

EL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL REFORMADO EN 2011. AMBIGÜEDADES Y CERTEZAS

Carlos Emilio ARENAS BÁTIZ*

Rindo homenaje al doctor Jorge Carpizo, paradigma de servidor público y de universitario. Ejemplo de una vida regida por la verdad y la ley.

SUMARIO: I. *Cómo estábamos antes de la reforma constitucional de 2011.* II. *Las ambigüedades de la reforma, según “convencionalistas” y “soberanistas”.* III. *Las certezas de la reforma.*

El artículo 1o. constitucional, desde su reforma en 2011, luce como un campo con áreas de terreno firme y sólido, sobre las cuales se han empezado a construir importantes instituciones jurídicas, pero también con áreas de terreno que han permanecido inundadas por la ambigüedad, y sobre las que no ha podido erigirse nada definido.

La ambigüedad ha impedido definir cuál es el contenido y alcance del principio pro persona, y ha dificultado identificar la jerarquía normativa que en el derecho mexicano corresponde a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales.

Aunque, por otra parte, entre los temas perfectamente definidos y que constituyen tierra firme sobre la cual podemos actuar los operadores jurídicos, destaca el relativo al control difuso de constitucionalidad, y la consecuente abolición del control concentrado de constitucionalidad, según el cual solo los juzgadores integrantes del Poder Judicial de la Federación —no los jueces de los tribunales federales autónomos ni los jueces locales— es-

* Actualmente magistrado en el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León, y director de la Maestría en Derecho de la EGAP del Tecnológico de Monterrey.

taban facultados para garantizar con sus sentencias la vigencia de los derechos humanos o garantías individuales previstas en la Constitución federal.

A continuación presentaré de manera muy puntual las que yo considero son las principales ambigüedades y certezas del artículo 1o. constitucional reformado en 2011, a dos años de su entrada en vigor. Aunque para poder señalar y contrastar en qué punto nos encontramos ahora, primero expondré brevemente cómo estábamos antes de la reforma.

I. CÓMO ESTÁBAMOS ANTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011

Antes de esta fecha estaba muy claro que lo que teníamos en el país era un sistema de distribución de competencias legislativas y jurisdiccionales por órdenes jurídicos o de gobierno. A cada uno de estos ámbitos le correspondían competencias legislativas y jurisdiccionales diferenciadas, por regla general excluyentes entre sí, y jerarquizadas.

Así, existían en el país cinco órdenes normativos identificados por la jurisprudencia de la Suprema Corte: el ámbito constitucional, el ámbito federal, el ámbito local, el ámbito del Distrito Federal, y el ámbito municipal. Mientras que el orden jurídico internacional era identificado como un ámbito externo a los anteriores.

Entre las tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las cuales esta se refiere a la existencia de órdenes jurídicos o de gobierno en México, cabe citar las siguientes:

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LOS DIVERSOS ÓRDENES JURÍDICOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL TIENEN AUTONOMÍA FUNCIONAL Y ASIGNACIONES COMPETENCIALES PROPIAS. Del contenido de los artículos 1o., 40, 41, primer párrafo, 43, 44, 49, 105, fracción I, 115, fracción I, 116, primero y segundo párrafos, 122, primero y segundo párrafos, 124 y 133, de la Constitución Federal, puede distinguirse la existencia de cuatro órdenes jurídicos dentro del Estado mexicano, a saber: el federal, el local o estatal, el del Distrito Federal y el constitucional. *Cada uno de ellos cuenta con asignaciones competenciales propias que, por lo general, son excluyentes entre sí*, contando con autonomía para su ejercicio a cargo de las autoridades correspondientes.¹

ESTADO MEXICANO. ÓRDENES JURÍDICOS QUE LO INTEGRAN. De las disposiciones contenidas en los artículos 1o., 40, 41, primer párrafo, 43, 44, 49,

¹ Época: Novena Época. Registro: 193262. Instancia: Pleno. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Localización: septiembre de 1999, Tomo X. Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 95/99. Pág. 709.

105, fracción I, 115, fracciones I y II, 116, primer y segundo párrafos, 122, primer y segundo párrafos, 124 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte la existencia de cinco órdenes jurídicos en el Estado Mexicano, a saber: el federal, el local o estatal, el municipal, el del Distrito Federal y el constitucional. Este último establece, en su aspecto orgánico, el sistema de competencias al que deberán ceñirse la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal, y corresponde a la SCJN, como Tribunal Constitucional, definir la esfera competencial de tales órdenes jurídicos y, en su caso, salvaguardarla.²

Y hasta antes de 2011 estaba claro que las normas jurídicas que integraban cada uno de los órdenes jurídicos o de gobierno anteriormente referidos debían ser producidas y salvaguardadas de manera exclusiva solo por los respectivos órganos legislativos y judiciales propios de cada ámbito.

