



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MAESTRÍA EN DERECHO
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO

APROXIMACIÓN CRÍTICA AL DISCURSO JURÍDICO
DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE
MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA:
DANIEL RODRIGO GUERRERO SANTANDER

DIRECTOR: DR. VÍCTOR LUIS CASTELLÓN CERVANTES
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO

CIUDAD UNIVERSITARIA, CIUDAD DE MÉXICO, JUNIO 2018



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**Aproximación crítica al discurso jurídico
de los derechos humanos en México**

Daniel Rodrigo Guerrero Santander

Agradecimientos

Escribir estas páginas ha sido una de las experiencias más gratas en mi vida, no por el resultado final que, en su justa dimensión, es una investigación con un sinfín de detalles a tomar en cuenta para trabajos futuros.

Las experiencias verdaderamente enriquecedoras, y por las que estaré en deuda toda mi vida, sucedieron durante la realización de estas cuartillas.

El Doctor Víctor Castellón ha sido el director apropiado para escribir esta investigación. A partir de su visión crítica, integral, liberal y respetuosa pude encontrar la brecha que me ha llevado a concebir un horizonte más amplio, tanto académica como personalmente. Agradecimiento y respeto a mi profesor de sociología jurídica, pródigo en su amistad y conocimientos.

La Doctora Amalia Amaya es la autora de la teoría en que he intentado enmarcar las reflexiones presentes. Además de que ha sido una fuerte influencia para la realización de esta tesis, sé que he tenido la fortuna de coincidir con una persona honesta y valiosa. Admiración a mi profesora de teoría jurídica contemporánea y una sincera disculpa por las malas interpretaciones que pude haber hecho de su obra.

Además, ha sido un privilegio contar con las consideraciones y observaciones de un sínodo de primer nivel, formado, además de quienes ya he mencionado, por las Doctoras Consuelo Sirvent y Leticia Rojas, y por el Doctor Rosalío López.

Finalmente, agradezco al CONACyT por el financiamiento de este proyecto.

Contenido

Capítulo I. Panorama general.....	9
Capítulo II. La coherencia.....	38
Capítulo III. Derechos humanos y la reforma constitucional 2009-2011.....	59
Capítulo IV. Discursos sobre derechos humanos y coherencia.....	108
Índice general.....	141

Introducción

La idea de realizar las páginas que aquí presento surgió en el marco de mis estudios en el programa de maestría en derecho de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

En su inicio, el planteamiento era si el discurso contenido en la reforma constitucional en materia de derechos humanos publicada el 10 de junio de 2011, en el Diario Oficial de la Federación, estaba logrando los efectos sociales anunciados. Esto implicaba hacer un corte arbitrario, como prácticamente todos los planteamientos de períodos, para evaluar socialmente si la reforma mencionada había o no funcionado, esto al echar mano de la metodología propia de la sociología jurídica. Sin duda, este primer planteamiento implicaba responder a serios problemas epistemológicos que más que aportar al proyecto, hubieran complicado la verificación y comprobación de los modelos adoptados.

Posteriormente, el proyecto transitó al estudio de la misma reforma pero en relación con la racionalidad legislativa. Este segundo planteamiento, aunque interesante y útil para el análisis integral de la reforma de que se trata, no resultó idóneo para el acotamiento del objeto de estudio pues esta teoría planea la revisión exhaustiva desde los estudios preliminares para la presentación de las iniciativas hasta la recepción del texto final por parte de los destinatarios de la norma constitucional. Hubiera sido un abordaje interesante aunque demasiado extenso para una investigación con las características institucionales de ésta.

Finalmente, la investigación se enfocó en los discursos contenidos en los párrafos segundo y tercero del artículo 1º constitucional, a la luz de la reforma en materia de derechos humanos de 2011, lo que no equivale a ignorar a los demás dispositivos reformados. Éste estudio se realizó desde la perspectiva de la teoría coherentista de la satisfacción de restricciones y a partir de la cual me centro en la

discrepancia entre los discursos político y jurídico para la implementación de la reforma objeto de estudio.

Este proceso minucioso de acotamiento del objeto de estudio, planteamiento de la pregunta inicial y selección metodológica, dirigido por el profesor Víctor Luis Castellón Cervantes, en todo momento fue encaminado, por su importancia y oportunidad, en la misma línea de investigación: la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011.

