



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE QUERÉTARO**

**FACULTAD DE DERECHO**

**ESPECIALIDAD EN JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y AMPARO**

**Neoconstitucionalismo. ¿Vuelve al derecho incierto?**

TRABAJO ESCRITO QUE COMO PARTE DE LOS REQUISITOS  
PARA OBTENER EL DIPLOMA DE:

JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y AMPARO

PRESENTA

Juan Manuel Muñoz Morales

DIRIGIDO POR

Mtro. Saúl Eduardo Magaña Ballesteros.

CENTRO UNIVERSITARIO

QUERÉTARO, QRO.  
SEPTIEMBRE DE 2019



Universidad Autónoma de Querétaro  
Facultad de Derecho  
Especialidad en Justicia Constitucional y Amparo

Neoconstitucionalismo. ¿Vuelve al derecho incierto?

Opción de titulación  
**Trabajo escrito**

Que como parte de los requisitos para obtener el Diploma en  
Justicia Constitucional y Amparo

**Presenta:**

Juan Manuel Muñoz Morales

Dirigido por:

Mtro. Saúl Eduardo Magaña Ballesteros

Mtro. Saúl Eduardo Magaña Ballesteros  
Presidente

Mtra. Gemma Ferenández Pichardo  
Secretario

Lic. Esp. María Begoña Corona Orega  
Vocal

Dr. Lutz Alexander Keferstein Caballero  
Suplente

Dra. Karla Elizabeth Mariscal Ureta  
Suplente

Centro Universitario Querétaro, Qro. Septiembre, 2020.

## **Resumen.**

La interpretación moral de la constitución si bien responde a una demanda de justicia sustancial, por otro lado, vuelve al derecho incierto. Obviamente, aquí se trata de una cuestión de lección de los valores que se creen prevalentes. La búsqueda de la certeza jurídica se vuelve más exigente y difícil, se apoya principalmente a través de la justificación mediante una buena argumentación.

La interpretación de la constitución implica el hecho de que ésta no pueda ya ser asumida como norma más elevada del ordenamiento jurídico, presupone que el texto sea interpretada a la luz de algunos principios superiores, ésta interpretación moral de la constitución deja abierto el peligro del llamado “gobierno de los jueces”, pues la tutela de los derechos no es ya confiada a la palabra del derecho, sino a la interpretación moral del juez. Pues lo importante es esquivar el reproche de que, a la postre, el derecho sea tan sólo lo que los jueces dicen que es.

**(Palabras clave:** Controles, neoconstitucionalismo, principios).

## Summary

The moral interpretation of the constitution, while responding to a demand for substantial justice, on the other hand, returns to uncertain law. Obviously, here it is a question of lesson of the values that are considered prevalent. The search for legal certainty becomes more demanding and difficult, it is supported mainly through justification through good argumentation.

The interpretation of the constitution implies the fact that it can no longer be assumed as the highest norm of the legal system, it presupposes that the text be interpreted in the light of some superior principles, this moral interpretation of the constitution leaves open the danger of the so-called "Government of the judges", since the protection of rights is no longer entrusted to the word of law, but to the moral interpretation of the judge. Because the important thing is to avoid the reproach that, in the end, the right is only what the judges say it is.

**(Key words:** Controls, neoconstitutionalism, principles).

A Claudia  
Por ser la luz de mi vida.

A mi madre y mis hermanos  
Por todo su apoyo.

Dirección General de Bibliotecas UAQ

Agradezco a mi Alma Mater.  
A los docentes de la Especialidad  
en Justicia Constitucional y Amparo.  
A mi asesor de trabajo.  
Al programa Titúlate.

Dirección General de Bibliotecas UAQ

Resumen	iii
Summary	iv
Dedicatoria	v
Agradecimientos	vi
Índice	vii
Introducción	ix
Conclusiones	lviii
Bibliografía	lxiii

Dirección General de Bibliotecas UAQ

## ÍNDICE.

### CAPÍTULO PRIMERO NEOCONSTITUCIONALISMO

1.1.	¿Qué es el Neoconstitucionalismo?	xi
1.2.	Teóricos del Neoconstitucionalismo.	xiv
1.2.1.	Miguel Carbonell Sánchez.	xiv
1.2.2.	Luis Prieto Sanchís.	xv
1.2.3.	Ronald Dworkin.	xvi
1.3.	¿Qué es la moral?	xviii
1.4.	El derecho y la justicia: la interpretación moral de la constitución.	xx
1.5.	Equilibrios entre poderes e interpretación moral de la constitución.	xxi

### CAPÍTULO SEGUNDO JURISPRUDENCIAS DE LA CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS VS EL ESTADO MEXICANO

2.1.	Expediente Varios 912/2010, caso Rosendo Radilla Pacheco.	xxiii
2.2.	Expediente Varios 1396/2011, casos Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú.	xxv
2.3.	Jurisprudencia por contradicción de tesis 293/2011.	xxviii

### CAPÍTULO TERCERO INTERPRETACIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

3.1.	Jurisprudencias 20/2014.	xli
3.2.	Jurisprudencia 21/2014.	xlii
3.3.	Jurisprudencia 29/2015.	xliii
3.4.	Controles que emanan de las reformas constitucionales de 2011	xliiii
3.4.1.	Control de Convencionalidad – ex officio	xliiii
3.4.2.	Control Difuso	xlvi
3.4.3.	Principio <i>Pro Personae</i>	xliv
3.5.	La doble moral de los Juzgadores ¿Vuelve al derecho incierto?, ¿Está México preparado para este nuevo paradigma?	liii

## INTRODUCCIÓN.

Los argumentos esenciales que se han opuesto al positivismo jurídico del siglo XX han sido el argumento de la injusticia y el argumento de los principios. Según el argumento de la injusticia, una norma extremadamente injusta no es derecho. Según el argumento de los principios, si existen principios en el derecho, entonces, existe una relación conceptual necesaria entre derecho y moral. Cada argumento ha desplegado una eficacia distinta sobre el ordenamiento jurídico, y ello en momentos históricos muy dispares. Si el argumento de la injusticia presenta una eficacia reductora del ordenamiento jurídico (nos dice qué normas no son jurídicas, a pesar de ser positivas), el argumento de los principios presenta, en cambio, una eficacia expansiva sobre el ordenamiento jurídico.

El término “neoconstitucionalismo” fue utilizado por primera vez en una comunicación durante el *XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social*, celebrado en Buenos Aires Argentina en el año 1997. En aquella ocasión y posteriormente en el sucesivo libro dedicado al mismo tema el vocablo fue introducido para indicar una serie de posiciones teóricas que estaban delineándose y definiéndose. Defendidas por juristas distantes en otras cuestiones, algunas tesis se presentaban como mutuamente conectadas desde diferentes puntos de vista hasta el punto de poder ser reconstruidas unitariamente para dar cuenta de una (posiblemente nueva) doctrina del derecho.

La evolución de las constituciones por su contenido como teorías jurídicas, han pasado de Estado Legislativo a Estado Social, ambas de corte completamente positivista, es decir, una tajante separación entre el derecho y la moral, pero hemos evolucionado hacia un Estado Constitucional (como teoría jurídica) que surge a partir de la segunda mitad del siglo XX, como el nuevo paradigma jurídico: *“El Neoconstitucionalismo”*.

El artículo que suele considerarse como el primero en introducir tal expresión, es uno de *Susanna Pozzolo*, de 1998: ***“Neoconstitucionalismo y***

**especificidad de la interpretación constitucional**". La procedencia de esta corriente iusfilosófica parece estar en la escuela genovesa, que la introdujeron con un propósito manifiestamente crítico y descalificador para referirse a una concepción del derecho contraria al positivismo jurídico que ellos profesaban y profesan, el iuspositivismo metodológico o conceptual. El término "neoconstitucionalismo" o "neoconstitucionalista" ha adquirido un gran predicamento en la teoría del derecho en diversos países alrededor del mundo occidental en los últimos años. El neoconstitucionalismo puede entenderse, esencialmente, como una doctrina (o un fenómeno) político, que a veces se usa para referirse a teorías o fenómenos que conciernen exclusivamente al derecho constitucional, mientras que en otras ocasiones el universo del discurso es el ordenamiento jurídico en su conjunto.

## **CAPÍTULO PRIMERO NEOCONSTITUCIONALISMO**

### **1.1. ¿Qué es el Neoconstitucionalismo?**

Es innegable que toda comunidad posee paradigmas de derecho, proposiciones que en la práctica no pueden objetarse: uno de ellos es la aplicación mecánica del derecho que profesan los sistemas neorromanistas. Por mucho tiempo se ha considerado que la concreción del derecho es exclusivamente silogística e ideal para la solución de todos los casos judiciales.

En esta tesitura el método deductivo es considerado la mejor forma de aplicación del derecho para el sistema neorromanista que gracias a la concepción racionalista del mundo, vio la realización del ideal de la justicia en preceptos generales y al que sin objeción alguna debe someterse el juzgador para la solución de los casos sometidos a su consideración.

La gran influencia del positivismo jurídico en nuestro sistema ha provocado que la actividad del juez en nuestro sistema jurídico sea teórica antes de práctica debido a su excesivo empeño por reducir el derecho a fórmulas generales y su manejo puramente lógico, haciendo olvidar a los juzgadores que los hechos reales son los que verdaderamente provocan la aplicación del derecho, no la norma.

¿Cuáles son los rasgos singulares del Estado constitucional de derecho?  
¿Qué novedades aporta este modelo? Muy sintéticamente creo que pueden resumirse en los siguientes aspectos:

- 1) El reconocimiento de la incuestionable fuerza normativa de la constitución,
- 2) La rematerialización constitucional,
- 3) La garantía judicial y la aplicación directa de la constitución,
- 4) Rigidez constitucional.

“Neoconstitucionalismo”, en esta tesis se puede caracterizar por las siguientes formulaciones base en el estudio del derecho:

1. Principios versus normas (reglas),
2. Ponderación versus subsunción,
3. Constitución versus independencia del legislador y,
4. Jueces versus libertad del legislador.

Los neoconstitucionalistas serían entonces aquellos quienes subrayan la prevalencia del primero de los términos en cada una de esas oposiciones.

El neoconstitucionalismo pretende explicar un conjunto de textos constitucionales que comienzan a surgir después de la Segunda Guerra Mundial, y sobre todo a partir de los años 70 del siglo XX. Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas Constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos.

En parte como consecuencia de la expedición y entrada en vigor de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales ha ido cambiando también de forma relevante. Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *drittwirkung*,

eficacia horizontal de los derechos fundamentales entre particulares), el principio *pro personae*, etcétera. El campo de aplicación por excelencia de todas estas técnicas de interpretación es el de los derechos fundamentales, como es obvio.

Además, los jueces se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con “valores” que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el juez constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre del propio juzgador. A partir de tales necesidades se generan y recrean una serie de equilibrios nada fáciles de mantener.