Sistema vigente hasta 2011 Distribución de competencias legislativas y judiciales, por ámbitos nominativos de gobierno, diferenciados, excluyentes y jerarquizados

Ámbito u orden normativo	Normas jurídicas que produce y salvaguarda	Órgano legislativo competente	Jurisdicción que le corresponde	Órganos judiciales competentes
Ámbito constitucional	Derecho constitucional	Constituyente permanente	Jurisdicción constitucional	Poder Judicial de la Federación
Ámbito federal	Derecho federal	Congreso de la Unión	Jurisdicción federal	Tribunales del Poder Judicial Federal y tribunales federales autónomos*
Ámbito local o estatal	Derecho local o estatal	Congreso del Estado	Jurisdicción local o estatal	Tribunales del Poder Judicial Estatal y tribunales locales autónomos**
Ámbito del Distrito Federal	Derecho del Distrito Federal	Asamblea del Distrito Federal	Jurisdicción del Distrito Federal	Tribunales del Poder Judicial Estatal y tribunales locales autónomos**
Ámbito municipal	Derecho municipal	Ayuntamiento	Jurisdicción municipal	Juzgados menores, y en algunos municipios, tribunales contenciosos administrativos
Ámbito internacional	Derecho internacional	Estado-Estado	Jurisdicción internacional	Corte Interamericana

Esto es, en el ámbito normativo constitucional el único órgano legislativo autorizado para crear las normas jurídicas constitucionales era el Constituyente Permanente, y garantizar la vigencia de estas normas constitucionales era atribución privativa de la jurisdicción constitucional, que la propia

² Época: Novena Época. Registro: 177006. Instancia: Pleno. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Localización: Octubre de 2005, Tomo XXII. Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 136/2005. Pág. 2062.

Constitución le encargaba de modo exclusivo y expreso al Poder Judicial de la Federación.

En correspondencia con lo anterior, las normas jurídicas del ámbito federal debían ser producidas por el Congreso de la Unión, y salvaguardadas por la jurisdicción federal, a cargo de los tribunales del Poder Judicial de la Federación —que por lo tanto tenía a su cargo dos jurisdicciones: la constitucional y la federal—, y por los tribunales federales autónomos. Las normas del ámbito local debían ser producidas por el Congreso de la respectiva entidad federativa, y tuteladas por la jurisdicción local, a cargo del respectivo Poder Judicial local y tribunales locales autónomos. Y así sucesivamente.

La existencia en México, de diversos órdenes normativos o ámbitos competenciales diversos, por regla general excluyentes entre sí, y jerarquizados, ha sido confirmada en diversos precedentes judiciales y en tesis de jurisprudencia previos a la reforma de 2011. En respaldo de esto, a continuación se citan tres importantes precedentes.

1. En primer lugar se destaca que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir de la Quinta Época de la jurisprudencia, ha sostenido reiteradamente que solo la jurisdicción constitucional, que está a cargo del Poder Judicial de la Federación, tiene la exclusividad para defender las normas jurídicas constitucionales, incluyendo las relativas a derechos humanos. Y esto lo ha dicho nuestro máximo tribunal en las diversas tesis de jurisprudencia en las que ha declarado que el ejercicio del control difuso de constitucionalidad estaba prohibido a los jueces locales.

Entre estas tesis que rigieron durante las épocas Quinta, Sexta, Séptima, Octava y Novena, de la jurisprudencia federal mexicana, a continuación se cita el rubro y un fragmento de seis de ellas.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES... El artículo 133 de la Constitución... Obliga a los Jueces de los Estados a proceder siempre conforme a la Constitución, obligación que, por lo demás, no es tan sólo de estos funcionarios, sino de todas las autoridades, cuyos actos tienen la presunción de constitucionalidad, que cede únicamente ante la eficacia decisiva de un fallo judicial federal que la excluye. Este fallo no puede producirse sino mediante la controversia que prevé el artículo 103 constitucional, esto es, mediante el juicio de amparo...³

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE, POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMUN... sólo el Poder Judicial de la Fede-

³ Época: Quinta Época. Registro: 303925. Instancia: Pleno. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Localización: Tomo LXXXIX. Materia(s): Constitucional. Pág. 775.

ración puede calificar la constitucionalidad de las leyes a través del juicio constitucional de amparo.⁴

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMUN. Conforme a la Constitución Federal, no todo órgano judicial es competente para declarar la inconstitucionalidad de una ley, sino solamente el Poder Judicial Federal, a través del juicio de amparo... Esto es así, porque nuestro derecho público admite implícitamente que, conforme al principio de la división de poderes, el órgano judicial está impedido de intervenir en la calificación de inconstitucionalidad de los actos de los otros poderes, a menos que a ese órgano se le otorgue una competencia expresa para ese efecto, como ocurre en la Constitución Federal cuando dota al Poder Judicial de la Federación de la facultad de examinar la constitucionalidad de los actos de cualquier autoridad.⁵