Evidentemente, en México hay un serio problema de respeto a los derechos humanos, no obstante, no es fácil hacer un diagnóstico preciso de si es un problema de derecho (aún con la reforma constitucional de 2011) o de hecho. Seguramente es de ambos. Tampoco es fácil hacer un boceto de posibles soluciones ya que, como todas las contrariedades sociales, se trata de una problemática intrincada, compleja y cambiante, pero que desafortunadamente podemos percibir constantemente en diversos ámbitos de la sociedad mexicana.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada el 10 de junio de 2011, inició su proceso formal en 2009. No obstante, esta reforma fue resultado de un sinnúmero de propuestas académicas, internacionales y de legislaturas anteriores que buscaban dar un marco constitucional adecuado para la protección de los derechos humanos. Los principales argumentos expuestos para esta reforma y durante su proceso fueron: 1) actualizar el sistema jurídico mexicano en esta materia, lo que implicaba pasar de un modelo legalista a uno que procurara la justicia; 2) garantizar desde el texto constitucional la protección a los derechos humanos, con lo que se aseguraría que todas las autoridades y ordenamientos subsecuentes actuaran y se crearan en el mismo tenor, respectivamente, y; 3) lograr que México se incorporara plenamente a los estándares internacionales en la materia, no obstante que México ya había reconocido en 1998 la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y había celebrado y ratificado diversos instrumentos internacionales relacionados con el tema.

Pues bien, de acuerdo con diversos informes sobre la situación de los derechos humanos en México, elaborados por entes internacionales como la

Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹, Amnistía Internacional o Reporteros sin Fronteras², la situación en nuestro país no ha mejorado a partir de la entrada en vigor de la reforma mencionada y, por el contrario, en algunos casos ha empeorado. El Poder Ejecutivo federal y su entramado de filtros burocráticos son en buena medida violadores sistemáticos de derechos humanos, ya sea por acciones o por omisiones. Por ejemplo, ya en repetidas ocasiones se ha denunciado que la tortura en México es real, violaciones que no podrían darse sin acciones. Pero también al dejar de hacer se pueden violar los derechos humanos, tal es el caso del no combate a la pobreza, situación que pone en un estado de vulnerabilidad a la población.

Adicionalmente, parece que cada vez son más comunes los casos de violaciones a los derechos humanos que son perpetrados por particulares, aunque con conocimiento, anuencia o complicidad de las autoridades obligadas, por mandato constitucional, a prevenir y sancionar estas acciones.

En este contexto parece necesario y oportuno intentar desentrañar qué está pasando con esta reforma constitucional histórica pero que parece poco efectiva y que tal vez no sea eficaz. Es bien sabido que no basta con el hecho de reformar el marco jurídico de que se trate, en cualquier materia, para que su observancia se lleve a cabo ni para que la conducta del destinatario se modifique en el sentido que mandata el texto jurídico. Ahora bien, en el caso de la reforma constitucional citada me parece aún más complejo que se implemente de forma adecuada pues no sólo se trata de cumplir el texto constitucional sino que además se trata de un

¹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizó una *visita in loco*, de la cual emanó el informe sobre la situación de los derechos humanos en México de 2016. En éste se advierte que las desapariciones, desapariciones forzadas, ejecuciones extrajudiciales y la tortura han llegado a extremos de crisis sin parangón.

Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/023.asp> [citado el 23 de agosto de 2017 a las 22:00 horas].

² Reporteros sin Fronteras ubica a México en el lugar número 147 de 180 países evaluados en su clasificación mundial de libertad de prensa.

Reporteros sin Fronteras, <https://rsf.org/es/clasificación> [citado 23 de agosto de 2017 a las 22:07 horas].

cambio de cultura en un país que tiene una fuerte tradición jurídica positivista-formalista.

El ser y el deber ser son muy distintos, No obstante, el deber ser es el inicio y la guía para lograr el ser que busca la teoría. Entonces, parece que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos pretende abordar una crisis en cuanto a violaciones de los derechos humanos. La norma fundamental es, como esta denominación indica, el fundamento lógico del sistema jurídico. Fundamento a partir del cual debe organizarse y llenarse de sentido el mundo de derecho que observa, lo que incluye la aceptación de instrumentos internacionales. Ahora, en cuanto al texto constitucional, ¿está formulado de manera correcta para lograr sus fines o es un texto incompleto que en realidad no parece intentar lograr lo que supuestamente es su fin y que por lo tanto no tendrá las repercusiones que se ha dicho que tendrá?

La tesis plasmada en estas líneas intenta proveer al lector de un acercamiento al problema arriba mencionado desde una perspectiva constitucional. ¿Es coherente el discurso político que dio origen a la reforma del 10 de junio de 2011 con el discurso jurídico del texto constitucional aprobado y publicado? Pareciera que las acciones las acciones en el Congreso de la Unión no maximizaron la coherencia de la reforma, lo que pone en riesgo serio la realización de los fines con que fue planteada en su inicio. En adición a esto, el derecho no es un fenómeno que pueda llevarse a cabo por un sólo actor, es un esfuerzo colectivo, por lo que otra pregunta que debe hacerse, desde mi punto de vista, es ¿la interpretación del Poder Judicial de la Federación ha abonado a la realización de los fines de la multicitada reforma? Me parece que no, parece que, por el contrario, la interpretación judicial ha abonado, no en la mayoría de los casos pero sí en algunos significativos, más que al tránsito al paradigma de los derechos humanos a la preservación de la estabilidad social mexicana, esa estabilidad ahora basada en la negación y el ocultamiento de los problemas, en la dilación de su solución pero que a la vez fortalece a las oligarquías del país.