El neoconstitucionalismo, entendido como el término o concepto que explica un fenómeno relativamente reciente dentro del Estado constitucional contemporáneo, parece contar cada día con más seguidores, sobre todo en el ámbito de la cultura jurídica italiana y española; en América latina México entre otros y cuya comprensión seguramente llevara todavía algunos años. No son pocos los autores que se preguntan si en realidad hay algo nuevo en el neoconstitucionalismo o si más bien se trata de una etiqueta vacía, que sirve para presentar bajo un nuevo ropaje cuestiones que antaño se explicaban de otra manera.<sup>1</sup>

En el paradigma neoconstitucional los jueces cobran gran relevancia, pues el ordenamiento jurídico debe estar garantizado en todas sus partes por medio de mecanismos jurisdiccionales. Del mismo modo que la constitución del neoconstitucionalismo es una constitución “invasora” o “entrometida”, también la tarea judicial tiene que ver con muchos aspectos de la vida social. El

---

<sup>1</sup> Ver al respecto el debate sostenido entre L. Prieto Sanchís, J.A. García Amado y C. Bernal Pulido, en M. Carbonell (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, pp 213 ss.

neoconstitucionalismo genera una explosión de la actividad y comporta o requiere de algún grado de activismo judicial, en buena medida superior al que se había observando anteriormente.

## **1.2. Investigadores del neoconstitucionalismo que influyen en la interpretación del derecho mexicano.**

Para algunos investigadores del Derecho como lo son Miguel Carbonell (mexicano), Luis Prieto Sanchís (español) y Ronald Dworkin (estadounidense), a quienes se les consideran neoconstitucionalistas, entienden el neoconstitucionalismo de la siguiente manera:

### **1.2.1 MIGUEL CARBONELL SÁNCHEZ.**

Nos dice que el neoconstitucionalismo sirve para explicar algo nuevo, y se lo debe analizar desde tres distintos niveles de análisis:

1. El neoconstitucionalismo nace con las constituciones aprobadas después de la segunda guerra mundial.
2. El neoconstitucionalismo nace para explicar una práctica jurisprudencial en donde entran en juego técnicas interpretativas de los principios constitucionales como la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los derechos fundamentales, el efecto de irradiación, etc.
3. El neoconstitucionalismo nace para explicar una serie de desarrollos teóricos novedosos.

El estado constitucional de derecho sería el nuevo modelo en formación teórica y práctica –no consolidado- a partir de la segunda guerra mundial en donde surgen constituciones rígidas y el control de la constitucionalidad de las leyes

ordinarias, con un triple cambio en el paradigma: a) en la naturaleza y estructura del derecho, b) en la naturaleza de ciencia jurídica y c) en la jurisdicción<sup>2</sup>

Tres paradigmas:

- a) El derecho pre moderno,
- b) El estado legislativo del derecho y,
- c) El estado constitucional del derecho.

Como las transformaciones que se han producido en el tránsito de uno a otro.

### **1.2.2. LUIS PRIETO SANCHÍS.**

Ha tratado de resumir el neoconstitucionalismo de la siguiente manera:

- 1) Carácter normativo o fuerza vinculante. La constitución no es un catecismo político o una guía moral, sino una norma como cualquier otra que incorpora la pretensión de que la realidad se ajusta a lo que ella prescribe.
- 2) Supremacía o superioridad jerárquica en el sistema de fuentes. La constitución no solo es una norma sino que es la norma suprema, y ello significa que condiciona la validez de todos los demás componentes de orden jurídico y que representa frente a ellos un criterio de interpretación prioritario.
- 3) Eficacia o aplicación directa. No requiere de ningún otro acto jurídico -ley- para desplegar una fuerza vinculante.

---

<sup>2</sup> CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo, editorial trota, p.14

- 4) Garantía judicial. Las posibilidades son amplias: control concreto y abstracto, a priori y a posteriori, encomendado a órganos especiales o a jueces ordinarios. Un rasgo típico del constitucionalismo contemporáneo es la competencia que corresponde a los jueces ordinarios para que resuelvan a la vista de todo ordenamiento jurídico incluida la constitución.
- 5) Presencia de un denso contenido normativo, formado por principios, derechos y directrices.
- 6) La rigidez constitucional.<sup>3</sup>

### 1.2.3. RONALD DWORKIN.

El neoconstitucionalismo ideológico contemporáneo, en cambio, se debe obediencia al derecho solo si tiene un determinado contenido, es decir, si se conforma a una constitución que tiene a su vez un determinado contenido: una constitución formada por un conjunto de principios, valores y derechos fundamentales que constituyen la positivización de la moral crítica. La justificación de la obediencia al derecho, no a cualquier derecho, es brindada por una moral que “nace” fuera del derecho y después se incorpora al sistema jurídico en su más alto nivel, la constitución. Solo está justificada la obediencia a las leyes de un estado constitucional y democrático de derecho.

En los ordenamientos democráticos y constitucionalizados contemporáneos, se produce una conexión necesaria entre derecho y moral, el neoconstitucionalismo ideológico se muestra proclive a entender que puede subsistir hoy una obligación moral de obedecer a la Constitución y a las leyes que son conformes a la constitución. Y en este específico sentido, el neoconstitucionalismo puede ser considerado como una moderna variante del

---

<sup>3</sup> PRIETO Sanchis, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid. Edit. Trotta, 2003, pp 116, 117.

positivismo ideológico del siglo XIX, que predicaba la obligación moral de obedecer la ley.

'La mayoría de casos en el derecho —incluso la mayoría de casos constitucionales— no son casos difíciles. Habitualmente la función judicial establece una respuesta que no deja lugar para la convicción moral de carácter personal.'<sup>4</sup>

El neoconstitucionalismo sostiene, por el contrario, la tesis de la conexión necesaria, justificativa entre derecho y moral. En última instancia, cualquier decisión jurídica y en especial, la decisión judicial, está justificada por su deriva de una norma moral. No cualesquiera normas morales, sino aquellas conectadas con el orden jurídico positivo a través de los principios y valores constitucionalizados.

Los principios del derecho, operarían tal puente entre la moral objetiva y el derecho positivo. En la interpretación judicial y dependiendo de la pericia del juez, puede hallarse la decisión correcta para el caso. Incluso para los llamados “casos difíciles”, que suponen la necesidad de ponderar derechos concurrentes, normas contradictorias, etc.

Desde la perspectiva neoconstitucional, las decisiones judiciales son de un carácter más amplio y no se limitan al estricto seguimiento de la ley. La referencia de principios en estas decisiones determina una transformación jurídica que supera lo normativo —postulado argumentado por Dworkin—, con la concepción innovadora de que los principios interpretados por los jueces, resuelven problemas jurídicos. Esto lleva a que toda decisión judicial deba apoyarse en principios, ya que el derecho no solo se conforma por normas, sino también por pretensiones generales o principios que pueden resolver casos concretos: En realidad, hay una

---

<sup>4</sup> DWORKIN, Ronald. 'Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise', supra nota 7, p. 11. [ [Links](#) ] He desarrollado más ampliamente una concepción de la ponderación entre principios que sigue estas líneas en José Juan Moreso, 'Conflitti tra principi costituzionali', *Ragion Pratica* 18 (2002): 201-221. [ [Links](#) ]

oposición a la idea de que el derecho sea un conjunto fijo de estándares, de la clase que sean. Más bien se insiste en que un resumen preciso de las consideraciones que deben tener en cuenta los abogados y jueces, cuando justifican sus conclusiones, usan frecuentemente proposiciones que han de ser entendidas de esa manera.<sup>5</sup>

### 1.3. ¿Pero, que es la moral?

Pero para todo esto, ¿Qué es la moral?, pues en la vida cotidiana hay diversos niveles en el que las personas han vivido referentes morales, estos referentes morales hacen y forman la vida cotidiana, estos diversos referentes morales se caracterizan por llevar apellidos: religión católica, musulmana, budista, cristiana, etc. La cual incide de manera directa en la persona.

Por lo que la moral puede entenderse en sentido amplio como los códigos, la serie de normas de conducta que se van construyendo históricamente por una sociedad determinada.

Lo que nos lleva a un problema, puesto que todo código de conducta histórico y social se ve reflejado y aplicado en normas jurídicas, sociales o religiosas, en todas estas subyace una concepción problemática de “lo bueno”. Lo bueno permea un conjunto de normas o mejor dicho, todo lo que son normas.

La moral es un fenómeno socio-histórico a partir de la interpretación de lo bueno y lo malo. De modo que las interpretaciones morales de las conductas humanas permean las leyes, las costumbres, etc. En el orden normativo jurídico es válido sostener que lo connatural al derecho *no es la moral*, ni lo factico *sino que es leguaje* (prescriptivo).

Por lo que a la luz de la moral la interpretación de las normas, mediante un juicio moral, debe de ser a través de un proceso cognitivo que afirma o niega el

---

<sup>5</sup> DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2002, pag. 140.

valor moral frente a una situación o comportamiento. En él se expresa aceptación, un rechazo o indiferencia por parte del sujeto moral sobre las acciones de otros o sobre sus propias acciones.

Por lo que un juicio moral se debe basar en:

- a. Teorías filosóficas, porque para algunos el conocimiento es la parte central de un buen juicio moral, y para otros el sentimiento,
- b. Teorías psicológicas, posicionamiento cognitivo y,
- c. Teorías neurocientíficas, sostiene como base y posibilidad del juicio moral las redes neuronales.

Lo anterior en virtud de los cambios ocasionados por la interacción entre sociedades diversas y plurales. Se traslada de una responsabilidad individual a una responsabilidad moral mundial, pues nos encontramos ante una crisis de las perspectivas y normas tradicionales ante los nuevos dilemas morales.

En la interpretación se podrían cometer errores y falacias: a) en las discusiones entre interlocutores, b) ante la presencia de un dilema moral y, c) deliberación en los órganos colegiados. Se deben resaltar reglas las que deberán atenderse en cualquier área del conocimiento en la que se pretenda abordar una discusión de linaje bioético, reglas de carácter enunciativo enfocadas a evitar los denominados “errores de argumentación”, los cuales pueden ser de naturaleza formal o pragmática o de carácter material, estas últimas constituirían un elenco de tesis falsas.

Son errores que se cometen cuando se es participe en una discusión sobre la moral o dilemas éticos, el no distinguir la moral social o positiva de la moral crítica o justificada. La moral social positiva, son las opiniones que un determinado

grupo de personas tiene sobre lo que está bien o mal. La moral crítica o justificada, son juicios morales racionalmente justificados.

Por lo que debemos edificar:

Razones/argumentos *versus* opiniones/creencias.