LEYES, CONSTITUCIONALIDAD DE LAS. LOS TRIBUNALES LOCALES NO ESTAN FACULTADOS PARA RESOLVER. Conforme a lo dispuesto en los artículos 103, fracción I, y 107, de la Constitución General de la República, los órganos jurisdiccionales de amparo son los únicos competentes para determinar sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, a través del juicio de garantías que ante ellos se promueva, y por lo mismo, debe estimarse que los tribunales locales carecen de facultades para resolver al respecto.⁶

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES... aun cuando el Tribunal Fiscal de la Federación, no sea un tribunal local; sin embargo, también carece de competencia para decidir sobre cuestiones constitucionales, ya que es un tribunal sólo de legalidad...⁷

CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN... si bien es cierto que los tres Poderes de la Unión deben observar la Ley Suprema, no puede afirmarse que por esta razón, las autoridades puedan, por sí y ante sí, en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia Cons-

⁴ Época: Sexta Época. Registro: 269162. Instancia: Tercera Sala. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Localización: Cuarta Parte, CXXXV, Materia(s): Común. Pág. 37.

⁵ Época: Séptima Época. Registro: 242028. Instancia: Tercera Sala. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Localización: Tomo 42 Cuarta Parte. Materia(s): Común. Pág. 17.

⁶ Época: Octava Época. Registro: 227091. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Localización: Tomo IV, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1989. Materia(s): Civil. Pág. 318.

⁷ Época: Octava Época. Registro: 228225. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Localización: Tomo III, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1989. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Pág. 228.

titudinación consagra, en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa expreso, por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación.⁸

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN... esta SCJN considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.⁹

2. Otro importante precedente que confirma que hasta el 2011 lo que teníamos en el país era un modelo de órdenes jurídicos o de gobierno, diversos, excluyentes y jerarquizados, lo es el relativo a la Acción de Inconstitucionalidad a través de la cual se impugnó el sistema de justicia constitucional local del estado de Veracruz.

Al resolver este caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación confirmó que las normas jurídicas relativas a derechos humanos, previstas en la Constitución federal, solo podían ser garantizadas por el Poder Judicial de la Federación, y que en todo caso lo único que podían hacer los Congresos estatales y los poderes judiciales locales era establecer y defender derechos humanos distintos a los del ámbito constitucional.

CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LA FACULTAD OTORGADA A LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ-Llave PARA CONOCER Y RESOLVER EL JUICIO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS, PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ESA ENTIDAD FEDERATIVA, NO INVADIRÍA LA ESFERA DE ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE LA FEDERACIÓN, PUES AQUÍ SE LIMITA A SALVAGUARDAR, EXCLUSIVAMENTE, LOS DERECHOS HUMANOS QUE ESTABLECE EL PROPIO ORDENAMIENTO LOCAL... la competencia que la Constitución Local le otorga a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave, se circunscribe a conocer y resolver el juicio de protección de

⁸ Época: Novena Época. Registro: 193558. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Localización: Tomo X, Agosto de 1999. Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 73/99. Pág. 18.

⁹ Época: Novena Época. Registro: 193435. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Localización: Tomo X, Agosto de 1999. Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 74/99. Pág. 5.

derechos humanos, pero únicamente por cuanto hace a la salvaguarda de los previstos en la Constitución de aquella entidad federativa, por lo que dicha Sala no cuenta con facultades para pronunciarse sobre violaciones a las garantías individuales que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Acorde con lo anterior, se concluye que los preceptos citados no invaden las atribuciones de los tribunales de la Federación...¹⁰

3. Otro precedente que confirma que hasta antes del 2011 lo que teníamos eran diversos órdenes normativos, y que cada uno tenía la competencia exclusiva para producir y defender su propio derecho de los derechos humanos, es la Acción de Inconstitucionalidad 22/2009. Ésta la promovió la Comisión Nacional de Derechos Humanos para impugnar la reforma al Código de Comercio, que suprimía el recuso de apelación en ciertos juicios mercantiles. En opinión de la CNDH, esta reforma legal era inconvencional, porque violaba el derecho humano a la doble instancia previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Este caso fue resuelto, estableciéndose que ni siquiera la Comisión Nacional de Derechos Humanos podía hacer valer ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, violaciones directas a los derechos humanos consignados en los tratados internacionales, ya que la Corte mexicana solo puede conocer de violaciones a la Constitución y no a los tratados internacionales, salvo que la violación al tratado internacional sea impugnada como una violación indirecta a la Constitución; es decir, como violación a la garantía constitucional de legalidad prevista en los artículos 14 y 16 de la carta magna.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDA POR UN ORGANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN LA DEMANDA RESPECTIVA PUEDEN PLANTEARSE VIOLACIONES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y, POR ENDE, LA INCONSTITUCIONALIDAD INDIRECTA DE UNA LEY POR CONTRAVENIR LO ESTABLECIDO EN UN TRATADO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS... sólo los derechos fundamentales previstos por la Constitución pueden servir de parámetro de control en las acciones de inconstitucionalidad promovidas por los organismos de protección de los derechos humanos... de modo que los organismos de protección de los derechos humanos también pueden denunciar violaciones al principio de legalidad contenido en los artículos 14 y 16 constitucionales, con lo que es

