

LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS HUMANOS ANTE UNA CONSTITUCIÓN FLEXIBLE

Constancio CARRASCO DAZA*

*En honor del entrañable maestro
Jorge Carpizo*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La rigidez y la supremacía constitucional.* III. *Las autoridades ante el nuevo modelo de convencionalidad.* IV. *La supremacía constitucional y los derechos fundamentales.* V. *El poder reformador de la Constitución.* VI. *Canadá: una cláusula abierta en la Constitución.* VII. *El arraigo en México.* VIII. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el diez de junio de dos mil once impuso la necesidad de replantear la concepción tradicional que se ha tenido en torno a los derechos fundamentales, a su importancia real y no solo teórica, y, lo más importante, la asimilación de cómo deben actuar los tribunales en el nuevo modelo de convencionalidad.

El tema ha escalado el orden jurisdiccional nacional, llegando incluso al máximo tribunal. La noción de la jerarquía constitucional sigue siendo un eje primordial de todo ejercicio interpretativo que se haya realizado, lo cual es entendible en un contexto en el que la tradición jurídica imperante está fincada en una estructura piramidal de las fuentes de derecho.

El presente trabajo no centra su estudio en esa línea de análisis, porque el objetivo es explicar desde un ángulo distinto cuáles son las directrices esenciales hacia donde nos orienta el paradigma constitucional. La cuestión atinente a la jerarquía normativa es sumamente relevante, pero corre en

* Magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Las opiniones expresadas en el siguiente artículo son responsabilidad exclusiva del autor y no reflejan necesariamente la postura del Tribunal.

paralelo a otro aspecto esencial, consistente en la necesidad de una visión material de los derechos humanos.

La enmienda constitucional previamente señalada pugna por el favorecimiento del principio pro persona en su dimensión más amplia, lo que se evidencia al existir un mandato expreso en ese sentido en la Constitución.

Nada puede interesar más a los beneficiarios del orden jurídico que la aplicación efectiva y material de sus prerrogativas fundamentales, y por ello, concibo la necesidad de enfrentar el tema de la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos y las sentencias de la Corte Interamericana bajo un trasluz de una Constitución material, entendiendo a los mencionados derechos en su sentido más amplio y universal.

II. LA RIGIDEZ Y LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

En teoría constitucional se reconoce como “rigidez” a la existencia de un procedimiento especial y dificultado —con una implementación compleja— para realizar reformas a la Constitución. En estos casos, el procedimiento creado se presenta distinto de aquel que se sigue para la modificación de las leyes ordinarias.

Cuando el procedimiento modificadorio de la Constitución y el previsto para la creación legal son iguales, se actualiza el fenómeno opuesto, denominado “flexibilidad constitucional”, y se está en presencia de un texto fundamental con un alto grado de adaptabilidad a la realidad o a otras circunstancias, pero a la vez, debe decirse, más inestable. La doctrina mexicana es consistente al reconocer que la noción de rigidez es un componente fundamental de la supremacía constitucional.

En este sentido, Felipe Tena Ramírez señala:

La supremacía de la Constitución presupone dos condiciones: el poder constituyente es distinto de los poderes constituidos, la Constitución es rígida y escrita... La rigidez de una Constitución proviene, por lo tanto, de que ningún poder constituido —especialmente legislativo— puede tocar la Constitución: la flexibilidad consiste en que la Constitución puede ser modificada por el poder legislativo.¹

Asimismo, en la perspectiva del jurista Jorge Carpizo: “Las constituciones no son normas inmutables sino que deben cambiar. En concordancia con el principio de supremacía constitucional, las reformas a la norma cons-

¹ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 40a. ed., México, Porrúa, 2009, pp. 12 y 13.

titudinal siguen un procedimiento más difícil que para la norma ordinaria. Entonces se habla de constituciones rígidas”.²

Para este catedrático de la Universidad Nacional Autónoma de México,

La Constitución mexicana de 1917 es rígida, ya que el artículo 135 constitucional señala un camino que debería ser difícil para alcanzar la reforma, puesto que se exige que la modificación a la norma suprema sea aprobada por el Congreso Federal, cuando menos por el voto de las dos terceras partes de los representantes presentes, y por la mayoría de las legislaturas de las entidades federativas.