#### **1.4. El derecho y la justicia: la interpretación moral de la constitución.**

El neoconstitucionalismo explica la difusión de la ponderación como una exigencia derivada de los nuevos criterios de validez del estado constitucionalizado, donde aquello que era considerado un juicio externo, ético, sobre la justicia de una norma, ahora es considerado un juicio interno sobre la validez. De este modo la justicia entra a formar parte de los criterios de validez del sistema, pasa a formar parte de los criterios de la regla de reconocimiento, razón por la cual la interpretación moral de la constitución se hace necesaria.

Sobre las relaciones entre derecho y moral. En el primer lugar, la justicia que pasa a formar parte de los criterios de validez ciertamente, no es la justicia en cuanto tal, sino, en cambio, un particular concepto de justicia preferido a otros. En segundo lugar, hay que subrayar que las constituciones contemporáneas se caracterizan por un cierto grado de pluralismo, acogiendo una perspectiva ética más bien genérica y amplia, que permite un múltiple número de concreciones y precisiones compatibles con su dictado. En tercer lugar, si bien es difícil negar que entre derecho positivo y moral positiva existe una estrecha relación, bien diferente es afirmar que la juridicidad del principio depende de su bondad. La validez del principio depende en realidad de un acto de voluntad dotado de autoridad jurídica. En efecto, los principios constitucionales son parte de un documento jurídico dotado de tal característica, un documento considerado vinculante y observado por los miembros del grupo social.

Una forma diferente de argumentar la necesidad de la interpretación moral de la constitución es reconstruyendo las normas jurídicas como razones para actuar, desde esa óptica, se sostiene que las normas jurídicas deben ofrecer una justificación última de las acciones. Ahora bien, se ha señalado que si un razonamiento completo (bien formado) está compuesto por las razones no superfluas que conducen a la decisión, entonces puede existir una justificación jurídica sin recurrir a argumentos morales, siendo suficientes la premisa normativa y la premisa factual.

### **1.5. Equilibrios entre poderes e interpretación moral de la constitución.**

El argumento en favor de la interpretación moral de la constitución contrapone en alguna medida ésta a la interpretación literal, la cual podría tener el mérito de favorecer la certeza del derecho, pero que pagaría el precio determinante de no responder con justicia a las cuestiones constitucionales que se presentan en los tribunales, no pudiendo tener en cuenta las variables que cada caso conlleva, lo que parece que la alejaría de la letra de la norma. Ciertamente se trata de un caso de ponderación de valores.

Tomando algunas consideraciones, hay que señalar una dificultad de orden estructural, la interpretación moral de la constitución implica que la propia constitución no puede ser ya asumida como la norma más elevada del ordenamiento jurídico. La constitución no cierra el sistema, se presupone que es interpretada a la luz de principios superiores, supraconstitucionales, de los cuales ciertamente no es que no quede clara su naturaleza. Además se presenta dificultades semi-estructurales, político-jurídicas, relativas al equilibrio de la constitución, el agente consciente del cambio es el juez constitucional, entonces hay que notar que en verdad también el juez ordinario es investido con la misma competencia en la medida en que el texto constitucional se encuentre sujeto a una interpretación dirigida a derivar normas directamente aplicables a las controversias.

Si bien la actividad de la aplicación del derecho no es ciertamente una actividad mecánica, pues el proceso interpretativo y de decisión del juez implica elecciones, la separación de poderes, más allá de su dimensión ideológica, ofrece un instrumento de garantía de los derechos fundamentales. En este cuadro de división, el tribunal constitucional representa un tercer órgano de garantía, sin embargo, con la interpretación moral de la constitución, su rol se transforma hasta ser reclamada dentro de la magistratura , por lo que esta última viene investida al mismo tiempo con un fuerte papel político.

Por el contrario, en el modelo de la división de poderes sólo el poder legislativo está legitimado para producir nuevo derecho, posición de poder a la que corresponde su responsabilidad política, y el poder jurisdiccional tiene labores de aplicación, de manera tal que el tribunal constitucional asume una posición externa y de tercero respecto a esta división, de garantía y de tutela contra las leyes lesivas de los derechos o no conformes a la constitución. En este panorama institucional, el tribunal constitucional representa una barrera contra las decisiones políticas que se salen de los causes del río constitucional, de esta forma, se limita y se circunscribe su competencia para producir nuevo derecho.

## **CAPÍTULO SEGUNDO**

### **JURISPRUDENCIAS DE LA CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS VS EL ESTADO MEXICANO**

En el año 2004, México fue sentenciado por primera vez por la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, y siendo la última en el año 2013. Pero las sentencias que realmente trascendieron e impactaron en el ámbito constitucional a través de diversas reformas fueron las sentencias del caso Rosendo Radilla Pacheco (23 de noviembre de 2009) y el caso del campo algodonero (Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez y otras, 16 de noviembre de 2009).

Sentencias que al ser atendidas por el Estado mexicano, a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al radicarse los “expedientes varios” 912/2010 (radicado inicialmente como 489/2010 caso Rosendo Radilla Pacheco) y 1396/2011. Así como la Jurisprudencia por contradicción de tesis 293/2011, de la cual a su vez surgen las Jurisprudencias en materia constitucional 20/2014 y en materia común la 21/2014. Derivando a su vez de la Jurisprudencia 20/2014 la jurisprudencia en materia constitucional 29/2015.

Estudios de los cuales se derivan e incorporan a nuestro derecho los controles de: constitucionalidad ex officio, convencional, difuso y “*pro personae*”.

#### **2.1. Expediente varios 912/2010**

##### **Caso Rosendo Radilla Pacheco.**

En la emblemática sentencia de los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en pleno, en su considerando segundo y sexto consideraron:

#### **SEGUNDO. Consideración toral de lo resuelto por este Tribunal Pleno.**

La resolución dictada en el expediente “varios” 489/2010 por el Tribunal Pleno, en su sesión pública correspondiente al siete de septiembre de dos mil diez, determinó medularmente que:

- Debe emitirse una declaración acerca de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos.
- Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y nueve, el Presidente de la República hizo del conocimiento general la Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de forma tal que los Estados Unidos Mexicanos reconoció, en forma general y con el carácter de obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de dicho órgano jurisdiccional sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Deberá definirse qué obligaciones concretas le resultan al Poder Judicial de la Federación y la forma de instrumentarlas.

#### **SEXTO. Obligaciones concretas que debe realizar el Poder Judicial.**

Derivado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla, resultan las siguientes obligaciones para el Poder Judicial como parte del Estado mexicano, aclarando que aquí únicamente se identifican de manera enunciativa:

- A) Los Jueces deberán llevar a cabo un Control de convencionalidad *ex officio* en un modelo de control difuso de constitucionalidad.
- B) Deberá restringirse la interpretación del fuero militar en casos concretos.

C) El Poder Judicial de la Federación deberá implementar medidas administrativas derivadas de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Radilla Pacheco.

## **2.2. Expediente varios 1396/2011**

### **Casos Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú.**

En Donde los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la nación en pleno en su sentencia consideraron en sus considerandos segundo y sexto:

#### **SEGUNDO. Consideración total de lo resuelto por este Tribunal Pleno en el expediente “Varios 912/2010”.**

En la resolución dictada en el Caso Rosendo Radilla por el Tribunal en Pleno, en su sesión pública correspondiente al catorce de julio de dos mil once, determinó medularmente:

- La participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos.
- Que mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el veinticuatro de febrero de mil novecientos noventa y nueve, el Presidente de la República hizo del conocimiento general la Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de forma tal que los Estados Unidos Mexicanos reconoció, en forma general y con el carácter de obligatoria de pleno derecho, la competencia contenciosa de dicho órgano jurisdiccional sobre los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Este reconocimiento de la jurisdicción de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos implica que existe la obligación de los Estados Unidos Mexicanos de cumplir con la decisión de ese órgano

jurisdiccional, toda vez que una vez que un Estado se constituye parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se obliga a su cumplimiento.

#### **SEXTO. Obligaciones concretas que debe realizar el Poder Judicial.**

Como una cuestión previa al pronunciamiento de vinculación del Poder Judicial de la Federación con los asuntos materia de cumplimiento, se preciso, en forma concreta, el alcance de las obligaciones del Alto Tribunal.

Por tanto, para establecer y concretar las obligaciones que debe cumplir el Poder Judicial de la Federación en atención a las sentencias internacionales, se analizó la correspondencia que debe existir entre los derechos humanos que estimó vulnerados la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con aquellos que se encuentran dispuestos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o en los tratados que el Estado Mexicano celebre y que, por tanto, se comprometió a respetar, en el entendido de que, si alguno de los deberes del fallo implica el desconocimiento de una restricción constitucional, deberá prevalecer ésta en términos de lo determinado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, en sesión de tres de septiembre de dos mil trece, y que originó la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.), intitulada: "DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL".<sup>6</sup>

En efecto, el cumplimiento de las sentencias del orden internacional consiste:

---

<sup>6</sup> Visible en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, página: 202.

- a) En todos los casos que el Estado Mexicano es responsable por la violación de los derechos protegidos y declarados específicamente en un instrumento internacional, en el caso concreto, a la integridad personal, a la dignidad y a la vida privada, consagrados, respectivamente, en los artículos 5.1 y 5.2, 1.1 y 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 de la misma y, 1.2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, así como por el incumplimiento del deber establecido en el artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.
- b) Que el Estado Mexicano también es responsable, al haberse así comprometido, por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, establecidos en los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y 7b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer.
- c) En el caso Rosendo Cantú, que el Estado Mexicano es responsable por la violación de los derechos del niño, consagrados en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos del Niño, consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación al artículo 1.1 de la misma.
- d) En el Caso Fernández Ortega, que el Estado Mexicano es responsable por la violación al derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en el domicilio, consagrado en el artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En términos de la precisión apuntada, es de advertirse que en los asuntos en estudio, los derechos humanos que estimó vulnerados la Corte Interamericana

de Derechos Humanos encuentran correspondencia con lo previsto en los artículos 1, 2, 4, 13, 14, 16, 17, 20 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y son de aquellos que el Estado Mexicano se comprometió a salvaguardar a través de los instrumentos internacionales ya citados, quedando así incólume el principio de supremacía constitucional.

### **2.3 Jurisprudencia por Contradicción de Tesis 293/2011.**

En donde en su Considerando Quinto, señala:

#### **QUINTO. Estudio de fondo.**

Debe prevalecer con carácter de jurisprudencia lo sustentado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con las consideraciones del considerando. La presente contradicción versa sobre dos cuestiones jurídicas distintas, por lo cual, el Tribunal Pleno abordó los estudios correspondientes en dos apartados independientes, para efectos de aportar mayor claridad en la exposición.

#### **I. La posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la constitución.**

En primer lugar se hizo una reconstrucción de los criterios que el Tribunal Pleno ha emitido en torno al tema de la jerarquía de tratados internacionales en el orden jurídico nacional, para posteriormente explicar las razones por las cuales el enfoque tradicional del problema en términos de la "jerarquía de fuentes" es insatisfactorio para resolver la cuestión sometida a consideración de la Suprema Corte, que tiene que ver más bien con la pregunta de cómo se relacionan las "normas de derechos humanos" contenidas en tratados internacionales con la Constitución.

