemento medular consiste en la concepción instrumental de las instituciones al servicio de los derechos que solo puede alcanzarse desde el Estado constitucional; solo este modelo político incorpora un riguroso principio de estricta legalidad, que supone el sometimiento del poder no únicamente a límites formales, sino también a los límites sustanciales impuestos por los principios y derechos fundamentales.⁵⁶

En la fórmula garantista, el respeto por las reglas de la democracia; esto es, por las formas y procedimientos de producción democrática de las leyes, es una condición necesaria y suficiente para asegurar la vigencia o validez formal, pero no así la validez sustancial de las decisiones.⁵⁷

⁵⁴ Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 1999.

⁵⁵ Ferrajoli, Luigi, “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional”, trad. de Lorenzo Córdova y Pedro Salazar, *Isonomía*, México, 2006, núm. 16, p. 16.

⁵⁶ Prieto Sanchís, Luis, “Constitucionalismo y garantismo”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (edits.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 41-57.

⁵⁷ *Idem.*

Ferrajoli sostiene que para que una ley sea válida es además necesaria la coherencia de sus significados con las reglas y principios que bien podemos llamar normas sustanciales sobre la producción. Estas reglas son esencialmente las establecidas generalmente en la primera parte de las cartas constitucionales.⁵⁸

Se forman así tres esferas a propósito de las decisiones políticas: la esfera de lo indecible, constituida por el conjunto de los derechos de libertad y de autonomía que impiden, en cuanto expectativas negativas, decisiones que puedan lesionarlos o reducirlos; la esfera de lo indecible que no, determinada por el conjunto de los derechos sociales que imponen, en cuanto expectativas positivas, decisiones dirigidas a satisfacerlos, y la esfera de lo decidable, en cuyo interior es legítimo el ejercicio de los derechos de autonomía,⁵⁹ tanto de la autonomía política mediante la representación como de la autonomía privada según las reglas del mercado. En la democracia constitucional, forma y sustancia se asocian a las distintas tipologías de derechos fundamentales: la democracia formal aparece generada por los derechos de autonomía que determinan quién y cómo se manda; la democracia sustancial viene delimitada por los derechos de libertad, que dan lugar a obligaciones de abstención o respeto de ámbitos de inmunidad (lo indecible) y por los derechos sociales que reclaman acciones positivas de dar o de hacer (lo indecible que no).⁶⁰

Luigi Ferrajoli aclara que la suya quiere ser una tesis teórica, no de filosofía de la justicia ni de dogmática constitucional; es decir, no pretende esclarecer cuál es el equilibrio óptimo entre la democracia y los derechos ni describir las distintas soluciones prácticas que ofrecen los sistemas positivos. La tesis de Ferrajoli se limita a dar cuenta de un hecho: que los derechos fundamentales establecidos por una Constitución rígida imponen, guste o no, límites y vínculos sustanciales a la democracia política, tal y como

⁵⁸ Ferrajoli, Luigi, “Sobre la definición de ‘democracia’. Una discusión con M. Bovero”, trad. de N. Guzmán, *Isonomía*, México, 2003, núm. 19, p. 230.

⁵⁹ *Idem*.

⁶⁰ Prieto Sanchís, Luis, “Constitucionalismo y garantismo...”, *cit*.

se expresa en las decisiones de las mayorías contingentes. El garantismo exige o reposa en una versión particularmente fuerte de constitucionalismo, que pudiéramos llamar “constitucionalismo rematerializado” o “constitucionalismo basado en derechos”.⁶¹

El garantismo necesita del constitucionalismo para hacer realidad su programa ilustrado, y el constitucionalismo se alimenta del proyecto garantista para condicionar la legitimidad del poder al cumplimiento de ciertas exigencias morales que se condensan en los derechos fundamentales.⁶²

V. CONCLUSIONES

El hablar de la consolidación de un Estado constitucional y convencional de derecho, o, más bien, del intento por llegar a él, representa uno de los paradigmas más importantes en el ámbito del derecho en nuestro país. Las modificaciones que se han gestado desde junio de 2011 llevan a nuestro sistema jurídico de la mano por un cambio, que si bien no revoluciona la manera de impartir justicia, si nos hace pensar en posibilidades futuras para poder hacerlo.

La construcción de dicho modelo de Estado implica echar un vistazo a la historia constitutiva del mismo a partir de los criterios teóricos más importantes; el hablar de un estado de naturaleza plasmado desde distintas concepciones subjetivas y acordes a la realidad que se vivía nos hace pensar en la gran pluralidad de formas de vida que necesitan ser reguladas y que claramente variarán dependiendo de la situación concreta que envuelva a determinada sociedad. El planteamiento de una forma de Estado como lo plantea Hobbes nos arroja a un campo lleno de limitaciones, en donde lo único que sabemos es que nuestra vida (y únicamente nuestra vida) será protegida; es decir, el Estado nos garantiza la salvaguarda de la condición mínima para la existencia de un ser humano.

⁶¹ *Idem.*

⁶² *Idem.*

Si lo que queremos es no morir, el modelo hobbesiano es el indicado para nosotros; sin embargo, yo me inclino a pensar en una postura sinceramente mucho más favorable, y es la que nos plasma Locke con esa gran idea liberal que viene a dar un giro en la concepción del quehacer del Estado. Éste ya no ejerce su voluntad sin discrecionalidad, sino que ahora tiene en sus manos la obligación de proporcionar a los individuos un margen de actuación que además no puede violentar. Se trata del reconocimiento estadual de la condición natural del ser humano para el desarrollo de una vida digna. Las ideas de los demás autores, como Maquiavelo y su manual para gobernar, que, aunque contrario a lo que pareciera, pretende ser una guía para aquel buen gobernante que pretenda llegar al poder y mantenerlo, con la firme mentalidad de que si no tiene la capacidad para legitimarse haciendo grandes cosas que beneficien a sus gobernados, tarde o temprano deberá dejar el poder.

Igual de importante es pensar en la constitución de una república a través de un contrato social como del que Rousseau nos habla, en el que la homogeneidad de la sociedad hable y exprese su voluntad como conjunto, como parte integrante de la sociedad, pero unida en una sola voz para que las decisiones en verdad favorezcan a la sociedad en general. En realidad, son aportaciones monumentales, que en la época en que se pensaron planteaban soluciones óptimas; sin embargo, la adecuación a la realidad que vivimos es obligatoria. Uno de los autores que (de manera particular) maneja con gran dominio este análisis de la realidad desde una perspectiva de lo que debiera ser derivado de lo que ha sido es John Rawls. Rawls deja claro que la necesidad de un Estado garante está latente, que uno de los principales objetivos del Estado como autoridad que gobierna y toma decisiones debe ser la garantía de una vida digna a través de una labor protectora de derechos humanos para todos y cada uno de los individuos que integran su Estado.

La función garante, como Ferrajoli asevera, necesita de un trabajo constante junto con el constitucionalismo, una labor es-

trecha que procure al Estado constitucional en un panorama más amplio en el que la protección de derechos humanos sea una generalidad y no el producto de buenas intenciones. La fundación del Estado, con la plena confianza de que se trata de la constitución del máximo protector de derechos, siembra la certidumbre y la buena voluntad de los gobernados de saber que la regulación de sus actividades se enmarca en la vigencia de un Estado constitucional de derecho. Es importante anotar que la intención es la procuración de un Estado más justo y respetuoso de los derechos humanos, en donde la promoción de los mismos nos hable realmente de la finalidad para la que fue creado; la constitución es solo un inicio; lo importante es ser precisos en su actividad para que no quede duda de los motivos de su instauración.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

I. INTRODUCCIÓN

La visión de un Estado perfeccionista y ambicioso a la hora de ejercer su función es tal vez uno de los mayores obstáculos a los que se ha enfrentado aquel que ejerce el poder. La constitución de un Estado fuerte guiado por el ejercicio efectivo de sus funciones es lo que se pretende; la desconfianza en su actuar y la incertidumbre generalizada es lo que permea.

Las facetas constitutivas en las diversas concepciones o momentos de la función estatal como estructura y funcionamiento político dejan ver que la necesidad de justicia, equilibrio entre instituciones, formas de gobierno garantes y Estado preservador de la dignidad humana, han sido una constante, lo que nos dice que existe cierto atraso práctico dentro del camino evolutivo de la sociedad a nivel mundial.

La concepción de un Estado de leyes, un Estado que se vuelca hacia la protección, hacia la salvaguarda y hacia la vigencia de los textos legales es una concepción que hoy en día se muestra arcaica. La tendencia en la función del Estado, así como en algún momento tendía a ejercer su autoridad sin límite con la única encomienda de proteger la vida, ha trascendido y evolucionado; lo que ahora debe competir a las autoridades estatales es lograr una efectiva legitimación en su actuar por parte de sus gobernados; se trata de una misión complicada, pero que, sin duda, puede crear solidez al interior de cualquier Estado, en donde las funciones asignadas se desarrollen conforme al plan de vida que cada individuo desea llevar a cabo.

Un primer paso para lograrlo versa sobre la posibilidad de que un Estado sea capaz de avanzar, en primer término, de un Estado de leyes a un Estado que tenga constitucionalmente establecido un parámetro de actuación para cada autoridad, con la firme finalidad de que en materia de derechos humanos se cree un bloque normativo sólido que sea empleado por toda autoridad, un actuar constitucionalmente establecido.

En segundo lugar, de lo que se trata es de lograr la implementación de aquellos estándares jurídicos internacionales dentro de los sistemas jurídicos internos, por lo menos en el caso de México, que tienda a crear amplitud constitucional en el catálogo de derechos, que tanto las autoridades jurisdiccionales como administrativas están obligadas a observar.

Es difícil para algunos decimonónicos del derecho hablar de amplitud, exteriorización e interiorización normativa; es un juego jurídico que para muchos atenta contra la soberanía de los países; sin embargo, en materia de derechos humanos (sin meternos en cuestiones de organización política o funcionamiento económico, por el momento) la tendencia debe ser hacia una adopción constitucional de los textos internacionales, una adopción constitucional que constitucionalmente se ha establecido en el sistema mexicano y que corrobora la apertura hacia adentro de nuestro sistema jurídico. Se trata de romper prejuicios y apostar por la protección más amplia de los derechos humanos.

II. DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Antiguamente, el derecho era definido por el legislador a través de las leyes, y sobre éstas no existía ningún control constitucional. Esta noción y realidad europea cambia en la segunda mitad del siglo XX mediante la introducción de tribunales que hablaban desde la Constitución; de hecho, teniendo la facultad no solo de fungir como legislador negativo, sino hasta modificando y perfeccionando la obra legislativa. Ese reconocimiento de la Constitu-

ción como máxima ley que preside al resto del derecho vigente implica más un cambio cualitativo que cuantitativo, lo que configura no solo un nuevo Estado, sino que conlleva una peculiar concepción del derecho y de su operatividad.

Hoy entendemos que toda la Constitución opera encomendando a jueces el controlar la constitucionalidad de los actos y normas generados por autoridades o particulares, lo que implica la superación del paradigma paleopositivista del Estado legislativo de derecho (a lo que aspira Luigi Ferrajoli), un nuevo desafío al positivismo jurídico, y un programa a desarrollar por toda la comunidad, aunque especialmente por políticos y juristas.

La constitucionalización del derecho supone que el especialista de una rama del mismo está interpelado siempre (de manera más directa o indirecta) por la norma fundamental, y el jurista debe buscar en ella primariamente la respuesta jurídica que necesita. Se trata de tomar en serio a la Constitución, inexorablemente por parte de todos los juristas, y en consecuencia promover su vigencia integral forzando a autoridades y ciudadanos a respetarla.

La Constitución es un modo de decir el derecho diferente, no solo porque es otro el sujeto (el constituyente y no ningún otro poder constituido) el que habla, sino porque ella misma habla de un modo diferente a la ley. En efecto, el constituyente procura hacer algo más que una mera obra jurídica vigente hasta que se derogue, pues él pretende definir las bases y el plano a seguir por parte de la sociedad estableciendo grandes objetivos, valores y límites para que con sentido de permanencia se vaya construyendo ese prometedor edificio. Ese nuevo Estado configurado por el imperio de la Constitución implica afirmar la soberanía de la Constitución más que la propia soberanía estatal, y promover un constitucionalismo que supere al de corte liberal y se haga social; un constitucionalismo que además de regir en el derecho público alcance al derecho privado, y un constitucionalismo que se extienda a lo internacional.⁶³

⁶³ Vigo, Rodolfo, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2005, pp. 9 y 10.

La constitucionalización del Estado; es decir, el apego del actuar estadual a las condiciones previamente establecidas en el texto constitucional, es a lo que las naciones actualmente aspiran. El Estado de derecho indica un valor y alude solo a una de las direcciones de desarrollo de la organización del Estado, pero no encierra en sí consecuencias precisas. El valor es la eliminación de la arbitrariedad en el ámbito de la actividad estatal que afecta a los ciudadanos. La dirección es la inversión de la relación entre el poder y los derechos,⁶⁴ tratando de otorgar siempre mayor prevalencia a los derechos y sembrándolos como la condición de legitimación del poder.

No cabe duda que el Estado de derecho ha representado históricamente uno de los elementos básicos de las concepciones constitucionales liberales, aunque no es absoluto evidente que sea incompatible con otras orientaciones político-constitucionales.⁶⁵

Una noción liberal del Estado de derecho necesariamente nos lleva a pensar en las funciones del mismo. Esta forma característica del siglo XIX destacaba, en primer plano, la protección y promoción del desarrollo de todas las fuerzas naturales de la población. Como objetivo de la vida de los individuos y de la sociedad, se caracterizaba por un empuje inclusivo dentro de las decisiones del poder; es decir, se comienza a ver a la sociedad como la razón de existencia de un poder estadual.

La sociedad, con sus propias exigencias, y no la autoridad del Estado, comenzaba a ser el punto central para la comprensión del Estado de derecho. Y la ley, de ser expresión de la voluntad del Estado capaz de imponerse incondicionalmente en nombre de intereses trascendentes propios, empezaba a concebirse como instrumento de garantía de los derechos,⁶⁶ pues se convertía en un instrumento para los individuos más que en un instrumento para la autoridad.

⁶⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 7a. ed., Madrid, Trotta, 2007, p. 21.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 22.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 23.

El Estado liberal de derecho consiste en el condicionamiento de la autoridad del Estado a la libertad de la sociedad (como condición de legitimación), en el marco del equilibrio recíproco establecido por la ley. La noción de un Estado liberal de derecho remite a la primacía de la ley frente a la administración, frente a la jurisdicción y frente a los ciudadanos. El Estado liberal de derecho era un Estado legislativo que se afirmaba a sí mismo a través del principio de legalidad. El Estado de derecho y el principio de legalidad suponían la reducción del derecho a la ley y la exclusión, o por lo menos la sumisión a la ley, de todas las demás fuentes del derecho,⁶⁷ lo que ocasionaba, en el mejor de los sentidos, un control de la actividad tanto de las autoridades como de los gobernados a partir de un actuar en total apego a lo que todos habían aceptado y que ha quedado plasmado en la ley.

En todas las manifestaciones del Estado de derecho la ley se configuraba como la expresión de la centralización del poder político, con independencia de los modos en que ésta se hubiera determinado históricamente y del órgano en que se hubiera realizado. La eminente fuerza de la ley se vinculaba así a un Poder Legislativo capaz de decisión soberana en nombre de una función ordenadora general.⁶⁸ La concepción aristotélica del gobierno de las leyes en lugar del gobierno de los hombres se había materializado.

El principio de legalidad se expresaba de manera distinta según se tratara de la posición que los ciudadanos asumían frente al mandato legislativo o de la posición que la administración asumía frente a dicho mandato. La sumisión de la administración a la ley se afirmaba con carácter general; en un primer plano, la ley es la que determina el actuar de todas y cada una de las autoridades de la administración; es decir, le indica qué es lo que debe hacer conforme a las facultades y atribuciones que se le han conferido; sin embargo, un segundo plano corresponde a la delimitación que del actuar de las autoridades hace la ley; es decir,

⁶⁷ *Ibidem*, p. 24.

⁶⁸ *Idem*.

el plano negativo de su actuar, lo que no deben hacer; un plano limitativo que, sin duda, se robustece conforme más protección a los derechos de los individuos se otorguen en un determinado régimen.⁶⁹

Según la primera y más rigurosa concepción del principio de legalidad, el Poder Ejecutivo, carente de potestades originarias, dependía íntegramente de la ley, que le atribuía cada potestad singular (por esto la determinación al hablar de un Poder Legislativo, Ejecutivo y Judicial, en ese orden). La capacidad de actuar del Ejecutivo dependía de las leyes de autorización y sólo era válida dentro de los límites de dicha autorización. La segunda concepción, por el contrario, atribuía al Ejecutivo la titularidad originaria de potestades para la protección de los intereses del Estado, circunscribiéndola solamente desde fuera por medio de leyes limitadoras,⁷⁰ lo que constituía una actividad más proactiva y protectora por parte de las autoridades, dejando un plano de actuación más extenso, sin dejar fuera, claro está, los límites naturales que determinan los derechos.

La ley, de cara a la protección de los derechos de los particulares, no establecía lo que la administración no podía hacer, sino, por el contrario, lo que podía. De este modo, los poderes de la administración, en caso de colisión con los derechos de los particulares, no se concebían como expresión de autonomía, sino que se configuraban normalmente como ejecución de autorizaciones legislativas⁷¹ determinadas con anterioridad al desarrollo de su actividad, lo que de alguna manera creaba límites invisibles, pero existentes, dentro de una actividad completamente protectora.

La protección de la libertad exigía que las intervenciones de la autoridad se admitieran solo como excepción; es decir, solo cuando vinieran previstas en la ley. Por eso, para los órganos del Estado, a los que no se les reconocía ninguna autonomía originaria, todo lo que no estaba permitido estaba prohibido (lo que

⁶⁹ *Ibidem*, p. 27.

⁷⁰ *Idem*.

⁷¹ *Idem*.

Ernesto Garzón Valdés denomina “coto vedado”); para los particulares, cuya autonomía, por el contrario, era reconocida como regla, todo lo que no estaba prohibido estaba permitido.

La ausencia de leyes era un impedimento para la acción de los órganos del Estado que afectara a los derechos de los ciudadanos; suponía, en cambio, una autorización implícita para la acción de los particulares.⁷² Se gestaba la inexcusable actuación de los particulares dentro de los límites visibles en la no existencia de prohibición expresa, mientras que a las autoridades se les ataba de manos cuando intentaban hacer algo que se encontraba fuera de las atribuciones que se le habían conferido, incluso si aquella actividad pretendía o tenía como finalidad la protección de los individuos.

La generalidad es la esencia de la ley en el Estado de derecho. En efecto, el hecho de que la norma legislativa opere frente a todos los sujetos de derecho, sin distinción, está necesariamente conectado con algunos postulados fundamentales del Estado de derecho, como la moderación del poder, la separación de poderes y la igualdad ante la ley.⁷³

El cambio de un Estado de derecho a un Estado constitucional de derecho implica la novedad en la afectación a la aplicación de la ley. La ley, por primera vez (en la época moderna basada en el apego total a lo estrictamente establecido en las leyes), viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución, lo que asegura aún con mayor precisión el gobierno de las leyes (constitucionales) por encima del gobierno de los hombres.⁷⁴

Las Constituciones contemporáneas intentan poner remedio a los efectos destructivos del orden jurídico mediante la previ-

⁷² Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de F. Ayala, Madrid, Alianza, 1982.

⁷³ Montesquieu, *El espíritu de la leyes*, trad. de M. Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1979.

⁷⁴ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución...*, *cit.*, p. 149.

sión de un derecho más alto, dotado de fuerza obligatoria, incluso para el legislador. El objetivo es condicionar y, por tanto, contener (orientándolos) los desarrollos contradictorios de la producción del derecho, generados por la heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales que se ejercen sobre el mismo; es decir, que se plantee una línea constitutiva dentro del orden jurídico que resista (e incluso sea capaz de adecuarse) a las exigencias evolutivas dentro del Estado que rigen, tendiendo en todo momento al encaminamiento positivo del sistema jurídico establecido.

La premisa para que esta operación pueda tener éxito es el restablecimiento de una noción de derecho más profunda que aquella a la que el positivismo legislativo lo ha reducido. La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada a favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad.⁷⁵

A grandes rasgos, lo que caracteriza al Estado constitucional actual es, ante todo, la separación entre los distintos aspectos o componentes del derecho que en el Estado de derecho del siglo XIX estaban unificados o reducidos en la ley.

En el modelo europeo forjado después de la Revolución francesa y vigente hasta la segunda mitad del siglo XX, la Constitución era un programa político dirigido al legislador, quien tenía la responsabilidad en exclusividad de juridizar ese mandato. Europa descubre que la Constitución es una “norma jurídica”, y de ese modo sustituye a la ley con aquella poniéndola como fuente de las fuentes (como la nueva “norma normarum” (*Grundnorm*), que el propio Kelsen antepone como condición de validez de la

⁷⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil...*, cit., p. 40.

Constitución), desde la cual medir la juridicidad o validez de las restantes normas. Además de constitucionalizarse el ordenamiento jurídico, se produce una necesaria transformación en la teoría jurídica general, y así aquella teoría de la interpretación jurídica pensada para el modelo legalista resulta notoriamente impracticable frente a la Constitución.⁷⁶

El constitucionalismo señalado por Cappelletti vale también, con sus determinados matices, para América, incluso respecto de aquellos países que han seguido estrictamente el sistema norteamericano de control difuso y para el caso concreto. Mientras que aquel Estado legalista y liberal fue el típico del siglo XIX, Zagrebelsky insiste en que "...la forma del Estado típica de nuestro siglo es el Estado constitucional..." y advierte que a veces este último es representado con frecuencia como una visión particular del tradicional Estado de derecho del siglo XIX, cuando (según el profesor de Turín) "...si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho..."⁷⁷ pues el mismo adquiere una visión un tanto más amplia y completa al incorporar un rango jurídico interpretativo más elevado que el de la propia ley.

El Estado constitucional no es solo una respuesta jurídica, sino que constituye un cambio radical o un nuevo paradigma, en donde "...el derecho constitucional es un conjunto de materiales de construcción, pero el edificio concreto no es una obra de la construcción en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de esos materiales". Una de las conclusiones que extrae Zagrebelsky es que del Estado soberano hemos pasado a la soberanía de la Constitución.

⁷⁶ Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa, 1993, p. 74.

⁷⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil...*, cit., pp. 34 y 13.

Ferrajoli, rebatiendo a aquellos que piensan que el constitucionalismo de nuestros días marca una revancha del iusnaturalismo sobre el positivismo jurídico, intenta defender al Estado constitucional de derecho como un nuevo paradigma que supera el paradigma del derecho jurisprudencial premoderno y al paradigma paleopositivista del Estado legislativo de derecho. El exjuez y profesor italiano avanza en una caracterización de la Constitución como “...el acuerdo democrático sobre lo no decidido, o sea, el acuerdo sobre las prohibiciones correlativas a los derechos de libertad, y sobre lo no decidido que no, o sea, sobre las obligaciones correlativas a los derechos sociales”,⁷⁸ y termina afirmando que “...el futuro del constitucionalismo jurídico, y con éste el de la democracia, depende por el contrario de una triple articulación y evolución: hacia un constitucionalismo social, en adición al de corte liberal; hacia un constitucionalismo de derecho privado, en adición al de derecho público; hacia un constitucionalismo internacional, en adición al estatal”.⁷⁹

Las tesis ferrajolianas sirven para mostrar los cambios cualitativos que supone el constitucionalismo y las perspectivas novedosas y exigentes que conlleva para juristas en general y jueces en particular a la hora de operar con el derecho⁸⁰ pues supone un nuevo paradigma adecuar el actuar del juzgador principalmente a lo establecido en el texto constitucional, dejando claro que el orden legal establecido debe ajustarse también a lo que determina la Constitución. Es importante señalar que la labor de los jueces radica en la posibilidad (para el tema que nos ocupa) de constituirse como el último protector de derechos humanos, lo que implica que su actuación debe apegarse estrechamente al contenido de la Constitución, dejando fuera incluso aquellos ordenamientos que frenan el actuar proactivo que todo juzgador debe ejercer.

⁷⁸ Ferrajoli, Luigi, “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional”, *Isonomía*, México, t. 16, p. 8.

⁷⁹ Ferrajoli, Luigi, *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 178.

⁸⁰ Vïgo, Rodolfo, *De la ley al derecho...*, cit., p. 43.

III. REFORMA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

El 10 de junio de 2011 fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma constitucional en materia de derechos humanos. La modificación involucra cambios a la denominación del capítulo I del título primero, así como a los artículos 1o, 3o, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 apartado B, y 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Se trata, sin duda alguna, del cambio constitucional en materia de derechos básicos más importante del último siglo, que representa un nuevo paradigma para el respeto, protección, garantía y satisfacción de los derechos humanos.

La reforma trae grandes cambios:

1. *Cambios sustantivos o al sector material*

Éstos derivan básicamente de la armonización constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos, lo que incluye:

- a) La modificación a la denominación misma del capítulo que agrupa a los derechos básicos: pues ahora se cataloga la homogenización en derechos humanos, lo que de manera simple puntualiza la manera en que debe considerarse al catálogo de derechos, dejando a las garantías como los medios a través de los cuales se puede reclamar, ante instancias judiciales, el efectivo ejercicio de dichos derechos;
- b) El otorgamiento de rango constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos: cuestión que particularmente se consideraba superada, pues el artículo 133⁸¹ constitucional es claro, sin embargo, creo que

⁸¹ “Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, cele-

lo que se intentó fue establecer el rango que ocupan los tratados internacionales dentro de nuestro sistema jurídico en relación con las leyes federales y locales y la propia Constitución;

- c) La ampliación de hipótesis de no discriminación;
- d) La educación en materia de derechos humanos;
- e) El derecho de asilo y de refugio;
- f) El respeto a los derechos humanos en la operación del sistema penitenciario, y
- g) Los derechos humanos como principio de la política exterior mexicana.

Estos cambios sustantivos sin duda robustecen la manera en que las autoridades deben ver al derecho. Esta ampliación en la concepción de los mismos no debe pasar desapercibida; pero, sobre todo, debe promoverse su vigencia y conocimiento.

2. Cambios operativos o al sector de garantía

Éstos inciden en las posibilidades procesales de hacer valer los derechos ante los operadores jurídicos, por lo que les otorgan herramientas para tal efecto, entre las que se encuentran:

- a) La interpretación conforme: que debe hacerse en sintonía con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado mexicano; es decir, la adecuación del sistema internacional de los derechos humanos con nuestro sistema jurídico, esencialmente con lo consagrado en el texto constitucional;
- b) El principio *pro persona*: que es uno de los aciertos más importantes de la reforma, pues invita al juzgador a, luego

brados 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”.