Sin embargo, reformar nuestra Constitución no ha presentado mayor dificultad... Los factores políticos de México han hecho que el procedimiento del artículo 135 constitucional no sea rígido, sino, al contrario, fácil de efectuarse, y de ahí que en la mayoría de las ocasiones para adecuar la norma suprema a la realidad se haya seguido la vía de alterar los artículos constitucionales.³

De acuerdo con lo anterior, es innegable que el carácter rígido del procedimiento de reforma a la carta magna se erige como un mecanismo de resguardo de la supremacía constitucional, pero esta condición debe ser constatada materialmente, y no solo ser asumida de manera automática.

Visto desde ese enfoque, en México se consagra un procedimiento relativamente complejo de reforma —lo que ha llevado a considerarla como una Constitución rígida—, pero esa premisa no se ha convalidado en la realidad, porque el número excesivo de modificaciones que ha tenido el documento constitucional revela que en los hechos existe una perspectiva de flexibilidad del documento fundamental.⁴

² Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, 8a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2012, p. 297.

³ *Ibidem*, p. 310.

⁴ Aunque no existen datos contundentes sobre el número de reformas que se han realizado al texto constitucional ni un consenso al respecto, tomemos como base la información proporcionada por la Cámara de Diputados, según la cual desde la promulgación de la Constitución en 1917 hasta la fecha se han realizado más de 200 reformas al texto constitucional. El artículo 73 constitucional es el que más modificaciones ha tenido, con 67 cambios. El sexenio en el que ha habido el mayor número de revisiones a la Constitución ha sido el de Felipe Calderón Hinojosa, con 110 artículos reformados. Esta situación evidencia que la modificación de la ley fundamental no necesariamente fue un fenómeno que se vio favorecido por la hegemonía de un partido en el poder, pues ya con la alternancia política y el gobierno dividido, la rigidez constitucional no cobró mayor vigencia. La referida evolución constitucional puede constatararse en la obra editada por la Cámara de Diputados, intitulada *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*. Para una breve cuantificación de las reformas constitucionales y criterios para clasificarlas, *cfr.*, Carpizo, Jorge, *op. cit.*, pp. 309-317, así como Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 7a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2010, pp. 110-115.

No es posible afirmar con certeza si las múltiples reformas efectuadas se han inspirado en la necesidad de ajustar de manera real y efectiva a la Constitución con las condiciones económicas, políticas, sociales y culturales de cada momento histórico. Existe otra postura que considera que las reformas han obedecido a una dinámica y excesiva transacción política, en la que se ha dejado de observar la necesidad de mantener un documento constitucional estable.

III. LAS AUTORIDADES ANTE EL NUEVO MODELO DE CONVENCIONALIDAD

Como antes se dijo, el diez de junio de dos mil once se modificó el artículo 1o. de la Constitución, para establecer que en nuestro país todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección. Esta enmienda ha sido objeto de múltiples reflexiones, que tienen como finalidad desentrañar su justa dimensión y su alcance efectivo.

Mientras que para algunos, la reforma se traduce en la introducción de una nueva concepción de la interpretación del derecho, para otros, el significado de la enmienda no hace más que fijar un acento en lo que ya establecía el texto constitucional en su artículo 133.⁵

En el texto modificado se mantuvo la precisión de que el ejercicio de esos derechos y garantías no podría restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la Constitución establece.⁶

⁵ “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, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

⁶ La distinción entre derechos y garantías no es nueva. De hecho, seguramente la modificación constitucional se vio influenciada por las tesis del maestro Fix-Zamudio, para quien la defensa de la Constitución se integra por dos categorías; la primera, es la protección de la Constitución, formada por factores económicos, políticos, sociales y de técnica jurídica. “La segunda categoría está formada por las llamadas garantías constitucionales, pero entendidas no en el concepto tradicional que las identifica con los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, sino como los medios jurídicos, de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos de poder...”. Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2011, p. 11.