En el caso específico de los tratados internacionales, los criterios del Tribunal Pleno en torno a su jerarquía en el orden jurídico mexicano han experimentado una gran evolución. Un primer pronunciamiento tuvo lugar en mil

novecientos noventa y dos, con motivo de la resolución dictada en el amparo en revisión 2069/91. En dicha ocasión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación colocó a los tratados internacionales en el mismo nivel que las leyes federales, señalando que ambos cuerpos normativos ocupan un rango inmediatamente inferior a la Constitución y que, en consecuencia, uno no puede ser empleado como parámetro de validez o regularidad del otro. Con base en los razonamientos anteriores, se aprobó la tesis aislada de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."<sup>7</sup>

El segundo pronunciamiento dentro de esta línea jurisprudencial ocurrió con motivo del estudio del amparo en revisión 1475/98. En dicho asunto, el Tribunal Pleno estableció que los tratados internacionales que estén de acuerdo con la Constitución, por cumplir con los requisitos formales y materiales para tal efecto<sup>8</sup>, se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y locales. Este pronunciamiento dio lugar a la emisión de la tesis aislada de rubro: "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.",

Lo que implicó la interrupción del precedente primeramente mencionado.

Finalmente, un tercer pronunciamiento se emitió con motivo de la resolución del amparo en revisión 120/2002, dentro del cual el Tribunal Pleno sostuvo en síntesis lo siguiente: (i) la existencia de un orden jurídico superior, de carácter

---

<sup>7</sup> Registro: 205596. Instancia: Pleno. Tesis aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Localización: Núm. 60, diciembre de 1992, materia constitucional, tesis P. C/92, página 27.

<sup>8</sup> Sobre cuáles son dichos requisitos constitucionales de incorporación, esta Suprema Corte sostuvo que: "es menester que satisfagan dos requisitos formales y uno de fondo: los primeros hacen consistir en que el tratado esté o sea celebrado por el presidente de la República y que sea aprobado por el Senado. El requisito de fondo consiste en la adecuación de la convención internacional con el texto de la propia Ley Fundamental".

nacional, integrado por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes generales; (ii) la supremacía de los tratados internacionales frente a las leyes generales, federales y locales; y, (iii) la existencia de una visión internacionalista de la Constitución, por lo que de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el Estado Mexicano no puede invocar su derecho interno como excusa para el incumplimiento de las obligaciones contraídas frente a otros actores internacionales<sup>9</sup>, pues todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe<sup>10</sup>. De lo anterior derivó la tesis de rubro: "TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL."<sup>11</sup>

El precedente antes descrito constituye el último criterio del Tribunal Pleno respecto a la jerarquía de los tratados internacionales en el orden jurídico nacional<sup>12</sup>. En este sentido, la doctrina jurisprudencial vigente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional contiene diversas normas, dentro de las cuales destacan la que constituye el postulado principal del principio de supremacía constitucional y la que sienta los parámetros

---

<sup>9</sup> Suscrita por México el veintitrés de mayo de mil novecientos sesenta y nueve y aprobada por el Senado el veintinueve de diciembre de mil novecientos setenta y dos, publicada originalmente en el Diario Oficial de la Federación el catorce de febrero de mil novecientos setenta y cinco y, en su última versión, el veintiocho de abril de mil novecientos ochenta y ocho.

"Artículo 27. ... 1. Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado. ..."

<sup>10</sup> "Artículo 26. Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe."

<sup>11</sup> Registro: 172650. Instancia: Pleno. Tesis aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Localización: Tomo XXV, abril de 2007, materia constitucional, tesis P. IX/2007, página 6. Este criterio no contó alcanzó (sic) la votación requerida para integrar jurisprudencia.

<sup>12</sup> Este Tribunal Pleno no soslaya la existencia de otros pronunciamientos que tangencialmente abordan temas relacionados con el tema que ahora se esboza, sin embargo, no se citan por no constituir criterios que hayan modificado la línea jurisprudencial descrita.

bajo los cuales se ha construido la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico mexicano.

Del artículo 133 constitucional se desprende una noción de jerarquía formal de las normas que integran el sistema de fuentes, según la cual los tratados internacionales se encuentran jerárquicamente por debajo de la constitución y por encima del resto de normas jurídicas que forman parte del entramado normativo mexicano.

## **II. El principio de supremacía constitucional a la luz del nuevo marco constitucional.**

La problemática antes enunciada conduce al Tribunal Pleno a replantear el concepto de supremacía constitucional para dar cuenta de su operatividad a la luz de las reformas constitucionales, y en especial del nuevo artículo 1º, con motivo del surgimiento de un nuevo parámetro de control de regularidad constitucional, cuya construcción ya ha sido adelantada por esta Suprema Corte de Justicia de la Nación en algunos pronunciamientos. Para el desarrollo de esa reinterpretación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación: (a) hizo un breve análisis de la reforma constitucional antes mencionada para explicar el sustento normativo del nuevo parámetro de control de regularidad constitucional; (b) destacó las principales consideraciones derivadas del expediente varios 912/2010, como precedentes ineludible sobre este tema; y, (c) determinó los alcances del principio de supremacía constitucional a la luz de las consideraciones precedentes.

### **A. La reforma constitucional en materia de derechos humanos**

Las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación el seis y el diez de junio de dos mil once significaron la introducción de un nuevo paradigma constitucional en México. Este cambio trascendental exige a todos los operadores jurídicos y en especial al Alto Tribunal un minucioso análisis del nuevo texto constitucional, para determinar sus alcances y reinterpretar

aquellas figuras e instituciones que resulten incompatibles o que puedan obstaculizar la aplicación y el desarrollo de este nuevo modelo.

Es de gran importancia que las nuevas figuras incorporadas en la constitución se estudien con un enfoque de derechos humanos y con interpretaciones propias del nuevo paradigma constitucional, buscando así el efecto útil de la reforma, con el afán de optimizar y potencializar las reformas constitucionales sin perder de vista su objetivo principal: la tutela efectiva de los derechos humanos de las personas<sup>13</sup>.

En ese sentido, una de las principales aportaciones de la reforma constitucional es la creación de un conjunto de normas de derechos humanos, cuya fuente puede ser, indistintamente, la constitución o un tratado internacional. Así, este conjunto integra el nuevo parámetro de control de regularidad o validez de las normas del ordenamiento jurídico mexicano.

Partiendo de la necesidad de colocar a la persona como el eje en torno al cual se articula la reforma en materia de derechos humanos, el primer párrafo del artículo 1º constitucional establece que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos por la constitución y los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. En este sentido, el reconocimiento de estos derechos encuentra justificación en los principios de autonomía, inviolabilidad y dignidad de todas las personas<sup>14</sup>. Por lo tanto, desde la constitución se reconocen derechos humanos cuya finalidad última consiste en posibilitar que todas las personas desarrollen su propio plan de vida.

---

<sup>13</sup> Por el contrario, la aplicación y estudio de las reformas constitucionales con base en herramientas interpretativas y figuras propias del viejo paradigma constitucional podrían tener el efecto de hacer nugatoria la reforma.

<sup>14</sup> NINO, Carlos Santiago. *Ética y Derechos Humanos*. Un ensayo de fundamentación, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1989, págs. 199-304.

Asimismo, se señala que las personas también gozan de las garantías previstas en ambos ordenamientos, lo cual conlleva la posibilidad de distinguir entre garantías internas y externas, dependiendo del origen de los mecanismos que se encuentren a disposición de las personas para exigir la tutela de sus derechos humanos.

Por otra parte, el segundo párrafo contiene dos herramientas interpretativas cuya aplicación resulta obligatoria en la interpretación de las normas de derecho humanos.

La primera establece que todas las normas de derechos humanos deberán interpretarse de conformidad con la constitución y con los tratados internacionales de derechos humanos. Sin pretender agotar los alcances de lo que tradicionalmente se ha entendido como "interpretación conforme", basta decir que dicha herramienta obliga a los operadores jurídicos que se enfrenten a la necesidad de interpretar una norma de derechos humanos -incluyendo las previstas en la propia Constitución- a considerar en dicha interpretación al catálogo de derechos humanos que ahora reconoce el texto constitucional. Esta obligación busca reforzar el principio desarrollado en el primer párrafo, en el sentido de que los derechos humanos, con independencia de su fuente normativa, forman parte de un mismo catálogo o conjunto normativo.

La segunda herramienta interpretativa es la que la doctrina y la jurisprudencia han identificado como el principio pro persona, el cual obliga a que la interpretación de los derechos humanos se desarrolle favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia. Este principio constituye un criterio hermenéutico propio de la interpretación de los derechos humanos que busca, principalmente, resolver los casos de duda que puedan enfrentar los operadores jurídicos frente a la eventual multiplicidad de normas -e interpretaciones disponibles de las mismas- que resulten aplicables respecto de un mismo derecho. En este sentido, adoptando como premisa la inviabilidad de resolver este tipo de situaciones con

apoyo en los criterios tradicionales de interpretación y resolución de antinomias, el Poder Reformador<sup>15</sup> otorgó rango constitucional al principio pro persona como elemento armonizador y dinámico para la interpretación y aplicación de normas de derechos humanos.

Finalmente, el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional constituye el fundamento constitucional de los siguientes elementos: (i) los principios objetivos de los derechos humanos: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; (ii) las obligaciones genéricas de las autoridades estatales para la tutela de los derechos humanos: respeto, protección, promoción y garantía; y, (iii) las obligaciones específicas que forman parte de la obligación genérica de garantía: prevenir, investigar, sancionar y reparar.

De acuerdo con la literalidad de los primeros tres párrafos del artículo 1º constitucional se desprende lo siguiente: (i) los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados de los cuales México sea parte integran un mismo conjunto o catálogo de derechos; (ii) la existencia de dicho catálogo tiene por origen la Constitución misma; (iii) dicho catálogo debe utilizarse para la interpretación de cualquier norma relativa a los derechos humanos; y, (iv) las relaciones entre los derechos humanos que integran este conjunto deben resolverse partiendo de la interdependencia y la indivisibilidad de los derechos humanos -lo que excluye la jerarquía entre unos y otros-, así como del principio pro persona, entendido como herramienta armonizadora y dinámica que permite la funcionalidad del catálogo constitucional de derechos humanos.