Pues bien, sin el ánimo de menospreciar los esfuerzos de los operadores jurídicos comprometidos con los derechos humanos ni los resultados que sí ha dado esta reforma, se espera conforme el lector avance en el texto llegue a la conclusión de que ésta no goza de la coherencia óptima, por lo que sus fines difícilmente se cumplirán en los términos y por los caminos actuales. Ahora bien, no forzosamente las reformas constitucionales deben materializarse conforme a su primer planteamiento pues los procedimientos subsiguientes son precisamente para mejorar y corregir. Desafortunadamente, los discursos jurídicos, resultado del proceso de reforma, parecen tener no sólo elementos que dañan su coherencia óptima en relación con la filosofía y la teoría que los originó, sino también entre sí mismos; falta de coherencia óptima que termina por lesionar los resultados de la reforma de que se trata.

Capítulo I. Panorama general

El 10 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el que se modificó la denominación del Capítulo I del Título Primero y se reformaron diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos. Esta reforma, en armonía con la también reforma constitucional en materia de amparo publicada el 6 de junio del mismo año, respondió a diversos factores sociales, coyunturas políticas, antecedentes nacionales e internacionales y a exigencias tanto académicas como prácticas de la vida jurídica mexicana. Fue resultado de un largo proceso histórico, de empuje teórico, de presión de órganos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de sistematización de trabajo legislativo y de negociación entre los Poderes Ejecutivo y Legislativo, los poderes ejecutivos locales, los presidentes de los municipios del país y la sociedad civil. Formalmente inició en 2009 ante el Congreso.

La reforma constitucional a la que se hace referencia, y que ha sido multicitada y objeto de diversos estudios desde su publicación hasta la fecha, reformó los artículos 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105, se publicó con nueve artículos transitorios y cambió la denominación del Capítulo I del Título Primero a “De los Derechos Humanos y sus Garantías”³. Tan sólo este último punto generó en su momento gran expectativa ya que resultó novedoso y prometedor mandar en relación con los derechos humanos desde una Constitución que a partir de la reforma de 1917 había sido positivista.

La esencia del decreto de que se trata se encuentra en la reforma al artículo 1º, cuyo contenido es la sustitución del término “individuo” por “persona”, la inclusión de la interpretación de las normas sobre derechos humanos conforme a la Constitución y a los tratados internacionales sobre la materia, así como favorecer con el principio *pro personae*, la obligación de las autoridades a

³ Cfr., http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011 [citado el 24 de septiembre de 2016 a las 21:35 horas].

promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. La obligación del Estado a prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, y finalmente, un punto que es la constitucionalización de un derecho y no la inclusión de un valor o principio, la protección contra la discriminación por la preferencia sexual.

Desafortunadamente, y aún en contra del mandato y los principios constitucionales, a poco más de seis años de que entró en vigor la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, se percibe que ésta no parece dar los resultados esperados ni cumplir las expectativas generadas. Si bien es cierto que una reforma del calado de la que se trata no puede ser evaluada integralmente en tan poco tiempo pues se requiere de la armonización de la normatividad secundaria, de la instrumentación de políticas públicas que hagan palpables los objetivos que dieron origen a aquélla, de la resolución por la vía judicial de los casos difíciles o la frontera derivados de la misma reforma, y de la actualización de la cultura social en cuanto a respeto a los derechos humanos se refiere, también es cierto que en diversos momentos y ante casos significativos, lejos de parecer que estemos en un proceso de cambio de paradigma, parece que nos encontramos en la misma situación anterior a la reforma o en algunos casos en una peor⁴. Dicho en otras palabras, el panorama que implica el tránsito jurídico y social del otorgamiento de derechos y garantías al de reconocimiento de derechos humanos no se ve sencillo y además parece que difícilmente cumplirá con los objetivos que justificaron la reforma de 2011 en los términos en que se realizó por un problema de coherencia jurídica.

Específicamente el proceso iniciado formalmente en 2009 que dio origen a la reforma de 2011 conjuntó un gran número de iniciativas presentadas tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado de la República. El trabajo logrado en la

⁴ Para tener una aproximación a la situación actual de los derechos humanos en México se puede consultar en línea el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el año 2016 en la dirección Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Mexico2016-es.pdf> [citado el 25 de septiembre de 2016 a las 16:12 horas].