De esa manera, el nuevo marco implica una protección que se extiende tanto a los derechos fundamentales como a las garantías procesales previstas para su preservación.

En ese sentido, lo dispuesto en el artículo 1o. se traduce en una *disposición constitucional de resguardo* para el poder constituyente, a fin de respetar las restricciones concebidas desde la versión original de la Constitución, pero, como se explicará más adelante, dicha previsión también ha significado una salvaguarda a las atribuciones del poder reformador, que le permite delinear libremente los márgenes para el ejercicio de los derechos fundamentales.

Es preciso decir que la significativa reforma no consistió únicamente en el incremento de las fuentes normativas que ahora conforman el orden jurídico nacional, porque también se adicionó un canon de interpretación a partir del cual las normas relativas a los derechos humanos —ya sea que formen parte de la Constitución o de los tratados internacionales— deben ser aplicadas de tal modo que favorezcan en todo tiempo la protección más amplia a las personas —principio pro persona—.

Se dispuso constitucionalmente que 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, por lo que el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

1. *El expediente varios 912/2010. Una primera interpretación*

Poco después de la incorporación constitucional aludida —concretamente el catorce de julio de dos mil once—, la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó la manera específica como los órganos del Estado, en los distintos niveles de gobierno, deben participar en el control difuso de convencionalidad, en el expediente varios 912/2010 —formado con motivo de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Rosendo Radilla vs. México*—. También se examinaron cuáles son las condiciones generales de aplicación del principio pro persona.

Es importante señalar que la sentencia de la Corte Interamericana que motivó la posterior actuación de la Suprema Corte derivó del ejercicio de su competencia contenciosa (esta, junto a la competencia consultiva, conforman los dos grandes sectores del campo de atribuciones del tribunal internacional), la cual fue reconocida por el Estado mexicano el dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, y encuentra su fundamento

en el artículo 61 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José—.

El análisis efectuado por los ministros de la Suprema Corte se centró en los siguientes interrogantes: ¿las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen vinculatoriedad para los jueces y demás autoridades del Estado mexicano?, ¿qué acontece cuando la sentencia de la Corte Interamericana tuvo por objeto un asunto contencioso en el cual el Estado mexicano no fue parte?, ¿puede obligar al Estado mexicano una sentencia que se emitió para condenar a un país diverso, en un contexto diferente y con características sustancialmente distintas a las que priman en el derecho nacional?

Los cuestionamientos anteriores implicaban un análisis relevante, porque, por una parte, la modificación sustancial al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su literalidad, parece apuntar de manera firme a un redimensionamiento de los derechos humanos, mediante el incremento de las fuentes normativas que ahora integrarían el orden jurídico nacional, pero ¿podía considerarse lo mismo respecto de sentencias emitidas por un tribunal internacional?

La reflexión ejercida por nuestro máximo tribunal, al resolver el expediente varios, se ocupó de la forma como tendríamos que asimilar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; esto es, el producto del ejercicio de su jurisdicción contenciosa. Es cierto, la Corte Interamericana es intérprete última de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero ¿su interpretación podía insertarse en el orden jurídico de los Estados como norma de derecho, aun cuando el Estado mexicano no haya sido parte?

Al final de un debate sumamente interesante, en aquella ocasión se asumieron a través de una votación mayoritaria, dos premisas diferenciadas en torno a los fallos del órgano interamericano: a) las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes en sus términos cuando el Estado mexicano fue parte en el litigio,⁷ y b) las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que el Estado mexicano no fue parte tienen un carácter orientador para los jueces mexicanos cuando sean más favorables a la persona en términos del artículo 1o. de la Constitución federal.⁸

⁷ “SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO”, Tesis PLXV/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, diciembre de 2011, p. 556.