¹⁰ Época: Novena Época. Registro: 186307. Instancia: Pleno. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización:* Tomo XVI, Agosto de 2002. Materia(s): Constitucional. Tesis: P. XXXIII/2002. Pág. 903.

dable construir un argumento de violación constitucional por incompatibilidad de una norma con un tratado internacional sobre derechos humanos.¹¹

En suma, hasta 2011 era indudable que en México teníamos un sistema jurídico dividido por ámbitos normativos, cada uno de los cuales podía producir su propio derecho de los derechos humanos, siempre y cuando no se invadiera o restringiera el previsto por el ámbito constitucional. Así, había un derecho constitucional de los derechos humanos, un derecho local de los derechos humanos en cada una de las 32 entidades federativas, y un derecho internacional de los derechos humanos, debiendo ser producido y garantizado cada uno de estos regímenes normativos por las autoridades legislativas y judiciales del respectivo ámbito normativo o de gobierno.

II. LAS AMBIGÜEDADES DE LA REFORMA, SEGÚN “CONVENCIONALISTAS” Y “SOBERANISTAS”

Una vez expuesto el modelo jurídico prevaleciente hasta 2011, lo que sigue es preguntarse qué aspectos de este modelo fueron modificados por la reforma constitucional 2011, y particularmente por el nuevo texto del artículo 1o. constitucional, cuyos primeros tres párrafos ahora establecen:

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.

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.

¹¹ Época: Novena Época. Registro: 161410. Instancia: Pleno. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Localización: Tomo XXXIV, Agosto de 2011. Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 31/2011. Pág. 870.

Y es aquí cuando surgen y se confrontan opiniones antagónicas que, desde perspectivas teóricas disímbricas, interpretan de forma muy distinta el mismo precepto constitucional.

Entre las referidas opiniones antagónicas destacan las de los “convencionalistas” *versus* los “soberanistas”. Expresiones estas con las cuales de ninguna manera pretendo minimizar, sino solo identificar dos perspectivas teóricas, cada una de las cuales es muy compleja y rica, aunque en este espacio solo podrá presentarse de manera resumida. Y también aclaro que las etiquetas “convencionalista” y “soberanista” no equivalen a “monismo” y “dualismo” como formas de incorporar los tratados internacionales al derecho interno.

1. *Perspectiva “convencionalista”*

Empecemos por la perspectiva teórica de los “convencionalistas”. Según estos, la división horizontal por ámbitos normativos o de gobierno, que prevalecía hasta antes de 2011, se modificó en cierto grado con la reforma.

Específicamente, los “convencionalistas” consideran que en materia de derechos humanos la reforma al artículo 1o. constitucional borró las fronteras entre los derechos humanos del ámbito constitucional y aquellos contemplados por el ámbito internacional a través de los tratados internacionales. Por consecuencia, estos dos ámbitos normativos, en lo que corresponde solo a las normas jurídicas relativas a derechos humanos, se han fusionado para constituir un solo “bloque” de derechos humanos, o “bloque” de constitucionalidad, o “bloque” de regularidad o “masa” de derechos humanos —los ministros y ministras de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, incluso los que comparten una perspectiva “convencionalista”, no han logrado consensar una denominación común—.

Así, para esta perspectiva, todas las normas jurídicas relativas a derechos humanos contenidas en tratados internacionales suscritos y ratificados por México son derecho interno, que ahora forma parte de la Constitución. Esto es, son normas jurídicas del mismo nivel jerárquico que las normas de la Constitución relativas a derechos humanos. Es más, con fundamento en el nuevo artículo 1o. constitucional, debe considerarse que la Constitución ahora se integra no solo por el texto aprobado por el legislador constituyente, sino también por todos los textos de los tratados internacionales, en las partes relativas a derechos humanos.

Y lo anterior tiene como consecuencia no solo que nuestra Constitución haya dejado de tener el tamaño de un pequeño libro, para adoptar ahora el tamaño de una enciclopedia de varios tomos en materia de derechos

humanos,¹² sino sobre todo, el efecto más relevante es que ahora, en la medida en que los derechos humanos consignados en tratados internacionales forman parte de la Constitución, en esa medida deben ser defendidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por todos los jueces nacionales, no solo ante violaciones indirectas —garantía de legalidad—, sino también ante violaciones directas a su contenido. Además de que tampoco puede considerarse a las normas originalmente constitucionales como superiores o supremas sobre los tratados internacionales en materia de derechos humanos, ya que ambos tipos de normas, en la medida en que pertenecen a la Constitución, tienen por lo tanto la misma jerarquía que corresponde a todas las normas de ese cuerpo normativo.

Otro aspecto importante de la perspectiva “convencionalista” radica en que esta entiende al principio pro persona en sentido amplio, y no en sentido restringido. Esto es, como principio de interpretación, como principio de aplicación y como principio de validez. Cada uno de estos aspectos del principio pro persona apunta a cosas distintas.