En forma paralela -pero indudablemente vinculada-, la reforma constitucional de amparo amplió expresamente la procedencia del juicio de

---

<sup>15</sup> Registro: 165713, Al respecto, véase la tesis aislada de rubro: "PODER REFORMADOR DE LA CONSTITUCIÓN. EL PROCEDIMIENTO REFORMATARIO RELATIVO EMANADO DE ESTE ÓRGANO CON FACULTADES LIMITADAS, ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL CONSTITUCIONAL." (Instancia: Pleno. Tesis aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Localización: Tomo XXX, diciembre de 2009, materia constitucional, tesis P. LXXV/2009, página 14).

amparo, para reconocerla en aquellos casos en los cuales se hubiesen violado derechos humanos establecidos en tratados internacionales, con independencia de su reconocimiento en la Constitución. Lo anterior se desprende del texto de la actual redacción de la fracción I del artículo 103 constitucional:

"Artículo 103. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte."<sup>16</sup>

Así, la literalidad de la propia disposición también permite concluir que el artículo 1º constitucional amplió el catálogo de derechos humanos previsto materialmente en la Constitución para comprender también aquellos reconocidos en tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

En un análisis del procedimiento legislativo se desprenden las siguientes conclusiones en relación con la intención y finalidad del Constituyente al aprobar las reformas en comento:

1. Se buscaba que los derechos humanos, independientemente de que su fuente sea la Constitución o los tratados internacionales, conformaran un solo catálogo de rango constitucional;
2. Se pretendió que el conjunto de los derechos humanos vincule a los órganos jurisdiccionales a interpretar no sólo las propias normas sobre la

---

<sup>16</sup> CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 2019, artículo 133, fracción I, Cámara de Diputados.

materia, sino toda norma o acto de autoridad dentro del ordenamiento jurídico mexicano, erigiéndose como parámetro de control de regularidad constitucional; y,

3. Se sostuvo que no sólo las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos constituyen ese parámetro de regularidad constitucional, sino toda norma de derechos humanos, independientemente de que su fuente sea la Constitución, un tratado internacional de derechos humanos o un tratado internacional que aunque no se repute de derechos humanos proteja algún derecho de esta clase.

El artículo 133 constitucional impone a todos los tratados internacionales el requisito material de no contravenir o estar de acuerdo con las normas constitucionales, el artículo 15 constitucional contiene otro requisito de validez material de naturaleza especial, cuyo cumplimiento se exige únicamente respecto a los tratados internacionales que contengan normas de derechos humanos. La especialidad de este requisito radica en que sólo permite -autoriza- la celebración de tratados internacionales, cuyo contenido no menoscabe el catálogo constitucional de derechos humanos, que comprende tanto a los de fuente constitucional como internacional, prohibición que coincide plenamente con el principio de progresividad -y su corolario de no regresividad- de los derechos humanos, reconocido en el tercer párrafo del artículo 1º constitucional.

La conformidad de las normas internacionales de derechos humanos con la Constitución, para efectos de su incorporación al ordenamiento jurídico interno se debe analizar bajo la regla especial del artículo 15 constitucional, entendida con los principios pro persona, de interpretación conforme y progresividad previstos en el artículo 1º constitucional, los cuales permiten el reconocimiento de nuevos derechos humanos, siempre y cuando esto no se traduzca en un detrimento al contenido y alcance de los derechos previamente reconocidos e integrantes del parámetro de control de regularidad constitucional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado en sentido similar, al establecer que "la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria".<sup>17</sup>

### **III. El valor de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

Los criterios emitidos por los Tribunales Colegiados consisten en determinar si los criterios interpretativos contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son orientadores u obligatorios para los Jueces nacionales. Al respecto, es pertinente destacar que con motivo de la resolución dictada en el expediente varios 912/2010, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la tesis aislada P. LXV/2011 (9a.), cuyo rubro es: "SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO."<sup>18</sup>

En dicho criterio se determinó que las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para el Estado Mexicano por ser cosa juzgada, lo cual resulta igualmente aplicable a los criterios interpretativos contenidos en las mismas.

---

<sup>17</sup> Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, párrs. 69 a 72, 87 y 88.

<sup>18</sup> Registro: 160482. Instancia: Pleno. Tesis aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Localización: Libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, materia constitucional, tesis P. LXV/2011 (9a.), pág. 556.

La jurisprudencia interamericana se integra en un sistema de precedentes<sup>19</sup>, según el cual todos los criterios interpretativos contenidos en una resolución dictada por la Corte Interamericana con motivo de un asunto de naturaleza contenciosa gozan de fuerza vinculante, sin necesidad de que se siga un procedimiento formal distinto. En este sentido, cada pronunciamiento del tribunal interamericano se integra a la doctrina jurisprudencial interamericana, cuya fuerza vinculante debe entenderse en clave de progresividad, es decir, como un estándar mínimo que debe ser recibido por los Estados que hayan reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana para ser aplicados directamente, en forma armónica con la jurisprudencia nacional, o para ser desarrollados o ampliados mediante jurisprudencia que resulte más favorecedora para las personas.

Como resultado de nuevas reflexiones y con motivo de la nueva integración del Tribunal Pleno, debe considerarse que esta fuerza vinculante de los criterios interpretativos contenidos en sentencias interamericanas debe extenderse a aquellas dictadas en casos en los que el Estado Mexicano no haya sido parte; Por un lado, debe considerarse que la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituye una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esta idea puede clarificarse si se parte de la diferencia que puede trazarse desde el punto de vista conceptual entre lo que es una "disposición" y una "norma"<sup>20</sup>. De acuerdo con esta distinción, la disposición alude al texto de un determinado ordenamiento (un artículo, una fracción, etcétera), mientras que la norma hace referencia al significado que se le atribuye a ese texto. En este caso, la

---

<sup>19</sup> Cabe señalar que la propia Corte Interamericana denomina sus criterios interpretativos de la Convención Americana como "jurisprudencia". Al respecto, véase por ejemplo: Corte IDH Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, No. 209, párrs. 65, 67, 93, 110, 116, 139, 180, 274, 339, 340, 346, 347-a, 360, 371 y 374.

<sup>20</sup> Se trata de una importante distinción bastante extendida tanto en la teoría del derecho, como en la dogmática constitucional y la jurisprudencia constitucional comparada. Por todos, véase Pozzolo, Susana, y Escudero, Rafael (eds.), *Disposición vs. Norma*, Lima, Palestra, 2011; y Díaz Revorio, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid, Lexnova, 2001, páginas 35-37.

"disposición" sería el texto de la Convención Americana, mientras que las "normas" serían los distintos significados que la Corte Interamericana atribuye al texto convencional a través de su jurisprudencia, incluyendo aquellos dictados en los casos en los que el Estado Mexicano no haya sido parte.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aun entendida como vinculante para los operadores jurídicos mexicanos, no pretende ni puede sustituir a la jurisprudencia nacional ni debe ser aplicada en forma acrítica. Por el contrario, la aplicación de la jurisprudencia del tribunal interamericano debe hacerse en clave de colaboración y no de contradicción con la jurisprudencia nacional, de modo que los pronunciamientos que eventualmente impliquen una diferencia de criterio respecto a los alcances que pueda llegar a tener un derecho en específico deberán ser resueltos con base en el principio pro persona.

Es en ese sentido resulta evidente que la jurisprudencia interamericana es vinculante para los Jueces nacionales cuando resulte más favorable, como lo ordena el principio pro persona contenido en el artículo 1º constitucional, toda vez que ésta sienta las bases para una interpretación mínima respecto a un derecho en particular.

Este proceder ha sido paradigmático en el quehacer jurisprudencial interamericano, pues no debe olvidarse que las sentencias de la Corte Interamericana, en términos del propio tribunal internacional, tienen un doble carácter, a saber, tutelar y preventivo. Así, la función tutelar de una sentencia se cumple por el hecho de que ésta pretende resolver un caso específico con base en la determinación de medidas de reparación a cargo del Estado condenado, las cuales buscarán desaparecer los efectos de una violación a derechos humanos. Por otra parte, la función preventiva se desprende «de» los precedentes contenidos en las sentencias, los cuales, además de resolver un asunto específico, pretenden sentar un estándar mínimo que resulte aplicable para casos

futuros y respecto de otros Estados formalmente ajenos a la controversia que dio lugar a la emisión de la sentencia.

Por consiguiente, este carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana exige a los operadores jurídicos mexicanos lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y, (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos de las personas.

## **CAPÍTULO TERCERO INTERPRETACIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

### **3.1. Jurisprudencia 20/2014.**

“DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.”

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional,

conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.<sup>21</sup>

### **3.2. Jurisprudencia 21/2014.**

“JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.”

Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.<sup>22</sup>

---

<sup>21</sup> Registro: 2006224, Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I Materia(s): Constitucional, Tesis: P./J. 20/2014 (10a.) Página: 202. Contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2013.

<sup>22</sup> Registro: 2006225, Instancia: Pleno Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I Materia(s): Común Tesis: P./J. 21/2014 (10a.) Página: 204. Contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2013.

**3.3. Derivando además de la Jurisprudencia 20/2014 surge la:  
Jurisprudencia 29/2015.**

“DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS TANTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. PARA DETERMINAR SU CONTENIDO Y ALCANCE DEBE ACUDIRSE A AMBAS FUENTES, FAVORECIENDO A LAS PERSONAS LA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA.”

Acorde con lo sostenido por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.), las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, ya que se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional. Por tanto, cuando un derecho humano esté reconocido tanto en la Constitución Federal, como en los tratados internacionales, debe acudirse a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; en el entendido de que cuando exista en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.<sup>23</sup>

**3.4. Controles que emanan de la reformas constitucionales de 2011.**

**3.4.1. Control de Convencionalidad - Ex officio**

El surgimiento del trascendental concepto de “control de convencionalidad” en un principio pasó, relativamente, inadvertido. El término fue utilizado por primera vez de forma aislada en varios de los votos del ex Juez y ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Sergio García Ramírez. En esas primeras referencias, se definía al control de convencionalidad como un ejercicio que la CIDH realizaba “al analizar la complejidad del asunto, [...] verificando la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención

---

<sup>23</sup> Registro: 2008935, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 17, Abril de 2015, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a./J. 29/2015 (10a.), Página: 240. Acorde con lo sostenido por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.),\*

[...] debiendo explorar las circunstancias de jure y de facto del caso.” En esta primera concepción, el control de convencionalidad se refiere esencialmente a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer y decidir un caso aplicando la Convención Americana, tanto en los hechos como en el derecho de cualquier asunto que se le presente y en el cual sea competente.<sup>24</sup>

Esta concepción del control de convencionalidad (tradicional o básica), en principio concentrada en un tribunal internacional, se ha visto complementada con una concepción “transnacional”, en donde el acatamiento y aplicación de la Convención Americana y su interpretación por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se configura, en palabras del Juez Interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor, como un “control judicial interno de convencionalidad”.<sup>25</sup>

El desarrollo horizontal, democrático y plural del control de convencionalidad encuentra su mejor ejemplo cuando esta doctrina es aplicada y desarrollada por cortes y tribunales nacionales ya sea directamente en cumplimiento de un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o indirectamente o motu proprio en un esquema de “constitucionalismo multinivel”.