⁸ “CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES

En ese primer escrutinio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación asumió que con la reforma constitucional en derechos humanos existen dos vertientes esenciales del modelo de control de constitucionalidad:

- 1) Control concentrado. Ejercido por parte de los órganos del Poder Judicial de la Federación, el cual tiene asignados en la propia norma fundamental las vías a través de las que puede ejercerse: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales, así como los juicios de amparo, ya sea directo o indirecto.
- 2) Control difuso. Aquel que puede ser efectuado por el resto de los jueces del país, de forma incidental, durante los procesos ordinarios en que son competentes, y que ahora ha adquirido una nueva dimensión a través de lo que se denomina “control de la convencionalidad *ex officio*”.

Al respecto, se emitió la tesis intitulada: “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD”.⁹ Este tipo de control ha sido definido en sus alcances por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente desde el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, cuya parte medular se cita en seguida:

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.¹⁰

MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Tesis P.LXVI/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, diciembre de 2011, p. 550.

⁹ Tesis P.LXVII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, diciembre de 2011, p. 535.

¹⁰ Sentencia dictada el 24 de noviembre de 2006.

Otra forma de entender el carácter *ex officio* del control de constitucionalidad y de convencionalidad se explica en el voto concurrente del entonces juez *ad hoc* Eduardo Ferrer, que en su parte conducente señala:

42... Consiste en la posibilidad de ejercer dicho control por los jueces nacionales, *con independencia de que las partes lo invoquen*. En realidad constituye un complemento del carácter “difuso” de dicho control. Si en la anterior característica del “control difuso de convencionalidad” se establecía la intencionalidad de la Corte IDH de que se “debe” ejercer por cualquier juez, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización (de donde deriva que sea un “control difuso”), ahora se acentúa dicho carácter al especificar que además se ejerce “de oficio”, lo que implica que en cualquier circunstancia los jueces deben realizar dicho control, ya que “esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto”.

El sistema creado generó un nuevo modelo en el cual, los criterios de interpretación pueden establecerse a partir de dos competencias específicas, por un lado, la figura de la declaración de inconstitucionalidad (a cargo de la Suprema Corte) y, por el otro, la no aplicación de la norma inconstitucional en el caso concreto (a cargo de todos los jueces).

2. *La contradicción de tesis 293/2011. El curso de la interpretación*

En agosto de 2013, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación retomó el estudio de un expediente de contradicción de tesis, que en una primera oportunidad había sido rechazado y que de nueva cuenta efectuaba una postulación interesante respecto de la forma como debe entenderse el nuevo ámbito de facultades y deberes de las autoridades de frente al control difuso de convencionalidad, que ahora materializa el artículo 10. de nuestra carta magna.

Diversos temas ocuparon el núcleo del debate, y la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en el orden jurídico mexicano volvió a estar en la palestra de la Corte. A su vez, supusieron otros tópicos, como la adecuada aplicación y alcances del principio pro persona; la solución de antinomias entre tratados internacionales y la propia Constitución; el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana.

Considero que el tema esencial consistió en *los bordes o límites materiales de los derechos humanos* en este nuevo engranaje entre constitucionalidad y convencionalidad.

A la fecha está en trámite el engrose de la resolución; no obstante ello, el desarrollo del debate en las sesiones públicas en las que fue decidido el asunto evidencia que mediante votación mayoritaria se aprobó la posición que determinó que deben prevalecer las restricciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Como se ha dicho, otro tema de singular relevancia fue la discusión que se dio en el tema atinente a si las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes, aun cuando no se hubiera juzgado al Estado mexicano, obteniéndose en esta ocasión una votación mayoritaria de seis votos a favor contra cinco en contra; esto es, se adoptó una diversa posición a la que se había tenido en el expediente varios 912/2010.

En lo esencial, se aceptó que “las restricciones que establece la Constitución prevalecen respecto de los derechos fundamentales que estén reconocidos en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano”, en términos del artículo 133 de la propia norma fundamental, aun en el caso de que estos otorguen un derecho más favorable a la persona, porque la supremacía constitucional impone que todo acto de autoridad se funde en la Constitución.