El principio pro persona se entiende en sentido amplio cuando incluye las tres siguientes facetas:

1. *Como principio de interpretación.* Según el cual cuando existan diversas interpretaciones en torno a una misma norma, se debe preferir la más favorable a los derechos humanos.

Por ejemplo, una norma procesal penal que otorgue legitimación a la víctima u ofendido por un delito, para apelar “solo respecto de la acción reparadora”,¹³ puede entenderse al menos de dos formas:

- Como legitimación para apelar exclusivamente las sentencias condenatorias contra el inculpado, por ser estas las únicas que expresamente establecen una condena a reparar el daño causado por el delito;
- Como legitimación para impugnar desde el luego las sentencias condenatorias, pero también las absolutorias, ya que estas últimas, aunque expresamente no se pronuncian en torno a la acción reparadora, sin embargo, sí tienen impacto sobre esta al impedir su nacimiento.

¹² Pedroza de la Llave, Susana Thalía y García Huante, Omar (comps.), *Compilación de instrumentos internacionales de derechos humanos, firmados y ratificados por México 1921-2003*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2003; compilan en dos tomos 30 instrumentos declarativos, y 76 tratados internacionales de derechos humanos, firmados y ratificados por México.

¹³ El artículo 384 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León establece: “Tendrán derecho a apelar [...] III.- El ofendido o su legítimo representante, respecto a la acción reparadora, y sólo en lo relativo a ésta”.

Y en este caso, al aplicar el principio pro persona debe preferirse obviamente la segunda interpretación, por ser la más favorable al derecho humano de acceso a la justicia que corresponde a la víctima u ofendido por el delito.¹⁴

2. *Como principio de aplicación.* Según el cual cuando existan dos normas que sin ser contradictorias entre sí establezcan una protección de diferente extensión para un derecho humano, deberá preferirse la que ofrece la mayor protección, siempre que esto no implique restringir otro diverso derecho humano.

Por ejemplo, dos normas que sin ser contradictorias establecen diversos niveles de protección a un derecho humano, son el artículo 2o. constitucional y el artículo 6o. del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en materia de derechos humanos para los pueblos y comunidades indígenas.

El referido artículo 2o. constitucional establece que “Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación”, e igualmente establece en la fracción IX de este precepto, que se deberá “Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen”. Pero el artículo 6o. del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sin contravenir la Constitución mexicana, sino más bien complementándola, establece que en tratándose de pueblos indígenas y tribales, la consulta debe realizarse no solo respecto de políticas administrativas, sino también respecto de iniciativas de leyes y otros temas.¹⁵

Y en este caso, aplicando el principio pro persona como principio de aplicación, deberá aplicarse la norma internacional, por ser esta más am-

¹⁴ Esta interpretación pro persona está reflejada en la tesis relevante SP04030008, con rubro “VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. ESTÁ LEGITIMADO PARA APELAR LA SENTENCIA DEFINITIVA ABSOLUTORIA”, aprobada por la Cuarta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León, y consultable en <http://www.pjenl.gob.mx/criteriosjudiciales>.

¹⁵ El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo establece en su artículo 6o. lo siguiente:

“I.- Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

plia en favor de las comunidades indígenas, y toda vez que esta aplicación más favorable no se traduce en restricción injustificada del derecho humano de nadie más.

3. *Como principio de validación.* El principio pro persona consistirá en que frente a dos normas jurídicas relativas a derechos humanos, que establezcan contenidos contradictorios, deberá desaplicarse o declararse la invalidez —dependiendo de la vía procesal intentada— de la norma menos favorable al derechos humanos, y en consecuencia deberá considerarse o declararse la primacía de la más favorable.

Para ilustrar este caso, cabe referirse al tema del arraigo en materia penal, el cual está regulado tanto por normas constitucionales como por normas de tratados internacionales. Pero la Constitución federal, en su artículo 16, establece que el arraigo se puede autorizar incluso “para asegurar el éxito de la investigación”,¹⁶ y esto resulta contradictorio con los derechos humanos de libertad y tránsito, establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, principalmente en sus artículos 7.5, 8.2 y 22.1. Y de hecho, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, antes de que el arraigo se constitucionalizara, también se había pronunciado en el sentido de que la figura cautelar del arraigo era violatoria de los antes referidos derechos humanos de libertad y tránsito previstos en la propia Constitución.¹⁷

II.- Las consultas llevadas a cabo en la aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

¹⁶ “Artículo 16 – [...] La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia...”.

¹⁷ Las tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que establecieron la inconstitucionalidad del arraigo son las siguientes:

ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (Novena Época. Registro: 176030. Instancia: Pleno. Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXIII, Febrero de 2006, Materia(s): Constitucional, Penal. Tesis: P. XXII/2006. Página: 1170).

ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA LIBERTAD DE TRÁNSITO CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (Novena Época. Registro: 176029. Instancia: Pleno. Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXIII, Febrero de 2006, Materia(s): Constitucional, Penal. Tesis: P. XXIII/2006. Página: 1171).