- de hacer una interpretación valorativa de los preceptos jurídicos aplicables a un caso concreto, estar en la facultad de aplicar aquel que mayor beneficio otorgue a la persona; es decir, la actividad del juzgador tenderá, en todo momento, a la protección de los derechos humanos de cada individuo;
- c) Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; las obligaciones de prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones a los derechos humanos: lo que implica que si bien las autoridades se encuentran limitadas por su ley orgánica o su reglamento para actuar de determinada forma, en materia de derechos humanos tienen la facultad u obligación de actuar oficiosamente para garantizar su protección;
 - d) La prohibición de celebrar tratados que alteren o menoscaben los derechos humanos, tanto los previstos en la Constitución como en otros instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados: para que no existan contradicciones que en ellas mismas envuelvan la violación de algún derecho, y si así fuera, los juzgadores están en aptitud de aplicar los preceptos que mejor protejan derechos;
 - e) La regulación de los límites, casos y condiciones para la suspensión y restricción provisional del ejercicio de algunos derechos humanos;
 - f) El requisito de previa audiencia para la expulsión de extranjeros;
 - g) La exigencia de que las autoridades funden, motiven o hagan pública, en su caso, la negativa de aceptar o cumplir las recomendaciones que les dirijan las comisiones de derechos humanos, así como la posibilidad de que las autoridades comparezcan ante los órganos legislativos correspondientes a explicar los motivos de su negativa: sin embargo, no creo que sea la mejor solución; es decir, la actividad que realizan las comisiones de derechos huma-

- nos, aunque tiende al mejoramiento en el tratamiento de los mismos, considero que deben ser las autoridades jurisdiccionales las que se ocupen de hacer exigible el respeto y promoción de los derechos humanos;
- h) La ampliación de la competencia de las comisiones de derechos humanos, para conocer de asuntos laborales;
 - i) El traslado a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, de la facultad investigadora asignada originalmente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación: cuestión que desde mi perspectiva, lejos de robustecer el actuar en pro de los derechos humanos, lo deja más enclenque, pues debe ser la autoridad jurisdiccional, y solo ella, la encargada de la vigencia efectiva de los derechos humanos;
 - j) La posibilidad de que las acciones de inconstitucionalidad que puedan presentar la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y los organismos respectivos de las entidades federativas, en el ámbito de su respectiva competencia, contra leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales, se puedan enderezar respecto a violaciones a los derechos humanos previstos en la Constitución, pero también en los tratados internacionales de derechos humanos.⁸²

En realidad estos cambios operativos son favorables en parte, no es que desconfíe de la labor que las comisiones de derechos humanos realizan, pero considero que la manera adecuada de hacer exigibles los derechos es a través de las autoridades jurisdiccionales, de jueces constitucionales.

La presente reforma constitucional en materia de derechos humanos está estrechamente vinculada a aquella publicada en el *Diario Oficial* del 6 de junio de 2011, y que tiene por objeto una

⁸² 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*, México, UNAM, 2011, pp. 39-41.

modificación a los artículos 94, 103, 104 y 107 constitucionales, la cual implica, entre otras cuestiones, cambios trascendentes al juicio de amparo.

Uno de los aspectos de mayor envergadura en dicha reforma corresponde al cambio establecido en el artículo 103, fracción I, que prevé la procedencia del amparo “Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”.⁸³ Sin duda, la magnitud de lo planteado refleja la importancia que en la actualidad reviste la protección de los derechos humanos; responsabilizar a las autoridades no solo por sus actos cuando transgreden derechos humanos, sino también cuando la falta de actuar vulnera a los mismos es signo claro de que las autoridades deben incluir en su función formas de protección y preservación de derechos humanos, pues ya no solo se encuentran obligadas por lo que la Constitución y las leyes determinen, sino también por lo que los tratados internacionales establezcan para la protección de derechos humanos.

Toda reforma constitucional constituye o trata de constituir un balance permanente entre las necesidades de estabilidad y cambio⁸⁴ independientemente de la materia o fines sustanciales que persiga.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos promulgada en junio de 2011 tiene una importante dimensión internacional, y está llamada a ejercer un notable impacto en la conducción de la política exterior de México por dos vías. Primero, se fortalece el estatus jurídico de los tratados internacionales de derechos humanos precisando su jerarquía de rango constitucional, al establecer, entre otras cosas, que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM, 1998, p. 237.

Constitución y los propios tratados. Ello, por ejemplo, dará una nueva dimensión al litigio de los ciudadanos mexicanos ante instancias internacionales de derechos humanos.

Segundo, se introduce en el artículo 89, fracción X, "...el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos..." como principio normativo que debe guiar la conducción de la política exterior, con lo cual se consagra jurídicamente la idea de que tales derechos son un componente esencial de la identidad política que México desea proyectar al resto del mundo. La modificación del artículo 89 constitucional se basa en la premisa de que los derechos humanos encarnan valores que son comunes a todos los mexicanos, y, por ende, eleva su protección y promoción en el sistema internacional a una política de Estado que, como tal, responde al interés nacional por encima de las diferencias programáticas de los gobiernos en turno,⁸⁵ lo que otorga una gran fuerza a los derechos en el ámbito internacional e instituye una conciencia generalizada de protección de derechos, sembrando la certidumbre de que, a nivel mundial, los derechos serán respetados y garantizados por el único hecho de tratarse de un ser humano.

La posición nacionalista y defensiva que antepone la protección de la soberanía frente al régimen internacional de derechos humanos fue dando paso lenta y progresivamente a la postura internacionalista y colaborativa que caracteriza a la política exterior de México hoy en día.⁸⁶

IV. LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS

La configuración decimonónica de los derechos había sido anticipada por el precursor del positivismo jurídico, Thomas Hobbes,

⁸⁵ Saltalamacchia Ziccardi, Natalia y Covarrubias Velasco, Ana, "La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos: antecedentes históricos", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, pp. 1-3.

⁸⁶ *Idem*.

quien postulaba un poder público soberano (que sea ostentado por un individuo o por una asamblea, es indiferente) y una concepción del derecho como mandato de tal poder. Hobbes distinguía entre el significado de *lex* y el de *ius*. Se denominaba *lex* al mandato autoritario al que se someten los súbditos; es decir, al derecho *ex parte principis*; por el contrario, se llamaba *ius* a la libertad reconocida por la ley a favor de los particulares; es decir, al derecho *ex parte civium*.⁸⁷

La distinción se materializaba en un plano conceptual únicamente porque en la práctica, en el Estado absoluto tal y como él lo concebía, los *iura* no tenían una entidad autónoma, sino que solo era un aspecto residual de la ley. Con las constituciones contemporáneas, la distinción hobbesiana entre *lex* y *ius* deja de ser exclusivamente una precisión conceptual o una aspiración moral. Dicha distinción se convierte, por el contrario, en un principio jurídico operativo del que derivan importantes consecuencias, quizá aún no todas afloradas. Teniendo presentes los catálogos de derechos establecidos en Constituciones rígidas; es decir, protegidas contra el abuso del legislador, podemos distinguir una doble vertiente de la experiencia jurídica: la de la ley, que expresa los intereses, las intenciones, los programas de los grupos políticos mayoritarios, y la de los derechos inviolables, directamente atribuidos por la Constitución como “patrimonio jurídico” de sus titulares, independientemente de la ley.⁸⁸

Tanto la ley como los derechos tienen su propia (no necesariamente la misma) dignidad constitucional. Rechazando, en efecto, una fundamentación iusnaturalista de los derechos (lo que no implica desvalorizar la contribución del derecho natural a las formulaciones constitucionales de los derechos), en el derecho actual estos adquieren valor jurídico positivo solo con la Constitución, pues es precisamente ésta la que le otorga la fuerza que permea su vigencia en el tiempo.

⁸⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil...*, cit., p. 50.

⁸⁸ *Idem*.

Desde un punto de vista general, la fundamentación constitucional de los derechos y de la ley supone dotar a la dinámica espontánea de la sociedad de una fuerza reguladora desde arriba, propiamente estatal, que entra en concurrencia con los derechos. Naturalmente, en caso de conflicto prevalecen los derechos. Pero lo que se acaba de decir muestra que existe un ámbito de funciones legislativas propias del Estado, un ámbito que está fundado sobre la naturaleza política de este último, y que no depende de los derechos de naturaleza individual;⁸⁹ sin embargo, es claro que la función propiamente estadual siempre debe tender a la protección de los derechos, pues no es necesario que se establezcan éstos como límites si se tiene claro uno de los objetivos primigenios del Estado: regular la convivencia adecuada de la vida en sociedad.

No cabe decir que la ley se admita solo en función de los derechos individuales, porque puede estar legítimamente animada por intereses públicos que no sean simplemente la traducción legislativa de los derechos individuales. En algunos casos, y de modo particularmente acusado en las Constituciones, la persecución de estos objetivos incluso viene impuesta constitucionalmente;⁹⁰ es decir, si la actuación de los órganos del Estado no debe ceñirse únicamente al plano de regulación y protección de los derechos humanos, si debe tener en cuenta que su actuar no puede violentarlos.

La función de toda autoridad (sea esta administrativa o jurisdiccional) debe determinarse por lineamientos o directrices que hagan de ella una autoridad benefactora de los individuos que conforman al Estado. El orden constitucional es, sin duda, el que ofrece los elementos para las formas en que se va a desarrollar la actividad estadual. El campo abierto que ofrece dicho orden permite que la labor protectora pueda extenderse al plano internacional, siempre y cuando esa apertura haga más provechoso y garante el desempeño de la maquinaria estatal.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 59.

⁹⁰ *Idem*.

En el caso particular, de manera general, ante su adopción, la narrativa constitucional mexicana, luego de la entrada en vigor de las reformas constitucionales de derechos humanos, se armoniza por fin con el esquema completo de vinculación con los tratados internacionales sobre derechos humanos en la mayoría de los Estados constitucionales, y que se encuentra definido por la siguiente ruta: la ratificación de los instrumentos; en su caso, la aceptación expresa de la competencia contenciosa de los tribunales a cargo de su aplicación e interpretación; la incorporación de los tratados al orden interno, a efecto de que puedan ser aplicados por los operadores jurídicos, y que contribuye a la adopción de disposiciones de derecho interno, como lo establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y, en definitiva, un reconocimiento de la incidencia constitucional de estos tratados en razón de su contenido normativo, lo que se precisa, entre otros diseños, mediante una cláusula de interpretación conforme, facilitando al juzgador la labor en pro de la protección de los derechos humanos, pues se abre una baraja de opciones para que los operadores jurídicos estén en posibilidad de ir más allá de lo que legalmente se ha establecido.

Este criterio conlleva necesariamente el ejercicio hermenéutico, no solo con respecto a las normas sobre derechos humanos consagradas en los tratados, sino con la jurisprudencia que se emite respecto de la interpretación de las mismas, pues al aceptar la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, en automático se está en posibilidad de hacer una interpretación constructiva de las mismas, haciendo así que la labor del juzgador camine por un plano mucho más fino y preciso del derecho que se aproxime a una labor efectiva de impartición de justicia.

En este sentido, un punto importante para cerrar la trayectoria de disposiciones constitucionales que darían franca bienvenida a los tratados internacionales sobre derechos humanos es la obligatoriedad del cumplimiento de las resoluciones que dictan

los tribunales internacionales.⁹¹ Esto, no con la intención de minimizar la actuación de los tribunales nacionales, sino sembrando las semillas de la prosperidad en materia de justicia, pues a los individuos se les otorga la garantía proteccionista de estar en aptitud de someter las resoluciones del máximo tribunal a la jurisdicción de tribunales internacionales que hacen análisis específicos y especializados cuando de violación de derechos humanos se trata.

El artículo 1o. constitucional y su adecuada interpretación

El otorgamiento de rango constitucional a las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales, con la correspondiente obligación de su acatamiento por parte de los operadores jurídicos, es uno de los temas más relevantes y que mayor beneficio traerán a nuestro sistema jurídico. El texto reformado del artículo 1o., constitucional establece:

Título Primero

Capítulo I

De los Derechos Humanos y sus Garantías

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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.

⁹¹ Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1o, segundo párrafo, de la Constitución)”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, p. 113.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

El artículo 1o. deja claro que el género único son los derechos humanos, los cuales se encuentran, por una parte, en el texto constitucional, y, por la otra, en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Aun cuando no se debe dejar de mencionar que los tratados no son la única fuente de los derechos humanos a nivel internacional, sí son tal vez la más importante en la actualidad; por ello, la reforma acierta en situarlos como una fuente de derecho de la persona al mismo rango que los de la propia Constitución, obligando así a que las autoridades los observen sin pretexto de su no reconocimiento, por estar constitucionalmente establecido.

El texto constitucional no hace referencia únicamente a los tratados internacionales de derechos humanos, sino a los derechos humanos previstos en tratados internacionales; esto es, se amplía el espectro tomando en cuenta el criterio de los derechos, y no el de los instrumentos que los contienen.

En pocas palabras, 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 como tratados de derechos humanos.

En este sentido, la gama e índole de los derechos reconocidos en el nuevo párrafo del artículo 1o. constitucional es amplísima y de lo más beneficiosa al reconocimiento de los derechos humanos en favor de las personas.

Los derechos mencionados no solo adquieren un reconocimiento constitucional expreso, sino que además se les sitúa en la cúspide de la jerarquía normativa con respecto al resto de las disposiciones del orden jurídico mexicano.

El párrafo segundo del artículo 1o. constitucional formula los principios de interpretación conforme y de interpretación *pro persona*. El primero de ellos lleva a la interpretación armónica entre las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente constitucional o internacional, con el texto de la propia Constitución y con los tratados de derechos humanos.

Esto en principio pudiera parecer tautológico; sin embargo, atendiendo a que el párrafo primero hace referencia a normas de derechos humanos, y no a tratados de derechos humanos, es perfectamente posible que tales normas deban ser compatibilizadas con la propia Constitución y con los tratados especializados de derechos humanos, lo que lleva a la hora de aplicar los derechos humanos, a la necesaria interpretación armónica de los estándares disponibles.

No obstante lo anterior, el precepto va más allá, pues impone no solo la armonización vía interpretación, sino que dispone que de los sentidos posibles que arroje dicho ejercicio se privilegie aquel que depare mayor beneficio a las personas; esto es, que la interpretación no sea restrictiva, sino que se maximice dentro de los márgenes posibles a favor de la libertad, lo que constituye la esencia del principio *pro persona*.

A partir de lo anterior, en caso de conflicto normativo, no solo debe prevalecer la norma jerárquicamente superior, que es la de la Constitución y las de derechos humanos de los tratados internacionales, sino que se debe realizar la interpretación de las

disposiciones de derechos humanos conforme a éstas, y, como resultado, derivar o generar el parámetro más favorable a la persona, que deberá finalmente ser aplicado al caso concreto.⁹²

Esto nos lleva a pensar en la labor del juzgador; el trabajo interpretativo a la hora de resolver implica un estudio de fondo de los derechos humanos que se encuentran contenidos en las normativas internacionales; no solo se trata de homogeneizar los criterios jurídicos, sino de estudiar a profundidad para encontrar el mejor criterio resolutorio.

El contenido del completamente nuevo párrafo tercero del artículo 1o. compendia un buen número de cuestiones relativas a la teoría y a la práctica de los derechos humanos. Hay en el tercer párrafo una cuestión de suma relevancia que no debe quedar fuera del parámetro interpretativo que las autoridades (no solo jurisdiccionales, sino también administrativas) deben tener presente, y es la concerniente al señalamiento de las obligaciones, a cargo de todas las autoridades del Estado mexicano, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

La labor del Estado debe encaminarse por la senda de la mitigación de situaciones que afecten el desenvolvimiento de una vida digna para sus gobernados; esto es, constitucionalmente ha quedado establecido que el reclamo a cualquier conducta omisiva de las autoridades es válido cuando no se materialice un claro compromiso con la protección de derechos.

Principio pro persona de interpretación constitucional

Dicho criterio o principio de interpretación constitucional sostiene la necesidad de acudir a la norma más amplia o interpretación más extensiva, con la finalidad de reconocer derechos protegidos o no por la norma constitucional. Conforme a este principio, el operador jurídico debe adoptar la interpretación

⁹² Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos...”, *cit.*, pp. 44-46.

más restringida cuando se trata de establecer límites permanentes al ejercicio de los derechos o suspensión extraordinaria de los mismos.⁹³

Al establecer el envío normativo sobre derechos humanos a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a los tratados internacionales, el artículo 1o., último párrafo, señala: "...favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia", lo que convierte al texto constitucional en una base sólida para la función interpretativa del juzgador. Afortunadamente, se incluyó el principio *pro persona*, que es el criterio indispensable de actuación hermenéutica ante la cláusula de interpretación conforme, y cuyo sentido es precisamente señalar la preferencia de aplicación ante los reenvíos que se realizan desde las normas sobre derechos a la Constitución y a los tratados internacionales.

Cumple con dos objetivos: a) definir el estándar de integración normativa; es decir, constituir el contenido constitucionalmente declarado de los derechos, y b) señalar la norma aplicable en caso de antinomias, y con independencia de su posición jerárquica; respetando el contenido mínimo esencial del derecho que debe restringirse si se trata de dos normas constitucionales;⁹⁴ se trata de una valoración concreta en la que se recogen los elementos de cada derecho en pugna y se eligen, de la baraja de derechos que el sistema interamericano junto con el nacional ofrecen, aquellas disposiciones que se ajusten a las circunstancias específicas que la autoridad pretende resolver.

Originalmente, la previsión de este criterio como elemento definitorio de la interpretación conforme se hizo a través de la jurisprudencia de los tribunales y cortes de constitucionalidad, y poco a poco fue incluyéndose de forma explícita. Su forma de operación se establece ya mediante la integración de los elementos que sean más protectores, o bien definiendo las aplicaciones

⁹³ Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional, la Corte y los derechos*, México, Porrúa, 2009, p. 96.

⁹⁴ Caballero Ochoa, José Luis, "La cláusula de interpretación conforme...", *cit.*, pp. 130-132.

preferentes de ciertas normas ante derechos que se encuentren en conflicto, con el límite de no lesionar el contenido esencial de aquel que se ve disminuido.⁹⁵

En este sentido, la función interpretativa y valorativa de la autoridad camina sobre una línea por demás delicada, pues si bien es cierto que su función reside en la salvaguarda de los derechos de todos los individuos, debe tener presente que en el momento en que se encuentren derechos en pugna, la responsabilidad de limitar uno para salvaguardar otro es grande. Del catálogo de derechos y de la adecuada ponderación que se haga de cada uno de ellos va a depender la función efectiva de cada autoridad. La capacidad valorativa e interpretativa de la situación concreta, insisto, es algo que nunca debe perder de vista el juzgador si lo que pretende es consolidarse como garante de derechos humanos. Se entiende que es complejo, pero la situación concreta, con un análisis objetivo y de fondo de las circunstancias particulares y de un estudio conjunto del amplio bagaje normativo, constituye la primera guía que se debe aplicar.

En el caso de ponderar derechos provenientes de un tratado internacional con respecto al derecho interno, regularmente se sigue la tendencia de establecer la preferencia del primero, porque se supone, al menos en nuestro contexto, que siempre sería más protector, lo que además se corrobora con el propio diseño normativo; es decir, los tratados establecen principios que son de aplicación general para los Estados partes (líneas normativas mejor definidas) en su condición de instrumentos multilaterales, lo que deviene en una aparente ventaja sobre derechos limitados en el orden interno. El derecho internacional tiende a garantizar de manera más amplia y el derecho interno tiende a limitar en cuanto a su labor garante corresponde.

No obstante, existen casos en que las jurisdicciones domésticas pueden omitir el reenvío a la norma internacional, o al menos referirlo a los criterios de interpretación al contener previsiones

⁹⁵ *Idem.*

y desarrollos jurisprudenciales más protectores. De igual forma, se presentan claves interpretativas que ponen el acento en la actuación de los Estados, como son las figuras de la interpretación consensual y del margen de apreciación nacional. La primera implica que el tribunal u organismo internacional acude a las figuras de derecho interno para la interpretación de los tratados; a su propio marco de aplicación, sobre todo de tipo constitucional, de tal suerte que atenderá al contexto de las legislaciones domésticas para verificar la amplitud o restricción de determinado derecho. Por su parte, el principio de margen de apreciación permite que el Estado establezca sus propios criterios de actuación respecto a temas no muy desarrollados aún por el derecho común inherente a los sistemas internacionales de protección a los derechos humanos.⁹⁶

Los tribunales mexicanos se han pronunciado al respecto, dejando ver que la interpretación favorable al ser humano no es a discrecionalidad del juzgador:

PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA.

El principio pro homine que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria.⁹⁷

⁹⁶ *Idem.*

⁹⁷ Tesis Aislada, TCC, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXI, febrero de 2005, p. 1744.

Así, debemos tener claro que, como bien lo apunta Ronald Dworkin: “las Cortes son las capitales del imperio de la justicia y los jueces son sus príncipes, pero no sus adivinos y profetas. Les corresponde a los filósofos, si lo desean, resolver las ambiciones del derecho, la forma más pura del derecho dentro y más allá del derecho que tenemos”.⁹⁸ Las ambiciones del derecho han quedado satisfechas. Ahora corresponde a los príncipes de las Cortes darles el cauce que necesitan para que se materialicen de la mejor manera.

V. RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La tarea de todo orden jurídico, sea interno o externo, deberá recaer en una función protectora de los derechos humanos. Hablar de una diferencia entre derecho fundamental y derecho humano es una disertación un tanto ociosa, pues en palabras de Gros Espiell, hablar de derechos fundamentales puede dar a entender que hay otros derechos humanos que no son fundamentales, y que por lo tanto podrían violarse sin las consecuencias que tiene el violar un derecho fundamental; es por eso que afirma que todo derecho humano es derecho fundamental, y, en ese sentido, la concepción más amplia es la de derecho humano.

El carácter fundamental deriva de la naturaleza de los derechos humanos, de su importancia determinante y global y no de una calificación relativizante. Todos los derechos humanos deben ser garantizados y protegidos por el orden jurídico interno e internacional, teniendo en cuenta sus caracteres propios y particulares. Garantizar unos y desproteger jurídicamente a otros es adoptar una actitud discriminatoria, negadora del carácter integral de los derechos humanos e ignorante de la dignidad inherente al ser humano.⁹⁹

⁹⁸ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 286.

⁹⁹ Gros Espiell, Héctor, “Nuevas tendencias del constitucionalismo en América Latina”, en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coords.),

Los catálogos de derechos humanos, así como de las garantías respectivas establecidas en los sistemas internos, conforme a las Constituciones nacionales, resultaron insuficientes, pues aun con esto las violaciones a ellos seguían dándose. La necesidad de que los Estados nacionales se unieran para emitir documentos internacionales donde reconocieran derechos humanos a manera de un estándar internacional y se establecieran órganos de supervisión y control se hizo patente después del sufrimiento de la humanidad al terminar la Segunda Guerra Mundial.

Se comienza un proceso de internacionalización del derecho constitucional (de los derechos humanos), y el derecho internacional, que se encontraba fundamentado en las relaciones de los Estados y no en la protección de los individuos, inicia una transformación pro activa de manera importante hacia el interior de los Estados (en el plano privado). Surge así el derecho internacional de los derechos humanos, donde la interacción entre los derechos internacional, constitucional y procesal resulta evidente, lo que también provoca nuevos entendimientos con el tradicional concepto de “soberanía” y de los Estados nacionales.¹⁰⁰ Este proceso de integración refleja la tendencia hacia un constitucionalismo universal, que si bien no se fundamenta en la regulación de cada Estado en su interior (para no vulnerar soberanías), sí puede moverse fácilmente dentro del plano de los derechos humanos; un constitucionalismo universal de los derechos humanos.

Dentro de un sistema universal, la Carta de Naciones Unidas de 1945, firmada por 51 países (actualmente son 192 los Estados miembros), representa el inicio de este movimiento, después de la fallida Sociedad de Naciones.¹⁰¹ En su preámbulo se refiere a

Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica, México, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2009, p. 143.

¹⁰⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbone, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, p. 346.

¹⁰¹ Que naciera por el Tratado de Versalles en 1919 después de la Primera Guerra Mundial y que formalmente desaparece en 1946.

la necesidad de reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y en el valor de la persona humana, en la igualdad de los derechos de hombres y mujeres y de naciones grandes y pequeñas.

Los derechos y libertades deben además tener efectividad, como lo expresa el artículo 56, inciso *c*, de dicho instrumento fundacional. La Comisión de Derechos Humanos (creada en 1946 y convertida en Consejo en 2006) se encargó de la redacción de lo que se convertiría en la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada en París por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984. Esta declaración, compuesta de tan solo 30 artículos, constituye el primer paso de la internacionalización del derecho constitucional, en cuanto establece un catálogo de derechos humanos para la humanidad. Si bien la declaración, en principio, carece de fuerza jurídica, debido a su aceptación generalizada como instrumento de humanización, progresivamente le ha otorgado carácter vinculante, sea por los tribunales internacionales o regionales, incluso por los propios ordenamientos y tribunales internos. De esta manera, la Declaración Universal se convirtió en el eje o piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos.¹⁰²

A partir de entonces se han venido aprobando numerosos e importantes documentos y tratados internacionales en esa materia. Al lado de esta regulación convencional de derechos se han creado comités para supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados signatarios, así como el establecimiento de órganos jurisdiccionales.¹⁰³

En el plano interamericano, en 1948 se aprueba la Carta de la Organización de los Estados Americanos por veintiún países (actualmente son 35 miembros), en el seno de la IX Conferencia Interamericana celebrada en Bogotá. En esa misma reunión se aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes

¹⁰² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad...”, *cit.*, p. 347.

¹⁰³ *Idem.*

del Hombre, primer documento internacional con una proclamación general de derechos, ya que se anticipó varios meses a la Declaración Universal.