IV. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. *La noción de supremacía constitucional*

La controversia que se suscita para dilucidar cuáles deben ser los bordes o límites de los derechos fundamentales en un entorno constitucional determinado involucra en sí misma una problemática mayor: la percepción específica de la supremacía constitucional.

Para arribar a una definición propia de lo que es supremacía constitucional, resulta imprescindible ubicar primero cuál es la vertiente doctrinaria que se asume para la comprensión del concepto Constitución.

Constitución en sentido formal. En esta vertiente, la Constitución es en esencia una ley caracterizada por ciertos elementos formales, particularidades en su aprobación, en su denominación y en su reforma agravada, o bien, la mayoría de aquellas leyes, y por consiguiente, el contenido completo de las disposiciones en el texto constitucional.

Constitución en sentido material. Se alude en general al conjunto de normas que regulan la Constitución, las funciones y las competencias de los órganos

superiores del Estado, las estructuras básicas estatales y la posición de los ciudadanos en el seno del Estado.

El derecho constitucional material puede también existir al margen del texto constitucional, y a la inversa, no cualquier norma formalmente constitucional tiene la consideración de derecho constitucional con función integradora. En realidad, numerosas normas formalmente constitucionales deben su inclusión en la Constitución, simplemente a consideraciones tácticas y, en particular, a la intención de los grupos políticos que aprueban el texto constitucional de sustraer sus normas a una reforma iniciada por una futura mayoría parlamentaria.¹¹

De esa forma, podemos afirmar que en una visión material, la supremacía de la Constitución no parece acotarse a los límites infranqueables del propio ordenamiento constitucional, sino que reviste elementos esenciales que desbordan ese parámetro constitucional y, por tanto, concibe a los derechos humanos en un espectro mayor. Sobre todo, cuando el propio texto constitucional permite al operador jurídico adoptar una posición más favorable a la persona.

2. *Los derechos fundamentales en una Constitución material*

Es cierto, los cambios formales que el ordenamiento jurídico sufre a través del tiempo se realizan esencialmente a través de reformas, derogaciones y abrogaciones, todas ellas culminadas, en general, a través del procedimiento legislativo, mecanismo que, cuando es respetado, genera y da materialidad a una nueva norma jurídica.

Empero, el reconocimiento expreso de los derechos fundamentales en la Constitución hace emerger de manera necesaria la participación de tribunales constitucionales o cortes supremas, que de acuerdo con la visión de la teoría constitucional que se adopte, pueden generar protecciones normativas más extensas o incluir un nuevo tipo de significados a través de los conceptos previstos en la norma fundamental.

En esa disyuntiva, de acuerdo con el sistema de control constitucional que se adopte, se otorga a los tribunales constitucionales o cortes supremas el deber de reflejar, interpretar, depurar y desarrollar el sistema normativo. En esta visión de la interpretación constitucional parecen fundirse los conceptos de creación y aplicación del derecho.

¹¹ Bachof, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, trad. de Leonardo Álvarez Álvarez, Lima, Palestra, 2010, p. 57.

3. ¿Una interpretación evolutiva de los derechos fundamentales?

Las innovaciones legislativas suelen venir justificadas por la adaptación del orden jurídico a una realidad que nos supera. En el ámbito de la interpretación, cobran relevancia las técnicas que favorecen el dinamismo y actualidad de los sistemas normativos, entre ellas la interpretación evolutiva. A través de esa modalidad, los tribunales afrontan los cambios de la vida, sin modificar los textos legales.

Los enunciados normativos, las disposiciones, son objeto de interpretación para hallar el sentido que se aplique al caso concreto. Es en el proceso de interpretación y aplicación cuando entra en juego el elemento evolutivo, junto con otros muchos de la interpretación jurídica.