Comisión Ejecutiva de Negociación y Construcción de Acuerdos del Congreso de la Unión para la Reforma del Estado (CENCA) y diversos puntos aportados por el Poder Ejecutivo Federal. Esta pluralidad de ideas, visiones, puntos de vista e ideologías fueron reflejados en sus respectivas exposiciones de motivos, elementos que integraron el discurso político que hizo las veces de justificación del ahora texto constitucional o enunciado normativo. Así pues, la disparidad conceptual, entre otras razones, dio a conocer una justificación que parece no ser coincidente con el texto logrado, lo que termina por dañar la coherencia necesaria para la creación de enunciados normativos y su respectiva aplicación.

Por otro lado, el texto constitucional ha sido interpretado desde diversas perspectivas y con variadas metodologías por el Poder Judicial de la Federación, en específico, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Esta multiplicidad de enfoques, además de la falta de coherencia explicativa, ha producido resoluciones no justificadas jurídicamente a la luz de la reforma en comento, y por lo tanto se confirma la dificultad para aplicar el texto constitucional. Es decir que los enunciados fácticos en forma de discurso jurídico (entiéndase las resoluciones judiciales) con que finalmente se aplica la reforma de 2011 carecen de armonía, no sólo con el texto constitucional en su conjunto, sino también con el discurso político que le dio origen y con la interpretación misma de cada decisión judicial, lo que deriva en carencia de justificación.

Sin duda alguna el derecho, tanto como objeto de estudio como ciencia jurídica, debe lograr que la sociedad a la cual está destinado pueda notar los cambios sociales que aquél pretende generar, resolver los problemas planteados y preservar la expectativa de la norma. Por ello es que el contexto jurídico agrupa dos momentos en cuanto a coherencia se refiere, la coherencia para la creación de los enunciados normativos y la coherencia referente a los enunciados fácticos o, específicamente en el caso de este trabajo, la coherencia de la reforma constitucional y la coherencia con que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado el texto constitucional y cómo ha valorado los datos que la ayudan

a resolver. Estos dos momentos, legislativo y judicial, debieran ser coherentes para lograr los fines de la reforma.

En la tesis que aquí se presenta se plantea el problema de la discrepancia entre el texto constitucional, su justificación y su interpretación, de forma más precisa, entre la reforma constitucional al artículo 1º publicada el 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, el discurso político que la justificó durante el proceso de reforma constitucional y el discurso jurídico que intenta justificar ciertos criterios de la Suprema Corte.

A su vez, la misma reforma es diseccionada para ser estudiada principalmente en relación con los párrafos segundo y tercero del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos pues es en donde se consagran los valores, principios y la aparente racionalidad del discurso jurídico que busca institucionalizar el respeto a los derechos humanos, mientras que los demás artículos reformados constitucionalizan derechos o incorporan garantías para ampliar el catálogo reconocido o imponen obligaciones al Estado mediante la procedimentalización.

Por otro lado, la interpretación judicial se estudia a partir de ciertas decisiones específicas que parecen ser un retroceso en cuanto a respeto de derechos humanos se refiere, contrario a los principios constitucionales en esta materia y a la obligación del Estado de defenderlos.

Los elementos mencionados toman la forma de discurso político y jurídico para justificar la implementación y el modo de hacerlo de la reforma de 2011, así pues, en este trabajo se propone su estudio a partir de una teoría coherentista que conjugue los momentos de creación normativa y de interpretación, lo que nos lleva al estudio discursivo o de justificación pero desde una perspectiva que no sea solamente racionalista como lo son las teorías discursivas.

No se puede negar que a partir de la entrada en vigor de la reforma constitucional, específicamente de los párrafos segundo y tercero del artículo 1º, ha habido importantes cambios jurídicos que se han reflejado en las normas

secundarias, en la interpretación judicial y en la cultura jurídica de la sociedad, por lo que sería inválido descalificar del todo a dicho decreto. Por otro lado, también resultaría desproporcionado a seis años de la entrada en vigor de la reforma, afirmar que ésta es inútil y que no logrará su cometido. Pues bien, de estas consideraciones se desprenden las disyuntivas en relación con cómo abordar la incoherencia jurídica que aquí se trata. Como primer punto se debe decidir si es conveniente abordar a la reforma en comento como una de esas modificaciones que, como coloquialmente se dice, mueven todo para que todo siga igual, o si es una reforma con coherencia deficiente pero perfectible. En segundo lugar, se debe explorar si es válido hacer una aproximación desde la negación de cumplimiento de los fines últimos de la misma reforma a prácticamente sólo un lustro de vigencia.