La Convención Americana de Derechos Humanos fue suscrita en San José, Costa Rica, en 1969, y entró en vigor en 1978; este instrumento debe complementarse con sus protocolos adicionales.¹⁰⁴ El sistema se integra por la Comisión Interamericana, cuya sede se encuentra en Washington, DC., si bien la Comisión se estableció en 1959, inició funciones al año siguiente, y la Corte Interamericana, radicada en San José, Costa Rica, comenzó sus actividades en 1979. Hasta la fecha, de los 35 países que integran la OEA, 24 han ratificado la Convención Americana, mientras 21 países han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, lo que representa que más de 500 millones de personas están bajo su jurisdicción. Esta dimensión supranacional configura una especie de “amparo internacional”. Ambos órganos se integran por siete miembros, con duración de cuatro años para los comisionados y seis para los jueces, con posibilidad de reelección por una ocasión.¹⁰⁵

La progresiva aplicabilidad del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno de los Estados se ha realizado a través de diversas fórmulas o cláusulas constitucionales, o bien a través del dinamismo de la jurisprudencia constitucional. Un claro ejemplo de ello es el avance que está teniendo la constitucionalización de los derechos humanos establecidos en tratados internacionales, una incorporación amplia que los Estados latinoamericanos están adoptando para dejar fuera la concepción legalista del derecho y dar un paso hacia adelante con la concepción constitucional del derecho. En el caso mexicano, a partir de junio de 2011 adquieren rango constitucional los dere-

¹⁰⁴ Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1998), y Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (Asunción, Paraguay, 1990).

¹⁰⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad...”, *cit.*, p. 351.

chos humanos previstos en tratados internacionales, algo que ya había establecido el artículo 133 constitucional, pero que ahora se reafirma con mayor intensidad.

La incorporación de los derechos humanos de fuente internacional al catálogo de los derechos contemplados en las Constituciones nacionales puede constituir parte de un bloque de constitucionalidad, sirviendo como parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos u omisiones que violen derechos. Este bloque también es motivo de aceptación por parte de los máximos órganos jurisdiccionales a través de un sano activismo judicial que los motiva a incorporar criterios más amplios en su actividad como máximos garantes de la Constitución. El bloque de constitucionalidad se ha ampliado, además de los derechos previstos en los tratados internacionales, también lo conforma la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos a través de principios hermenéuticos o de interpretación es la tendencia actual bajo la que la actividad de las autoridades jurisdiccionales debe desenvolverse. Se han constitucionalizado los principios *pro homine* y *pro libertatis* reconocidos en el artículo 29 del Pacto de San José, o bien se ha venido empleando por las jurisdicciones nacionales. También se advierte la tendencia de incorporar cláusulas abiertas de recepción de la normativa convencional o cláusulas constitucionales para interpretar los derechos y libertades de conformidad con los instrumentos internacionales en la materia.¹⁰⁶

El bagaje jurídico en materia de derechos humanos y propiamente dentro del sistema interamericano es amplio; las pautas impuestas por los textos internacionales tienden a promover una cultura generalizada de protección de los derechos humanos. Los juzgadores tienen en sus manos la correcta aplicación de los textos adoptados, y en ellos reside la preservación de la finalidad primigenia de la constitucionalización del derecho internacional:

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 357.

de la apertura hacia adentro, de manera efectiva, de los derechos humanos en la función jurisdiccional.

VI. APERTURA AL DERECHO INTERNACIONAL

Bodino se encargaba de explicar que “...el primer atributo del príncipe soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular. Con esto no se dice bastante sino que es preciso añadir: sin consentimiento del superior, igual o inferior”.¹⁰⁷ Esta forma del derecho contraviene los principios de un derecho supranacional que pudiera ir en contra también de las culturas jurídicas nacionalistas o estatistas, precisamente el problema que encuentra de aquellos que identifican al derecho o al ordenamiento jurídico con el Estado (como lo veía Kelsen).¹⁰⁸

El mundo se achica o se globaliza, y ello es evidente en el campo jurídico; pero no corresponde ver esa realidad como una desgracia a la que hay que combatir, sino como un desafío que puede ser una importante oportunidad para todas las sociedades en orden a compartir una civilización más madura y culturalmente enriquecida en la diversidad. La Constitución y sus intérpretes, lejos de ser obstáculos para ese acercamiento y el intercambio de experiencias y generación de proyectos comunes, tienen la responsabilidad de orientar los cambios, ordenarlos y controlarlos.

Cappelletti observa la gestación de un nuevo *ius commune* (un derecho común en el plano interamericano, un derecho constitucional común en sus aspectos generales, tales como la protección de los derechos humanos), que sin duda tiene proyección constitucional hacia el interior de los Estados, y de ahí que los tribunales nacionales se han adecuado gradualmente al fenómeno de la constitucionalización del derecho comunitario, y propone que el método comparativo de los distintos derechos sea tomado

¹⁰⁷ Bodino, Juan, *Los seis libros de la República*, Madrid, Aguilar, 1973, pp. 44 y 66.

¹⁰⁸ Vigo, Rodolfo, *De la ley al derecho...*, cit., p. 132.

como una verdadera y propia fuente del derecho;¹⁰⁹ es decir, que la interpretación que se haga de ese derecho común, tanto por jueces nacionales como por jueces interamericanos, genere una línea argumentativa general que pueda invocar cualquier juez de la región.

Una de las intenciones de Peter Häberle (desde el plano de un *ius commune europeo* y en contraste con un *ius commune interamericano*) es que la europeización de las culturas jurídicas nacionales se proyecte en el saber de los juristas en ejercicio desde la ciencia jurídica del derecho común europeo y aplicando el derecho comparado como método de interpretación.¹¹⁰ En la difundida nómima de argumentos empleables por el intérprete jurídico se incluye el argumento comparativo, que permite invocar el respaldo de una interpretación por parte de la autoridad de un derecho extranjero o distinto al propio,¹¹¹ cuestión que sin duda debe considerarse si lo que se desea es llegar a generalizar un derecho en la región, sobre todo si se toma en cuenta la diferencia sustancial entre las naciones que integran nuestro sistema interamericano.

El éxito del proceso de integración europeo ha sido posibilitado en buena medida por una inteligente, flexible y previsora capacidad de los juristas como para ir adaptando los derechos nacionales a la superioridad y directa aplicación del derecho comunitario. Nuestro continente americano está lejos de haber alcanzado el desarrollo integrador europeo, y quizá pesa sobre los juristas cierta responsabilidad en ese retraso y en haber dejado que sea conducido, especialmente en algunos proyectos regionales, por economistas. Sin embargo, se pueden mostrar campos (como los derechos humanos) que exhiben progresos importantes, y que en nada envidian a Europa, donde se ha hecho presente

¹⁰⁹ Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la justicia...cit.*, pp. 65 y 32.

¹¹⁰ Häberle, Peter, prólogo al libro de Balaguer Callejón, María Luis, *Interpretación de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 13.

¹¹¹ Ezquiaga Ganuzas, Francisco J., "Los argumentos interpretativos en las sentencias del Tribunal constitucional: el argumento de autoridad", *La interpretación de la Constitución*, Donostia, 1984, p. 142.

ese camino enriquecedor de los derechos nacionales a través de un espacio comunitario asentado en un alto nivel de conciencia jurídica humanista.

Ese proceso de apertura de los derechos nacionales a los derechos regionales y al derecho internacional requiere sobre todo de la renovación de las culturas jurídicas, y para ello el papel que le compete desarrollar a la Constitución y a la jurisprudencia constitucional es insuperable. En efecto, nuestras Constituciones americanas contemplan el modo en que se incorporan los derechos comunitarios y la respectiva jerarquía que ellos tendrán, y es particularmente en este problema donde aparecen las resistencias propias de un derecho chauvinista (con amor engrandecido por lo nacional y recia apatía por lo extranjero), pero el triunfo sobre esas fuerzas retrógradas dependerá de una interpretación constitucional acorde a los nuevos tiempos, que sin duda le compete en gran medida a las autoridades jurisdiccionales.

De las ramas difundidas en el *civil law*, es sin duda el constitucional una de las más universales, quizá porque ella refleja en buena medida el nivel de conciencia jurídica radical vigente en una sociedad, y esto a su vez posibilita que sea fácilmente aprovechable el aporte del derecho constitucional extranjero, de manera que pareciera no ofrecer para los tribunales locales ningún inconveniente en citar o usar argumentos o métodos interpretativos que se encuentran en jurisprudencia constitucional extranjera,¹¹² y esta es precisamente la tendencia garante que debe considerar cualquier Estado. Un derecho globalizado con instituciones establecidas y reguladas dentro del sistema interamericano es una de las apuestas del constitucionalismo contemporáneo.

VII. CONCLUSIONES

La construcción de un modelo de Estado democrático y constitucional que tenga dentro de sus propias expectativas elevar la

¹¹² Vigo, Rodolfo, *De la ley al derecho...*, cit., p. 133.

calidad garante propia de su actividad debe ser la principal preocupación de toda autoridad. En un inicio la concepción legalista del derecho era considerada como la panacea garante dentro de cualquier forma de gobierno; sin embargo, es claro que la evolución social nos lleva de la mano por rumbos más prometedores y con una mejor visión en cuanto a la protección de derechos.

La existencia de un Estado legal de derecho fue la acertada solución durante algunos años; ello porque permitía que hubiera un tanto de mayor certidumbre en el actuar de las autoridades, pues tenían un marco delimitativo que les establecía límites de manera tácita en el desarrollo de sus funciones.

El paso hacia un Estado constitucional de derecho es uno de los valores de mayor relevancia dentro del camino por la consolidación democrática de cualquier Estado. La adecuación de la actividad de las autoridades propias de una senda constitucionalmente definida aporta certidumbre y confianza en la labor estatal, y es prácticamente la idealización constitucional la que, aparte de imponer límites estrictos a las autoridades, impone obligaciones de respeto y protección de los derechos humanos para todos los individuos.

El nuevo paradigma que envuelve la reforma constitucional de derechos humanos en México abre la puerta a la incorporación de un sistema internacional de protección que fácilmente se puede homogeneizar con nuestro sistema jurídico definido. Se trata de la búsqueda de brechas y rutas que permitan hacer de la labor de las autoridades una labor comprometida con el respeto por la dignidad de los individuos.

La incorporación de un sistema jurídico internacional o interamericano (si así se le quiere llamar) a nuestro sistema jurídico en ningún momento vulnera la soberanía interna; por el contrario, aporta mayores opciones para que las funciones estatales se desarrollen en un plano de respeto y protección generalizada que obligue a las autoridades a desarrollar sus funciones dentro de un marco de respeto de derechos internacionalmente reconocidos y constitucionalmente establecidos.

De lo que se trata es de dejar claro que la labor del Estado como autoridad que toma decisiones, decide, regula el actuar de sus gobernados y se ocupa de la implementación de las políticas públicas adecuadas a las necesidades actuales, tenga presente que la concepción legal de su actuación ha quedado superada, que a partir de ahora tiene encomendadas tareas aún más finas y de mayor análisis, pues la observación del espectro internacional que constitucionalmente se ha establecido no representa una facultad discrecional que pueda ejercer o no, sino que representa una obligación en su ejercicio.

La concepción de un Estado como en la actualidad debe ser concebido, no puede dejar fuera la función transnacional protectora de derechos humanos, un espectro que abarca elementos protectores que tal vez al interior de un Estado no se observan con el debido cuidado, pero que repercuten directamente en la forma en como se desenvuelven los individuos y en su relación con las autoridades que los gobiernan. Es claro y no debe perderse de vista que la confianza y la certidumbre en las autoridades únicamente se gana a partir de propuestas y acciones que en realidad otorguen beneficios a los individuos, de ese compromiso por adentrarse en formas protectoras que no conocen y en velar siempre por los intereses de todos; una labor protectora implica ser proactivo y no paralizarse en el camino.

CAPÍTULO TERCERO

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU INTERNACIONALIZACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

El derecho constitucional sin duda implica el gran parámetro protector de derechos humanos al interior de cualquier Estado. Es cierto que la función jurisdiccional debe apegarse por completo al texto de la Constitución; sin embargo, es preciso dudar acerca de la aplicación de preceptos cuando el marco mismo se amplía. El derecho constitucional, como máximo orden al interior, tiende a la expansión y al crecimiento; se trata de una internacionalización del derecho constitucional o de una constitucionalización del derecho internacional. A ciencia cierta la importancia no reside en la denominación, sino en la relevancia que ello envuelve.

Lo importante dentro del avance proteccionista es la adopción de estándares, que si bien ya existían, no se había obligado a los Estados a su observancia; es decir, la existencia de mecanismos protectores de derechos humanos son la tendencia hacia el progreso, pues de la consolidación de sistemas jurídicos robustos depende la actualización y vigencia de los derechos humanos.

Los distintos tipos de control constitucional, de control convencional, de la actividad protectora de los derechos humanos que debe realizar cada Estado, se presentan de distintas maneras ante los operadores jurídicos, y la forma en que éstos lo apliquen y hagan valer será independiente de la finalidad histórica para la que han sido concebidos.

Actualmente, a nivel mundial, se puede hablar de un derecho globalizado, que ha rebasado las fronteras nacionales para instalarse en un plano internacional, y que, irremediamente, pro-

voca la observancia (sea para bien o para mal) de los demás Estados con sus operadores jurídicos. El trazo definitorio de políticas pro derechos humanos tiende a crecer e insertarse en un plano internacional, creando una auténtica referencia, que si bien no obliga, sí amplía la visión que cada Estado debe tener acerca de la función garante de derechos humanos que realiza al interior.

La generación de tratados internacionales en materia de derechos humanos, en sintonía con la creciente preocupación internacional acerca de su respeto y garantía, hace que los organismos jurisdiccionales supranacionales tengan una intervención directa en la forma como se protegen esos derechos al interior de cada Estado. Lo que se busca es generar certidumbre respecto a los derechos humanos, así como establecer los parámetros mínimos para su protección.

II. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

1. *Convencionalismo*

El llamado convencionalismo o control de convencionalidad implica valorar los actos de la autoridad interna a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, expresado en tratados o convenciones e interpretado, en su caso, por los órganos supranacionales que poseen esta atribución. Equivale, en su propio ámbito, al control de constitucionalidad que ejercen los tribunales de esta especialidad cuando aprecian un acto desde la perspectiva de su conformidad o incompatibilidad con las normas constitucionales internas.¹¹³

Toda autoridad al interior de un Estado que tenga dentro de sus atribuciones la aplicación e interpretación de los textos internacionales debe conocerlos de manera vasta y amplia, así como

¹¹³ García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa-UNAM, 2011, p. 208.

saber valorar sus actos (y los de otros órganos que se encuentren sometidos a su conocimiento y supervisión) en los términos de la propia norma internacional.

Un control de convencionalidad es el que se le atribuye a órganos jurisdiccionales nacionales cuando se indica o espera que revisen el comportamiento de otras autoridades en términos de su adecuación a las normas de los tratados y convenciones que resultan de obligatoria observancia para el Estado; de hecho, la observancia no atiende exclusivamente al comportamiento de otras autoridades jurisdiccionales a nivel nacional, sino también a la observancia de los criterios establecidos por los tribunales internacionales en materia de derechos humanos. Esta adecuación de los sistemas nacionales con los sistemas internacionales tiene como finalidad nutrir el catálogo de derechos que protege cada Estado al interior para así poder crear un eje interamericano de protección en el cual todos los países contemplan la protección y garantía más amplia para los mismos.

Ese control de convencionalidad no se contrae solamente a los textos convencionales, sino también a la jurisprudencia que los interpreta de manera oficial y reconocida; en nuestro caso, la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Esta jurisprudencia concurre a integrar el derecho internacional de los derechos humanos. Fija formalmente el sentido de las normas convencionales¹¹⁴ y orienta el actuar efectivo de las autoridades en el ámbito interno con la firme referencia en el derecho internacional.

La premisa del control de convencionalidad reside en la idea (que rige el comportamiento del Estado parte en un tratado internacional) de que la norma de ese carácter obliga al Estado en su conjunto. Es éste, y no solo algunos órganos o agentes (es decir, todas las autoridades en el ámbito de sus competencias), quien asume los compromisos y los deberes de carácter internacional. Así las cosas, ningún sector del Estado (nacional o regional, federal o local) podría sustraerse al cumplimiento de esos deberes; en consecuencia, los tribunales internos deberían analizar la obser-

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 209.

vancia de aquellos y ajustar sus decisiones a estos imperativos. De ahí que ejerzan un control de convencionalidad, que se extiende tanto a la actuación de órganos no jurisdiccionales como a la de órganos jurisdiccionales, cuando esta actuación queda sujeta a revisión por parte del tribunal que ejerce el control.

La Corte Interamericana ha manifestado que el control de convencionalidad ha de practicarse dentro de las atribuciones de las autoridades jurisdiccionales y conforme a los procedimientos establecidos en la legislación interna. Para que opere el control de convencionalidad en la mejor forma posible, de manera que contribuya al orden jurídico y no aliente desbordamientos que perjudicarían al conjunto del sistema, es preciso incorporar, en el derecho nacional, disposiciones que recojan este concepto y organicen su aplicación. Estas disposiciones deben abarcar todos los planos del quehacer jurisdiccional y orientar (en forma vinculante) la función de sus titulares. Entre estos figuran diversos tribunales, y desde luego la propia Suprema Corte de Justicia. Carecemos de estas normas, que deberían tener cimiento constitucional para evitar dudas, contradicciones o elusiones;¹¹⁵ es necesario que, si bien ya se les ha indicado en el texto constitucional, se obligue a todas y cada una de las autoridades a la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos; no se trata de exagerar los alcances y posibilidades de actuación de la autoridad, pero sí de evitar que lo acotado de sus facultades o atribuciones (cuando se habla de lo que pueden o no hacer en materia de derechos humanos) sea un pretexto.

2. *Control convencional concentrado*

El control concentrado de la convencionalidad obedece a las facultades inherentes de la Corte Interamericana al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración, en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana. Es en

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 211 y 212.

realidad un control “*concentrado*” de convencionalidad, al encomendarse a dicho órgano jurisdiccional la facultad exclusiva de “garantizar al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados” y “reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”, todo lo cual, cuando “decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por esta Convención”,¹¹⁶ teniendo dicho fallo carácter “definitivo e inapelable”¹¹⁷; por lo que los Estados “se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte en todo caso de que sean partes”.¹¹⁸

El control de convencionalidad constituye la razón de ser de la Corte Interamericana: realizar un control de compatibilidad entre el acto de violación y el Pacto de San José (y sus protocolos adicionales). En caso de violación (sea por acción u omisión), la responsabilidad internacional recae sobre el Estado, y no sobre alguno de sus órganos o poderes, lo que indica que el Estado en su conjunto tiene la obligación de proteger derechos y los poderes que constituyen dicho Estado (sea Legislativo, Ejecutivo o Judicial), por el hecho de conformarlo, adquieren la obligación contraída internacionalmente, y el Estado en su conjunto es responsable de las acciones u omisiones que realice cualquier autoridad. Sergio García Ramírez ha sostenido, en su voto concurrente en el caso *Myrna Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003, que:

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

¹¹⁶ Artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹¹⁷ *Ibidem*, artículo 67.

¹¹⁸ *Ibidem*, artículo 68.1.

Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del control de convencionalidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte Interamericana.”¹¹⁹

Esta caracterización de control de convencionalidad es la natural competencia que realiza la Corte Interamericana en sede internacional desde sus primeras sentencias; si bien en ese voto concurrente (2003), por primera vez se utiliza la expresión. La tarea de la Corte continúa en el voto concurrente de Sergio García Ramírez al afirmar que:

...se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados –disposiciones de alcance general- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público –y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.¹²⁰

Años después, vuelve García Ramírez a utilizar la expresión “control de convencionalidad” en el mismo sentido, “fundado en

¹¹⁹ Corte IDH., *caso Myrna Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párrafo 27.

¹²⁰ Voto concurrente razonado de Sergio García Ramírez en el *caso Tibi vs. Ecuador*, resuelto el 7 de septiembre de 2004, párrafo 3.

la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana”, en el voto razonado emitido en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, donde el pleno de la Corte Interamericana utiliza por primera vez la expresión “control de convencionalidad”, si bien otorgándole una dimensión distinta: con carácter “difuso”, a manera de una fuerza expansiva de su jurisprudencia y dirigido hacia todos los jueces de los Estados que han reconocido su jurisdicción.¹²¹

3. *Control convencional difuso*

La cláusula de interpretación conforme hacia los tratados sobre derechos humanos es una respuesta efectiva a la doctrina del control de convencionalidad que ha desarrollado de manera consistente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y que vincula al Poder Judicial de los Estados a tener en cuenta a la Convención Americana para los Derechos Humanos y la interpretación que de la misma realiza la Corte Interamericana en sus fallos; es decir, se trata de una tarea precisamente en clave hermenéutica.¹²²

Ha sido la propia Corte Interamericana la que ha precisado que el control de convencionalidad tiene un carácter difuso; es decir, debe ser aplicado por todos los jueces nacionales (federales y locales) a manera de una fuerza expansiva de su jurisprudencia hacia todos los jueces de los Estados que han reconocido su jurisdicción.¹²³ Por ello, es preciso señalar que la mejor percep-

¹²¹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, p. 370.

¹²² En la filosofía de Hans-Georg Gadamer, teoría de la verdad y el método que expresa la universalización del fenómeno interpretativo desde la concreta y personal historicidad.

¹²³ Ferrer, Eduardo y Silva, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 57.

ción del llamado control de convencionalidad es la que alude el control difuso de la misma, pues pone sobre la mesa la posibilidad de que cualquier juez pueda detectar violaciones a derechos humanos y solicitar la reparación a la autoridad involucrada; es decir, tenemos un plano básico de protección en todos los niveles de impartición de justicia.

Esta interpretación de la jurisprudencia convencional interamericana ha tenido recientemente un muy trascendental punto de inflexión en el *caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 26 de noviembre de 2010, ya que la Corte Interamericana amplió su sentido y alcance, al precisar que todos los órganos del Estado se encuentran obligados ante la Convención Americana para los Derechos Humanos, desmontando un imaginario aún presente en muchos Estados sobre una pretendida dificultad para determinar la competencia de los organismos internos y su alcance ante una sentencia de la Corte Interamericana, o la aplicación de sus criterios interpretativos. De igual manera, precisó que todos los órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles; es decir, todos los jueces que con independencia de su adscripción formal al Poder Judicial realicen funciones jurisdiccionales,¹²⁴ están obligados a ejercer *ex officio* el control de convencionalidad.¹²⁵

No cabe duda que este criterio, aplicable por todos los operadores de justicia en sede doméstica, va claramente dirigido a la dimensión de la interpretación conforme de la Convención Americana. En primer lugar, implica un trabajo de armonización (integración de derechos) de la normativa interna con la convencional, a través de una interpretación convencional de la norma nacional.¹²⁶

¹²⁴ Voto razonado del juez *ad hoc*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 26 de noviembre de 2010, párrafo 35.

¹²⁵ *Idem*.

¹²⁶ *Ibidem*, párrafo 37.

Éste es su objetivo fundamental, lo que cobra importancia además en razón de su carácter difuso, ya que al atender el marco de atribuciones judiciales habrá situaciones en que no sea posible desaplicar normas sobre casos concretos,¹²⁷ pero sí aplicar la que más favorezca al individuo utilizando el principio de interpretación *pro persona*.

De esta forma, el propósito primordial del control de convencionalidad, y también el de la cláusula de interpretación conforme, no es en primer lugar y solamente resolver problemas de colisión normativa o declarar la invalidez de la norma inconvencional, sino preferentemente la expansión de los derechos, su integración en clave de armonización; desde luego, ejerciendo una actividad creativa, que haga compatible la norma nacional frente al parámetro convencional, y, al preferir las interpretaciones más expansivas, desechar las inconvencionales o las de menor efectividad en la protección de los derechos.¹²⁸ Se le va a otorgar a la autoridad jurisdiccional un catálogo de normas tanto nacionales como internacionales, con las que tendrá la posibilidad de elegir aquella que sea más propicia para el caso concreto, sin importar si la extrae de la normativa interna o externa, sino el grado de protección que la misma otorgue.

Asumir este aspecto es clave para entender la dimensión normativa que se gesta a partir de la cláusula de interpretación conforme y sus implicaciones. A lo que se ha abierto nuestro país es a un sistema de interpretación de normas preexistentes en nuestro orden jurídico al haber ratificado tales instrumentos, pero que no actúan en su individualidad normativa, sino en una aplicación a través de claves interpretativas, que van decantándose ante una serie de criterios: principio *pro persona*, el criterio consensual, que opera en relación con la normativa interna, el margen de apreciación de los propios Estados, etcétera, lo que posibilita un verdadero diálogo jurisprudencial.

¹²⁷ *Idem.*

¹²⁸ *Ibidem*, párrafo 41.

Estamos ante la adopción plena de un sistema de interpretación que cierra un círculo de reenvíos, desde el artículo 29¹²⁹ de la Convención Americana a la Constitución, y viceversa, desde el artículo 1o, segundo párrafo, de la Constitución, a la propia Convención. De esta forma, se integra un bloque de convencionalidad (un bloque difuso, que debe ser atendido por todos los operadores de justicia) en relación con su incorporación a un bloque de constitucionalidad previsto en el ahora artículo 1o., párrafo primero.¹³⁰

El control difuso de convencionalidad constituye un nuevo paradigma que deben ejercer todos los jueces mexicanos. Consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, único órgano jurisdiccional del sistema interamericano de protección de los derechos humanos que interpreta de manera última y definitiva el Pacto de San José.

Se trata de un estándar mínimo creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el *corpus iuris* interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales

¹²⁹ Artículo 29. Normas de interpretación.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

¹³⁰ Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución)”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, pp. 119-121.

que han suscrito o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana; estándar que las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también formen parte del bloque de constitucionalidad/convencionalidad otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones, observaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales.¹³¹

El parámetro de control difuso de convencionalidad (que como mínimo comprende la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana), puede ser válidamente ampliado en sede nacional cuando se otorgue mayor efectividad al derecho humano en cuestión. La propia jurisprudencia de la Corte Interamericana así lo ha reconocido en la opinión consultiva 5/85 (relativa a la colegiación obligatoria de periodistas), precisamente al interpretar dicho dispositivo convencional: “si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable”. En ese sentido, la circunstancia de no aplicar el estándar mínimo creado por la Corte Interamericana por considerar aplicable otra disposición o criterio más favorable (sea de fuente nacional o internacional), implica, en el fondo, aplicar el estándar interamericano.¹³²

La obligatoriedad en nuestro país de este nuevo control difuso de convencionalidad se debe: i) a las cuatro sentencias condenatorias al Estado mexicano (2009-2010), donde expresamente refieren a este deber por parte de los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos los niveles, para ejercerlo; ii) a lo dispuesto en los artículos 1o. (obligación de respetar los derechos), 2o. (deber de adoptar disposiciones de derecho inter-

¹³¹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad...”, *cit.*, p. 340.