Así, aplicando el principio pro persona, en este caso como principio de validación, nos llevaría a aplicar la norma convencional, e incluso a considerar inconveniente el artículo constitucional.

No se omite mencionar, por último, que esta perspectiva amplia del principio pro persona impacta al tema del control difuso, de tal manera que desde esta perspectiva “convencionalista” el control difuso de constitucionalidad se ejerce de manera simultánea con el control difuso de convencionalidad, puesto que los dos tipos de controles lo que hacen es garantizar el “bloqueo” de derechos humanos.

2. *Perspectiva “soberanista”*

Pasemos ahora a la perspectiva “soberanista”, que se ha visto reflejada mayoritariamente en los criterios de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Desde esta óptica, no cabe hablar del “bloqueo” de derechos humanos, toda vez que las fronteras entre los ámbitos normativos no se borran, sobre todo las fronteras jerárquicas entre el ámbito normativo internacional y el ámbito normativo constitucional. Por lo tanto, la Constitución sigue siendo suprema y superior a los tratados internacionales.

Además, para los “soberanistas”, el principio pro persona debe entenderse en sentido restringido; esto es, solo como principio de interpretación y como principio de aplicación, pero no en su faceta de principio de validación.

Así, para los “soberanistas” cualquier conflicto entre normas relativas a derechos humanos que involucre a una norma constitucional debe ser resuelto a favor de esta, por ser de jerarquía suprema y expresión de la soberanía nacional.

Pongamos un ejemplo. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el principio de *no reelección* en los cargos ejecutivos de presidente de la República y de gobernador. Así se desprende de los artículos 83 y 116, fracción I, de la carta magna.¹⁸

¹⁸ “Artículo 83. El Presidente entrará a ejercer su encargo el 1o. de diciembre y durará en él seis años. El ciudadano que haya desempeñado el cargo de Presidente de la República, electo popularmente, o con el carácter de interino o sustituto, o asuma provisionalmente la titularidad del Ejecutivo Federal, en ningún caso y por ningún motivo podrá volver a desempeñar ese puesto”.

“Artículo 116... Los poderes de los Estados se organizarán conforme a la Constitución de cada uno de ellos, con sujeción a las siguientes normas:

I. Los gobernadores de los Estados no podrán durar en su encargo más de seis años.

Sin embargo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al regular el derecho humano al voto, autoriza ciertas restricciones al derecho a ser votado; esto es, al derecho de voto pasivo; por ejemplo, de edad, de nacionalidad, de residencia y de capacidad. Y con esta base puede válidamente restringirse que solo sean candidatos a presidente de la República, por ejemplo, los mayores de 35 años, y que además sean mexicanos por nacimiento. Pero la citada Convención Americana, en su artículo 23,¹⁹ no incluye dentro de las restricciones autorizadas para poder ser votado, el hecho de haber ocupado previamente el mismo cargo político. Esto es, la Convención no incluye dentro de las restricciones al derecho a ser votado el principio de *no reelección*.

Y en este orden de ideas, una Constitución local que contemplara que sí se puede reelegir el gobernador estaría apegada a la Convención Americana, aunque sería contraria a la Constitución mexicana. Y ante esta antinomia o conflicto normativo, los “soberanistas” opinarían que debe prevalecer la norma constitucional que prohíbe la reelección, simplemente por ser de jerarquía suprema y por expresar un mandato soberano, que es producto de la historia nacional. Y esto no obstante que los “convencionalistas” opinen lo contrario; es decir, que debe prevalecer la norma convencional por sobre la constitucional, por permitir aquella el ejercicio más amplio

La elección de los gobernadores de los Estados y de las Legislaturas Locales será directa y en los términos que dispongan las leyes electorales respectivas.

Los gobernadores de los Estados, cuyo origen sea la elección popular, ordinaria o extraordinaria, en ningún caso y por ningún motivo podrán volver a ocupar ese cargo, ni aun con el carácter de interinos, provisionales, sustitutos o encargados del despacho.

Nunca podrán ser electos para el período inmediato:

- a) El gobernador sustituto constitucional, o el designado para concluir el período en caso de falta absoluta del constitucional, aun cuando tenga distinta denominación;
- b) El gobernador interino, el provisional o el ciudadano que, bajo cualquier denominación, supla las faltas temporales del gobernador, siempre que desempeñe el cargo los dos últimos años del periodo”.