Negar los avances jurídicos que se han logrado en México en materia de derechos humanos no sólo sería desproporcionado sino que también sería injusto para aquellos operadores que luchan por hacer realidad el respeto a los derechos humanos en México. Aun así, se advierte que parece haber suficientes elementos que dañan la coherencia como para afirmar que los discursos político y jurídico no son congruentes con la reforma de 2011, al menos no en los términos en que se planteó ésta, por lo que las expectativas generadas por su justificación de creación no se cumplirán, de seguir por el camino actual, se acentuará la percepción negativa que sobre la misma se tiene.

Pues bien, la reforma constitucional en materia de derechos humanos del proceso 2009-2011 –entiéndase en lo sucesivo los párrafos segundo y tercero del artículo 1º del decreto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos- debe ser tomada como una modificación de gran trascendencia, en cierta medida revolucionaria, aunque incompleta y perfectible, por lo que el estudio aquí planteado debe tomarse como un apunte en cuanto a sus carencias, no como una anulación definitiva. Por el contrario, el señalamiento de la coherencia jurídica deficiente que expone este trabajo busca evidenciar los aspectos que dificultan la

transición de paradigma jurídico en México, los cuales pueden ser subsanados mediante procesos de reforma posteriores.

Se citan a continuación los conceptos que serán integrados más adelante pues, como señala Robert Alexy, “Resulta difícil ver como algo puede sustanciarse, institucionalizarse o interpretarse sin tener previamente una idea de qué es aquello que ha de ser respaldado por razones”⁵.

A) El concepto de derechos humanos. Dificultad para delimitar el término

El concepto de derechos humanos y su origen son constantemente calificados como vagos, difusos, extremadamente amplios o polisémicos, y ello resulta de cierta forma natural ya que los derechos humanos han sido tan importantes y trascendentes que han tenido que ser abordados desde diversas perspectivas como lo son la filosófica, la política, la sociológica, entre otras, por lo que resulta complicado generar un consenso en cuanto a su concepto y fundamento, cuánto más para lograr una definición. Incluso entre los diversos intentos por lograr una definición desde el punto de vista jurídico suele haber complicaciones derivadas de su teoría, su filosofía y el catálogo de éstos, aunque sí se distinguen ciertos elementos comunes en las distintas formas de abordar el problema.

Para Miguel Carbonell el origen de los derechos humanos puede ser analizado desde dos puntos de vista, uno el filosófico o teórico y otro normativo o jurídico⁶, lo que nos da una línea para poco a poco delimitarlos, tanto en definición como fundamento⁷.

⁵ ALEXY, Robert, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, Distribuciones Fontamara, 2005, p. 48.

⁶ CARBONELL, Miguel, *El abc de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2014, p. 5.

⁷ Luigi Ferrajoli, en relación con la teoría de los derechos fundamentales, hace la distinción en cuanto a que es distinto preguntar qué son los derechos, cuya respuesta la

En relación con el punto de vista filosófico, Fernando Alcantarilla considera que los derechos humanos engloban el conjunto de posturas que afirman la existencia de un orden de valores, reglas y principios que cuentan con validez objetiva y absoluta, esto independientemente de la experiencia individual o de su conciencia valorativa, lo que nos lleva a encontrar el fundamento de los derechos humanos en el sistema ético y moral de cada sociedad por lo que los derechos humanos se desarrollan como un concepto histórico⁸. Desde esta perspectiva, los derechos humanos están íntimamente relacionados con el concepto de dignidad y a partir de ahí se desarrollan las facultades de los humanos, las cuales, aun y cuando varíen según el momento histórico de la sociedad de que se trate, se fundamentan en valores constantes, incluso universales, y bien distinguidos como la libertad y la igualdad.

En contraparte, Martín Agudelo considera que la base valorativa del discurso de los derechos humanos se ha debilitado por la proliferación de derechos y la positivización. El principio de progresividad impulsado por el argumento historicista hace que aumente el catálogo de derechos mientras que la positivización, ya sea nacional o internacional, permite que se estimen más valiosas ciertas concepciones que otras, ello en función de los deseos humanos. Estos factores hacen que se construya un laberinto conceptual por lo que debe tenerse presente que lo que está en juego es la adopción de determinada cosmovisión⁹.

En relación con la crítica que hace Agudelo a la perspectiva historicista debo señalar que es precisamente el laberinto conceptual uno de los problemas que en este trabajo se señalan como origen de la incoherencia jurídica de la reforma constitucional de 2011. No obstante, se debe recordarse que es una

da la teoría, cuáles deben ser esos derechos, tema que corresponde a la filosofía y cuáles son los derechos, cuya respuesta pudiera darse desde la dogmática positivista.

FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 289 y 290.