¹³² *Idem.*

no) y 29 (normas de interpretación más favorables) de la Convención Americana, vigente en nuestro país desde el 24 de marzo de 1981; iii) a lo dispuesto en los artículos 26 (*pacta sunt servanda*) y 27 (no invocación del derecho interno como incumplimiento del tratado) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), vigente en nuestro país desde el 27 de enero de 1980; iv) a la reforma constitucional en materia de derechos humanos, vigente desde el 11 de junio de 2011, particularmente a los nuevos contenidos normativos previstos en el artículo 1o. constitucional, y v) a la aceptación expresa de este tipo de control por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como parte importante del cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso *Radilla Pacheco*, al conocer el expediente Varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011, lo cual implicó, entre otras cuestiones, aceptar también el control difuso de constitucionalidad, al realizar una nueva interpretación del artículo 133 constitucional a la luz del vigente artículo 1o. del mismo texto fundamental.¹³³

El compromiso internacional ha sido adquirido, el cumplimiento de los estándares convencionales aceptados constitucionalmente, ahora es tarea de todas las autoridades locales al interior de cada uno de los países la protección de derechos humanos; al final del día, no importa el nombre que se le otorgue, o la etiqueta o denominación que se pretenda, lo que prevalece es el compromiso de cada Estado por proteger los derechos humanos dentro de su territorio.

III. DERECHO CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL

La interacción entre el derecho internacional y el derecho constitucional resulta ineludible, y sus vasos comunicantes se estrechan; cada vez es más importante la apertura y recepción hacia el derecho internacional que hacen los Estados nacionales. Por una

¹³³ *Ibidem*, pp. 341 y 342.

parte, la internacionalización de diversas categorías existentes en el ámbito nacional de los Estados constitucionales se evidencia, especialmente con los pactos internacionales en materia de derechos humanos y con la creación de los sistemas universal y regionales de protección de los mismos, con la finalidad de que dichos instrumentos internacionales se apliquen y sean realmente efectivos para todos los Estados; es decir, que se haga una auténtica homogeneización de los textos de derechos humanos a nivel regional. Se transita de la protección de los derechos a través de las garantías constitucionales (al interior de cada Estado), a un amplio espectro de protección que pueden ofrecer las garantías convencionales, que logran su gran apogeo con las sentencias de los tribunales internacionales.

La Corte Interamericana reconoce la utilidad y beneficio de la jurisprudencia nacional producida en los Estados que forman parte de la Convención Americana. Así, el diálogo jurisprudencial se convierte en una herramienta de doble vía de interacción, pues permite que los criterios adoptados por un tribunal nacional puedan ser referenciales para los tribunales internacionales, y, de manera contraria, los criterios de los tribunales internacionales puedan ser invocados por los propios tribunales nacionales.¹³⁴

El diálogo jurisprudencial entre la Corte Interamericana y los órganos judiciales superiores a nivel interno ha tenido dos efectos concretos y palpables. Por un lado, a nivel interno se puede verificar un creciente número de países que incorporan los estándares interamericanos de derechos humanos fijados por la Corte. Por el otro, la Corte se ve enormemente beneficiada de la jurisprudencia producida a nivel local, lo que ayuda además al desarrollo de su propia jurisprudencia. Esto genera una dinámica, que enriquece la jurisprudencia de los tribunales (nacionales e internacionales) y fortalece la vigencia de los derechos humanos

¹³⁴ Síntesis del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2010, que se presenta a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos de la OEA (Washington, DC., 18 de marzo de 2010).

en todos los Estados del hemisferio, ya que la protección internacional de los derechos humanos encuentra aplicación directa en el ámbito interno por parte de los tribunales locales o de cualquier órgano estatal encargado de impartir justicia.

El influjo que a partir de 2006 imprime el tribunal interamericano para propagar su jurisprudencia, y, por tanto, lograr la recepción nacional de los estándares internacionales en los Estados parte de la Convención Americana, produce una intensidad y profundidad de la nacionalización o constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos.¹³⁵

Los avances jurisprudenciales de la Corte Interamericana establecen estándares interamericanos, que son obligatorios no solo para las partes en cada caso, sino para todos los Estados parte de la Convención Americana. En efecto, la Corte Interamericana, al interpretar el texto de la Convención, lo hace en su carácter de intérprete final. Esta jurisprudencia de la Corte Interamericana ha venido aplicándose efectivamente por tribunales nacionales, lo cual ha generado la existencia de un diálogo jurisprudencial en el cual los órganos del sistema interamericano interactúan con organizaciones de la sociedad civil de los países de la región, con órganos estatales de todos los niveles, con organismos internacionales, así como con los tribunales constitucionales a nivel nacional.

La obligatoriedad de la Convención Americana y de la interpretación que de la misma lleven a cabo las cortes nacionales genera una dinámica que enriquece la jurisprudencia del Tribunal y fortalece la vigencia de los derechos humanos garantizados por la Convención Americana en todos los Estados del hemisferio, ya que la protección internacional de los derechos humanos encuentra aplicación directa en el ámbito interno por parte de los tribunales locales o de cualquier órgano estatal encargado de impartir justicia. Cabe destacar que este diálogo jurisprudencial

¹³⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad...”, *cit.*, p. 426.

se relaciona, además, con la obligación que pesa sobre los jueces internos de verificar la compatibilidad de las normas y actos que deben analizar con respecto a la Convención Americana y con la interpretación que de esta hace la Corte Interamericana.¹³⁶

Los jueces nacionales ahora se convierten en los primeros jueces interamericanos. Son ellos los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos debe velar por ello y tener plena conciencia de los estándares que irá construyendo en su jurisprudencia, teniendo en consideración, además, el margen de apreciación nacional con que deben contar los Estados nacionales para interpretar el *corpus iuris* interamericano, pues la labor que tienen en sus manos, al ser más amplia, implica mayor responsabilidad, ya que se trata de la interpretación de un catálogo más extenso de derechos, que claramente obliga al juzgador a prepararse de la mejor manera para el adecuado desempeño de su función.

El control difuso de convencionalidad adquiere una creciente importancia para la efectividad de los derechos humanos en sede nacional. En el caso mexicano, este control se relaciona con la nueva cláusula de interpretación conforme contenida en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional, ya que el intérprete nacional deberá, en primer término, realizar una interpretación armónica entre la norma nacional y el tratado internacional, optando en todo momento por aquella interpretación que favorezca con mayor intensidad a las personas, y solo en caso de incompatibilidad absoluta se dejará de aplicar la norma o se declarará su invalidez, de acuerdo con las competencias de cada juez y el tipo de proceso de que se trate. De esta forma, la nueva cláusula de interpretación conforme permitirá armonizar el derecho nacional y el internacional, lo que propiciará seguramente un intenso diálogo jurisprudencial de manera horizontal/vertical

¹³⁶ Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2010, pp. 55 y 56.

entre los propios tribunales internos y estos a su vez con la Corte Interamericana.¹³⁷

La Suprema Corte de Justicia deja de tener el monopolio en la interpretación de los derechos, al existir una pluralidad de intérpretes del texto constitucional (donde se incluyen los derechos de fuente internacional). El diálogo jurisprudencial se traslada al ámbito nacional, entre la Suprema Corte, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, los tribunales superiores de justicia en las entidades federativas y, en general, entre todos los jueces. De igual forma, la Corte Interamericana deja de erigirse como el único órgano jurisdiccional que interpreta la Convención Americana, y que puede realizar el control de convencionalidad para extenderse ahora hacia todos los jueces mexicanos que deben realizar interpretaciones al *corpus iuris* interamericano y ejercer dicho control dentro de sus competencias. Así, el diálogo vertical entre todos los jueces mexicanos con el tribunal interamericano se producirá con particular intensidad con la Suprema Corte de Justicia mexicana, por ser el último intérprete del sistema nacional, sin perder de vista que la Corte Interamericana, a su vez, constituye el último y definitivo intérprete de la Convención Americana a nivel interamericano.¹³⁸

Ante la multiplicidad de intérpretes en materia de derechos humanos en México, se iniciará un interesante diálogo jurisprudencial de tipo vertical y horizontal, pero también paralelo, si consideramos el influjo que produce el intercambio jurisprudencial que en la actualidad mantienen las altas jurisdicciones nacionales, especialmente los tribunales, cortes y salas constitucionales, que propicia la circulación de criterios en el marco de lo que Zagrebelsky llama la “justicia constitucional cosmopolita”, que descansa en un patrimonio común de principios constitucionales materiales, los cuales se producen en las distintas sedes

¹³⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad...”, *cit.*, p. 428.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 429.

donde se elabora el derecho constitucional;¹³⁹ por otra parte, este diálogo jurisprudencial paralelo seguramente se producirá en México, debido a que el parámetro de control difuso de convencionalidad se amplía por el nuevo contenido normativo del artículo 1o. constitucional, que va más allá del *corpus iuris* interamericano y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, diálogo paralelo, por cierto, que este tribunal interamericano mantiene con otros tribunales internacionales, especialmente con su homólogo europeo.¹⁴⁰

En definitiva, la trascendencia de la nueva doctrina sobre el control difuso de convencionalidad es de tal magnitud que probablemente en ella descansa el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y a su vez, contribuirá al desarrollo constitucional y democrático de los Estados nacionales de la región. La construcción de un auténtico diálogo jurisprudencial seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos en el siglo XXI. Es preciso hallar el punto de convergencia cuando de derechos humanos se trata, comenzando por el plano interamericano para, en su momento, poder adoptarlo internacionalmente;¹⁴¹ se trata de una actividad protectora de derechos humanos que corresponde a todas las autoridades, principalmente a las jurisdiccionales, y que debe enmarcarse en un ejercicio no solo nacional ni regional, sino que debe aspirar a su ejercicio internacional.

IV. DERECHO GLOBALIZADO SUPRANACIONAL

Los Estados nacionales surgen en Europa en torno a lo que hoy llamamos el Poder Ejecutivo, y una de sus características consis-

¹³⁹ Zagrebelsky, Gustavo, “El juez constitucional en el siglo XXI”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 10, julio-diciembre de 2008, pp. 249-267.

¹⁴⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad...”, *cit.*, p. 429.

¹⁴¹ *Idem.*

tirá en esa capacidad monopólica para establecer el derecho que regirá en su espacio. Keslen identificará al Estado con el orden jurídico, y consecuentemente el territorio será su ámbito de validez espacial, y la población, el ámbito de validez personal de aquel orden jurídico. La matriz decimonónica asociaba derecho vigente a decisión estatal. Europa se ha convertido en un terreno fértil para juristas y jueces, al haber contribuido estos de manera decisiva a forjar y mantener el espacio comunitario en el que los individuos están seguros de que su protección será prioridad, no solo para las autoridades del Estado al que pertenecen, sino para las autoridades del país en el que se encuentren.

Las fronteras nacionales son fácil y permanentemente superadas por la producción normativa de los órganos comunitarios. Ese fenómeno tan visible y claro en el viejo continente se refleja también en nuestro continente por vía del sistema americano de derechos humanos. La última palabra ya no recae en la Suprema Corte de Justicia, atento a que es posible acudir a la revisión de sus decisiones ante la Corte Interamericana (previo agotamiento ante la Comisión Interamericana), aunado a la producción jurídica a nivel interamericano¹⁴²

Es claro que entre más alejados estemos del derecho comparado o de los derechos nacionales de nuestra región, menos posibilidades tendremos de comprender agotadoramente el derecho en sintonía con la cultura jurídica actual, y nos condenaremos a carecer de miradas prospectivas, sin la posibilidad de analizar y comprender cómo es que nuestra región avanza en cuanto a la protección de derechos humanos, en cuanto a los nuevos estándares y las nuevas tendencias garantes, que hacen de la convivencia pacífica y con respeto, una máxima universal que todos debemos observar.

El Estado moderno supuso un cambio absolutamente original en la relación entre derecho y poder; de tal modo que aquél termina siendo decisión y creación de éste. En efecto, Juan Bo-

¹⁴² Vigo, Rodolfo, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2005, p. 20.

dino, en el siglo XVI, y luego de que Maquiavelo secularizara la política y desmitificara los fines del poder, opuso al pluralismo medieval el concepto de soberanía, que define como “...poder absoluto y perpetuo de una república”, y precisamente “el primer atributo del principio soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular... sin consentimiento del superior, igual o inferior”. Se trata de una homologación en cuanto a criterios para emitir leyes que impacten a todos por igual, pero teniendo en cuenta que el poder para hacerlo es una facultad soberana que no se puede delegar.¹⁴³

Esta línea de sustento teórico al Estado moderno como forjador exclusivo y excluyente del derecho tendrá el respaldo de muchos autores notables, como Hobbes, Ihering o Bentham, y también (más allá de matices) de Kelsen. En la *Teoría pura del derecho* el Estado queda identificado con el orden jurídico. Lo que Kelsen denomina norma fundante básica es el poder; es decir, un hecho de fuerza exterior al derecho, y que lo fundamenta, puesto que la misión principal del poder soberano (del Estado) es organizar la convivencia social a través del derecho,¹⁴⁴ un derecho que el mismo poder decide, y en el que nadie más puede tener intervención, pues se trata del ejercicio soberano de decir las leyes (establecer los parámetros que mediarán en las relaciones particular-autoridad, particular-particular), que solo le compete a la autoridad nacional, y a nadie más.

En esa lógica del Estado moderno y soberano, ningún derecho podía ser tolerado si no contaba con el aval explícito o implícito del Poder Legislativo o Ejecutivo, y consecuentemente, al Poder Judicial le correspondía el último control de juridicidad o constitucionalidad.¹⁴⁵

En Europa se ha producido una verdadera y propia revolución jurídica cuando se reconoce la supremacía del derecho

¹⁴³ Bodino, Juan, *Los seis libros de la República*, Madrid, Aguilar, 1973, p. 46.

¹⁴⁴ Peces Barba, G., *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Debate, 1983, p. 41.

¹⁴⁵ Vigo, Rodolfo, *De la ley al derecho...*, cit., p. 44.

comunitario sobre el derecho nacional de los Estados miembros, de modo que obliga a todos los jueces nacionales, lo mismo que a todo otro sujeto público o privado, por lo que se presenta un caso de control difuso de la conformidad de las leyes nacionales con el derecho comunitario, lo cual implica que el legislador no posee facultades ilimitadas, sino que se halla subordinado al legislador comunitario, con la consecuencia de que corresponde a los jueces un poder deber de controlar las leyes nacionales, así como la interpretación y consecuente aplicación de las leyes regionales e internacionales. La constitucionalización del derecho comunitario ha transformado a los jueces nacionales europeos en jueces comunitarios, a los que obliga de manera directa aquel derecho que directamente es creado por los órganos comunitarios.¹⁴⁶

Es indudable que los derechos, con su operatividad directa y el reconocimiento de la subjetividad jurídica como para demandar contra Estados ante órganos supranacionales, ha sido una fuerza poderosa para debilitar la tradicional configuración de la soberanía nacional (salvando, claro, la forma de organización al interior de cada Estado). La validez jurídica ya no queda definida por los poderes del Estado, incluso es posible a cualquier juez o a jueces internacionales perseguir penalmente a ciudadanos de aquellos países que según el derecho interno no han cometido ningún delito, pero que en el ámbito del derecho regional o internacional están faltando a lo que su propio Estado se ha comprometido. Pero además de ese derecho internacional humanitario, hay importantes proyecciones jurídicas desde el mundo económico, en donde también existe una fuerte transferencia del Estado a órganos supranacionales o comunitarios.

Todo ese proceso en el que Europa se ha ocupado, también se ve reflejado en nuestro continente, en donde se ha producido el quiebre de aquella clásica supremacía constitucional al haber perdido los tribunales supremos nacionales el último control jurídico, pues los ciudadanos americanos pueden reclamar a sus Estados nacionales por violación en los derechos humanos, aun

¹⁴⁶ *Idem.*

contra decisiones finales de sus tribunales. Se han introducido normas jurídicas en los diferentes Estados que los integran, con lo que alteran los derechos y deberes de las respectivas personas jurídicas. El *iura novit curia* que obliga a los jueces ya no se reduce al derecho nacional, sino que se extiende a un variado derecho supranacional o comunitario, que alcanza a fuentes del derecho extrañas para alguien forjado según el modelo del siglo XIX.¹⁴⁷

El paso del Estado de derecho legislativo al Estado constitucional contemporáneo¹⁴⁸ y la consiguiente operatividad jurídica de los derechos humanos universales impacta y fractura muchas nociones vinculadas a la ciencia jurídica. Una de ellas es que el Poder Judicial nacional solo tenía competencia para juzgar los delitos cometidos dentro de su territorio, y que la última instancia de ese Poder ponía fin al conflicto judicial de manera absolutamente definitiva a través de la cosa juzgada. Estas nociones, tan arraigadas en el modelo de ciencia jurídica moderna, junto a otras, como el principio de irretroactividad de la ley, han entrado en crisis, y ello en buena medida a causa de la presencia operativa, retroactiva, universal y extraterritorial de los derechos esenciales a toda persona humana.

La vieja noción de soberanía elaborada por Bodino, como aquella tan típicamente kelseniana identificación entre derecho y Estado, las vemos quebrarse por diversos lados. Así, la última instancia judicial deja de ser nacional para ser internacional o comunitaria; de ese modo, el sistema interamericano prevé el ámbito de la Comisión y de la Corte Interamericana en donde pueden llegar a discutirse incluso decisiones pasadas en autoridad de cosa juzgada según el derecho interno o decisiones de la Corte Suprema de cada país. Consiguientemente, ya no resulta fácil seguir sosteniendo que la capacidad de creación normativa remite a los órganos estatales o que el último control o supremacía de la Constitución está en manos del poder judicial nacional.

¹⁴⁷ *Idem.*

¹⁴⁸ Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997.

Las normas legales, jurisprudenciales y hasta constitucionales no parecen ser las respuestas jurídicas definitivas, desde el momento en que puede medirse la validez jurídica de aquellas desde los derechos humanos¹⁴⁹ en un plano internacional, que implica la concentración de los textos de derechos humanos en un manual para el juzgador, para la correcta función protectora de derechos humanos.

V. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU INTERNACIONALIZACIÓN

La justicia constitucional tiene profundas raíces en América Latina. Cuando se habla del origen del control concentrado de constitucionalidad de inmediato se piensa en el Tribunal Constitucional austriaco de 1920, a pesar de la existencia de algunos antecedentes previos, como el Tribunal del Imperio de esa nación en 1867. Los doscientos años de constitucionalismo de nuestro país enseñan que por los menos un siglo antes de la creación de ese paradigma europeo existió una acción pública y directa en manos de los ciudadanos para combatir los actos que violaran el texto fundamental, como se previó en la Constitución de la provincia de Cundinamarca, Colombia, de 1811.¹⁵⁰

Tomado de esa primera experiencia colombiana, en Venezuela se consagró la acción pública de inconstitucionalidad en la Constitución de 1858, donde se facultaba a la Suprema Corte para anular, con efectos generales, las normas legislativas de los congresos provinciales que fueran contrarias a la Constitución. Esta atribución se extendió en 1893 para contar con la facultad de demandar la inconstitucionalidad de cualquier ley nacional.

¹⁴⁹ Vigo, Rodolfo, *De la ley al derecho...*, cit., p. 160.

¹⁵⁰ Carpizo, Jorge, "Prólogo", en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. I, 2010, p. XVIII.

Es, entonces, en nuestra América, donde se encuentran ciertos orígenes autóctonos del control concentrado de constitucionalidad, con sus peculiaridades y su particular derrotero.¹⁵¹

La práctica estadounidense del control difuso de constitucionalidad se adoptó progresivamente en la mayoría de los países latinoamericanos a lo largo de los siglos XIX y XX. Se crearon, asimismo, acciones constitucionales específicas para la protección de los derechos fundamentales, como sucedió primero con el *habeas corpus*, que se fue ampliando para proteger otros derechos diversos a la integridad y la libertad personales, especialmente en Brasil y en el Perú. La introducción del juicio de amparo mexicano y su exitosa tendencia expansiva, primero en Centroamérica, y luego en Sudamérica, sirvió para afianzar la idea toral de la protección de los derechos humanos como garantía constitucional.¹⁵² Es así como nos damos cuenta de que la relevancia y la creciente preocupación por proteger los derechos humanos hace mucho que se había contemplado y trabajado; de hecho, más allá de establecer solo listados de derechos a proteger, se piensa más en dejar claros los mecanismos que se utilizarán para su defensa.

El catálogo de garantías se fue ampliando en la segunda parte del siglo pasado, no sólo como sinónimo de derechos, sino con la nueva dimensión de mecanismos procesales para la eficaz defensa de los derechos fundamentales, instrumentos que han sido ampliamente estudiados por la mejor doctrina constitucional latinoamericana. A partir de la segunda posguerra se inicia también la tendencia de crear tribunales constitucionales a semejanza de los países europeos. La combinación del sistema europeo de control de constitucionalidad con las experiencias propias latinoamericanas ha provocado que la justicia constitucional en nuestros países se convierta en un auténtico mosaico multicolor, con diferencias importantes de país a país, lo cual conduce al predominio de sistemas mixtos o híbridos como una caracterís-

¹⁵¹ *Idem.*

¹⁵² *Ibidem*, p. XIX.

tica palpable de lo que se puede denominar el sistema latinoamericano de justicia constitucional,¹⁵³ pero que sin lugar a dudas tiene un claro objetivo común: hacer efectiva la vigencia de los derechos humanos a nivel internacional y dejar claro que la prevalencia de la Constitución implica también el resguardo y consideración de aquellos derechos humanos que se han establecido y regulado internacionalmente, y que han quedado pactados para ser garantizados constitucionalmente.

La idea de la internacionalización de la justicia constitucional fructifica por la necesidad de asegurar los derechos humanos más allá de las fronteras propias de los Estados nacionales y ante la evidencia de los horrores vividos en la Segunda Guerra Mundial. Surgió así lo que hoy se conoce como el derecho internacional de los derechos humanos, a través de los pactos y convenios internacionales y regionales que pretenden afianzar y reafirmar la vigencia universal de esos derechos que nos pertenecen a todos por igual. Los Estados dejan de ser el centro del derecho internacional para trasladar, en parte, su eje de gravedad hacia los derechos de los individuos, aceptando reclamos individuales que han cristalizado incluso con auténticos tribunales para resolverlos.¹⁵⁴

Anteriormente, el derecho internacional tenía en sus manos la regulación de las actividades que en el ámbito internacional desarrollaban los Estados; es decir, se trataba de delinear aspectos conflictivos entre los países para que las relaciones comerciales, sobre todo, se desarrollaran de la mejor manera; sin embargo, las situaciones que conformaban la manera de vivir al interior de los países comenzó a crear preocupación entre la población mundial. Los mismos países se dieron cuenta de que al interior de otros países se estaban materializando violaciones a derechos humanos, pero que con el pretexto de la invasión de soberanía dejaba de ser materia de interés para otros Estados. Esta preocupación logró la unión de aquellos Estados que siguen

¹⁵³ *Idem.*

¹⁵⁴ *Idem.*

una tendencia protectora y garante para evitar que, inicialmente en su región, tal situación dejara de darse.

En nuestro continente se aprobó la carta de la Organización de los Estados Americanos en 1948; se emitió en esa fecha la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y, unos meses después, la Declaración Universal, fundamento esencial para la firma de los convenios internacionales y regionales en materia de derechos humanos, como lo es la Convención Americana o Pacto de San José, vigente a partir de 1978, catalogada por muchos como una *lex superior* de nuestros países o, por lo menos, por los veinticuatro que han aceptado hasta el momento este fundamental instrumento interamericano.¹⁵⁵

Paso a paso se va creando en nuestra región lo que hoy es el sistema interamericano de derechos humanos, con diferencias importantes en relación con el sistema europeo. Mientras allá desaparece la Comisión y se permite el acceso directo al Tribunal de Estrasburgo, el camino en nuestra región parece dirigirse en otro sentido, y las sentencias de la Corte Interamericana pretenden cobrar fuerza expansiva como lo hacen los tribunales constitucionales en el ámbito doméstico.¹⁵⁶

La Comisión Interamericana cumplió cincuenta años de vida y la Corte Interamericana se ha consolidado progresivamente en importancia y prestigio, lo cual ha generado poco a poco la recepción de su jurisprudencia por los operadores y jueces nacionales, con independencia de la incorporación de cláusulas nacionales para el reconocimiento de los derechos humanos convencionales y la jurisprudencia convencional, que allana el camino hacia la plena vigencia de los derechos.¹⁵⁷

La relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional resulta inevitable e irreversible. No se trata de imponer uno sobre otro, sino de complementar las visiones, de crear armonía entre ellos, de catalogar derechos de manera homogé-

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. XX.

¹⁵⁶ *Idem*.

¹⁵⁷ *Idem*.

nea otorgando al juzgador la facultad de valorar y decidir la aplicación de aquel precepto que más se adecúe al principio *pro persona* de interpretación de los derechos humanos.

No existe democracia real que no reconozca la importancia de los derechos humanos de fuente internacional. Por otra parte, el derecho internacional solo existe por el reconocimiento expreso de los Estados nacionales. Esta paradoja conduce a un doble e interesante fenómeno: la internacionalización de la justicia constitucional y la constitucionalización de la justicia internacional. Ambas pretenden la efectividad de los derechos y la protección de la dignidad de todos los seres humanos, que en esencia es la última *ratio* a la cual aspiran las democracias latinoamericanas, aquejadas de graves problemas, como el débil Estado de derecho, parte de la población en pobreza y una insultante desigualdad social.¹⁵⁸

En realidad, por lo que yo pugno es por la constitucionalización del derecho internacional; es decir, no se trata de dar etiquetas o asignar nombres, en realidad de lo que se trata es de que la actividad de las autoridades (tanto administrativas como jurisdiccionales) se desarrolle en el ámbito de mayor protección de derechos humanos; lo que constituye una valoración inexcusable de los textos internacionales para su real adopción dentro de los parámetros interpretativos de los juzgadores nacionales, lo que coadyuva innegablemente a la función efectivamente legítima de las autoridades del Estado.

En el marco de este panorama, se realizó lo que se ha denominado “diálogo jurisprudencial” entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las jurisdicciones constitucionales nacionales latinoamericanas, sean tribunales constitucionales, salas constitucionales o cortes supremas, diálogo que en algunos casos todavía es monólogo, y que seguramente se intensificará en los próximos años, y que pudiera conducir a un anhelado *ius constitutionale commune* en América Latina, lo que implica la apertura hacia adentro y hacia afuera de los sistemas de impartición de

¹⁵⁸ *Idem.*

justicia, pues la recepción del derecho internacional de los derechos humanos iría aderezado de la interpretación de los catálogos de derechos que prevalecen en el interior de los Estados, para a partir de ellos mirar hacia un catálogo más general y con mayor impacto a nivel regional.