Tanto más necesario será utilizar el elemento evolutivo, cuanto más parezca *a priori* que el enunciado normativo se aleja de la realidad. El empleo de este elemento no es el único que debe usar el intérprete, pues la correcta interpretación siempre es resultado de la combinación de todos ellos. No obstante, habrá ocasiones en las que su empleo será mayor, porque el sentido extraíble de la disposición, tras el empleo de otros métodos, no sirva o no sea suficiente para regir la realidad. Lo anterior, porque se trata de verificar la eficacia del derecho en la realidad social y comprobar si las normas extraídas de las disposiciones la rigen efectivamente.¹²

La interpretación evolutiva de los derechos fundamentales en la Constitución representaría así, una posibilidad real y efectiva de hacer valer los derechos y principios que la propia norma fundamental consiga.

V. EL PODER REFORMADOR DE LA CONSTITUCIÓN

De lo expresado con anterioridad es válido efectuar el interrogante siguiente: ¿cómo y en qué grado se dan las relaciones entre el poder reformador de la Constitución y el control de convencionalidad?

Mucho se ha debatido respecto a la naturaleza y límites del órgano reformador en México, sobre todo cuando se ha hecho una introspección en cuanto a la posibilidad de controvertir las reformas constitucionales.

En este contexto, la teoría constitucional señala y el derecho comparado corrobora, la existencia de dos tipos de límites al poder de reforma: expresos e implícitos. Un breve recorrido por algunas Constituciones extranjeras dará cuenta de ello. Conviene precisar, sin embargo, que el problema de los límites

¹² Canosa Usera, Raúl, "Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales", *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 57.

materiales implícitos al poder reformador obliga a analizar, por un lado, su vinculación con las llamadas decisiones políticas fundamentales —denominadas en otros sistemas jurídicos como *cláusulas pétreas*—, y por el otro, la posibilidad de controlar la constitucionalidad de los procedimientos de reforma.

En cuanto a los límites expresos, pueden ser de dos tipos: temporales y materiales, aunque algunas veces se presentan juntos, como en el caso de Portugal. En Alemania, el artículo 79.3 de la Ley Fundamental¹³ prohíbe las reformas constitucionales que afecten el régimen federal, la cooperación de los *Länder* en la potestad legislativa o los principios establecidos en los artículos 1o. y 20 (esencialmente relativos a los derechos fundamentales, al régimen federal, a la emanación de todo poder público del pueblo y al derecho a la resistencia).¹⁴ El artículo 89 *in fine* de la Constitución de Francia¹⁵ restringe la potestad reformadora cuando se atente contra la integridad del territorio o la forma republicana de gobierno. En similares términos, el artículo 139 de la Constitución italiana¹⁶ sustrae del objeto de revisión constitucional a la forma republicana de gobierno. Por último, un ejemplo de límite temporal lo encontramos en España, país en el que no pueden iniciarse procedimientos de revisión constitucional en tiempo de guerra o en estados de protección excepcional de la Constitución (estado de alarma, de excepción o de sitio), esto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 169 constitucional.¹⁷ Lo anterior ilustra en cuanto a que el poder de reforma a las Constituciones no se ha concebido como absoluto.

¹³ “Artículo 79... 3. Será ilícita toda modificación de la presente ley en virtud de la cual se afecte a la división de la Federación en Estados, a los fundamentos de la cooperación de los Estados en la potestad legislativa o a los principios establecidos en los artículos 1o. y 20”.

¹⁴ “Artículo 1.0. 1. La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección. 2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. 3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable”, y “Artículo 20. 1. La República Federal Alemana es un Estado Federal democrático y social. 2. Todo poder estatal emana del pueblo, quien lo ejercerá en las elecciones y votaciones y a través de órganos especiales de legislación, de ejecución y de jurisdicción. 3. El Poder Legislativo estará vinculado al orden constitucional y el Poder Ejecutivo y el Judicial estarán sujetos a la ley y al derecho. 4. Todo alemán tendrá derecho de resistencia, cuando no exista otro remedio, contra quienquiera que se proponga eliminar el orden de referencia”.

¹⁵ “Artículo 89... No podrá iniciarse ni proseguirse ningún procedimiento de reforma mientras sufra menoscabo la integridad del territorio. No podrá la forma republicana de gobierno ser objeto de reforma”.