¹⁹ “Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y
- c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

del derecho a ser votado, y sin que esta mayor protección se traduzca en agravio o restricción de otro derecho humano.²⁰

A mayor abundamiento, cabe mencionar que en Latinoamérica ya han existido dos casos en que las Constituciones han sido declaradas inconvenientes por cláusulas de *no reelección*. Uno de estos casos es la sentencia 509 de 2009 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, la cual resolvió el Amparo 602/2009, promovido contra de una decisión del Consejo Supremo Electoral de la República de Nicaragua, en el que no se reconocía la posibilidad de reelección al presidente y vicepresidente de la República, así como al alcalde y vicealcalde municipal. El otro caso es el de la Acción de Inconstitucionalidad 2771 de 2003, en el que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica resolvió en torno a la constitucionalidad de una reforma parcial que prohibió la reelección. En esta última sentencia se razonó:

Por consiguiente, fue la voluntad popular a través de la Constituyente, la que dispuso que existiera la reelección presidencial, con el fin de garantizarse el pueblo el efectivo derecho de elección. De hecho, a pesar de que la reforma parcial en cuestión se produjo posteriormente, esto se viene a confirmar luego con la suscripción de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en el artículo 23 establece: “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades... b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores,...”; y que no admite mayores limitaciones, que las siguientes: “2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.” De este último párrafo de la Convención de Derechos Humanos, se desprenden de manera clara, las únicas razones por las cuales pueden establecerse restricciones al ejercicio de los derechos ahí declarados. La reelección, según se desprende de la voluntad popular suscrita históricamente, establece la posibilidad para el ciudadano de elegir libremente a sus gobernantes, por lo que al reformarse la Constitución en detrimento de la soberanía del pueblo, y en desgaste de sus derechos fundamentales, lo que se produjo en este caso fue la imposición de más limitaciones que las ya existen-

²⁰ Aunque permitir la reelección sea contrario, por ejemplo al principio de equidad en la contienda electoral, debe tenerse presente que este principio no es un derecho humano; y que los derechos humanos solo pueden restringirse para asegurar la vigencia de otro, no para garantizar la prevalencia de un diseño político.

tes en razón de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena.²¹

El control difuso, desde esta perspectiva “soberanista”, solo es de constitucionalidad. El control de convencionalidad solo puede entenderse como subsumido en el control de constitucionalidad. Los jueces nacionales no pueden hacer control de convencionalidad, pues esta atribución es solo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A menos que se admita que hay dos tipos diversos de control de convencionalidad: uno que solo puede ejercer la citada Corte Interamericana, y que incluye la posibilidad de declarar inconvencional a una Constitución nacional, como ya lo hizo esta Corte, por ejemplo, al resolver el caso “Última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, y otro, que sería ejercido por los jueces nacionales, quienes no podrían declarar ni considerar la inconvencionalidad de su propia Constitución.

Como puede observarse, determinar cuál de las dos perspectivas debe prevalecer en su aplicación no es cosa fácil, ya que ambas son razonables.

No se omite mencionar que este mes de septiembre de 2013, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción 293/11, aprobó por mayoría de votos, que los derechos humanos contenidos en tratados internacionales se incorporan a la Constitución, pero sin prevalecer sobre las restricciones establecidas en esta. Y que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos será vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona. Criterios estos cuyo alcance preciso se conocerá hasta que se realice y publique el engrose de la sentencia que resolvió la referida contradicción 293/11.

Sin embargo, debe esperarse que los referidos criterios resuelvan solo parcialmente las ambigüedades del artículo 1o. constitucional. Y esto tomando en cuenta la experiencia que se ha tenido con criterios semejantes adoptados por supremas cortes extranjeras.

En efecto, en 1973 la Suprema Corte de Italia en el caso “Frontini”, la de Alemania, en 1974 en el caso “Solange”, y más recientemente Inglaterra en su enfrentamiento con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con motivo del caso “Hirst”, de 2005,²² han adoptado —tanto para casos comerciales como para casos relativos a derechos humanos— una doctri-

²¹ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Constitucional. Acción de Inconstitucionalidad 2771 -03. Sentencia del 4 de abril de 2003. Resultando 9 y considerando VI.

²² Específicamente sobre la evolución en Alemania, del enfrentamiento entre la Corte Nacional y la Corte Europea, puede verse Matthias Hartwig, “Much Ado About Hu-

na jurisprudencial semejante a la que recién adoptó la Corte mexicana, en el sentido de dar preferencia a la soberanía y la Constitución, en aquellos casos en que haya conflicto entre una norma internacional y una norma nacional que exprese algún valor considerado como irrenunciable. Pero sin que la adopción de esta doctrina jurisprudencial haya dado por terminado el debate entre los “comunitaristas” y los “constitucionalistas” europeos, pues esta doctrina ha tenido que irse modulando caso por caso.

III. LAS CERTEZAS DE LA REFORMA

Paso por último a referirme a los aspectos incuestionables de la reforma de 2011, entre los que destaca la adopción de un modelo de control difuso de constitucionalidad, en virtud del cual se ha logrado homologar a todo México en un mismo Estado de derecho.

Hasta antes de 2011, en el país se tenían dos distintos Estados de derecho. Por una parte, existía un moderno Estado constitucional y democrático de derecho, en el cual los jueces tenían y ejercían las atribuciones necesarias para garantizar al justiciable, que solo le serían aplicadas normas generales apegadas a los principios y reglas de la Constitución, respetuosas de sus derechos humanos. Pero este Estado constitucional y democrático de derecho solo estaban facultados para tutelarlos y ejercerlos los jueces y tribunales del Poder Judicial de la Federación.