No existe duda alguna de que la referencia común no puede ser otra que la de los derechos humanos y sus garantías. Ahí están nuestros doscientos años de constitucionalismo latinoamericano con experiencias ricas sobre el particular. Ahí también radica nuestro presente y por supuesto el reto del futuro para establecer estándares que permitan la plena vigencia y efectividad de los mismos.¹⁵⁹

La justicia constitucional juega un rol fundamental en las democracias contemporáneas; contribuye a la constitucionalización de los ordenamientos jurídicos y a la garantía efectiva de los derechos humanos. En América Latina, las continuidades y rupturas en la construcción del Estado constitucional, por una parte, y las diferencias entre los países de una región tan aparentemente homogénea, por otra parte, revelan la importancia del análisis del derecho latinoamericano que pueda contribuir a desarrollar un *ius constitutionale commune* en América Latina, de inicio, únicamente en materia de derechos humanos. Se constata una migración de estándares e ideas constitucionales caracterizada por la singularidad de las cláusulas de apertura de las Constituciones y por la creación de derecho por parte de los tribunales nacionales y supranacionales.¹⁶⁰

El control de la constitucionalidad implica la consecución de la justicia constitucional con la adopción de los estándares internacionales en materia de derechos humanos, y constituye la principal herramienta del control del poder estatal, un presupuesto

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. XXI.

¹⁶⁰ Bogdandy, Armin von *et al.*, “Nota Preliminar”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. I, 2010, p. XXIII.

básico del equilibrio de poderes y una garantía de la supremacía constitucional. De ahí la importancia de determinar los límites con que debe ser ejercido, dado que un exceso o defecto alteraría aquellas características. La simplificación como opuestos de los sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad no es del todo correcta, porque más allá de las diferencias teóricas o conceptuales, en la realidad y al resolver cuestiones y controversias, existe una aproximación de la práctica y la jurisprudencia constitucionales, y una aproximación en el efecto de las sentencias. Es decir, que entre jueces constitucionales y tribunales constitucionales no hay diferencias insalvables.¹⁶¹

VI. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD, CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y A LA ACTIVIDAD PROTECTORA DE DERECHOS HUMANOS

La Corte Interamericana de derechos Humanos ha determinado la necesidad de que el Estado mexicano efectúe un control de convencionalidad de sus leyes, pero también de la propia interpretación de la Constitución, lo que arroja la dimensión exacta de sus propias previsiones; es decir, el bloque de constitucionalidad a partir del bloque de convencionalidad. Eduardo Ferrer MacGregor ha señalado que

se forma un auténtico ‘bloque de constitucionalidad’, que si bien varía de país a país, la tendencia es considerar dentro del mismo no sólo a los derechos humanos previstos en los pactos internacionales, sino también a la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, en algunas ocasiones el ‘bloque de convencionalidad’ queda subsumido en el ‘bloque de

¹⁶¹ Highton, Elena, “Sistema concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. I, 2010, p. 107.

constitucionalidad’, por lo que al realizar el ‘control de constitucionalidad’ también se efectúa ‘control de convencionalidad’.¹⁶²

Del expediente Varios 912/2010 y del párrafo 339 de la sentencia del *caso Radilla Pacheco vs. México* se desprende que los controles de convencionalidad, de constitucionalidad concentrado y de constitucionalidad difuso son exclusivos del órgano jurisdiccional.¹⁶³ Al hablar de control de convencionalidad, la Corte Interamericana asume su aplicación, mientras que a los jueces que integran el Poder Judicial de un Estado parte les corresponde llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio*, dentro de un modelo de control difuso de constitucionalidad.¹⁶⁴

Sergio García Ramírez considera que el control de convencionalidad propio, originario o externo, corresponde a una facultad exclusiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para interpretar los actos o normativas internas de los Estados miembros en relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y con tratados internacionales celebrados por aquellos,¹⁶⁵ y lo contrapone a lo que denomina control interno o derivado de convencionalidad, haciendo la aclaración de que el control de convencionalidad corresponde únicamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos de manera originaria.¹⁶⁶

¹⁶² *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 26 de noviembre de 2010, párrafo 35.

¹⁶³ Corte IDH., *Caso Radilla Pacheco vs. México*, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C núm. 209.

¹⁶⁴ Corte IDH., *caso Radilla Pacheco vs. México*, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párr. 339; *caso Fernández Ortega y otros vs. México*, sentencia del 30 de agosto de 2010 serie C núm. 215, párr. 236; *caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia del 31 de agosto de 2010, serie C núm. 216, párr. 219, y *caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C núm. 220, párr. 225. Todo lo anterior visto en Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, Voto particular en el expediente varios 912/2010, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, pp. 12 y 13.

¹⁶⁵ García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *El control difuso de convencionalidad*, Querétaro, FUNDAP, 2012.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 21.

El control de convencionalidad *ex officio*, según se desprende del párrafo 339 de la sentencia del *caso Radilla Pacheco vs México*, es obligación de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros,¹⁶⁷ con la finalidad de que se realice una actividad en pro de los derechos humanos, pues con entera independencia de que invoquen o no dicho control los propios agraviados, es el juez quien conoce el derecho y está obligado a aplicarlo de la mejor manera.¹⁶⁸

Este mismo ha sido denominado por García Ramírez como “control interno de convencionalidad”; en ambos supuestos tal control abarca lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha tenido a bien denominar como “control de constitucionalidad concentrado”, pues hasta ahora, y derivado de una interpretación jurisprudencial, el control de constitucionalidad se ha ejercido de manera exclusiva por el Poder Judicial Federal mediante los mecanismos de amparo, de controversias constitucionales y de acciones de inconstitucionalidad.¹⁶⁹

En el expediente Varios 912/2010, el ministro Aguirre Anguiano votó en contra de la implementación del control de convencionalidad *ex officio*, argumentando que el control de convencionalidad solo puede ejercerse por aquellos que estén facultados expresamente; esto es, el Poder Judicial Federal, que apoya la continuación del control de constitucionalidad concentrado.¹⁷⁰

En palabras del doctor García Ramírez, “el control de convencionalidad interno debe ser operado en un medio donde hay costumbre de control concentrado, pues el escaso manejo del derecho internacional, así como los vientos de fronda, podrían agitar las aguas de la jurisprudencia”.¹⁷¹

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 17.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 23.

¹⁶⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, expediente Varios 912/2010, México, 2010, p. 37, párrafo 25.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 66.

¹⁷¹ García, Ramírez, Sergio, “El control judicial interno...”, *cít.*, p. 22.

Al referirnos al control difuso de la constitucionalidad de las leyes, nos damos cuenta de que en ningún caso ha dependido directamente de una disposición constitucional clara, sino que ha resultado de distintas construcciones jurisprudenciales,¹⁷² pero acorde a la sentencia del *caso Radilla Pacheco vs. México*, todos los órganos jurisdiccionales están obligados por igual a aplicar el control de convencionalidad.

Esta obligación se traduce en una función jurisdiccional denominada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como “control de convencionalidad *ex officio*”,¹⁷³ que en atención a la teoría de Héctor Fix - Zamudio se trata simplemente de un “control constitucional difuso”, término que apoyan la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos,¹⁷⁴ el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea¹⁷⁵ y el ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo.¹⁷⁶

Según esta última propuesta, los tratados internacionales ratificados por México, y atendiendo al artículo 133 constitucional, dejan de ser considerados derecho internacional, para convertirse en parte del orden jurídico mexicano, razón por la cual no es válido hablar de un control de convencionalidad interno, sino de un simple control constitucional;¹⁷⁷ pero atendiendo a la obligación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos impone al Estado mexicano, y acorde al artículo 1o. constitucional, todos los órganos jurisdiccionales, como autoridades estatales que son, están obligados a velar y proteger derechos humanos; por ello

¹⁷² “CONSTITUCIÓN, IMPERIO DE LA”, *Semanario Judicial de la Federación*, s.a., t. IV, Amparo administrativo en revisión, Anchocho Francisco, sentencia de 18 de abril de 1919, p. 878.

¹⁷³ Suprema Corte de Justicia de la Nación..., *cit.*, p. 41, párr. 30.

¹⁷⁴ Luna Ramos, Margarita Beatriz, Voto particular en el expediente varios 912/2010, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, p. 7.

¹⁷⁵ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, Voto particular en el expediente varios 912/2010, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, p. 9.

¹⁷⁶ Pardo Rebolledo, Jorge Mario, Voto particular en el expediente varios 912/2010, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2010, p. 4.

¹⁷⁷ Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 4, 1969, pp. 3-32.

podemos concluir que el control de convencionalidad *ex officio* es lo mismo que ejercer un control de constitucionalidad difuso.

Así las cosas, es válido afirmar que el control de convencionalidad, así como los controles de constitucionalidad suponen necesariamente que un órgano jurisdiccional, como medio de acceso a la justicia, conozca de los hechos para poder operar; en consecuencia, dicha actividad se vuelve exclusiva de los poderes judiciales de los Estados partes.¹⁷⁸

En este sentido, Ferrer Mac-Gregor afirma que el control al que la Corte Interamericana denomina “control de convencionalidad *ex officio*” como control difuso de convencionalidad, consiste en el deber de los jueces nacionales, de realizar un examen de compatibilidad entre los actos, omisiones y normas nacionales con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus protocolos adicionales,¹⁷⁹ para concluir de la manera más certera si efectivamente existe o no una violación por parte del Estado.

Se establecen una serie de características propias del control de convencionalidad, entre las cuales, sobresale, en primer lugar, cumplir con el carácter de difuso; esto es, que todos los jueces nacionales deben hacerlo; en segundo lugar, determinar la intensidad, pues después de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Cabrera García y Montiel Flores* se obliga a todos los jueces a aplicar el control de convencionalidad, pero es evidente que ello se encuentra limitado al marco de sus respectivas competencias.¹⁸⁰ Por ello, de los jueces ordinarios a los jueces constitucionales se intensifica la obligación de los segundos para aplicar el control de convencionalidad, pues ellos además de poder inaplicar una norma, también cuentan con la

¹⁷⁸ García, Ramírez, Sergio, “El control judicial interno...”, *cit.*, p. 19.

¹⁷⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control de convencionalidad, el nuevo paradigma para el juez mexicano”, *La Judicatura. Revista Jurídica del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sonora*, México, núm. 2, 2011, p. 58.

¹⁸⁰ Corte IDH, *caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220.

facultad de declarar su inconstitucionalidad. En tercer lugar, la actividad convencional debe ejercitarse de oficio, pues no es necesario que las partes lo soliciten para que la autoridad lo ejerza. De igual forma, debe considerarse que parte del bloque de convencionalidad también forma parte la jurisprudencia derivada de la Corte Interamericana, pues ésta es la última instancia en cuanto a la interpretación de los instrumentos internacionales que conforman el bloque.

Finalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto en el expediente Varios 912/2010, que el control de constitucionalidad concentrado compete a los jueces del Poder Judicial de la Federación, pues al conocer de controversias constitucionales, de acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden declarar la invalidez de las normas que contravengan a la Constitución federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos. El control de constitucionalidad difuso compete a los demás jueces del país, en los asuntos de su competencia, para desaplicar las normas que infrinjan la Constitución federal y/o los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, solo para efectos del caso concreto y sin hacer una declaración de invalidez de las disposiciones. El resto de las autoridades que no ejerzan funciones jurisdiccionales deben interpretar los derechos humanos de la manera que más los favorezca, sin que estén facultadas para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en los casos concretos.

El expediente Varios hace una clara diferencia entre la obligación jurisdiccional de aplicar controles, en tanto, al resto de las autoridades les atribuye la obligación derivada del artículo 1o. constitucional, que la Suprema Corte determina como interpretación más favorable; esto es, aplicar el principio *pro persona* brindando a las personas la protección más amplia en todo momento.¹⁸¹

En realidad, de lo que debe tratarse, es que la autoridad sea capaz de realizar una actividad protectora de derechos

¹⁸¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación..., *cit.*, p. 46.

humanos;¹⁸² es decir, la tendencia nos inclina hacia la concepción del control de convencionalidad, y debemos tener presente que el mismo consiste en: a) hacer respetar y cumplir el contenido de los tratados internacionales jurídicamente vinculantes al Estado demandado; b) hacer respetar y cumplir el contenido de la jurisprudencia emanada de la interpretación y aplicación de los convenios y protocolos internacionales; c) hacer respetar y cumplir el contenido de las normas internas o precedentes judiciales y administrativos que por sí solos o en forma armónica del derecho internacional de los derechos humanos resulten aplicables a favor de la dignidad humana, y d) reparar los ultrajes a los derechos humanos o indemnizar a la víctima o víctimas de la violación. En realidad, así es como debe entenderse y funcionar ese sistema.¹⁸³

Es cierto que la gran mayoría de nuestras autoridades jurisdiccionales aún no se han percatado de la importancia que envuelve hablar de la protección de derechos humanos, de la valoración y concientización que tan importante labor implica. El llamado control de convencionalidad parece generar miedos e incertidumbres entre nuestras autoridades; al parecer, es algo tan novedoso y complicado que hasta llega a generar rechazo entre quienes se encargan de la procuración de justicia.

Es importante que no se caiga en ese absurdo y que se tenga en consideración que, como lo menciona el maestro Enrique Carpizo, se trata de una simple actividad protectora de derechos humanos, que si bien en un principio obliga a la observancia de la normativa internacional, considero que tal espectro debe ampliarse para que incluso sea de observancia referencial que las autoridades atiendan lo emanado de las sentencias de las cortes constitucionales y de las cortes supremas de los países interameri-

¹⁸² Carpizo, Enrique, “El control de convencionalidad y su relación con el control de constitucionalidad difuso en México”, *Expresión Judicial. Órgano informativo del Poder Judicial del Estado de Chiapas*, México, año 1, núm. 2, agosto de 2012, p. 46.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 47.

canos; es decir, que la referencia sea aún más vasta y que genere en los seres humanos certidumbre al notar que las autoridades en realidad se esfuerzan por la preservación de la dignidad humana, y que si en algún momento la apatía en las autoridades se hace visible, pueda haber una sanción para ellos por clara incompetencia en su actuar.

Los tribunales mexicanos, en realidad, no están obligados a ejercer un control de convencionalidad; a lo que están obligados es a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (una actividad protectora de derechos humanos), así como a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, que en el caso concreto se traduce en la obligación de interpretar los derechos y libertades acorde a los tratados interamericanos de derechos humanos.¹⁸⁴

El verdadero reto del Estado mexicano consiste en entender que el derecho de origen internacional es parte relevante del sistema jurídico mexicano, que el derecho de origen internacional debe ser observado y aplicado por la simple razón de que fue incorporado a nuestro orden jurídico nacional, de conformidad con lo establecido en la Constitución, y que con el sustento de esta adquirimos las obligaciones internacionales que se reclaman en cada sentencia de la Corte Interamericana, y que el Estado mexicano como unidad debe cumplir, además de que debe entenderse que no se trata de una cuestión de soberanía, sino de la observancia de la ley suprema de toda la Unión por los jueces.¹⁸⁵

Es claro que los tribunales nacionales deben entender que las decisiones de la Corte Interamericana no son una imposición de

¹⁸⁴ Castilla, Karlos, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. XI, 2011, pp. 593-624.

¹⁸⁵ *Idem.*

critérios, sino simplemente criterios hermenéuticos de gran relevancia, que deben servir para verificar si las leyes inferiores a los tratados se ajustan a la forma en la cual hoy la comunidad internacional y regional americana entiende un derecho o libertad, así como para nutrir el contenido de nuestras normas constitucionales a fin de que éstas sean siempre la más grande y mejor protección con que cuenta una persona a nivel interno,¹⁸⁶ por lo que la referencia entre sistema normativo interno e interamericano es obligatoria, pues quedarse inmóvil en el tiempo con el pretexto de la soberanía pone al Estado en clara discontinuidad normativa.

El Estado mexicano tiene en sus manos la oportunidad de asumir las obligaciones que cada poder integrante del Estado tiene, no con la comunidad internacional ni con los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, sino con las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, y que son a quienes se les han reconocido los derechos y libertades contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos de los que México es parte.

En esencia, antes de pretender que el sistema internacional se encargue de una labor contemplada para los tribunales nacionales, y viceversa, se debe invitar no a que prevalezca uno u otro orden normativo, sino a aplicar aquella norma que mejor proteja los derechos y libertades o aquella que menos los restrinja, sin importar si es de origen nacional o internacional, pues tanto hay normas con un mejor contenido creadas en el ámbito internacional como las hay de creación nacional. Si lo que importa es la protección de la persona, el origen de la norma y su interpretación es secundario; lo importante es que sin importar dónde fue creada ni quién la interprete, se aplique la que más y mejor asegure la configuración en la realidad de todos los derechos humanos.¹⁸⁷

Ello significaría, sin duda, que el avance en la manera en que se imparte justicia a nivel interamericano es claro, y que los

¹⁸⁶ *Idem.*

¹⁸⁷ *Idem.*

operadores jurídicos son lo suficientemente capaces de conocer y aplicar una serie de ordenamientos que hacen de su labor una labor eficaz, que tiene como primicia la protección y respeto de la dignidad humana.

VII. CONCLUSIONES

Al hablar de una justicia constitucional que se internacionaliza, lo primero que nos viene a la mente, frecuentemente, es el menoscabo o la invasión a la soberanía que podría generarse; sin embargo, hoy estamos llamados a dejar atrás esa errónea concepción para situarnos en un plano en el que lo que realmente debe importar es la preservación de la dignidad humana.

La gran efervescencia iniciada en México por el llamado control de convencionalidad invita, sin duda alguna, a reflexionar acerca de la labor que hasta ahora ha desempeñado nuestro sistema de impartición de justicia, a la conducción en la toma de decisiones que ha prevalecido por nuestros órganos jurisdiccionales. Es claro que la mayoría de las veces la culpa de que se transgredan y violen derechos humanos corresponde a las autoridades jurisdiccionales, por ser en ellas en quienes se ha depositado la facultad de protegerlos y garantizarlos cuando se han visto disminuidos.

Dicha visión decimonónica tiende a dar un vuelco para considerar ahora que las violaciones que repercutan en los derechos humanos (desde un plano internacional) competen e involucran a todo el Estado, y no solo a alguno o algunos de sus órdenes de gobierno. Se trata de dar amplitud a las obligaciones de las autoridades, desde un particular punto de vista, tanto de las autoridades administrativas como de las autoridades jurisdiccionales, para que la labor de promover, respetar, proteger y garantizar¹⁸⁸ se desenvuelva de una manera armónica y dentro de

¹⁸⁸ Artículo 1o. párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos

las facultades y atribuciones de cada autoridad. No se trata, por el contrario, de que se invadan atribuciones o que se realicen actividades fuera de la competencia de la autoridad determinada, pues, como ya se ha mencionado, la labor a favor de los derechos humanos involucra a todo el Estado en su conjunto y como unidad.

En realidad, lo que se plantea es la posibilidad de que, a manera de tentativa, las autoridades administrativas se preocupen únicamente de la promoción y el respeto por los derechos humanos, pues la protección y garantía (sin dejar fuera las otras dos obligaciones) corresponde a las autoridades jurisdiccionales, mediante los instrumentos y mecanismos que constitucionalmente se han establecido.

Los debates que se han presentado en torno al control de convencionalidad en su carácter difuso, concentrado, *ex officio*, y a los antagonismos que se dan si a control de constitucionalidad nos referimos, pueden crear confusión entre los operadores jurídicos principalmente; sin embargo, debe considerarse que la internacionalización del derecho constitucional, o la constitucionalización del derecho internacional, tiene una única finalidad, que consiste en crear esa adecuación, esa homogeneización que los sistemas internos pueden necesitar para que exista sintonía en la protección de derechos.

Se amplía el margen de apreciación de los derechos humanos, así como la interpretación que de los mismos se llegue a hacer. No se trata de disminuir las facultades de los órganos al interior del Estado, sino de ampliarlas en favor de una labor efectivamente garante de derechos humanos. La tendencia debe ser hacia una actividad protectora, en la que no importe la denominación ni la división de facultades si la actividad de las autoridades y del Estado como tal se ciñe firmemente en otorgar al

humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

ser humano la confianza de que en realidad se están protegiendo sus derechos, si en verdad se está velando por la dignidad de los individuos y si de verdad la labor se desempeña en un plano en el que no importen las fronteras cuando la tarea es clara y reside en tener un verdadero compromiso con los gobernados, en allejarse de la mayor cantidad de instrumentos, criterios, sentencias similares al caso que se resuelve (en el caso de autoridades jurisdiccionales), jurisprudencia internacional, tratando de hacer que de momento, en el sistema interamericano, se cree una verdadera conciencia a favor de los derechos humanos y su efectiva vigencia.

En un inicio son las autoridades las que oficiosamente tienen que llevar a cabo esta actividad protectora de derechos humanos; sin embargo, si las autoridades son renuentes a la actualización, al avance favorable, a la incorporación de criterios más novedosos y con mayor amplitud, pero sobre todo a comprometerse de verdad con la importancia que su labor implica, se deben crear nuevos mecanismos e instrumentos que sirvan a los individuos como herramientas para hacer efectivos sus derechos, en cuyo caso será la Suprema Corte de Justicia o el tribunal constitucional de cada país, quien se encargue de la resolución de los mismos, por tratarse de la máxima autoridad que vela por la real y efectiva vigencia de la Constitución.

Finalmente, debe destacarse que si bien subsiste la confrontación entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad, creo firmemente en que la interpretación de dicho control debe caminar por la línea de situar al Estado dentro de un control tanto constitucional como convencional de derecho; es decir, que se aspire al establecimiento de un Estado constitucional y convencional de derecho, en el que el actuar de la totalidad de sus autoridades se apegue a la actividad protectora de derechos humanos que reside en la interpretación tanto de la normativa nacional como de la internacional, que en palabras de Héctor Fix-Zamudio correspondería a un control difuso de constitucionalidad.

CAPÍTULO CUARTO

LA CONSOLIDACIÓN DEMOCRÁTICA DEL ESTADO A PARTIR DE LA LABOR GARANTE DE LAS AUTORIDADES: HACIA UN ESTADO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE DERECHO

I. INTRODUCCIÓN

El juego democrático y su relación con el constitucionalismo, y ahora también con el convencionalismo, es elemental para comprender el alcance que la participación activa de los individuos puede tener en el campo de los derechos humanos. Las funciones que desempeñan cada una de las autoridades, en el ámbito de sus competencias, constituye un cerco a la posibilidad de garantizar efectivamente la protección de derechos humanos desde dentro de un Estado; sin embargo, la voz legitimadora de la función estadual tiene gran relevancia al respecto.

La preocupación, que ahora puede entenderse como un poder para los individuos, reside en el reconocimiento como autoridad que toma decisiones para cada uno de los órdenes de gobierno, en el adecuado desempeño de sus actividades, dentro de un marco de total apego a lo que sus facultades y atribuciones le han establecido, pero dejando fuera esos límites cuando de protección de derechos humanos se trata.

El constitucionalismo y la democracia se conjugan y crean un bloque de participación en el que el actuar a favor de los derechos humanos va a definir la confiabilidad y el respeto por las instituciones al interior del estado y va a enaltecer la labor de éste. La participación política en la determinación de la vida en sociedad

se dará en la medida en que los órdenes de gobierno cumplan con las funciones que constitucionalmente se han establecido y que son preocupación primordial de los gobernados.

La legitimación que pueda adquirir el Estado en su conjunto siempre dependerá de lo que haga o deje de hacer; siempre atenderá a las condiciones de vida que equitativamente sea capaz de otorgar. Conviene aclarar que no estamos caminando del lado izquierdo de la vereda; no se intenta crear expectativa respecto de alguna tendencia ideológica; simplemente se trata de materializar la idea de que las posibilidades sí sean las mismas para todos, que las condiciones y las oportunidades permitan que todos puedan aspirar al desarrollo de una vida digna.

Sin duda, la labor del Estado en su conjunto es determinante para conseguir tal meta; sin embargo, es uno al que se inclina mayor responsabilidad: el Poder Judicial. Las autoridades responden cualitativamente a las demandas y exigencias de una mejor forma de vida, de mayor protección de sus derechos, de una vida más justa y equitativa. Cierto es que el Estado lo conforman varias piezas que lo actualizan en un todo; sin embargo, las mayores exigencias respecto de la posibilidad de que se hagan valer los derechos reside en el desempeño de las autoridades jurisdiccionales, de aquellos que tienen en sus manos la interpretación y aplicación de la ley, y que con sus decisiones pueden promover o limitar el desarrollo de una sociedad más justa.

Muchas veces la legitimidad se gana en los tribunales, en las cortes supremas, en los palacios de justicia, por lo que, en primera instancia, la consecución de un Estado constitucional y convencional de derecho (con todo lo que ello envuelve) corresponde a uno de los poderes integrantes del Estado (sin dejar fuera la amalgama que se crea cuando los tres órdenes del Estado funcionan en sintonía). El funcionamiento propicio para la vida en sociedad inicia con la labor jurisdiccional, y es precisamente esta la que puede llevar por el camino correcto a los otros dos.

II. EL ESTADO DEMOCRÁTICO-CONSTITUCIONAL DE DERECHO¹⁸⁹

Luigi Ferrajoli es uno de los primeros autores en abordar y tratar la temática de la democracia constitucional. Comienza a criticar la idea del poder centralizado en las manos de un autócrata que además ejerce el poder sin límites y termina desembocando en una postura absolutista.

Es por eso que, contrapunteando dicha concepción, comienza a inclinar su pensamiento hacia una clara idea de liberalismo, refiriéndose a él, sencillamente, como el poder limitado, que, junto con el poder distribuido de la democracia, nos llevan correctamente de la mano por el camino de la democracia constitucional, que es el modelo que hoy en día ha tomado forma en países como Inglaterra y Alemania.

La democracia constitucional significa limitar al poder a través de la división de poderes, del establecimiento de la superioridad de las normas constitucionales, de la instauración de un tribunal constitucional que sea capaz de limitar la actuación del gobernante limitándolo al marco constitucional establecido y de la reformulación de las elecciones para que estas se lleven a cabo cada tres años (en el caso de elecciones federales para el modelo mexicano, teniendo en consideración la posibilidad de una reelección por otro periodo más), pensando que la renovación de los cargos de elección popular debe darse en lapsos más cortos, frenando así al mal gobierno y premiándolo si es que su labor ha convencido a los gobernados.