En México, se dio el primer supuesto de aplicación a un poco más de un mes de la publicación de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011. Dicha reforma actualizó el régimen constitucional en materia de derechos incluyendo una cláusula de incorporación de los tratados de derechos humanos a nivel constitucional. Así, el Artículo 1º, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a partir de ese momento

---

<sup>24</sup> Corte IDH, Voto del Juez Sergio García Ramírez en el Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C, No. 141, párr. 30. Véanse, en general, los valiosos votos concurrentes de Sergio García Ramírez, en los Casos Myrna Mack Chang vs. Guatemala, resuelto el 25 de noviembre de 2003, párr. 27; Caso Tibi vs. Ecuador, de 7 de septiembre de 2004, párr. 3; y Caso Vargas Areco vs. Paraguay, párrs. 6 y 12.

<sup>25</sup> FERRER, Mac-Gregor, Eduardo. “El control judicial interno de convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales, Fundap, 2012, pp. 211- 243.

histórico señala que: “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.”<sup>26</sup>

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió el siguiente criterio:

“CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. CONDICIONES GENERALES PARA SU EJERCICIO.”

La autoridad judicial, para ejercer el control ex officio en los términos establecidos en el expediente Varios 912/2010 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debe asegurarse que se ha actualizado la necesidad de hacer ese tipo de control, es decir, en cada caso debe determinar si resulta indispensable hacer una interpretación conforme en sentido amplio, una en sentido estricto o una inaplicación, lo cual ocurre cuando se está en presencia de una norma que resulta sospechosa o dudosa de cara a los parámetros de control de los derechos humanos. De este modo, cuando una norma no genera sospechas de invalidez para el juzgador, por no parecer potencialmente violatoria de derechos humanos, entonces no se hace necesario un análisis de constitucionalidad y convencionalidad exhaustivo, porque la presunción de constitucionalidad de que gozan todas las normas jurídicas no se ha puesto siquiera en entredicho. Lo anterior es así, porque como se señaló en el citado expediente Varios, las normas no pierden su presunción de constitucionalidad sino hasta que el resultado del control así lo refleje, lo que implica que las normas que son controladas puedan

---

<sup>26</sup> Sobre este tema consúltese la aguda y profunda reflexión de José Luis Caballero en su obra de inminente aparición *“La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad”* a publicarse en la Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional.

incluso salvar su presunción de constitucionalidad mediante la interpretación conforme en sentido amplio, o en sentido estricto.<sup>27</sup>

El control de convencionalidad supone tres pasos:

- a) Interpretación conforme en sentido amplio, que implica que los jueces deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos, favoreciendo a las personas la interpretación más amplia.
- b) Interpretación conforme en sentido estricto, que significa elegir entre las opciones interpretativas la que mejor favorezca los derechos humanos y que evite incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.
- c) Inaplicación de la ley cuando no se pueda hacer una interpretación conforme.

### **3.4.2. Control Difuso**

Los orígenes de la expresión control difuso de convencionalidad se presentan en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en las sentencias dictadas por la Corte Interamericana desde el caso *Almonacid Arellano vs Chile*, seguido del caso *Trabajadores cesados del Congreso vs Perú*, pasando por varios asuntos más hasta llegar a los casos contra México, *Radilla Pacheco, Fernández Ortega, Rosendo Cantú y Cabrera García y Montiel Flores*, continuando su evolución con el caso *Gelman vs Uruguay* y el más reciente *Atala Riffo vs Chile*.

No obstante, la comprensión del control difuso de convencionalidad y de sus alcances en el ordenamiento jurídico mexicano estaría incompleta si se ignorara que a raíz de la reforma constitucional sobre de derechos humanos,

---

<sup>27</sup> Registro: 2010954, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 27, Febrero de 2016, Tomo I, Materia(s): Común, Tesis: 1a./J. 4/2016 (10a.), Página: 30.

publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales de los que México sea parte demandan igual respeto y garantía que los derechos consagrados en la Constitución, de manera que las autoridades mexicanas, encargadas de crear, aplicar e interpretar la ley, deberán, en cada una de sus actuaciones y dentro de sus competencias, dotar de eficacia plena a este nuevo catálogo de derechos y favorecer el mayor ámbito de protección a las personas titulares de los mismos.

En esa línea, para establecer el alcance y contenido de estos derechos –y con ello decidir cuál será su mayor ámbito de protección y las limitaciones que es legítimo imponerles sin privarlos de eficacia normativa– es necesario acudir al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, conformado por los tratados universales y regionales de tutela de los derechos humanos, la jurisprudencia surgida de tribunales internacionales y las interpretaciones autorizadas emitidas por los comités encargados de vigilar el cumplimiento de los tratados, entre otras fuentes.

Es así que en términos llanos, dicha reforma constitucional implica para quienes desempeñan una labor jurisdiccional una doble tarea: no sólo habrán de sujetar su actuación a las normas constitucionales e internacionales de protección de derechos humanos, sino que deberán supervisar que otras autoridades lo hagan y que en las controversias entre particulares de igual manera se tomen en cuenta. La anterior encomienda constitucional conlleva que el marco normativo aplicable bajo el cual se emitan los fallos que resuelvan las disputas en sede jurisdiccional tenga como piedra angular a las normas sobre esos derechos de ambas fuentes.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió criterio:

“CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. SU EJERCICIO NO LIMITA NI CONDICIONA EL DEL CONTROL CONCENTRADO.”

En atención a los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el control difuso que realizan los Jueces ordinarios, en el ámbito de sus competencias, constituye una herramienta en su labor de decir el derecho conforme a la Ley Suprema. Esta facultad se ha entendido en el sentido de que el órgano judicial puede ejercerla ex officio, esto es, en razón de su función jurisdiccional y sin que medie petición alguna de las partes; sin embargo, es factible que en un juicio contencioso el actor solicite que el juzgador ejerza control difuso respecto de alguna norma. En este caso, al existir un argumento de nulidad expreso, se dan dos posibilidades: 1) que el órgano jurisdiccional coincida con lo expuesto por el actor y considere que debe desaplicar la norma; y, 2) que no convenga con lo solicitado. En este último supuesto, si el órgano del conocimiento considera que la norma no es contraria a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte, bastará con que mencione en una frase expresa que no advirtió que la norma fuese violatoria de derechos humanos, para que se estime que realizó el control difuso y respetó el principio de exhaustividad que rige el dictado de sus sentencias, sin que sea necesaria una justificación jurídica exhaustiva en ese sentido, pues la norma no le generó convicción que pusiera en entredicho la presunción de constitucionalidad de la que gozan las disposiciones jurídicas de nuestro sistema; ello, porque no puede imponerse al juzgador natural la obligación de contestar de fondo los argumentos de inconstitucionalidad o inconvencionalidad que le hagan valer en la demanda, ya que ese proceder implicaría que la vía se equipare al control concentrado, desvirtuándose con ello la distinción entre los dos modelos de control que están perfectamente diferenciados en nuestro sistema. Por tanto, es inexacto considerar que en su demanda de amparo el quejoso deba combatir el análisis de constitucionalidad efectuado por la autoridad responsable, pues el control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad de las normas generales por vía de acción se deposita exclusivamente en los órganos del Poder Judicial de la Federación, quienes deciden en forma terminal y definitiva si una disposición es o no contraria a la Constitución Federal y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Además, tratándose de

procedimientos de control concentrado, el tema de inconstitucionalidad o de inconveniencia de leyes -planteado expresamente por el solicitante de amparo- forma parte de la litis y, por ende, el Tribunal Colegiado de Circuito está obligado a pronunciarse de forma directa sobre éste. De ahí que los juzgadores de amparo deben abordar el estudio de constitucionalidad de leyes al dictar sentencia en amparo directo cuando estos aspectos sean planteados en los conceptos de violación, sin que los pronunciamientos que hubiese realizado la autoridad responsable en el juicio de nulidad, por medio del ejercicio del control difuso, limiten o condicionen el ejercicio de las facultades del control concentrado.<sup>28</sup>

Ahora con la reforma, el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad son una obligación de todo juez en México, obligación que deriva de:

- a) Las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado Mexicano;
- b) La misma Convención Americana sobre Derechos Humanos, en sus artículos 2º y 29, deber de adoptar de derecho interno y obligación de adoptar la interpretación más favorable, respectivamente.
- c) De la misma reforma al artículo 1º de la Constitución Federal y,
- d) De la aceptación expresa del control difuso por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el expediente varios 912/2010 relacionado con el caso *Radilla Pacheco*.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> Registro: 2010144, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 23, octubre de 2015, Tomo II, Materia(s): Común, Tesis: 1a. CCXC/2015 (10a.), Página: 1648.

<sup>29</sup> FERRER, Mc Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control de convencionalidad, El nuevo paradigma para el juez mexicano*, México, Porrúa-UNAM, 2012, pp 339-429

### **3.4.3. Principio *Pro Personae***

La aparente claridad de estos conceptos resulta, engañosa si se analiza la complejidad de la operación concreta de este principio en el marco de un sistema jurídico-cultural que, como ya se apuntó, aún está caracterizado por criterios formalistas a los cuales habrá que enfrentarse los operadores jurídicos. Sin duda, un principio que propone el análisis de las normas desde el peso sustantivo que éstas tienen en la protección de las personas contrasta con la rigidez de criterios de supremacía, jerarquía o producción normativa; así como con un sistema estricto de producción de interpretaciones obligatorias para los distintos operadores jurídicos.