⁸ ALCANTARILLA, Fernando, *Utopía y derechos humanos. Los derechos del hombre en las sociedades ideales*, Madrid, Dickinson, 2009, pp. 29 y 30.

⁹ AGUDELO, Martín, *El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos. Bases ontológicas*, Bogotá, Themis, 2011, p. 34.

crítica a la fundamentación filosófica de los derechos humanos, por lo que es necesario hacer un distanciamiento de esta percepción con la jurídica del principio de progresividad, pues en ese sentido, y como se desarrollará más adelante, no toda ampliación del catálogo de derechos es innecesaria o lleva a la confusión.

Por otra parte, las pretensiones de definición jurídica de los derechos humanos se diferencian en dos grandes tendencias clásicas: la *iuspositivista* y la *iusnaturalista*, ello dependiendo de si estos derechos se consideran derivados o superiores al orden jurídico¹⁰.

Para la corriente *iuspositivista* los derechos humanos surgen a partir de la consagración mediante un instrumento jurídico, en nuestro caso la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual hasta antes de la reforma de 2011 otorgaba derechos, noción con la cual coinciden las siguientes definiciones¹¹:

Gregorio Peces-Barba: “[Los derechos humanos son la] Facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción”.

Antonio Enrique Pérez Luño considera a los derechos humanos como un “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.

Por el contrario, para la noción *iusnaturalista*¹² no se requiere que los derechos humanos sean atribuidos por un instrumento jurídico, por lo que nos encontramos dentro de esta corriente con definiciones como las siguientes:

¹⁰ GARCÍA, Becerra, José Antonio, *Teoría de los derechos humanos*, México, Universidad Autónoma de Sinaloa, 1991, p. 15.

¹¹ *Ibidem*, p. 16.

¹² *Ibidem*, p. 15.

Morris B. Abraham sostiene: “se llaman derechos humanos aquéllos derechos fundamentales a los que todo hombre debería tener acceso, en virtud puramente de su calidad de ser humanos y que, por lo tanto, toda sociedad que pretenda ser una sociedad auténticamente humana debe garantizar a sus miembros”.

José Castán Tobeñas, citado José Antonio García, define a los derechos humanos como “aquellos derechos fundamentales de la persona humana –considerada tanto en su aspecto individual como comunitario- que corresponden a ésta por razón de su propia naturaleza (de esencia, a un mismo tiempo, corpórea, espiritual y social), y que nos deben ser reconocidos y respetados por todo poder o autoridad y por toda norma jurídica positiva, cediendo, no obstante, en su ejercicio a las exigencias del bien común”.

Todas las posturas y definiciones dadas en este apartado son orientadoras y nos permiten tener un panorama general del debate en torno a su conceptualización o definición, de los derechos humanos. No obstante, ni el discurso político que justificó la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos ni los discursos jurídicos en forma de texto constitucional aprobado o de su interpretación pueden ser inscritos de lleno en alguna de las metodologías anteriores. En concordancia con las tendencias jurídicas mundiales actuales que pugnan por lograr una Carta Magna que vincule a los derechos humanos con la democracia y por dotar a la Constitución de suficiente fuerza normativa para que este instrumento jurídico no sea un simple proyecto programático, la reforma constitucional de que se trata parece encuadrarse en un paradigma constitucional que está en un apartado intermedio al que Luigi Ferrajoli llama *constitucionalismo entre (paleo)positivismo y (neo)iusnaturalismo*¹³.

¹³ Luigi Ferrajoli expresa, consideración a la cual me suscribo, que el actual es un constitucionalismo que guarda relación con el positivismo ya que se trata de un ordenamiento producido por quien está habilitado para hacerlo, a la vez que goza de una estructura novedosa, una normatividad fuerte propia del paradigma constitucional y que impone límites y vínculos al ejercicio de cualquier poder como condición de su legitimidad, ello por medio de un sistema de garantías. Es decir, se trata de un paradigma que goza de la continuidad positivista que da a la norma fundamental mayor jerarquía a la vez que la dota de un sentido *iusnaturalista* o ético-objetivista.

Este paradigma constitucional, al cual parece acercarse el concepto de derechos humanos consagrado en la Constitución a partir de la reforma de 2011, mantiene la jerarquía mayor de la norma fundamental, la dota de mejor fuerza normativa, considera al cumplimiento de los límites de facultades como supuesto de legitimidad de los poderes públicos, protege a la democracia y consagra el contenido axiológico objetivo llamado derechos humanos.

Miguel Carbonell cita a Ernesto Garzón Valdés quien señala que los derechos humanos se reconocen debido a que protegen bienes básicos y eso es lo que permite diferenciar a los derechos humanos de otros tipos. Un bien básico es aquel que resulta necesario para la realización de cualquier plan de vida, es decir, que es indispensable para que el individuo pueda actuar como un agente autónomo¹⁴.