¹⁸⁹ Para el desarrollo del presente apartado es oportuno señalar que he tomado como guía mis apuntes del curso de teoría política en la Facultad de Derecho de la UNAM impartido por el doctor Pedro Salazar Ugarte, por lo que considero pertinente indicar que cualquier tipo de referencia directa o aclaración respecto del contenido del mismo puede ser consultable y comparada en Salazar, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, pues se trata de la obra principal que envuelve un tratamiento profundo, puntual e inmejorable al respecto.

La democracia constitucional es el modelo que más se ha expandido en Occidente, pues al hablar de democracia moderna, como el surgimiento de ideas innovadoras para las necesidades actuales, resulta necesaria la adopción de una Constitución que se encargue de dar forma y protección a tales ideas. La democracia constitucional es un feliz arreglo entre liberalismo y democracia, y en este sentido será el liberalismo, con sus instituciones, el encargado de plantear los límites a la voz democrática del pueblo, de la plaza pública.

La limitación del poder y la distribución de la democracia deben ser inclusive sobre el gobernante. La idea de la democracia reside en que los ciudadanos, que somos los destinatarios de las normas colectivas, autónomamente participemos de manera directa o a través de nuestros representantes en la creación de las normas que van a regir nuestro propio comportamiento. Nosotros vamos a participar en las decisiones que nos afectan, lo que provoca consecuentemente que la aceptación y acatamiento de las mismas sea una consecuencia lógica en nuestro comportamiento.

La democracia es el sistema que permite combinar la libertad con la gestión de gobierno; sin embargo, también hay quejas en contra de lo que el sistema constitucional democrático ofrece, como es que resulta demasiado difícil lograr intervenir en las decisiones de una manera más efectiva dada la complejidad que la misma representación implica. Esta cuestión obedece, sin duda alguna, a la complejidad que la instauración de un modelo democrático directo (en donde las decisiones sean tomadas de manera directa por los gobernados y no por los representantes) envolvería; sin embargo, debe considerarse que uno de los puntos rescatables es que se toma en cuenta a los destinatarios de las decisiones; es decir, no se decide de manera arbitraria y autoritaria, sino que ahora se debe considerar un eje orientador que emana del pueblo en su conjunto.

Los sistemas democráticos, para hacer frente a las nuevas realidades, tienen que legislar y precisar cuestiones novedosas, o que

no presentaban mayores dificultades con anterioridad, pero que se convirtieron en peligros potenciales para la propia democracia y para las libertades de las personas. Los derechos humanos poseen fuerza expansiva; la democracia goza de esa misma característica, y es natural, porque no puede existir democracia donde no se respeten los derechos humanos, y éstos solo se encuentran salvaguardados y protegidos en un sistema democrático.¹⁹⁰

1. *Constitucionalismo*

La concepción misma de la palabra Constitución nos sitúa en una pluralidad de significados y concepciones diversas, no obstante, el tratamiento que a nosotros interesa nunca debe perder de vista el sentido jurídico de la misma. Podemos hablar de la constitución física de un cuerpo o de manera simplificada, de un cuerpo bien constituido. Si lo entendemos entonces de esa manera, analógicamente, podemos deducir que al hablar de constitución nos referimos a una estructura, a una estructura que nos indica cómo es que está constituido un organismo. En este sentido, un organismo político que, en lo que nos ocupa ahora, tal organismo político sería el Estado.

La Constitución de un Estado en un sentido jurídico-político, refiere a la forma en cómo se organizan los poderes y cómo es que se toman las decisiones en una comunidad política. Ahora bien, la Constitución en sí misma adquiere valor como un documento que guía la organización de la comunidad política, atendiendo siempre a la garantía de los derechos de todos los individuos que, paralelamente, contemple también la separación de poderes. La labor se resume en dos: por un lado, la protección de los derechos humanos al interior de un Estado, y, por el otro, la

¹⁹⁰ Carpizo, Jorge, “Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano”, en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovatto, Daniel (coords.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 2.

división de poderes como auténtico límite al actuar de un poder frente a otro (los llamados pesos y contrapesos)

En los Estados modernos se ha optado por las Constituciones escritas, en las cuales quede plasmada la forma en la que se va a organizar el Estado, pero en realidad el porqué del interés en las Constituciones escritas nace a partir de las declaraciones de los derechos fundamentales de libertad, ya que los derechos debían ser reconocidos y tutelados sin contravención alguna, y qué mejor que dejarlos impresos en los textos constitucionales y postergarlos en el tiempo, con la finalidad de que su respeto, protección y garantía no quedara a discreción de quienes detentaran el poder en determinado momento.

Tal relación que se da entre división de poderes y derechos humanos surge porque la existencia de los derechos humanos inherentes a todo individuo viene a constituir a su vez uno de los principales límites que se le pueden imponer al poder político, y, por lo tanto, resulta prácticamente imposible para el Estado tratar de violentar en momento alguno cualquiera de los derechos consagrados. Resulta entonces que la existencia de tales derechos implica un debilitamiento del poder, pues le resulta imposible la libre disposición de alguno de ellos.

El Estado se encuentra ante un doble compromiso: por una parte está limitada su actuación ante la existencia de un “coto vedado”, que no le permite poder decidir o disponer de los derechos de los individuos; se encuentra en un campo en el que el actuar absoluto no está permitido, en el que las tendencias absolutistas o totalitarias quedan de lado, pues existe un texto constitucional que le plantea un impedimento directo de lo que, en algún momento de la historia, pudo plantearse como una facultad absoluta de quien ejercía el poder. Por otro lado, el Estado también tiene que dar cumplimiento a una función garante; es decir, le corresponde al Estado actuar de manera que asegure en todo momento la vigencia de los derechos humanos, que promueva su amplitud y respeto, y dado que es el primer obligado a respetarlos como autoridad que es, le corresponde también la

función de vigilar que otras autoridades, como parte integrante del Estado, respeten y no violen los derechos humanos.

Queda clara entonces la función garante de derechos de que es responsable el Estado. Ahora, es importante aclarar que la mejor forma de dar protección a los derechos es limitando al poder. Tal concepción viene de la idea de que será el mismo poder el que en un determinado momento pueda limitar al poder. Muchas veces y a lo largo de la historia, se ha tenido que lidiar con aquellos que tienen el uso y dominio exclusivo de las decisiones, de las prerrogativas, que disponen de los derechos y las obligaciones de quienes se encuentran subsumidos al actuar de su representante, y que, dado que no existen límites o prohibiciones para con ellos, conciben al abuso del poder como una generalidad y una prerrogativa más.

El abuso del poder encuentra su cauce cuando se sigue la línea del abuso del poder político. Comete abusos el poder cuando causa un perjuicio a los individuos al sobrepasar o exceder los límites que para su actuación se han establecido, los límites que de manera generalizada frenan su actuar, y que si son sobrepasados ponen en clara desventaja y en una posición vulnerable al individuo. El poder también comete abusos cuando tiende a la realización de actos que no le han sido autorizados previamente; es decir, el Estado se ha configurado para el cumplimiento de un propósito determinado; se le han dado facultades y se han marcado líneas concretas para su actuar, y cuando éste opta por actuar de manera tal que por propia voluntad se ha impuesto, y lo mismo, ya sea de manera directa o indirecta, tiende a causar algún agravio en los individuos, se dice que el Estado ha cometido abusos de poder, y los mismos se deben sancionar (lo que no pasa cuando en lugar de transgredir protege).

En el mismo sentido, el poder comete abusos cuando trata de imponer su voluntad de manera arbitraria y no somete sus decisiones al consenso de sus gobernados, o incluso planea su actuar en contra de la voluntad consensual teniendo en cuenta únicamente sus intereses privados. Actúa atendiendo únicamente a sus

intereses sin considerar que su principal objetivo al gobernar es el de proporcionar entre los individuos certidumbre y seguridad jurídica.

Resulta entonces importante advertir la división de poderes en relación con las funciones que el Estado debe desempeñar, teniendo siempre como principal preocupación el respeto y garantía de los derechos humanos, que se impondrán como límites directos después de que se materialice una adecuada división de poderes. Es importante que al referirnos al poder político del cual se encuentra investido el Estado se tenga en cuenta que el poder debe ejercerse a través de las normas que para el efecto se han establecido, y nunca optar por la adopción de decisiones arbitrarias y que no han quedado previamente establecidas en el texto normativo. El poder político, en este caso, debe acatar lo advertido en la ley misma; es decir, no quedar fuera de los estándares que han delimitado su competencia, y, en último lugar, debe desarrollar y encaminar sus funciones con el total respeto y con la absoluta garantía de los derechos fundamentales de cada uno de los individuos que se encuentran bajo su responsabilidad, pero especialmente debe ocuparse de los derechos de libertad.

Se trata entonces de lograr que su actuar se acote cuando se invada la esfera de derechos de los individuos y que se amplíe cuando se trate de otorgarles protección y garantía. Es un doble juego que la mayoría de las autoridades se han mostrado renuentes a adoptar; sin embargo, ya no se trata de atender a la voluntad de éstas, sino de dejar claro que los derechos humanos no están a lo que la autoridad desee determinar.

Otro de los aspectos que debe considerarse en el actuar estatal es que, como bien lo aduce el iusnaturalismo moderno, actualmente se han entrelazado las brechas del pensamiento constitucional al tomar como punto de partida al individuo, considerándolo en su individualidad y no como parte de la colectividad, al tomarlo como el eje sobre el cual debe situarse el actuar de cualquier Estado.

Atendiendo a tal principio, surge la idea de que toda forma de organización tiene sus raíces en el contractualismo en su concepción más moderna, en la que la existencia de un poder natural legítimo queda fuera de cualquier contemplación, y lo que tiene valor ahora es aquel poder que se instituye a partir del consenso, ya que serán los propios individuos los destinatarios de las decisiones de aquel poder que ellos mismos han creado, y será el consenso el que le dará la legitimidad de la que se nutre para su actuar. Esta legitimidad será ganada en la medida en la que no contravenga los derechos humanos y sí otorgue la total certeza de su garantía.

Siguiendo este camino, es preciso hacer mención del sentido que también se le puede dar a la Constitución, al entenderla como aquel documento en el que quedan establecidas las condiciones y los modos de organización del Estado, que se ocupará de la vigilancia y resguardo de los derechos, y que a la par representa la condición elemental para que los individuos acepten y acaten las decisiones del poder político que les ha sido instaurado. En síntesis, la modernidad y el avance en las distintas concepciones que se tienen de Constitución, podemos aterrizarlas y decir que para que un Estado pueda ser considerado como garante de derechos y fundado en elementos primarios para su protección resulta necesario que cuente con, de manera primordial, una parte en la que se dedique completamente al cuidado y resguardo de los derechos humanos, y una parte en la que de manera clara se plantee y queden establecidas la estructura y división de poderes, para que los límites entre ellos se respeten conforme al texto constitucional. En México ya existe este planteamiento constitucional; no obstante, creo que no se ha obligado a que las autoridades actúen adecuadamente conforme a él.

La función primigenia del constitucionalismo consiste en la procuración y defensa de los derechos humanos desde un plano individual y dándole realce a las libertades del individuo a través de la limitación del poder político.

El hito constitucionalista se da, sin duda, a partir de la Revolución francesa, que trae consigo el surgimiento de un docu-

mento denominado Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789. Las ideas más antiguas vienen de la concepción que se tenía acerca del significado del gobierno de las leyes, y en la actualidad la discusión versa sobre saber si en realidad lo que conviene es un gobierno que acate sin discusión lo que el texto normativo le impone sin consideración alguna, o será mejor que el gobierno actúe de manera arbitraria y sin sometimiento a la ley.

Tal discusión ya era analizada por Platón y por Aristóteles. Al parecer, para Platón resultaba mejor el gobierno de los hombres, pues consideraba que las leyes podían desembocar en tiranía, y muchas veces la ignorancia quedaría plasmada y sería difícil contravenirla. Aristóteles, por su parte, considera que las leyes reflejarían la razón y la plasmarían libre de cualquier sentimiento y pasiones que la pudieran corromper. Lo que se intenta al final del día es lograr que el actuar del gobernante quede subsumido únicamente a lo que la ley le señala, para que el ejercicio del poder no sea una facultad arbitraria del mismo y los derechos plasmados en la ley sean los que a su vez creen ese límite, un poder que encuentre sus límites directos en sus propias promesas de gobierno.

Como habíamos apuntado, la panacea del constitucionalismo viene a ser la Revolución francesa; sin embargo en la Carta Magna de 1215 ya se contemplaba la implementación de límites al poder del rey, y por primera vez en la historia se habla de la libertad personal, entendida esta como la libertad física, pero que viene a ser un parteaguas si a derechos humanos de libertad nos referimos, porque, tal y como sostiene Locke, los derechos de libertad y de propiedad resultan prioritarios luego de salvaguardar la vida, y tales libertades estarán protegidas en tanto se establezca una separación entre las esferas política, espiritual y económica.

La incorporación de los derechos en los textos constitucionales viene a consolidar el paso del iusnaturalismo al iuspositivismo, pasan a ser derechos jurídicamente reconocidos y plasmados por igual para todos los individuos.

La positivización de los derechos es lo que de alguna manera ha generado cierto orden y respeto por ellos al interior de los Estados; sin embargo, se trata de un arma de doble filo; explico: la tendencia garantista encuentra su sustento en lo que de manera obligatoria se ha impuesto a la autoridad, en la función establecida que positivamente se ha designado, y que sin duda genera certidumbre en los individuos, pues están seguros de que si la ley lo dice, la autoridad lo debe hacer.

Aquí lo preocupante es saber qué sucede cuando el texto de la ley no dice expresamente lo que la autoridad debe hacer en determinada situación en la que sea absolutamente necesaria la protección de derechos, pero que en el texto de la ley no se faculte a la autoridad para actuar en tal sentido. Es decir, se pueden presentar situaciones en las que la autoridad deba actuar en pro de los derechos humanos, en las que de manera oficiosa tenga la obligación de ejercer una función garante y proteccionista, claro, sin tratar de suponer que deba exceder las facultades o atribuciones que para su actuar se han establecido, aunque bien debe considerarse la posibilidad de que cuando se trate de derechos humanos en riesgo el actuar pueda rebasar sus atribuciones.

2. *Democracia*

Al referirnos a la palabra “democracia”, considero importante tener en cuenta que, dada la variedad de connotaciones que se le pueden dar, es justo plantear desde el principio que la democracia, en lo que ahora nos ocupa, corresponde exclusivamente a una forma de gobierno. Atendiendo al significado, hablaremos entonces de la naturaleza que entraña el poder referirnos a la misma, y con esto quiero decir que la democracia naturalmente refiere al poder del pueblo, pero de forma explícita por el que fue su nombre más antiguo: *isonomía*, un término que se encuentra en Herodoto, y que comúnmente se traduce como “igualdad ante la ley”, pero que significa literalmente “igualdad de ley”; es decir, igualdad entre los miembros de un colectivo (de una *polis*, de un

Estado) establecida por el *nomos* (podríamos decir, mediante una actualización, no poco plausible, por la ley fundamental: la que nosotros llamamos Constitución). Pero ¿cuál igualdad? Siempre debemos precisar: ¿igualdad *entre* quien? y ¿en *qué cosa*?¹⁹¹

En los discursos antiguos sobre la democracia aparecían cuatro fórmulas de igualdad: la primera era *isonomía*, o sea, como hemos visto, “igualdad establecida por la ley fundamental”; la segunda era *isegoría*, que significa literalmente igual derecho de hablar en voz alta ante la asamblea de los ciudadanos, o sea, igual derecho-poder de persuadir a los demás; la tercera era *isotimía*, que quiere decir igual posibilidad de acceder a los encargos públicos, sin discriminaciones de clase y de censo (las discriminaciones de género y las de estatus personal entre libres y no libres eran insuperables para los antiguos); la cuarta igualdad, que se encuentra en un plano diferente, era la que justificaba todas las demás: *isigoría*, literalmente significa “igualdad de naturaleza”.¹⁹²

Con esto tenemos que todos los hombres libres gozan también de la igualdad que tal situación les confiere, y su participación en las decisiones colectivas representa una de las libertades que mayormente deben ser respetadas, y que en su estudio se traduce en igualdad democrática.

La democracia siempre pugna por la defensa de los derechos de libertad, y esto sucede porque el fundamento principal de todo sistema o estructura democrática va a descansar en la idea de la garantía de las libertades. La libertad del individuo lo llevará a actuar sin condicionamiento alguno para la toma de sus decisiones y en ejercicio pleno de sus capacidades de autodeterminación. En este sentido, los individuos tendrán la libertad de decidir quiénes serán sus representantes y quiénes van a tomar decisiones por ellos, y debe considerarse que el vínculo proteccionista se atenúa en este supuesto.

La existencia de la democracia representa el buen funcionamiento de la vida política de la sociedad en la que nos desenvol-

¹⁹¹ Salazar, Pedro, *La democracia constitucional...*, cit., p. 26.

¹⁹² *Idem*.

vemos y desarrollamos como individuos integrantes de la misma sociedad. En la vida democrática las decisiones son tomadas por los representantes de la colectividad, y todo Estado que se diga a sí mismo democrático debe otorgar a los individuos la capacidad de elegir a quienes considere serán los mejores representantes y harán el mejor papel en cuanto a garantía de derechos se refiere. Estos individuos que van a desempeñar una función determinante para la vida democrática de su país tendrán que llevar sobre sus hombros la función representativa de la sociedad, y a esto me refiero pensando en que será prioridad para ellos velar por los intereses de cada uno de los individuos integrantes de la colectividad, y nunca pensar en dar privilegios solo a unos cuantos, pues el desempeño de su función implica la inclusión de todos los sectores, incluso de aquellos que no han sido los que lo eligieron.

La función de los representantes debe impactar positivamente en cada uno de los individuos como integrantes de una colectividad, y no solo como colectividad misma. Es cierto que esta función se complica al incrementarse el número de individuos a los que se debe garantizar el desenvolvimiento de una vida digna; sin embargo, los elementos y herramientas que se otorgan para esa actividad permiten ampliar cómodamente el espectro de actuación con el fin de que las acciones impacten positivamente a todos aquellos que integran el Estado. Se trata de un trabajo conjunto entre todos los niveles de gobierno.

Dentro del juego democrático, el papel de los representantes es clave, pues serán los encargados de llevar adelante las discusiones y los debates con la única finalidad de llegar siempre a una deliberación conforme con los beneficios de los individuos conformantes de la sociedad; es decir, los representantes se van a ocupar de deliberar en cuanto a soluciones de conflicto, pero algo que representa un importante límite en su deliberación será, en todo momento, el respeto y resguardo de los derechos humanos. El representante va a tener en sus manos el rumbo que tomará la vida de sus representados, y resulta indispensable para tal efecto que en ningún momento deje en situaciones de vulneración el

respeto y protección de los derechos humanos; una doble tarea, al conceder a unos, pero sin demeritar a otros.

Finalmente, el representante va a tener el poder de decidir. Esta decisión no puede, por ningún motivo, ser una imposición voluntaria y sin sentido; para que una decisión adquiera su valor como expresión de voluntad de mayorías debe existir una deliberación que la anteceda. De lo que se trata es de lograr el consenso a partir de deliberaciones varias, que se encaminen en el proyecto de protección y garantía que el poder político debe otorgar a los gobernados.

Si bien no es posible la toma de decisiones dentro de la plaza pública ni atendiendo al llamado personalizado de cada uno de los gobernantes, sí debe quedar establecido que el desarrollo de la vida digna, como principal objetivo del gobernante, no puede quedar a discusión de mayorías; es decir, se trata de una condición para el ejercicio del poder, y deben consensuarse aquellas decisiones que no involucren el menoscabo de ella, pues la dignidad humana no se presta a cabildeo.

Si hacemos una breve, pero clara distinción entre la democracia y la autocracia, nos daremos cuenta de que en la autocracia las decisiones que se toman vienen desde quien las impone; es decir, no hay un consenso o deliberación; no existe una previa discusión; simplemente se impone, y, como una pirámide, las decisiones son tomadas arriba, y tienen alcances hasta la base piramidal. Por el contrario, si nos situamos en el lado de la democracia, nos daremos cuenta de que las decisiones son tomadas desde la base, a partir de una confluencia de ideas y de una deliberación óptima, y el gobernado está dispuesto a acatar las decisiones políticas, ya que fue él mismo quien participó en su diseño, y, si no le son convenientes, también estará dispuesto a acatarlas, pues sabe que hubo discusión y se llegó a un consenso mayoritario y no se impuso en momento alguno la voluntad sin deliberación.

La forma de gobierno democrática es vista como una forma de gobierno prestigiada que nos permite llevar a cabo muchas formas de vida. Aristóteles organizó las formas de gobier-

no según quién gobierne y cómo gobierne. Para el pensamiento aristotélico, las tres formas de gobierno más significativas son la monarquía, la aristocracia y la democracia. Cuando se refiere a la monarquía dice que estamos en presencia del gobierno de uno, que gobierna con leyes y para el bien común, pero que al tratar de gobernar sin el respeto o el establecimiento de leyes que limiten su actuar o únicamente se busque el beneficio propio, la monarquía comenzaría a inclinarse hacia la tiranía, en donde el tirano tiene legitimidad, pero gobierna sin leyes y de manera arbitraria.

Posteriormente, en el tratamiento que le da a la aristocracia, dice que esta forma de gobierno concentra el poder en manos de unos pocos, y que camina por la vereda de las leyes y el bien común; pero cuando el bien que se persigue es el propio, la aristocracia toma forma de oligarquía, donde los ricos son los que gobiernan sin respeto alguno por las leyes. Un mismo tratamiento se le da a la forma de gobierno que hoy nos ocupa: la democracia. Esta viene acompañada de la idea de que en este modelo son todos los que gobiernan, con leyes discutidas y consensadas y con el firme objetivo de atender al bien común; pero también se plantea la posibilidad de que tal forma de gobierno llegue a corromperse y desemboque en lo que se conoce como demagogia, modelo en el que impera el vacío legal y un total desinterés en el respeto por los derechos de los individuos.

Al ahondar en el concepto de democracia, vemos que la misma viene aparejada de la idea de pueblo, plebe, como una masa de individuos que solo ve por sus intereses particulares. La democracia en el plano de la teoría política postula que una cosa es la visión teórica que nos dice cuáles son los elementos conceptuales de la forma de gobierno democrática, y otra cosa es la realidad. Con esto se abre el campo de posibilidades en el que la teoría muchas veces no puede ser llevada a la realidad, puesto que las condiciones de aplicabilidad pueden variar y distorsionar los resultados. Entre el ideal democrático y la realidad democrática siempre va a existir una distancia, siempre se van a dar diferen-

cias sustantivas. La democracia es una idea; la realidad es tratar de poner en práctica esa idea.

El punto clave del funcionamiento democrático está en no exagerar la distancia, saber que hay umbrales de tolerancia entre la idea y la realidad, y a partir de los elementos teóricos prescriptivos hacer una valoración de la realidad y decir si una nación es más o menos democrática. El reto principal reside en identificar cuál es el núcleo de conceptos e instituciones que permiten definir que una forma de gobierno es democrática, poder llegar a una definición mínima de democracia, una definición elemental y básica.

Para poder identificar aquello que es la democracia y aquello que debe contener para poder serlo debemos, en un primer plano, determinar que la democracia es una forma de gobierno; en segundo lugar, que hoy la democracia tiene una carga positiva, pero que no siempre ha sido así, y en tercer lugar, comprender las instituciones, los valores, los conceptos para saber cuáles son los regímenes que en verdad son democráticos.

Al hablar de democracia podemos referirnos a diversas concepciones, a diversas formas de democracia, a diversas modalidades. Tenemos, por ejemplo, aquella democracia que se da en Estados Unidos y en México, y que es conocida como presidencial; tenemos también la democracia de Inglaterra o de Alemania, y que es llamada parlamentaria. Existen también las democracias mayoritarias, que es el modelo que se utiliza en Estados Unidos, en un sistema electoral, en el que quien obtiene más votos, aunque su porcentaje no sea mayor al 50% del total, es el que gana. Por otro lado también tenemos a las democracias proporcionales, que son, sobre todo, aquellas de los sistemas parlamentarios, en los cuales se vota, y el mismo porcentaje de votación que obtuvieron los partidos será el mismo porcentaje de representación que tendrán los partidos en el parlamento. En fin, se trata aquí de identificar las distintas formas de democracia que existen y saber si efectivamente podemos hablar de la existencia de una verdadera democracia, o simplemente de un sistema en vías de serlo.

La democracia, en una segunda etapa, una etapa tendente a la modernidad, surge después de la Segunda Guerra Mundial como una reacción en contra del totalitarismo, se planta como el opuesto radical del totalitarismo y lucha en todo momento por las libertades de los individuos. Los países que ganan la guerra dan pasos decididos hacia la democracia.

Por otro lado, Norberto Bobbio dice que la democracia prometió seis cosas, pero que no las ha cumplido en su totalidad. En primer lugar, la democracia dice que los individuos iban a ser los gobernantes soberanos, y en realidad eso no se ha manifestado del todo, aunque al respecto Valentina Pazzi expresa que tal cuestión no es tan mala del todo, porque aparece la pluralidad, y la influencia política debe darse en grupos; no puede darse por individuos aislados, pues si fueran los individuos de manera soberana quienes gobernarán, sería un indicativo de que en realidad las decisiones se están tomando por unos cuantos sin considerar a otros tantos.

En segundo lugar, tenemos la promesa de que la representación política iba a desplazar a la representación de los intereses, pero la verdad es que la democracia no ha logrado garantizar la representación política por encima de la representación de intereses. La representación ciudadana está siendo rebasada por la representación de intereses, pues en realidad lo que debe percibirse es una representación comprometida y coadyuvante en lo referente, sobre todo a los temas de justicia y protección de los individuos, en donde sea una constante la implementación de políticas y mecanismos tendentes a la mejora en las condiciones de vida de los individuos, dejando fuera cualquier tipo de interés personal, pues debe tenerse presente que si se encuentra representando a un grupo de personas es porque ese grupo confió en él y lo colocó en donde está.

En un tercer lugar, se habla de la desaparición de las oligarquías, y la democracia vendrá a ser el reino de la igualdad, y la verdad es que nuestras sociedades que tienen grandes índices de pobreza y desigualdad han venido montando clases políticas ce-

rradas. El problema de las oligarquías en México se da principalmente en cuestiones económicas, cuando existen intereses económicos dentro de los grupos fuertes de la economía y se dejan desprotegidos elementos tan esenciales dentro de la vida como la protección de los derechos. Al respecto me pregunto: ¿qué será de la ambición y de los intereses económicos si no se tiene la certidumbre de la protección de la vida? ¿acaso se puede disfrutar ambiciosamente de riqueza si no se tiene primero vida y libertad garantizadas? No lo sé, pero considero que las prioridades han sido acomodadas de mala manera.