¹⁶ “Artículo 139. No podrá ser objeto de revisión constitucional la forma republicana”.

¹⁷ “Artículo 169. No podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116”.

El pensamiento del maestro Jorge Carpizo era en tal sentido, basado en la teoría *decisionista* de Carl Schmitt;¹⁸ apuntaba que las decisiones fundamentales son “...los principios rectores del orden jurídico. Los que marcan y señalan el ser del orden jurídico. Son la esencia misma de ese derecho”.¹⁹

Visto lo anterior, estimo que el poder reformador de la Constitución debe asumir que existe un segmento específico de la norma fundamental que constituye una decisión política que muy difícilmente puede ser objeto de mutación. De esta manera y para los efectos del presente análisis, juzgo pertinente explicar que dicho poder creado por virtud del artículo 135 de la norma fundamental también está inmerso en la dinámica que genera la convencionalidad de los derechos humanos. Como órgano constituido, no podría ser ajeno a esa encomienda que de manera general traza el artículo 1o. de la propia Constitución.

VI. CANADÁ: UNA CLÁUSULA ABIERTA EN LA CONSTITUCIÓN

Una revisión comparada de derecho constitucional permite advertir que existen otros diseños constitucionales que conciben a los derechos fundamentales en una perspectiva distinta. Veamos el ejemplo canadiense: “Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades garantiza los derechos y libertades que se enuncian allí. No pueden ser limitados sino por una norma de derecho, en límites que sean razonables y cuya justificación pueda demostrarse en el marco de una sociedad libre y democrática”.²⁰

En esa perspectiva, los derechos y libertades garantizados por la Constitución no encuentran su límite en la propia norma básica.

Dicha disposición reconoce que los límites de esa clase de derechos deben ser razonables, y permite, para su delimitación, utilizar el marco objetivo que puede exigirse en una sociedad libre y democrática.

Esa cláusula constitucional abierta, por supuesto, deja un cierto margen de apreciación a los operadores jurídicos de la Constitución, lo que para una perspectiva puede generar alta inseguridad jurídica; empero, también garantiza que la interpretación de los derechos fundamentales no se verá acotada por las decisiones que, tomadas en una situación política determinada, puedan trascender hasta la esfera constitucional, delineando el orden constitucional, en algunos casos, de manera arbitraria o injustificada.

¹⁸ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1981.

¹⁹ Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, 1982, p. 133.

²⁰ *The Constitution Acts 1867 to 1982*, Canadá, Department of Justice Canada, 1989, p. 58. Traducción libre.

Es innegable que uno de los puntos de vista que puede externarse contra esta postura consiste en que solo es dable en esquemas normativos de *common law* y que no son adaptables a un esquema de derecho escrito como el mexicano.

Lo cierto es que en un modelo de modificación de la Constitución que en un plano real se presenta como flexible, esta posibilidad permite asegurar la preservación de sus valores esenciales; por supuesto, mediante la intervención del intérprete judicial.

VII. EL ARRAIGO EN MÉXICO

Uno de los temas que más ha dividido opiniones en torno al respeto de los derechos humanos en México se ubica en la impartición de justicia penal: el arraigo judicial. El arraigo fue elevado a nivel constitucional con la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008. Actualmente, el artículo 16 de la ley suprema señala:

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. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

Es preciso decir que con anterioridad a esa inclusión constitucional la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo había calificado como inconstitucional a partir de los elementos siguientes:

- 1) Toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal debe prever plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del juez de la causa y éste determine su situación jurídica.
- 2) El arraigo penal, si bien tiene como finalidad facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

3) Su inconstitucionalidad radica en que, aun cuando la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal por un plazo determinado en ley, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad. Con base en ese criterio se emitió la tesis intitulada: “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”.²¹

No obstante que esa determinación —emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la acción de inconstitucionalidad 20/2003— evidenciaba que las características y particularidades de la figura del arraigo se presentaban francamente inconstitucionales, el poder reformativo de la Constitución procedió a insertar esa figura en el propio texto constitucional. A partir de esa reforma se impide cualquier interpretación que pudiera calificarla como inconstitucional.