Ahora, como concepto para los fines de este trabajo se debe considerar a los derechos humanos de rango constitucional como la dimensión sustancial del régimen democrático ya que indican a los gobernados lo que pueden hacer, y a los gobernantes lo que no pueden hacer, o bien lo que no pueden dejar de hacer, como proveer educación, salud, etc. Los derechos humanos son la mejor forma de expresión de la axiología del sistema político al cual se aspira, la democracia constitucional., por lo que deben encontrar su fundamento en valores como la igualdad, la libertad, la seguridad jurídica, la libertad de los pueblos, entre otros¹⁵. Cabe señalar que la selección de este concepto se debe a que es la más cercana a los motivos de la reforma analizada.

A partir de este concepto de derechos humanos, el cual integra tanto el qué son como su fundamento, es decir, su contenido mas no su catálogo, sumado a los orígenes y fines de la reforma constitucional de 2011 y su consecuente interpretación, es que se hará junto con el lector el estudio de los discursos

FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 22 y 23.

¹⁴ CARBONELL, Miguel, *El abc de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, op. cit., p. 9.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 3 y 4.

involucrados a efecto de diagnosticar las causas de la falta de coherencia jurídica y su probable falta de eficacia.

B) El concepto de coherencia

Para el estudio aquí propuesto de los párrafos segundo y tercero del artículo 1º constitucional a la luz de la reforma de 2011, se considera que, aún y cuando ésta se conforma de elementos diferentes, se debe tomar como una unidad tanto al discurso político que en su momento justificó a la reforma, como a los discursos jurídicos que son el texto constitucional aprobado entonces y vigente aún, y los enunciados fácticos resultado de la deliberación de la Suprema Corte y que serán estudiados en su momento. Esta propuesta se debe a que el derecho tiene objetivos y fines que se espera tengan aplicación en la sociedad destinataria, por lo que el origen de una norma jurídica, su justificación y su interpretación deben ser coincidentes, de lo contrario estamos ante un caso de inaplicabilidad e ineficacia¹⁶ o ambos y que, por la colectividad propia del derecho, es responsabilidad de diversos operadores.

En la perspectiva de la coherencia jurídica se puede encontrar una vía factible para el estudio del problema planteado pues se busca retratar la incompatibilidad de las narraciones en cada momento de la reforma de que se trata. Empero, la definición de coherencia que se adopta no proviene de un concepto tradicional que sólo busque una resolución basada en los principios del sistema u orden normativo, sino de un concepto que logre empatar el análisis del

¹⁶ Para Pablo Navarro y José Juan Moreso la dimensión social del derecho requiere de la eficacia jurídica de las normas, la cual es condición necesaria para que haya un sistema jurídico. Por otra parte, exponen que la diferencia entre aplicabilidad y eficacia prácticamente no ha sido tratada por lo que hacen la siguiente distinción: la aplicabilidad se refiere a la función de la validez de la norma y se divide en interna cuando se trata de los individuos y externa cuando se trata del cumplimiento de las obligaciones de las instituciones, por su parte la eficacia está relacionada con la observancia de la norma, es decir, cuando las acciones de los sujetos de la norma son modificadas. Puede decirse que la eficacia se logra cuando se alcanzan los fines últimos para los que fue creado el ordenamiento jurídico.

NAVARRO, Pablo y MORESO, José Juan, "Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas", *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, núm. 5, 1996, pp. 119, 120 y 121.

proceso legislativo con su resultado y finalmente con cómo ha sido interpretado el texto constitucional, es decir, que estudie desde el punto de vista de la coherencia óptima tanto a los enunciados normativos como a los enunciados fácticos por medio de mecanismos bien definidos. Por esto es que para efectos de este trabajo se entiende como método coherencial la satisfacción de restricciones positivas y negativa a partir de elementos como los conceptos, la analogía y otros, sobre los cuales se presenta ahora algunas consideraciones.

El mandato constitucional es un enunciado normativo que cuenta con justificación, en este caso, del discurso político –o exposición de motivos- y que posteriormente tomó forma de discurso jurídico al ser texto aprobado. Asimismo, los enunciados fácticos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación toman la forma de discurso jurídico y justifican el criterio con que se han valorado los hechos a la luz constitucional. En consecuencia, los operadores jurídicos involucran elementos tanto objetivos como subjetivos, tanto formales como valorativos, ello dependiendo incluso de intereses exteriores al derecho, por lo que las perspectivas formales de análisis discursivo, de racionalidad legislativa o de coherencia de sólo los enunciados normativos o fácticos pudieran ser insuficientes para el objeto de estas páginas. Se requiere un punto de vista que incluya una guía, por decirlo de alguna forma, de los estándares mínimos que los operadores jurídicos deben cumplir para tomar la decisión más coherente.