En alguna medida, estos problemas se derivan de la inserción –ciertamente benéfica, pero no por eso menos compleja– en los sistemas jurídicos nacionales de un criterio de interpretación que operó, en inicio, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. La fragmentación que caracteriza la producción normativa e interpretación del derecho internacional resulta en una dinámica que no está determinada por criterios de jerarquías y validez. Todo lo contrario. La propia naturaleza del derecho internacional hacía indispensable que se incorporara en los tratados internacionales una salvaguarda específica que permitiera, por un lado, avanzar en el desarrollo progresivo de las normas de protección de la persona y, por otro lado, armonizar los distintos instrumentos e interpretaciones producidas por diversos órganos; esto sin perder de vista el fin de los instrumentos internacionales de derechos humanos: la protección efectiva de la persona. Lo anterior no significa que los sistemas jurídicos nacionales no hayan desarrollado criterios constitucionales que favorezcan la interpretación o aplicación de la norma más benéfica. Entre este tipo de criterios destacan, por ejemplo, los principios *in dubio pro reo*, *in dubio pro operario* o de favorabilidad laboral, *favor debilis*, *favor libertatis* y *pro actionae* o la aplicación retroactiva de la ley penal más benéfica. Sin minimizar la importancia que estos principios han tenido en la incorporación del criterio *pro persona* en el constitucionalismo nacional y comparado, es importante reconocer que aquéllos no pueden equipararse con

este último, lo cual se analizará en el desarrollo del presente módulo. Dichos criterios de interpretación favorable proponen ejercicios normativos concretos que se relacionan con supuestos normativos particulares; sin embargo, el pro persona es un principio que deberá iluminar todo el ordenamiento jurídico. En este sentido, hay que reconocer que la discusión sobre dicho principio implica, sin duda, un análisis de por lo menos otros dos elementos concretos que también se derivan de la reforma constitucional: a) cuáles son las bases para determinar la interacción entre la Constitución y los tratados que contengan normas de protección de derechos humanos de las personas, y b) qué implica el mandato específico para la interpretación de las normas en derechos humanos, cualquiera que sea su naturaleza o posición en el sistema jurídico. Cada uno de estos elementos será abordado en la medida en que sea necesario para comprender cómo podría operar el principio pro persona en casos concretos, con miras a la protección efectiva de la persona. Al iniciar este módulo se mencionó que el principio pro persona es un concepto complejo que se ha forjado con base en el desarrollo del *didh*, particularmente de la jurisprudencia de la Corte *idh*, además de encontrar referencias en los principios de trato más favorable reconocidos en la doctrina constitucional de distintos países, incluido México. La fusión de estas dos vertientes jurídicas de protección de la persona ha dado como resultado un principio que, por sus particularidades, amerita un estudio detallado de sus fundamentos, contenido y alcance con el fin de determinar cómo sería su aplicación en los casos concretos.<sup>30</sup>

Por lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación entiende y señala:

“PRINCIPIO PRO *PERSONAE*. CONGRUENTE CON SU INTERPRETACIÓN POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, EN LOS PROCEDIMIENTOS O JUICIOS EN LOS QUE, ADEMÁS DE LOS ENTES ESTATALES, ESTÉN INVOLUCRADAS PERSONAS (PARTES) CON

---

<sup>30</sup> URQUIAGA, Medellín, Ximena, profesora-investigadora asociada de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (cide), Coedición: Suprema Corte de Justicia de la Nación (scjn), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (oacnudh) y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (cdhdf). México, Primera edición 2013, pag 16-17

INTERESES CONTRARIOS, DEBE APLICARSE VELANDO POR QUE TODOS LOS DERECHOS HUMANOS DE ÉSTAS SEAN RESPETADOS Y NO SOLAMENTE LOS DE QUIEN SOLICITA SU PROTECCIÓN.”

Congruente con la interpretación que del principio pro *personae* ha efectuado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, derivada de la tesis 1a. XXVI/2012 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro V, Tomo 1, febrero de 2012, página 659, de rubro: "PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL.", así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia (fondo, reparaciones y costas, párrafo 106), se le identifica de forma genérica con la protección eficaz de la persona y se deriva del propio objetivo y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual, en palabras de la propia Corte Interamericana, se inspira en valores comunes superiores, centrados en la protección del ser humano, está dotada de mecanismos específicos de supervisión, se aplica de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagra obligaciones de carácter esencialmente objetivo y tiene una naturaleza especial, que la diferencia de los demás tratados. Por tanto, en los procedimientos o juicios en los que, además de los entes estatales, estén involucradas personas (partes) con intereses contrarios, como por ejemplo, el juicio de amparo, en el cual interviene el quejoso, la autoridad responsable y en la mayoría de los casos, existe un tercero perjudicado o tercero interesado, el principio pro *personae* debe aplicarse velando por que todos los derechos humanos de los particulares sean respetados y no solamente los de quien solicita su protección. Aceptar lo contrario, es decir, que con la finalidad de proteger los derechos únicamente de alguna de las partes en el juicio se vulneraran los inherentes a la otra, desnaturalizaría el fin perseguido por el señalado principio, que no es otro que la tutela y mayor extensión en la protección de los derechos humanos como criterio hermenéutico y garantía colectiva.”<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Registro: 2005026, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXVI, Noviembre de 2013, Tomo 2, Materia(s): Constitucional, Común, Tesis: IV.2o.A.44 K (10a.), Página: 1383

### **3.5. La doble Moral de los Juzgadores. ¿Vuelve al derecho incierto? ¿Está México preparado para este nuevo paradigma?**

Con todo lo anterior se dieron las reformas constitucionales del año 2011, con relación a Derechos Humanos y el Debido Proceso, pero la doble moral que maneja el sistema mexicano, queda establecido en los siguientes criterios:

Por ejemplo, caso de Florence Marie Louise Cassez Crépin, produjo la siguiente Jurisprudencia:

“PRUEBA ILÍCITA. EL DERECHO A UN DEBIDO PROCESO COMPRENDE EL DERECHO A NO SER JUZGADO A PARTIR DE PRUEBAS OBTENIDAS AL MARGEN DE LAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES Y LEGALES.”

Exigir la nulidad de la prueba ilícita es una garantía que le asiste al inculpado durante todo el proceso y cuya protección puede hacer valer frente a los tribunales alegando como fundamento: (i) el artículo 14 constitucional, al establecer como condición de validez de una sentencia penal, el respeto a las formalidades esenciales del procedimiento, (ii) el derecho de que los jueces se conduzcan con imparcialidad, en términos del artículo 17 constitucional y (iii) el derecho a una defensa adecuada que asiste a todo inculpado de acuerdo con el artículo 20, fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En este sentido, si se pretende el respeto al derecho de ser juzgado por tribunales imparciales y el derecho a una defensa adecuada, es claro que una prueba cuya obtención ha sido irregular (ya sea por contravenir el orden constitucional o el legal), no puede sino ser considerada inválida. De otra forma, es claro que el inculpado estaría en condición de desventaja para hacer valer su defensa. Por ello, la regla de exclusión de la prueba ilícita se encuentra implícitamente prevista en nuestro orden constitucional. Asimismo, el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales establece, a contrario sensu, que ninguna prueba que vaya contra el derecho debe ser admitida. Esto deriva de la

posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables.<sup>32</sup>

Pero cuando sus coacusados y demás procesados a nivel nacional pretendieron hacer valer el “debido proceso”, surgió la doble moral de la Suprema Corte de Justicia de la Nación bajo los siguientes criterios:

“PRINCIPIO PRO PERSONA. DE ÉSTE NO DERIVA NECESARIAMENTE QUE LOS ARGUMENTOS PLANTEADOS POR LOS GOBERNADOS DEBAN RESOLVERSE CONFORME A SUS PRETENSIONES.”

Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1a./J. 107/2012 (10a.), publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XIII, Tomo 2, octubre de 2012, página 799, con el rubro: "PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE.", reconoció de que por virtud del texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional en materia de derechos fundamentales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, el ordenamiento jurídico mexicano, en su plano superior, debe entenderse integrado por dos fuentes medulares: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. También deriva de la aludida tesis, que los valores, principios y derechos que materializan las normas provenientes de esas dos fuentes, al ser supremas del ordenamiento jurídico mexicano, deben permear en todo el orden jurídico, y obligar a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Sin embargo, del principio pro *homine* o

---

<sup>32</sup> Registro: 160509, Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 3 Materia(s): Constitucional Tesis: 1a./J. 139/2011 (9a.) Página: 2057. Tesis de jurisprudencia 139/2011. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de cuatro de noviembre de dos mil once.

pro persona no deriva necesariamente que las cuestiones planteadas por los gobernados deban ser resueltas de manera favorable a sus pretensiones, ni siquiera so pretexto de establecer la interpretación más amplia o extensiva que se aduzca, ya que en modo alguno ese principio puede ser constitutivo de "derechos" alegados o dar cabida a las interpretaciones más favorables que sean aducidas, cuando tales interpretaciones no encuentran sustento en las reglas de derecho aplicables, ni pueden derivarse de éstas, porque, al final, es conforme a las últimas que deben ser resueltas las controversias correspondientes.<sup>33</sup>

Algunos autores como Luis Miguel Cano y Graciela Rodríguez<sup>34</sup>, son bastante claros en señalar que no se aprecia con claridad en la resolución del expediente varios 912/2010, como se debe de entender el control de Constitucionalidad y Convencionalidad, pues los criterios de la resolución son bastante generales, por lo que ellos proponen un método de cinco pasos a seguir:

1. Identificar qué derechos humanos están en juego en un determinado caso.
2. Identificar el problema de contraste normativo.
3. Pronunciarse sobre cuál de los marcos normativos, el interno o el internacional, resulta más favorable para extender la protección de las personas y sus derechos humanos para el caso concreto.
4. Aplicación de la clausula de interpretación conforme (interpretación en sentido amplio y estricto). Cuando esto no es posible se pasaría al quinto paso;

---

<sup>33</sup> Registro: 2004748, Instancia: Primera Sala Tipo de Tesis: Jurisprudencia Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 2 Materia(s): Constitucional Tesis: 1a./J. 104/2013 (10a.) Página: 906. Tesis de jurisprudencia 104/2013 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada de veinticinco de septiembre de dos mil trece.

<sup>34</sup> CANO Miguel y Graciela RODRÍGUEZ, *Un futuro incierto para la práctica del control difuso de convencionalidad*, en García Villegas Sánchez Cordero, Paula M. El control de convencionalidad y las cortes nacionales: la perspectiva de los jueces mexicanos, México, Porrúa, 2013, pp103-120.

5. Inaplicación o invalidación de las normas provenientes del marco interno que no puedan conciliarse con las de fuente internacional que hayan resultado más favorables.

Por lo que el juzgador cuando realiza un control de constitucionalidad y/o convencionalidad debe de:

- a) Identificar los derechos humanos que están en juego,
- b) Identificar las normas relevantes –aplicables- tanto de origen interno como internacional,
- c) Elegir el marco normativo que resulte más favorable –si es el interno aquí concluye el control-,
- d) Si se elige el marco internacional procede realizar una interpretación conforme de las normas internas –en sentido amplio y estricto-, y
- e) Inaplicar las normas si no se puede hacer una aplicación conforme.

La jurisprudencia desarrolla un papel de concreción normativa que se caracteriza por un interesante grado de libertad del querer. También en los sistemas con derecho codificado, sin la mediación de la jurisprudencia, el derecho no estaría en grado de producir efectos. Esto por diferentes razones: por ejemplo en general, debido a la naturaleza del lenguaje jurídico, y también puede debido a la forma que asume el discurso del legislador como expresión de compromisos inciertos, de los cuales nacen normativas, bajo el presupuesto de que ellas darán lugar a diferentes interpretaciones concretas. Solo gracias a la amplia zona gris que se diseña alrededor de cada norma puede, al parecer, encontrarse el acuerdo. La labor de la jurisdicción es definitiva y solo triunfa en la medida en que se

establecen los *easy case*<sup>35</sup>, llegando así a una síntesis entre las múltiples concreciones posibles.