Por otra parte, se tenía un Estado legislativo de derecho, más cercano al modelo decimonónico, que prohibía a los jueces interpretar, así como evaluar las normas jurídicas, debiendo constreñirse a ser meros aplicadores mecánicos de la ley. Estado legislativo de derecho que debía ser salvaguardado por los jueces de “mera legalidad”, dentro de los cuales quedaban incluidos todos los juzgadores locales, así como los federales integrantes de tribunales autónomos.

Atento a lo anterior, México contaba con dos distintos tipos de jueces, unos autorizados para aplicar un derecho enriquecido, por estar interpretado desde la Constitución, y otros obligados a aplicar un derecho empobrecido, en virtud de que debía ser interpretado y aplicado sin referencia a ningún precepto constitucional, tal como había sido producido por el legislador ordinario.

Bajo este sistema, los justiciables tenían primero que pasar por las instancias ordinarias, en donde se les aplicaba el decimonónico Estado legisla-

man Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights”, *German Law Journal*, en <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=600>.

tivo de derecho, y no era sino hasta las instancias de amparo cuando podían acceder a un derecho enriquecido y a una justicia completa.

Gracias a la reforma de 2011, todo ello cambió en una dimensión positiva, pues ahora en todo México, y en todos sus ámbitos normativos y de gobierno, rige un Estado constitucional y democrático de derecho, en donde los juzgadores están obligados a aplicar un derecho garantista y a ser cogarantes de constitucionalidad.

Todo lo cual se traduce en importantes beneficios tanto para la doctrina jurídica como para los jueces locales y federales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y primordialmente para los justiciables.

- a) Beneficios para la doctrina jurídica, porque ya no será necesario tratar de articular dos derechos distintos, lo cual generaba distorsiones e inconsistencias; por ejemplo, las siguientes:
 - Los jueces locales estaban obligados a equivocarse cuando se encontraban frente a una norma inconstitucional. Si optaban por su inaplicación, incurrían en un actuar en exceso de su competencia. Si la aplicaban, también resultaba erróneo, y contra esa determinación se concedían posteriormente amparos, obligando a los jueces a corregir su “error”.
 - A los jueces locales les estaba prohibido aplicar la Constitución, pero les resultaba obligatorio aplicar la jurisprudencia constitucional. Esto es, como si la jurisprudencia que interpreta la Constitución fuera una cosa distinta de esta, como si fueran dos fuentes de derecho distintas.
- b) Respecto al beneficio para los jueces locales, estos ahora se equiparan con los jueces federales, como cogarantes de constitucionalidad y de derechos humanos; por lo tanto, pierden la etiqueta que los denigraba a ser jueces de “mera legalidad”.
- c) Para los jueces federales y la Suprema Corte resulta positivo, porque ahora, en la medida en que los juzgadores locales también intervendrán resolviendo temas de constitucionalidad y convencionalidad, en esa medida los juzgadores integrantes del Poder Judicial de la Federación, cuando deban resolver en última y definitiva instancia los referidos temas, lo harán con mayores elementos de juicio, pues a estos se agregarán los razonamientos expresados por los jueces locales. Esta dinámica de dar oportunidad a que los debates judiciales maduren o se depuren entre los jueces ordinarios, antes de que deban llegar a los tribunales de constitucionalidad que los resolverán

- en definitiva, es usual en otros países, como es el caso de los Estados Unidos —país en el que a esta depuración le denominan *percolate*—.
- d) Beneficios sobre todo para los justiciables, porque ahora podrán acceder a una justicia de primera, desde la primera instancia. Es decir, desde el primer contacto que tengan con cualquiera que sea el juez que les corresponda, los justiciables accederán a una justicia completa y garantista, sin que sea necesario esperar años de trámites hasta llegar vía amparo a la justicia federal, que antes era la única autorizada para impartir esa justicia completa.

Cabe decir que también constituyen terreno firme de la reforma de 2011 todos aquellos puntos en los que coinciden tanto la perspectiva “convencionalista” como la “soberanista”.

Y ambas perspectivas teóricas coinciden no solo en aceptar que todos los jueces debemos ejercer control difuso de constitucionalidad, sino también en que también todos debemos aplicar el principio pro persona en estricto sentido; esto es, como principio interpretativo y como principio de aplicación. Siendo que estos dos aspectos, por sí mismos, constituyen desde mi punto de vista un enorme avance para el sistema jurídico mexicano.

Una opinión final: considero que los juzgadores, y particularmente los juzgadores locales, ante los temas ambiguos de la reforma de 2011, debemos actuar con mucha prudencia y paciencia, esperando a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación vaya arrojando más luz sobre los temas pendientes de definir. Pero con relación a los temas que ya han sido delineados por la máxima instancia judicial, principalmente el control difuso de constitucionalidad y la aplicación del principio pro persona en estricto sentido, debemos actuar con decisión ejerciendo esas nuevas competencias y salvaguardando un derecho garantista.