Una cuarta promesa nos habla de un gobierno transparente; consagra la publicidad en los actos de gobierno, y esta viene a constituir una de las promesas en las que se ha avanzado relativamente; se habla de un gobierno público, y en México cada vez hay más posibilidades de transparentar al gobierno, pues actualmente contamos con instituciones como el IFAI, que de alguna manera otorga mayor certidumbre respecto del actuar estadual. La publicidad en el actuar es lo que Kant homologa al buen gobierno, pues si las cosas se hacen de la manera correcta y se tiene como máxima el actuar institucional conforme a la primacía de la dignidad humana, no habrá mayor duda de que los gobernantes pueden sentirse satisfechos con su representación.

La quinta promesa eleva al voto en múltiples espacios de autogobierno, y Bobbio critica que es imposible que todo se pueda votar, ya que no todos tienen los conocimientos para votar en determinadas áreas. Dice que no se puede votar todo. Hace una distinción entre la verificación y el voto, y dice que este último es un mecanismo de decisión, mientras que la primera resulta viable para distintos tipos de variantes, así que en realidad no todo lo decidible se debe votar o someter a consenso.

Este punto es muy cierto; sin embargo, no debe perderse de vista la posibilidad real de que los individuos elijan, dentro de lo que se encuentra en el ámbito de la decisión, aquello que les otorgue mayores beneficios. Así, cuando se sepa que las decisiones que toma su representante o representantes les está favoreciendo,

podrán ejercer su derecho (dentro de lo decidible) para manifestar su completo apoyo y acuerdo con que sea su representante el que siga desempeñándose dentro del campo de aquello que es imposible someter a decisión de las mayorías.

La sexta y última promesa habla de la existencia de un ciudadano educado, y esta viene muy de la mano con la quinta promesa, ya que nos hace reflexionar en torno a que el ciudadano educado será capaz de tomar decisiones, tendrá la preparación suficiente para poder decidir sobre diversos temas, y muchas veces sus decisiones traerán beneficios para los individuos; pero lo que critica Bobbio es que en realidad no se ha producido una generalidad de ciudadanos educados; por el contrario, son menos los educados que tienen que decidir, ya que sostiene que el ciudadano no educado no es capaz de tomar decisiones, y su propuesta final —y desde mi perspectiva muy atinada—, es que el ciudadano debe educarse. Un ciudadano educado es capaz de tomar mejores decisiones, de decidir y evaluar lo que es mejor para todos y para cada uno de manera particular; tiene en sus manos las herramientas suficientes para pedir el apoyo de los gobernados, otorgándoles respuestas claras a sus dudas y soluciones reales a sus problemas; se trata de que el ciudadano educado se comprometa en su labor al frente de la sociedad como referente y líder de un grupo de ciudadanos, quienes lo legitimarán en la medida en que su labor pro derechos humanos se refleje en el desarrollo de una vida digna.

Ahora bien, de manera culminante en el pensamiento democrático de Norberto Bobbio se detecta la propuesta deliberativa que intenta incluir en sus discursos y que versa sobre el reconocimiento que se debe tener por las opiniones que en el ejercicio de su libertad de expresión pueda emitir cualquier otro individuo, si bien es importante la educación en el individuo, tampoco se tiene que pensar que el ciudadano no educado es estúpido, y se deben respetar en todo momento sus manifestaciones ideológicas al igual que las de los demás. La soberbia intelectual es un problema; todos merecen ser escuchados; es cierto que no todos

los argumentos valen lo mismo, pero sí los interlocutores (cada uno de los individuos por el solo hecho de pertenecer a la raza humana).

El constitucionalismo democrático, o bien la existencia de una Constitución democrática que determine la forma en que se desarrollará la vida al interior de un Estado debe realmente: a) asegurar ampliamente los derechos humanos; b) garantizar un mínimo de seguridad económica; c) que no se concentre el poder en una persona o en un grupo, sino que las funciones sean ejercidas de manera efectiva por diversos órganos, y d) que se regule un sistema de partidos de acuerdo con el principio del pluralismo ideológico.¹⁹³

Es en esta medida en la que cada uno de los interlocutores y los actores del poder o ejercicio gubernativo podrá estar seguro de que su actuar va por buen camino, e indiscutiblemente hará del Estado democrático y constitucional de derecho una realidad, pues al mantener un actuar como autoridad del Estado dentro de lo que constitucionalmente se le ha encomendado y ser el garante efectivo de lo que los individuos reclaman (el desarrollo de una vida digna), deja claro que su función tiene como eje principal la protección de los derechos humanos, y que la participación activa de los depositarios de las decisiones es, sin duda, una de las condiciones para que su actuar camine por la senda de un Estado de derecho, un Estado garante, un Estado legítimo.

III. LA LEGITIMACIÓN DEL ESTADO

En la actual época de la democracia, el Estado es, también, expresión de un orden de derechos: los derechos políticos, intrínsecamente diferentes de los que se orientan a la persecución de intereses individuales. Estos derechos sirven para mover a la participación de los ciudadanos en la común determinación de la

¹⁹³ Carpizo, Jorge, “La clasificación de las Constituciones. Una propuesta”, *Estudios constitucionales*, 8a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 413-433.

dirección política de la vida colectiva, y no son simplemente expresión de derechos en la dimensión individual. De este modo, la politicidad de la ley, irreductible a simple suma o equilibrio de intereses individuales, se mantiene y encuentra una ulterior razón de ser en la democracia.

Es verdad que hoy ya no sería posible una fundamentación de la relación política sobre la base de un Estado que exija a los particulares obediencia incondicional, y es asimismo cierto que la fundamentación debe desarrollarse desde abajo, a partir de los individuos que prometen obediencia a cambio de la seguridad de sus derechos.¹⁹⁴ Pero son dos las categorías de derechos que resultan relevantes: los derechos individuales y los derechos políticos. De los primeros deriva la pretensión de protección de una esfera de vida puramente individual; de los segundos, en cambio, deriva la pretensión de participar en la determinación del Estado y de sus actividades, en una perspectiva no ligada a la simple defensa y promoción de intereses individuales, sino esencialmente política. Así pues, forma también parte constitutiva de la legitimidad del Estado su establecimiento como fuerza efectiva capaz de dar salida a la dimensión política de individuos dotados de derechos.¹⁹⁵

La teoría constitucional contemporánea ha consolidado la tesis de que la legitimidad estatal proviene de los derechos fundamentales de las personas. Esta idea tiene un doble sentido. Supone que el sustento de legitimidad del Estado reside en el reconocimiento de un conjunto de derechos que imponen límites y vínculos al poder político. También implica que la legitimación de las políticas públicas depende de que éstas ofrezcan garantía efectiva a esos bienes jurídicos fundamentales. Esos derechos, entonces, son bienes jurídicos protegidos que adquieren la forma de libertades, potestades políticas y exigencias sociales. Un Esta-

¹⁹⁴ Mendonca, Daniel y Guibourg, Ricardo, *La odisea constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 26.

¹⁹⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, 7a. ed., Madrid, Trotta, 2007, p. 60.

do constitucional y democrático se distingue de otras formas de organización sociopolítica, precisamente, por el reconocimiento formal de esos derechos y por su garantía práctica.¹⁹⁶

De hecho, en el mundo contemporáneo, si un observador se propone determinar el grado de desarrollo humano de una sociedad determinada, deberá centrar su atención en el nivel de garantía efectiva que las autoridades ofrecen a los derechos fundamentales. Más allá de lo que establezcan las normas constitucionales de dicha comunidad, en la dimensión práctica, lo que importa es determinar cuántos y cuáles de esos derechos son efectivamente respetados, protegidos y satisfechos por las instituciones. Cuando las personas son efectivamente libres, conviven en condiciones de igualdad, ejercen su autonomía política y tienen sus necesidades básicas satisfechas; entonces, el constitucionalismo de los derechos será una realidad práctica.

El reconocimiento constitucional de los derechos es sólo un primer paso para que el constitucionalismo de los derechos sea un rasgo distintivo de un Estado determinado. Sin políticas públicas y mecanismos de garantía que conviertan a los derechos en una realidad, el constitucionalismo no pasa de ser una buena idea.¹⁹⁷

El control de constitucionalidad debe tomar en consideración que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su sentido integral y completo, no sólo está conformada por sus propias previsiones, sino también por su interpretación ante la Convención Americana y la jurisprudencia interamericana, en el sentido más favorable;¹⁹⁸ es decir, la función garante de las autoridades y la capacidad del Estado para legitimarse como

¹⁹⁶ Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, p. VII.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. VIII.

¹⁹⁸ Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución)”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro, (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, p. 122.

tal tiene un fuerte vínculo con la labor que las autoridades realicen al interior con la firme encomienda de proteger derechos humanos. En sí, lo que constitucionalmente se ha establecido debe ser un referente para las autoridades, pues su labor convencional o constitucional en relación con los derechos humanos queda subsumida a la labor protectora de derechos humanos que cada autoridad realice.

La función garante del Estado debe ceñirse a un cúmulo de responsabilidades, entre las que destaca la actualización del modelo de justicia pro activa; pero que no deja fuera el tratar de lograr un alto grado de satisfacción material de las demandas sociales, además de lograr procesos de integración política y consensual promovidos y canalizados por el sistema de partidos y por el conjunto de las instituciones representativas.¹⁹⁹ Así, el Estado social y la democracia son en suma inescindibles no solo histórica, sino también estructuralmente, y la lesión del primero no puede tener lugar sino en detrimento de la segunda, a través del uso de la fuerza, de la represión y, en todo caso, de la reducción preventiva de los espacios de libertad política entre los que el conflicto puede desarrollarse.²⁰⁰

Así las cosas, una de las funciones que con mayor esmero debe desempeñar el Estado es el mantenimiento de la justicia al interior. En la medida en que los individuos se percaten de que no se favorece el actuar de nadie, no se concesionan ni privilegian acciones, y de verdad cada individuo se desarrolla en la medida de sus posibilidades y querencias (desde la percepción de justicia para Rawls), se estará hablando de un Estado justo, y en consecuencia, de un Estado legítimo, pues el grado de justicia que estén comprometidos a mantener los actores de gobierno será el grado de satisfacción y simpatía que los gobernados alcanzarán a reflejar.

¹⁹⁹ Ferrajoli, Luigi, *Garantismo y filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 71.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 82.

1. *La justicia como condición de legitimación*

La seguridad jurídica es uno de los cuatro derechos (junto a la libertad, a la propiedad y a la resistencia a la opresión) incluidos en la Declaración de 1789, y la Constitución francesa de 1793 la definió en su artículo 8o. como “la protección de la sociedad otorgada a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de su propiedad”. La seguridad jurídica, entendida como previsibilidad jurídica fundada en las normas generales reproducidas estrictamente por los jueces, o como el orden pacífico surgido del libre goce y disponibilidad de los derechos individuales, monopolizará el horizonte axiológico de los juristas decimonónicos.²⁰¹

Está claro que la autoridad se encuentra en nuestras sociedades contemporáneas con una fuerte crisis de legitimidad. La actual conciencia jurídica de la humanidad resiste mandatos que intenten justificarse por la sola invocación de la autoridad que los emite o por explicaciones meramente formales, y reclama explicaciones sustanciales. Ya no es suficiente hablar de los actos de determinadas autoridades para reflejar el respeto y devoción que antes se tenía; ahora las autoridades e instituciones se han visto manchadas por la corrupción, la negligencia, la falta de compromiso, por lo que los individuos han optado por reclamar al Estado el cumplimiento de la actividad que cada autoridad debe desempeñar. Pareciera acentuarse que la sociedad confía más en la justicia que en la seguridad jurídica como fuente de la paz.

De lo que se trata es que una seguridad jurídica que supere el umbral de la justicia extrema deja de ser un valor y de sostenerse como algo existente jurídicamente. Por ejemplo: el derecho nazi proveía seguridad jurídica, pero su injusticia lo invalidaba raigalmente. La justicia que puede identificarse con el bien común o con los derechos humanos ocupa la centralidad axiológica

²⁰¹ Vigo, Rodolfo, *De la ley al derecho*, Porrúa, 2005, p. 14.

del derecho, y no para concluir que solo lo justo es derecho, sino para rechazar lo injusto extremo.²⁰²

El afianzamiento de la justicia es una máxima que está dirigida a todos los poderes del Estado; sin embargo, el último control para el cumplimiento de ello corresponde al Poder Judicial. La invocación y promoción de la justicia excede el campo jurídico, pero necesariamente la abarca por lo que a los juristas alcanza aquella interpelación. La justicia es un concepto analógico que se puede referenciar a distintas realidades y con distintos tipos de exigencias: así, a ella se alude en la jurisprudencia cuando se sostiene una solución por razón de equidad o justicia del caso. En definitiva, el derecho está comprometido inexorablemente con la justicia del caso o la justicia del bien común, y una seguridad jurídica construida sobre violaciones graves a la justicia resulta desde el derecho injustificable racionalmente.²⁰³

La justicia implica que una vez que la promoción y respeto por los derechos humanos ha rebasado a las autoridades administrativas, sean las autoridades jurisdiccionales las que se ocupen de su protección y garantía, ajustando las situaciones que se han salido de cauce para privilegiar la vida digna y la efectiva vigencia de los derechos humanos. Es claro que la legitimación del Estado obedece a la labor que desarrolla cada una de las autoridades, pero considero que una de las más importantes y que mayores beneficios otorgan es la justicia. Una justicia constitucional que invariablemente reside en los órganos jurisdiccionales, y que en la actualidad obliga a la observancia de la normativa nacional en sintonía con la internacional, y que genera mayores y mejores beneficios para los individuos; sin embargo, esta función legitimadora no debería quedar sujeta a dudas si desde un principio tanto autoridades administrativas como jurisdiccionales dejan de preocuparse y realmente se ocupan de la correcta conducción del Estado con todo lo que ello implica, sin perder de vista la posibilidad justiciable de efectivizar los derechos humanos.

²⁰² *Ibidem*, p. 15.

²⁰³ *Idem*.

2. *La labor del juez proactivo*

La teoría del Estado que alentó el revolucionario francés asignaba al Poder Legislativo ser expresión de la voluntad general, y le competía al Poder Ejecutivo ejecutarla. En el Estado liberal eran esos los verdaderos poderes del Estado, y de ese modo se garantizaba una de las preocupaciones de los teóricos de la ilustración, que era la de asegurar la unidad del poder político, pues éste corría riesgo si se abría un tercer poder con facultades jurídicas creadoras.

La peligrosidad de la función judicial no solo podía generarse por la falta de dependencia absoluta y dogmática a la ley, sino también por la profesionalización de la misma, y así Montesquieu escribe “el poder juzgar, tan terrible para los hombres, se hace invisible y nulo, al no estar ligado a determinado estado o profesión”,²⁰⁴ incluso Rousseau consideraba que el ejercicio de la función judicial debía considerarse como un estado de prueba de méritos y probidad para luego ser ascendido a cargos más relevantes.²⁰⁵

El resultado, en algún sentido paradójico, de esas ideas, será que “legislación revolucionaria y codificación, consagran, como es sabido, una configuración del poder judicial totalmente integrado en el poder ejecutivo y regido por parámetros administrativos”,²⁰⁶ y así el juez funcionario pertenecerá a una administración de justicia que solo nominalmente será poder.

Parece evidente que en la segunda mitad del siglo XX se han producido una serie de cambios en el derecho, en la sociedad y en el Estado que han impactado y transformado notablemente al Poder Judicial.

En el ámbito estrictamente jurídico, se alude a un desbordamiento producido en las fuentes del derecho, que ha alterado la

²⁰⁴ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1972, p. 107.

²⁰⁵ García Pascual, C., *Legitimidad democrática y Poder Judicial*, Valencia, 1996, p. 86.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 67.

materia con la que opera el juez, y que debe decir en cada caso, potenciando sus márgenes de discrecionalidad y controlando a los otros poderes públicos y privados. Ello representa la posibilidad de que el juez, en auténtico ejercicio de su labor garante, tenga a bien la interpretación de textos de fuente internacional, que se integre al sistema interamericano de derechos humanos, teniendo en cuenta que dicha ampliación configurativa del concepto de justicia lo obliga a tener un bagaje mucho más amplio de conocimiento, lo que puede repercutir, sin duda, en el desempeño de su función. Sin embargo, algo sí debe quedar claro, y es que si la autoridad jurisdiccional no se encuentra debidamente capacitada o no es competente (refiriéndose a conocimiento y aptitudes) debe ser sujeto de una sanción, o incluso la separación del cargo, ya que pueden estar en juego derechos tan valiosos como la vida o la libertad.

La jurisprudencia se torna relevante para conocer el derecho. El viejo modelo de caso judicial en donde las partes individuales confrontan frente a un estático tercero imparcial en un asunto privado, se ha hecho trizas, y se ha roto por todos los lados; ya los que acceden a los tribunales no solo van por sus asuntos privados (pensemos solo en los intereses difusos); la materia litigiosa reviste una complejidad, que desborda ampliamente el conocimiento jurídico (pensemos solo en delitos financieros); el juez asume un compromiso dinámico con la justicia rápida y eficaz; se ve obligado a actuar más rápido y de mejor manera, está llamado a ser el que en última instancia (a nivel interno) legitime válidamente a la autoridad estatal.

Los cambios no solo han sido cualitativos, sino visiblemente cuantitativos, y así el derecho frente a la crisis y disolución de la ética social y política ha tenido que ir ocupando muchos de esos espacios, y de ese modo la juridización de la vida social termina en la judicialización de la misma (el orden de gobierno judicial tiene una carga más densa y compromisoria; ha adquirido un apego vinculatorio con la sociedad), y así se peticiona judicialmente por el amor paternal perdido, para que se dirima un

conflicto político, para que se reconozca un culto religioso, por la educación sexual, para que se lleve a cabo una intervención quirúrgica, para que se autorice una muerte de un enfermo terminal, para que se sancione una inconducta ética de un dirigente político, para que se deje sin efecto una declaración de emergencia económica.²⁰⁷

A su vez, esa judicialización genera fricciones con los otros poderes, que ven retaceadas sus clásicas competencias y prerrogativas, y desde una mirada tradicional hasta puede comprenderse el malestar que produce cuando un juez investiga y condena a prominentes dirigentes por actos de corrupción política o invalida decisiones adoptadas por los otros poderes; sin embargo, su responsabilidad es mayor, y si los demás poderes no se han ocupado de efectuar una labor verdaderamente garante, tiene que ser el Poder Judicial el que oficiosamente lo haga, conminando y obligando a que las demás autoridades lo hagan también.

La muerte de aquel modelo de juez oculto, aislado y jurista lo coloca cotidianamente en la tapa de los diarios, pero a su vez lo envuelve la crisis de legitimidad que caracteriza a la autoridat contemporánea. La reacción judicial ya no es individual, sino que se asume colectivamente a través de asociaciones que posibilitan que esa voz resulte más fuerte y difícil de no escuchar por la sociedad y por los otros poderes. Hay una creciente conciencia en los jueces de que se ejerce un tercio del poder, y que la sociedad le demanda por el poder que le ha conferido para que el gobierno y la sociedad se sometan al derecho.²⁰⁸

La prácticamente ausente responsabilidad judicial preocupa y se busca superar por diversas formas de responsabilidad: civil, penal, administrativa, ética, política, académica, social y corporativa. La idoneidad profesional que se le exigía al juez estaba limitada a lo científico-jurídico y se acreditaba con el título de abogado, pero hoy resulta claro que ello es notoriamente insuficiente, de pronto porque en aquella formación no están los saberes más

²⁰⁷ Vigo, Rodolfo, *De la ley al derecho...*, cit., p. 52.

²⁰⁸ García Pascual, C., *Legitimidad democrática y Poder Judicial...*, cit., p. 19.

específicamente judiciales tales como argumentación jurídica, administración, informática específica, liderazgo, ética judicial, etcétera, y porque además van surgiendo crecientes y dinámicas necesidades de conocimientos y habilidades que el juez necesita permanentemente cubrir a los fines de ejercer correctamente su función, una función jurisdiccional que se ha demeritado y que desafortunadamente ha puesto en entredicho toda la labor del Estado, pues basta que las autoridades jurisdiccionales no actúen correctamente para que se señalice al Estado como represor, autoritario, transgresor de derechos, no garante, mal gobierno.

El modelo de juez que heredamos ya no sirve, y es por eso que la reflexión en torno a la función judicial resulta central para el estudio de los problemas básicos de la filosofía política y del derecho.²⁰⁹ Necesitamos un sistema de impartición de justicia acorde a las necesidades garantes venideras, una autoridad jurisdiccional comprometida con el respeto y la salvaguarda de los derechos, que tenga como punto central de su actuar a los individuos, a cada uno de ellos con todos sus derechos, que no excluya y que sí integre, que no acote y que sí amplíe, que no sea cuadrado (decimonónico) y que sí sea proactivo.

IV. GARANTISMO Y DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Es Ferrajoli quien acepta la oposición establecida por Hobbes y Kant entre poderes salvajes²¹⁰ y Estado de derecho teniendo claro que el garantismo (entendido en el sentido de Estado constitucional de derecho; esto es, aquel conjunto de vínculos y de reglas racionales impuestos a todos los poderes en tutela de los derechos

²⁰⁹ *Idem.*

²¹⁰ La expresión “poderes salvajes” alude a aquella “libertad salvaje y desenfrenada” de la que Kant habla en la *Metafísica de las costumbres*, como condición desregulada propia del estado de naturaleza; esto es, en ausencia del derecho, y opuesta a aquella propia del “estado jurídico” o de derecho. Véase Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, trad. de Adela Cortina Ors y Jesús Conill Sancho, Madrid, Tecnos, 1994, p. 146.

de todos) representa el único remedio para los poderes salvajes. Nos propone distinguir las garantías en dos grandes clases: las garantías primarias y las garantías secundarias.

Las garantías primarias son los límites y vínculos normativos (o sea, las prohibiciones y obligaciones, formales y sustanciales) impuestos, en tutela de los derechos, al ejercicio de cualquier poder. Las garantías secundarias son las diversas formas de reparación (la anulabilidad de los actos inválidos y la responsabilidad por los actos ilícitos) subsiguientes a las violaciones de las garantías primarias.²¹¹

La defensa, el reforzamiento y en muchos casos la elaboración e introducción de garantías, sean primarias o secundarias, contra las tentaciones absolutistas que caracterizan a todos los poderes, constituyen el gran desafío que se plantea a la democracia en todas sus diversas dimensiones y niveles: en su dimensión política, económica y social; a nivel estatal internacional. Estas garantías no son sino la sustancia del constitucionalismo rígido; es decir, de aquel modelo de derecho y de sistema político asentado en la segunda mitad de este siglo en las democracias avanzadas, y caracterizado por la sujeción a la ley de todos los poderes, incluso del legislativo, no solo en cuanto a las formas y procedimientos, sino también en cuanto a los contenidos de su ejercicio.

El rasgo distintivo del constitucionalismo rígido, de hecho, consiste precisamente en este sistema de vínculos impuestos también a los poderes de la mayoría, por un constitucionalismo que ha quedado plasmado y que es cuestión de respeto y obediencia para todos los individuos, lo que implica que un sistema de garantías por todos aceptado remite a la idea de poder sancionar efectivamente a aquel que vaya en contra de lo que se ha pactado.

Gracias al mismo, el legislador no es ya omnipotente como en el viejo modelo paleopositivista,²¹² ya que las leyes que emanan de él son válidas, no en el simple sentido de existentes; esto

²¹¹ Ferrajoli, Luigi, *Garantismo y filosofía del derecho...*, cit., pp. 132 y 133.

²¹² Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 3a. ed., Madrid, Trotta, 1999.

es, por haber sido producidas de acuerdo con las formas previstas en las normas sobre su producción, sino solo si también sus contenidos son coherentes con los principios constitucionales. Y tampoco es omnipotente la política, cuya relación con el derecho se ha trastocado: la política y la legislación producto de ella se subordinan también al derecho. De este modo, ya no es el derecho el que puede ser concebido como instrumento de la política, sino por el contrario, es la política la que debe ser asumida como instrumento para la actuación del derecho, y más precisamente de los principios y derechos fundamentales inscritos en ese proyecto a la vez jurídico y político que es la Constitución.²¹³

En el balance del acontecer jurídico diario de un Estado es necesario otorgar seguridad y certidumbre a cada uno de los individuos que lo integran, lo que se traduce en la voluntad real de ser destinatario, políticamente hablando, de lo que jurídicamente se ha establecido, y de manera inversa, aceptar jurídicamente lo que políticamente se ha acordado.

Si en plano de la teoría del derecho el cambio de paradigma se manifiesta en la disociación entre vigencia y validez de las leyes, en el plano de la teoría política se manifiesta en un cambio correlativo de la naturaleza misma de la democracia. Ésta no se reduce ya simplemente a su dimensión política, que procede de la forma representativa y mayoritaria de la producción legislativa, y que condiciona la vigencia de las leyes, sino que comprende también una dimensión sustancial impuesta por los principios constitucionales, y en particular por los derechos humanos, que vinculan de igual modo al contenido de las leyes, condicionando la validez sustancial de éstas a su garantía.

Está claro que un paradigma semejante requiere un reforzamiento y desarrollo de todo el sistema de garantías, tanto primarias como secundarias, y por lo tanto de los límites, vínculos y controles del ejercicio de todos los poderes. Inclusive se debe pensar en nuevos mecanismos de protección de derechos humanos derivado de las omisiones en el ejercicio constitucional y con-

²¹³ Ferrajoli, Luigi, *Garantismo y filosofía del derecho...cit.*, p. 135.

vencional de protección de derechos humanos; es decir, que se obligue a todas las autoridades a la adopción de medidas que lo hagan, y que si la autoridad no lo hace, sea la autoridad jurisdiccional la que se encuentre facultada para, en la sentencia concesoria y protectora, se le impongan sanciones a la autoridad, no obstante el resarcimiento del daño generado.