En mi perspectiva, la implementación constitucional de una medida de esa naturaleza —que de algún modo coarta temporalmente la libertad de una persona sometida a un procedimiento penal, en atención a un propósito de eficacia en la impartición de justicia— debe trazarse a través de parámetros de necesidad, idoneidad y proporcionalidad,²² y fijar, por supuesto, una temporalidad que restrinja en la menor medida posible el derecho fundamental involucrado.

VIII. CONCLUSIONES

En el nuevo entorno de convencionalidad es incuestionable que cada caso concreto impondrá una línea específica de interpretación. Una restricción trazada en el texto constitucional puede enfrentar materialmente un

²¹ Tesis P. XXII/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1170.

²² La idea de necesidad supone que aquello que contradice el principio no resulta superfluo ni puede ser alcanzado por otros medios concordantes con dicho principio. La idoneidad supone que el contenido de la norma o acto que colisiona con el principio es adecuada para la consecución de los objetivos previstos. Finalmente, la proporcionalidad implica hacer un cálculo de consecuencias tanto del principio que se sacrifica como aquel al que se potencia. *Cfr.* Malem Seña, Jorge F. *et al.*, *El error judicial. La formación de los jueces*, México, Fontamara, 2012, p. 31.

derecho humano que encuentre asidero en un documento jurídico internacional.

En el ejercicio de jurisdicción electoral se advierten supuestos que ponen de relieve que la interpretación material de la norma fundamental puede generar una protección más amplia y completa de los derechos fundamentales.

a) Suspensión a derechos políticos por tramitarse un proceso penal. La restricción que establece de manera específica el artículo 38, fracción II, de la Constitución, permite suspender los derechos o prerrogativas del ciudadano “Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión”.

Tal disposición impone una sanción por el solo hecho de estar sometido a un proceso penal, y de esa manera restringe un derecho político fundamental, lo que por supuesto, no parece encontrar consonancia con lo que disponen los artículos 8o.²³ y 23²⁴ del Pacto de San José, que privilegia ante todo un trato de inocencia durante todo un procedimiento penal.

b) Libertad de expresión en materia política. El artículo 41, apartado C, de la norma fundamental establece: “En la propaganda política o electoral que difundan los partidos deberán abstenerse de expresiones que denigren a las instituciones y a los propios partidos, o que calumnien a las personas”.

Como puede verse, la disposición constitucional regula, a la manera de una tipificación sancionatoria, cuáles son las conductas prohibidas en una contienda electoral.

Ante ello, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha evidenciado en su interpretación la necesidad de reconocer un balance en-

²³ “Artículo 8. Garantías Judiciales

1...

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas...”.

²⁴ “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”.

tre los derechos fundamentales que están en juego: el pleno ejercicio de libertad de expresión en materia política²⁵ y el derecho a la honra, reputación y dignidad de la persona.²⁶

Dado que el órgano revisor de la Constitución no optó por tutelar esos derechos fundamentales mediante una cláusula abierta, que moderara la dimensión de los derechos fundamentales antes precisados, a través de parámetros razonables que deben primar en una sociedad democrática, es entonces el juzgador quien debe realizarlo, y emerge el deber de los tribunales de dotar de sentido a la disposición constitucional de mérito, a través de su interpretación.

En suma, una noción de Constitución material permite llevar a la práctica el principio pro persona, reconocido en el artículo 1o. de la ley fundamental, a efecto de asimilar la justa dimensión que corresponde a los derechos humanos, a cuyo respeto todas las autoridades del Estado están comprometidas.

²⁵ “LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. SU MAXIMIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DEBATE POLÍTICO”, Jurisprudencia 11/2008, Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

²⁶ “HONRA Y REPUTACIÓN. SU TUTELA DURANTE EL DESARROLLO DE UNA CONTIENDA ELECTORAL SE JUSTIFICA POR TRATARSE DE DERECHOS FUNDAMENTALES QUE SE RECONOCEN EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN”, Jurisprudencia 14/2007, Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.