El neoconstitucionalismo denuncia la creciente inadecuación del legislador, especialmente en la concreción de los derechos enunciados en los textos constitucionales. Esto es legítimo y es difícil disentir políticamente. Por eso no significa que tal juicio no tenga una naturaleza política, ya que como se denuncia es la falta “de una norma justa”

---

<sup>35</sup> POZZOLO, Susanna, *Congetture sulla giurisprudenza come fonte*, en L. Triolo (ed.), *prassi giuridica e controllo di razionalità*, Torino, Giappichelli, 2001, pp 115-145.

## CONCLUSIONES

El derecho no se agota en la ley.

En el Derecho están los principios, que pueden ser definidos como exigencias de justicia, equidad o de otra dimensión de la moral y ser asimilados a los derechos individuales; que es en extremo difícil hallar la única respuesta correcta para cada caso jurídico; que es a los jueces a quienes corresponde elaborar argumentos principialistas, posibilitando así que los derechos individuales triunfen cuando compitan con el Estado y los intereses comunitarios; que es imprescindible una lectura moral de la Constitución.

La justificación jurídica no es autosuficiente por lo que requiere abrirse a la justificación moral; los derechos humanos como derechos morales remiten en su justificación a los principios morales de autonomía de la persona, de la inviolabilidad de la persona, así como a la dignidad personal; hay que marcar distancia entre el escepticismo ético y la democracia: “que no haya una verdad moral objetiva [...] excluye la justificación de la democracia, o de cualquier otro arreglo social”; se admite el control judicial de constitucionalidad de las leyes señaladas como violatorias de los presupuestos de la democracia, de las leyes fundadas en razones perfeccionistas y de las leyes que afectan negativamente la preservación de la práctica jurídica moralmente aceptada.

Entre el constitucionalismo y el legalismo, sería preferible un constitucionalismo moderado; con la presencia, en el derecho, de los principios, a los que asimiló con los valores, identificando en estos últimos un contenido moral y una forma jurídica; el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico y moral, que la aplicación del derecho debe estar guiada por la mejor respuesta correcta para cada caso como idea regulativa y que la injusticia extrema limita y aun excluye la existencia del derecho.

En el neoconstitucionalismo se aprecia que:

- a) El derecho ha dejado de ser un conjunto sistemático de normas autoritativas para incluir valores y principios,
- b) En la epistemología jurídica ya no se pretende un saber meramente descriptivo y sistematizador, sino que se exige prescripción y valoración,
- c) 'La aplicación deja de asimilarse a decisión irracional y volitiva como en Kelsen', o de fácil y silogístico desentrañamiento de la solución contenida en la norma, para reclamar de la razón práctica ponderaciones y argumentos que la validen o justifiquen,
- d) El derecho se judicializa,
- e) La validez de las normas se amplía a los contenidos, especialmente constitucionales, potenciando la jurisdicción,
- f) Se reconoce una juridicidad indisponible o limitante del derecho que ponen las autoridades (y de las decisiones y omisiones de la mayoría),
- g) La distinción tajante entre derecho y moral se fractura, y el jurista debe enfrentar exigencias de moral crítica o racional. 'En el Estado de Derecho Constitucional no sólo importa reconocer derechos, sino preocuparse para que se tornen operativos, y aquí el acceso a la justicia se torna una pieza decisiva',
- h) La Constitución deja de ser un programa político dirigido al legislador y se convierte en una fuente del derecho en la que se pueden encontrar las respuestas jurídicas que requieren los problemas de esa naturaleza,
- i) La Constitución en su totalidad se convierte en una norma jurídica eficaz,
- j) se establecen controles judiciales de constitucionalidad.

Entonces en el Neoconstitucionalismo o Estado Constitucional del Derecho:

1ª En el neoconstitucionalismo, la Constitución no deja de ser una ley.

2ª El Neoconstitucionalismo se puede caracterizar por las siguientes formulaciones base en el estudio del derecho:

- a) Principios versus normas (reglas),
- b) Ponderación versus subsunción,
- c) Constitución versus independencia del legislador, y
- d) Jueces versus libertad del legislador.

(Los neoconstitucionalistas serían entonces aquellos quienes subrayan la prevalencia del primero de los términos en cada una de esas oposiciones.)

3ª Reconoce por algunos una conexión débil entre derecho y moral;

4ª Admite que el derecho no sólo está conformado por reglas sino por principios y otro tipo de normas;

5ª El derecho no sólo consiste en la estructura normativa sino también en la argumentativa, contextual y procedimental;

6ª La legalidad se supedita a la constitucionalidad en un sentido fuerte;

7ª Las normas que no son reglas no pueden interpretarse con los métodos tradicionales. Se debe acudir al principio de proporcionalidad, la teoría del contenido esencial, la razonabilidad, entre otras;

8ª Más que hablar de interpretación se destaca el papel de la argumentación no sólo en su faceta retórica sino en sus ámbitos hermenéuticos, contextuales y procedimentales;

9ª La búsqueda de la certeza jurídica se vuelve más exigente y difícil, se apoya, principalmente en la calidad de la argumentación;

10ª Las normas jurídicas se interpretan desde la constitución;

11ª El juez constitucional en ocasiones se coloca por encima del legislador (legislador negativo) y lo desplaza, lo que pone en cuestión su legitimidad democrática;

12ª Se intenta poner fin con las técnicas de la argumentación a la discrecionalidad judicial en el sentido en que había sido entendida por Kelsen o Hart;

13ª No hay neutralidad ni avaloratividad en el derecho.

Las teorías de la argumentación reposan confesadamente en el constructivismo ético y éste, a su vez, sostiene tesis antimetafísicas y antirealistas. Sin embargo, objetivismo moral y constructivismo ético vienen a satisfacer un mismo designio que resulta fundamental al neoconstitucionalismo, el de poder formular juicios morales con pretensiones de objetividad o certeza; ya sea una objetividad *ex ante* o previa a la argumentación, más en la tradición iusnaturalista, ya sea una objetividad *ex post* o fruto de un depurado modelo de argumentación. Lo importante es esquivar el reproche de que, a la postre, *el Derecho sea tan sólo lo que los jueces dicen que es*.

La propuesta neoconstitucionalista sugiere afrontar las dificultades garantísticas del constitucionalismo recurriendo a una vía iusnaturalista que, atribuyendo validez moral al derecho positivo, paradójicamente presenta los riesgos del positivismo ideológico. Se trata de una falsa solución y, por cierto para nada garantista: (el neoconstitucionalismo) afirma que refuerza el derecho positivo y, en cambio, lo debilita atribuyéndole una pretensión de corrección moral; (el

neoconstitucionalismo) crea la ilusión de una perfecta correspondencia entre justo y legal, mortificando la posibilidad de una crítica externa al derecho positivo.

¿Pero qué es lo novedoso en el neoconstitucionalismo? La observación del Estado constitucional de derecho *en funcionamiento*.

En la práctica los ordenamientos jurídicos contemporáneos han sido modificados por una serie de cambios que guardan relación con un fenómeno que ha sido denominado como “*constitucionalización del ordenamiento jurídico*” el que podemos entender como ‘*un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta impregnado por las normas constitucionales*’.

Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución extremadamente invasora, entrometida capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales.

Las condiciones que son necesarias para poder decir que un ordenamiento jurídico está “constitucionalizado” son:

- a. Una constitución rígida,
- b. La garantía jurisdiccional de la constitución,
- c. La fuerza vinculante de la constitución,
- d. La sobre interpretación de la constitución,
- e. La aplicación directa de las normas constitucionales,
- f. La interpretación conforme de las leyes,
- g. La influencia de la constitución sobre las relaciones políticas.

## BIBLIOGRAFÍA.

1. POZZOLO, Susanna, Neoconstitucionalismo y Especificidad de la Interpretación Constitucional, Universidad de Génova (Italia).
2. CARNONELL, Miguel, Teoría del neoconstitucionalismo, *Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta-UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas.- 2007, 334 pp.
3. SALCEDO, Flores, Antonio, el neoconstitucionalismo en México, México, UNAM.
4. PRIETO, Sanchís, Luis, “Ensayo de interpretación de algunas divergencias”, en FERRAJOLI, Luigi, *el neoconstitucionalismo principalista*.
5. BELLOSO, Martín, Nuria, El neoconstitucionalismo y el “nuevo” constitucionalismo latinoamericano: ¿dos corrientes llamadas a entenderse?, España, Universidad de Burgos, área de filosofía del derecho.
6. Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo.- Por Encarnación La Spina.- Comanducci, P.; Ahumada, M. A. y González Lagier, D.: Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo, Fundación coloquio jurídico europeo, Madrid, 2009, pp. 159.
7. MOLLER, Pelayo, Carlos María, El surgimiento y desarrollo de la doctrina de “Control de Convencionalidad” y sus implicaciones en el Estado Constitucional.  
[http://www.miguelcarbonell.com/docencia/El\\_surgimiento\\_y\\_desarrollo\\_de\\_la\\_doctrina\\_de\\_Control\\_de\\_Convencionalidad\\_y\\_sus\\_implicaciones.shtml](http://www.miguelcarbonell.com/docencia/El_surgimiento_y_desarrollo_de_la_doctrina_de_Control_de_Convencionalidad_y_sus_implicaciones.shtml)
8. 7ª. Asamblea General, La Judicatura en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho, Documento Básico de la Mesa de Control difuso de convencionalidad y Derechos humanos.  
[http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Mesa\\_de\\_C\\_Difuso\\_y\\_D\\_Humanos.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Mesa_de_C_Difuso_y_D_Humanos.pdf)
9. GUASTINI, Ricardo, Estudios de Teoría Constitucional, México, Primera Edición 2001; Universidad Autónoma de México; Págs. 156 y ss.
10. CARBONELL, Miguel, Conferencia de 25 de agosto de 2009 sobre el neoconstitucionalismo;  
<http://www.yontnbe.com/watch?v=JPYCVtSvs&feature=related>
11. POZZOLO, Susanna, “Apuntes sobre neoconstitucionalismo”;  
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros>

12. La Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 10 de junio de 2011.
13. AGUILÓ, Regla, Josep. Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución, En Miguel Carbonel y Leonardo García Jaramillo (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Madrid [España], Trotta, 2010 (Estructura y Procesos. Derecho).
14. ALEXY, Robert, Ponderación, control de constitucionalidad y representación, En *Teoría del discurso y derechos constitucionales*. México, Fontamara, 2005 (Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2004).
15. "Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad". En Miguel Carbonel y Leonardo García Jaramillo (Eds.). *El canon neoconstitucional*. Madrid, Trotta, 2010 (Estructura y Procesos. Derecho).
16. CRUZ, Parcero, Juan Antonio, Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos, México, *El control difuso y convencionalidad. Hacia un método de trabajo*, en Constitución y Derechos, Instituto de Estudios Constitucionales del estado de Querétaro, 2017, pp 67-96.
17. CARBONELL, Miguel y Leonardo GARCÍA Jaramillo, El canon constitucional, *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis*, México, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp 153-164.