Finalmente, es dable tener presente que un aspecto a menudo descuidado del sistema de garantías es su carácter sinérgico y concurrente; con aparente paradoja, los límites y vínculos impuestos a cada poder generan límites y vínculos también a cuenta de los otros poderes, impidiendo los abusos y los desbordamientos, a la vez que reforzando la legitimación.²¹⁴

El modelo democrático constitucional es un sistema en el cual la regla de la mayoría y la del mercado valen solamente para la que podemos llamar esfera de lo discrecional, circunscrita y condicionada por la esfera de lo vinculado, que está precisamente integrada por los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales (a la salud, a la educación, a la seguridad social y a la subsistencia) que cualquier mayoría está obligada a satisfacer. Esta es la sustancia de la democracia constitucional (el pacto de convivencia basado en la igualdad en derechos; el Estado social, además de liberal de derecho) garantizada por las Constituciones. “La declaración de los derechos”, afirmó la Constitución francesa de 1793, “contiene las obligaciones de los legisladores”, de cuya observancia depende su legitimación.²¹⁵

V. ESTADO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DE DERECHO

A partir de la reforma de derechos humanos de junio de 2011 se integra un bloque de constitucionalidad, que contiene la di-

²¹⁴ *Idem.*

²¹⁵ *Ibidem*, p. 159.

mensión de los derechos fundamentales. El control de constitucionalidad debe atender al control de convencionalidad. Esto es, que las normas constitucionales sobre derechos humanos deben interpretarse también de conformidad con los tratados internacionales y con la jurisprudencia convencional. Esta dimensión hermenéutica se atiende también a partir de las nuevas posibilidades que ofrecen el juicio de amparo y la acción de inconstitucionalidad, a partir de las reformas constitucionales recientes.²¹⁶

La consolidación de un Estado constitucional y convencional de derecho debe partir de un desarrollo jurisprudencial indispensable en torno a la cláusula de interpretación conforme por la línea de precisar que el contenido constitucional de los derechos fundamentales debe entenderse integrado a partir de las previsiones convencionales y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Es el tribunal constitucional el que dota de este contenido a la luz de su interpretación, y en un diálogo jurisprudencial; en este caso un diálogo entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²¹⁷

La interpretación de la Suprema Corte tiene delante de sí reconocer la dimensión integradora, y no definir en términos de supremacía lisa y llana la relación entre la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, a partir del artículo 1o., segundo párrafo. Es el criterio *pro persona*, y no la jerarquía normativa, el que define la integración, o en su caso, las prelación normativas. Reconocer también que con estas reformas se ha incorporado un bloque de constitucionalidad al orden jurídico mexicano, que define el contenido esencial de los derechos humanos y al cual debe estar sujeta la legislación secundaria, no solo en el sentido de acreditar un análisis sustantivo de constitucionalidad, sino uno de convencionalidad integrado al primero.

²¹⁶ Desprendido de una interpretación progresiva del artículo 103 constitucional.

²¹⁷ Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme...”, *cit.*, pp. 128 y 129.

La tarea del máximo tribunal mexicano debe encaminarse a establecer que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe constituir un referente de la interpretación conforme de las normas sobre derechos humanos en relación con los tratados internacionales.²¹⁸

La ruta debe atender a los parámetros convencionales en su totalidad; es decir, toda la jurisprudencia interamericana, como se ha definido claramente en relación con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se afirma, en el contexto europeo, que se ha generado una legislación unificadora de la interna, con una “vocación de alcance general en el desarrollo de sus disposiciones”. De la misma forma, en nuestro contexto, la doctrina del control de convencionalidad evidencia que el contenido de los derechos convencionales se presenta en la interpretación de todo el *corpus iuris* interamericano; es decir, cada vez que la Corte Interamericana se pronuncia dota de contenido a los derechos, y este bagaje constituye la materia jurisprudencial que debe ser atendida por los Estados, con independencia de su participación en los asuntos específicos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos resuelve.²¹⁹

Esencialmente, lo que debe comprenderse es que el llamado control convencional, ya sea concentrado o difuso, al final del día es un control de constitucionalidad, pues al tener la normativa internacional rango constitucional, lo que debe hacer la autoridad jurisdiccional es un auténtico control constitucional. Siendo concretos, la actividad que realicen los órganos jurisdiccionales debe obedecer a un patrón conjunto de lo que establecen las normas constitucionales, los tratados internacionales, la jurisprudencia de la Corte Interamericana, así como (de manera referencial, si es que el caso concreto así lo permite) las sentencias de los tribunales constitucionales o cortes supremas de los Estados que conforman el sistema interamericano.

²¹⁸ *Idem.*

²¹⁹ *Ibidem*, p. 130.

Es importante señalar que el control que realicen las autoridades jurisdiccionales atiende a un control difuso, en el entendido de que la facultad recae no solo en los jueces federales (cuando nos referimos a autoridades jurisdiccionales) haciendo una interpretación constitucional (o una declaratoria de inconstitucionalidad, si es que así corresponde) favorable a la dignidad humana, sino también a jueces locales en su labor garante y pro activa cuando de protección a los derechos humanos se trata, en el entendido de que al interpretar el texto constitucional, si se percatan que una norma es inconstitucional, solo podrán dejar de aplicar, pero no hacer una declaratoria de inconstitucionalidad.

En este sentido, lo que se pretende es que sean precisamente las autoridades, tanto jurisdiccionales como administrativas, las que tomen en sus manos lo que el texto del artículo 1o. constitucional ha establecido, que sean las autoridades administrativas, en el ámbito de sus respectivas competencias y facultades, las que se encarguen de la promoción y reconocimiento de los derechos humanos, y si se llega a cometer alguna violación, sean las autoridades jurisdiccionales las encargadas de su protección y garantía efectiva, todo con la finalidad de asegurar al ser humano el desarrollo real de una vida digna, que como lo menciona Rawls, asegure el acceso mínimo a los bienes primarios que le permitan desarrollar un plan de vida acorde a sus deseos y perspectivas personales.

El control convencional, lo entiendo yo, debe ser una guía para ampliar la visión y el compromiso de los poderes que conforman un Estado, debe ser ese espectro que ya la Constitución de 1827 señalaba de manera implícita, y que vino a reafirmarse de manera expresa en el texto de la Constitución de 1857 y posteriormente en la de 1917, que involucra una apertura de la Constitución hacia afuera, que permite la entrada o la adopción de disposiciones internacionales que favorezcan la protección de derechos humanos, que permite la interpretación referencial de otros tribunales constitucionales, sin que ello implique una invasión a la soberanía; es decir, para aquellos que ven la

adopción del ámbito internacional en el ámbito interno como una transgresión a nuestra autodeterminación debe quedar claro que en la protección de derechos humanos se debe evolucionar y avanzar, que lejos de causar afectación trae beneficio y actualización para nuestras autoridades, pero sobre todo que quede claro que no se materializa algún tipo de invasión en la forma de organización o de toma de decisiones al interior del Estado; simplemente se revaloriza la importancia real que la protección de derechos humanos y el aseguramiento de una vida digna revisten en la actualidad.

VI. CONCLUSIONES

El Estado democrático constitucional es la tendencia (desde algunos años) en muchos de los países que integran el sistema interamericano. La condición específica para que éste se desarrolle de la mejor manera reside en la posibilidad de hacer exigible a las autoridades una actividad protectora de derechos humanos que se apegue al ámbito constitucional y convencional de derecho que impera en el sistema de justicia interamericano.

El camino que se deba recorrer para lograr hallarlo es claro si se tiene en realidad la convicción institucional de conseguirlo. Los elementos constitutivos y de integración de un sistema jurídico capaz de adecuar normas de derecho interno con normas de derecho internacional representa, hoy en día, una evolución significativa en la manera como se desarrolla la vida en sociedad. El compromiso proteccionista no descansa ya en la labor que desarrolle una u otra autoridad, sino en el conjunto de acciones que en sincronía se implementen para salvaguardar efectivamente los derechos de todos los gobernados.

La posibilidad de colocarnos en un Estado democrático de derecho va a residir en, a su vez, la posibilidad de que el actuar de las autoridades se apegue lo más posible al cúmulo de derechos que constitucional y convencionalmente se han establecido; ex-

plico: se trata de atender efectivamente a la incorporación (tardía) de un texto constitucional que obliga a todas las autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, a proteger, respetar, promover y garantizar derechos humanos; es decir, se obliga expresamente a que todas y cada una de las autoridades (por hablar del Estado; sin embargo, ello no implica que los particulares queden fuera de esta obligación) a la observancia de los derechos en pro de una vida digna para todos los individuos.

Ello no implica otra cosa que una doble apertura por parte del Estado; por un lado, una apertura hacia adentro que permita la incorporación de la normativa internacional en la interna; es decir, que el Estado sea capaz de atender al control convencional que se encuentra en un plano regional y que lo haga suyo para la protección más efectiva de los derechos humanos. Por otro lado, implica también una apertura del Estado hacia afuera; esto indica que una vez incorporando la primera apertura y llevando a cabo acciones (sobre todo determinaciones judiciales) en las que se protejan y garanticen derechos humanos en una mayor medida, se pueda ser un ejemplo de esto a nivel internacional, aportando resoluciones, sentencias de nuestros tribunales, legislación local, legislación federal, para que salga al plano interamericano y pueda ser aplicado por aquellos países que lo consideren pertinente para los casos semejantes que se presenten en su interior.

Este punto específicamente ayudará a crear entre la sociedad la certidumbre y confianza necesaria para lograr que la participación y el involucramiento en la vida de su nación aumenten. Como ya mencioné antes, no se trata de crear expectativas irrealizables o falsas esperanzas (lo cual sería deshonesto, al tiempo que iría en contra de los principios democráticos), sino de crear las condiciones necesarias para que cada uno de los individuos pueda catapultarse en la actividad que desee desarrollar, para que cuente con los elementos necesarios que le permitan prepararse y competir con cualquier otro individuo en igualdad de circunstancias; es decir, que el Estado se ocupe de salvaguardar

o garantizar, en su defecto, los derechos de todos, atendiendo a cuestiones que en un plano básico deben quedar sufragadas, tales como la vida, la libertad, la salud, la educación, la alimentación, la vivienda, el trabajo, el agua, derechos que han sido positivizados, pero que naturalmente necesitan un impulso extra si de verdad queremos aspirar a una vida digna, y ello no depende de alguno, sino que depende de todos.

CONCLUSIONES GENERALES

La función del Estado como unidad de autoridad que regula la vida en sociedad es una preocupación que se ha mantenido desde tiempos socráticos, sin que al respecto se pueda hallar aún la solución efectiva que su quehacer podría brindar. La labor de cada una de las autoridades que se encuentran inmersas dentro de las funciones estatales (tanto administrativas como jurisdiccionales) es elemental, y sobre ellas descansa la efectiva legitimación del Estado.

Es evidente que la constitucionalización del derecho internacional, al mismo tiempo que la internacionalización del derecho constitucional, causa ruido, sobre todo en la labor jurisdiccional; sin embargo, es preciso anotar que el derecho, como la vida en sociedad, evolucionan, y es necesario adecuarse a dichos cambios con la finalidad de que la estática estatal no provoque afectaciones a los intereses de los individuos.

Me planto en una postura individualista porque considero que lo que vale es cada individuo con sus derechos; se debe dejar fuera la concepción utilitarista del derecho que en algún momento se tuvo, pues la tendencia indica que la garantía efectiva de los derechos debe abarcar y ser suficiente para todos y cada uno de los seres humanos que conforman al Estado.

Esta apertura, tanto del derecho constitucional como del derecho internacional, es un ejemplo del avance en el campo de los derechos humanos que hacía falta implementar desde hace tiempo. Es preciso dejar claro que este nuevo paradigma no tiene por intención invadir soberanías o regular la manera en que se organiza un Estado al interior; simplemente trata de establecer estándares mínimos de protección de derechos humanos a nivel regional, con la firme tendencia de que se eleve a nivel interna-

cional. No se trata de cambiar la forma en la que se organiza un país, o de hacer una reforma (en el caso mexicano) en la parte orgánica de su Constitución, sino simplemente convencer de lo benéfico que sería establecer la actividad protectora de derechos humanos para todas las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias.

Hoy en día el problema (creo yo) ya no reside en saber si lo que se va a hacer es un control de constitucionalidad o un control de convencionalidad ni si alguno de los dos debe ser difuso o concentrado, o determinar quién es la autoridad que lo debe realizar, o si se trata de una interpretación que deben ejercer los tribunales nacionales o los internacionales. En realidad, el problema se ha discutido ya en numerosas ocasiones mientras las transgresiones a derechos humanos continúan actualizándose.

Lo que debe marcar el paso directo a la modernidad en materia de derechos humanos es el establecimiento de la obligación de que todas las autoridades promuevan, respeten, protejan y garanticen (en el ámbito de sus respectivas competencias) los derechos humanos. Dicha labor no implica mayor conflicto si cada una de ellas cuenta con una unidad responsable que se dedique, en el caso de autoridades administrativas, a la capacitación de su personal en la materia, al desarrollo de proyectos, publicidad y cursos especializados, a la promoción de una cultura pro derechos humanos al interior de la institución, pues creo que la promoción y el respeto de los derechos humanos es una responsabilidad clara de este tipo de autoridades. En este plano, el apego a un marco de promoción y respeto tanto constitucional como convencional (de tratados internacionales en materia de derechos humanos) es el principal objetivo a alcanzar.

Por otra parte, la labor de protección y garantía constituye la competencia de las autoridades jurisdiccionales, quienes, al hacerse sabedores (a través del juicio de garantías) de que se están actualizando violaciones a derechos humanos, tienen la obligación de hacer un análisis de la situación concreta que se somete a su jurisdicción, considerando todo el bagaje normativo (tan-

to nacional como internacional) al que se puede adecuar dicho caso; de hecho, no dejar fuera la posibilidad de que las propias sentencias de otros tribunales constitucionales o cortes supremas puedan constituirse como fuente aplicable, en el caso de que la interpretación *pro persona* lo permita, y siempre considerando la aplicación más favorable para los derechos humanos del individuo.

Una vez que se ha estado en posibilidad de acreditar efectivamente la violación de derechos humanos a través de una acción u omisión, y ya que la autoridad jurisdiccional ha conminado a la reparación respectiva (sea consecuencia de acción u omisión y adecuándose al caso concreto de que se trate), debe recaer en la autoridad responsable una sanción (tal vez económica, por ser la que mayores consecuencias positivas traería), misma que debe recaer en toda la autoridad, pues así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace responsable de la violación a todo el Estado y no a uno de sus órdenes de gobierno, un símil de dicha situación suena bien al interior de un Estado.

La posibilidad de una sanción económica a toda la autoridad que viola derechos humanos generaría (según lo que mi buena fe me invita a pensar) mayor compromiso en el desempeño de su labor, así como mayor conciencia en el tema, pues parte de la sanción debe implicar que quien directamente ha sido el responsable del daño sea suspendido provisionalmente sin goce de sueldo, y entonces así hacer evidente que la falta de proactividad en materia de derechos humanos genera consecuencias negativas directas e indirectas, para que la reprobación en su actuar sea un estímulo en futuras ocasiones.

La actividad protectora de derechos humanos que deben realizar todas las autoridades es la mejor manera de lograr la consolidación legítima de un Estado. En la medida en que la preocupación de cada uno de los órdenes de gobierno crezca en relación con el compromiso para con los individuos por el aseguramiento de una vida digna, será mayor la confianza que se genere al interior, y será también mayor la voluntad participativa de cada uno

de los individuos al estar seguros de que el Estado, como unidad, se está ocupando de la protección de sus derechos.

La función garante de derechos que tiene en sus manos el Estado no es sencilla, sino que se puede comenzar coaccionando; sin embargo, la tendencia es que la voluntad ciudadana empuje positivamente a ello, pues al final del día los que cometen violaciones en nombre de autoridades son individuos también, y la generalización de una conciencia en favor de los derechos humanos, a través de una adecuada reeducación en la materia, debe ser una de las principales metas de todo Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, *La política*, Bogotá, Universales.
- , *La política*, trad. de Nicolás Estévez, París, Casa Editorial Garnier Hermanos, 1932.
- BAZÁN, Víctor, *Jurisdicción constitucional y control de constitucionalidad de los tratados internacionales*, México, Porrúa, 2003.
- BERLÍN, Isaías, “La originalidad de Maquiavelo”, *Contra corriente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1984.
- BIDART CAMPOS, Germán J., “Jerarquía y prelación de normas en un sistema internacional de derechos humanos”, Ferrer MacGregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa-Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación A.C., 2003, t. II.
- BODINO, Juan, *Los seis libros de la República*, Madrid, Aguilar, 1973.
- BOGDANDY, Armin von *et al.*, “Nota preliminar”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. I, 2010.
- , *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. II, 2010.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1o, segundo párrafo, de la Constitución)”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.
- CAPPELLETTI, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa, 1993.

- CARBONELL, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM, 1998.
- y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.
- y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y globalización*, México, Porrúa, 2001.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “La división de poderes y la función jurisdiccional”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, México, año IV, núm. 7-8, enero-diciembre de 2007.
- , “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.
- CARPIZO, Enrique, “El control de convencionalidad y su relación con el control de constitucionalidad difuso en México”, *Expresión Judicial. Órgano informativo del Poder Judicial del Estado de Chiapas*, México, año 1, núm. 2, agosto de 2012.
- , *Diccionario Práctico de Justicia Constitucional*, México, Porrúa, 2012.
- , *La defensa de la Constitución en México*, México, Porrúa, 2011.
- , *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional, la Corte y los derechos*, México, Porrúa, 2009.
- CARPIZO, Jorge, “La clasificación de las Constituciones. Una propuesta”, *Estudios constitucionales*, 8a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003.
- y CARBONELL, Miguel, *Derecho constitucional*, 6a. ed., México, Porrúa, 2009.
- , “La interpretación del artículo 133 constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 4, 1969.
- , “Prólogo”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. I, 2010.

- , “Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano”, en CARBONELL, Miguel *et al.* (coords.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- CASTILLA, Karlos, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. XI, 2011.
- DABIN, Jaen, *Doctrina general del Estado. Elementos de filosofía política*, trad. de Héctor González Uribe y Jesús Toral Moreno, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.
- DUVERGER, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, 5a. ed., Barcelona, Ariel, 1996.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2005.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco J., “Los argumentos interpretativos en las sentencias del Tribunal constitucional: el argumento de autoridad”, *La interpretación de la Constitución*, Donostia, 1984.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Antonio, *Los fundamentos del derecho constitucional (derecho, Estado y constitución)*, Lima, Tribunal Constitucional del Perú, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi y PISARELLO, Gerardo, *El garantismo y la filosofía del derecho*, trad. de Gerardo Pisarello, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, “Iuspositivismo crítico y democracia constitucional”, trad. de Lorenzo Córdova y Pedro Salazar, *Isonomía*, México, 2006, núm. 16.
- , “Sobre la definición de ‘democracia’. Una discusión con M. Bovero”, trad. de N. Guzmán, *Isonomía*, México, 2003, núm. 19.
- , *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, 3a. ed., Madrid, Trotta, 1999.
- , *Garantismo y filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, SCJN-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- y Silva, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídica*, 15a. ed., México, Porrúa, 2009.
- y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 6a. ed., México, Porrúa, 2009.
- FORSTHOFF, Ernst, *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- GARCÍA PASCUAL, C., *Legitimidad democrática y Poder Judicial*, Valencia, 1996.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa-UNAM, 2011.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *El control difuso de convencionalidad*, Querétaro, FUNDAP, 2012.
- , *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. I, 2006.
- , *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. II, 2006.
- , *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. III, 2008.

- , *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. IV, 2008.
- , *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. V, 2008.
- GARGARELLA, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Barcelona, Paidós, 1999.
- GÓMEZ PÉREZ, Mara, *La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional*, México, Porrúa, 2003.
- GROS ESPIELL, Héctor, “Nuevas tendencias del constitucionalismo en América Latina”, en CARBONELL, Miguel *et al.* (coords.), *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2009.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 8a. ed., México, Porrúa, 2009.
- GURDIÁN, Echandi, “El concepto de Estado y los aportes de Maquiavelo a la teoría del Estado”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, Costa Rica, núm. 119, mayo-agosto de 2009.
- HÄBERLE, Peter, prólogo al libro de Balaguer Callejón, María Luis, *Interpretación de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1997.
- HERRERÍAS CUEVAS, Ignacio Francisco, *Control de convencionalidad y efectos de las sentencias*, México, Ubijus, 2011.
- HIGHTON, Elena, “Sistema concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. I, 2010.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006.
- JELLINEK, George, *Teoría general del Estado*, México, Oxford University Press, 1999.

- KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, trad. de Adela Cortina Ors y Jesús Conill Sancho, Madrid, Tecnos, 1994.
- LARA PONTE, Rodolfo, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, 4a. ed., México, Porrúa, 2007.
- LOCKE, John, *Ensayo sobre el entendimiento humano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.
- , *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Madrid, Tecnos, 2006.
- LÓPEZ RUIZ, Miguel, *Elementos para la investigación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995.
- MAQUIAVELO, Nicolás, “Discurso sobre la primera década de Tito Livio”, *Obras políticas*, trad. de Luis Navarro, Buenos Aires, El Ateneo, 1952.
- , *El Príncipe*, 8a. ed., Puerto Rico, Editorial de la Universidad de Puerto Rico, 1998.
- MAYER, J., *Trayectoria del pensamiento político*, México, Fondo de Cultura Económica, 1964
- MENDONCA, Daniel y GUIBOURG, Ricardo, *La odisea Constitucional. Constitución, teoría y método*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- MONTESQUIEU, *El espíritu de la leyes*, trad. de M. Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1979.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *La interpretación constitucional de los derechos humanos*, Lima, Ediciones Legales, 2009.
- PECES BARBA, G., *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Debate, 1983.
- PLATÓN, *El Estado o la República*, París, versión castellana de Enrique Pérez, Casa Editorial Garnier Hermanos, s. a., t. I.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, “Constitucionalismo y garantismo”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- , *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara, 1997.
- RAWLS, John, *Teoría de la justicia*, 2a. ed., México, Porrúa, 1995.

- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social*, Buenos Aires, Losada, 1998.
- SABINE, George, *Historia de la teoría política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963.
- SALAZAR CARRIÓN, Luis, *Para pensar la democracia*, México, Fontamara, 2010.
- , *Para pensar la política*, México, UAM-I, 2004.
- SALAZAR, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- y CARBONELL, Miguel (eds.) *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005.
- SALTALAMACCHIA ZICCARDI, Natalia y COVARRUBIAS VELASCO, Ana, “La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos: antecedentes históricos”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.
- SAUCEDO GONZÁLEZ, José Isidro, *Del Estado nacional al Estado regional. Una prospectiva desde la filosofía política*, México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, trad. de F. Ayala, Madrid, Alianza, 1982.
- TOUCHARD, Jean, *Historia de las ideas políticas*, Madrid, Tecnos, 1961.
- VALADÉS, Diego, *Consideraciones sobre el Estado constitucional, la ciencia y la concentración de la riqueza*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- VIGO, Rodolfo, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2005.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, “El juez constitucional en el siglo XXI”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 10, julio-diciembre de 2008.
- , *El derecho dúctil*, 7a ed., Madrid, Trotta, 2007.

Casos contenciosos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

CORTE IDH, *caso Myrna Chang vs. Guatemala*, resuelto el 25 de noviembre de 2003.

———, *caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 26 de noviembre de 2010.

———, *caso Fernández Ortega y otros. vs. México*, sentencia del 30 de agosto de 2010.

———, *caso Radilla Pacheco vs. México*, sentencia del 23 de noviembre de 2009.

———, *caso Rosendo Cantú y otra vs. México*, sentencia del 31 de agosto de 2010.

Tratados internacionales en materia de derechos humanos

Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Protocolos internacionales en materia de derechos humanos

Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1998).

Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (Asunción, Paraguay, 1990).

Informes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2010.

*Votos emitidos con relación a casos sometidos ante
la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Voto concurrente razonado de Sergio García Ramírez en el *Caso Tibi vs. Ecuador*, resuelto el 7 de septiembre de 2004.

Voto razonado del juez *ad hoc*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poinot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 26 de noviembre de 2010.

Casos sometidos ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Expediente varios 912/2010, México, 2010.

Jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación

Tesis Aislada, 9a. Época; Tribunal Colegiado de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXI, Febrero de 2005, p. 1744.

Páginas de internet

<http://www.juridicas.unam.mx/>

<http://www.oas.org/es/cidh/>

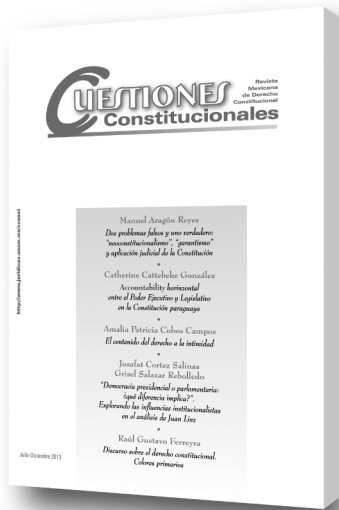
<http://www.corteidh.or.cr/>

<http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx>

<http://www.un.org/es/>

CUESTIONES Constitucionales

Revista
Mexicana
de Derecho
Constitucional



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

SIGUENOS EN



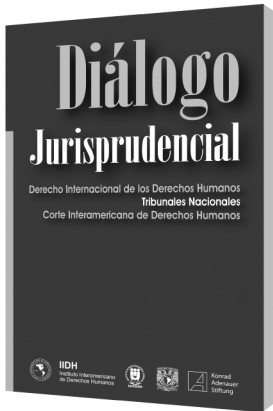
<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/CuestionesConstitucionales/>



www.juridicas.unam.mx/www.biblio.juridicas.unam.mx
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Coordinación de Distribución, Promoción y Fomento Editorial
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación
en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México,
D. F., teléfonos: 5622-7474 ext. 1704 Fax 5665-2193
Correo: distij@unam.mx

Diálogo Jurisprudencial

Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Tribunales Nacionales
Corte Interamericana de Derechos Humanos



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

SÍGUENOS EN



<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DialogoJurisprudencial/>



www.juridicas.unam.mx / www.biblio.juridicas.unam.mx

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Coordinación de Distribución, Promoción y Fomento Editorial
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación
en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México,
D. F., teléfonos: 5622-7474 ext. 1704 Fax 5665-2193
Correo: distij@unam.mx

La función garante del estado constitucional y convencional de derecho, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 3 de julio de 2015 en Litográfica Dorantes, S. A. de C. V., Oriente 241-A 28 bis, colonia Agrícola Oriental, delegación Iztacalco, 08500 México, D. F., tel. 5700 3534. Se utilizó tipo Baskerville de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 57 x 87 de 37 kilos para los interiores y cartulina couché de 154 kilos para los forros. Consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).