En las décadas recientes las teorías coherencistas han logrado una posición influyente en la teoría jurídica, ello se debe a que un gran número de filósofos del derecho consideran que la coherencia es un ingrediente, o incluso el elemento más importante, de la justificación jurídica¹⁷ pues en buena medida suple las deficiencias de otras teorías argumentativas.

En este orden de ideas resulta apropiado tomar el modelo de coherencia que propone la Doctora Amalia Amaya, y que con ciertas adaptaciones tomo como referencia para los efectos de este estudio, al proponer que la creencia acerca del derecho o de los hechos está justificada si es “óptimamente coherente”, es decir,

¹⁷ AMAYA, Amalia, “La coherencia en el derecho”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 35, 2012, p. 60.

que sea una creencia elegida por un decisor epistémicamente responsable y que sea aceptada como justificada en situaciones similares. El operador jurídico es epistémicamente responsable en la medida que cumple sus actividades de investigación y deliberación de una manera epistémicamente virtuosa, tema que se retomará más adelante. Según este modelo, los decisores jurídicos – entiéndanse en nuestro caso a los legisladores o ministros, según sea el discurso estudiado- forman creencias acerca del derecho o de los hechos en virtud de su coherencia por medio de una inferencia explicativa. En esta propuesta, la coherencia se considera una cuestión de satisfacción de restricciones positivas y negativas y un estándar de justificación que depende de valores contextuales, lo que da como resultado la coherencia óptima¹⁸ a partir de un método o proceso de inferencia y de mecanismos claros.

La teoría coherentista adoptada retoma la definición de Paul Thagard de coherencia como la satisfacción de restricciones tanto positivas como negativas y está enfocada al estudio en conjunto de los enunciados fácticos y normativos a partir de operaciones comunes a las coherencias fáctica y normativa, y comunes, a su vez, entre éstas. Por otra parte, en esta teoría se entienden como enunciados fácticos los argumentos o criterios para la valoración de pruebas. Por su lado, los enunciados normativos nos remiten específicamente a las resoluciones judiciales, por lo tanto, ambos enunciados se refieren a la argumentación de la labor jurisdiccional.

En nuestro caso, el estudio de los enunciados fácticos no puede asimilarse a los criterios para la valoración de pruebas, como pudiera ser en materia penal, pero sí con los criterios para la valoración de argumentos sobre la constitucionalidad de ciertos preceptos a la luz de los derechos humanos. Se hace esta analogía ya que en ambos casos se requiere de investigación y deliberación para casos prácticos concretos.

En cuanto a los enunciados normativos, debe señalarse que la investigación, deliberación y elección de la mejor opción son operaciones comunes tanto a la decisión judicial como a la creación de normas, y el resultado

¹⁸ *Ibidem*, p. 61.

de ambas permite contraponer diferentes posiciones que buscan como fin dar un mensaje de obligatoriedad. Así pues, con las adecuaciones y ajustes necesarios, se considera que las operaciones de la teoría a la que hago referencia son aplicables al estudio de la coherencia de la creación e interpretación de la reforma constitucional de 2011.

La coherencia de un conjunto de elementos depende de la satisfacción de una serie de restricciones positivas o de coherencia y restricciones negativas o de incoherencia. Para satisfacer una restricción positiva es necesario o bien aceptar a ambos elementos o bien rechazarlos, mientras que las restricciones negativas se satisfacen cuando se acepta un elemento y se rechaza el otro. La idea es que la maximización de la coherencia de un conjunto de elementos dependa de la maximización de la satisfacción de restricciones que ligan pares de elementos dentro de dicho conjunto. En este sentido, el principal problema radica en los criterios para elaborar los subconjuntos de elementos que serán confrontados¹⁹, aunque este caso quedará claro más adelante que se trata de confrontar diferentes nociones, por un lado de derechos humanos de derechos humanos y por otro de las obligaciones y deberes de las autoridades en relación con estos.

Ahora bien, la coherencia normativa resulta de la evaluación integrada de los tipos de coherencia conceptual, explicativa, analógica, deductiva e interpretativa, de las cuales tal vez la última sea la que mayor trascendencia tiene ya que es la que justifica los enunciados normativos. Las restricciones positivas y negativas de la coherencia interpretativa se establecen entre hipótesis y los que se podrían llamar elementos normativos como son los antecedentes, valores, principios, etc.²⁰.

La coherencia fáctica requiere de la interacción de los mismos tipos de coherencia que la normativa, que son la coherencia conceptual, explicativa, analógica y deductiva, más un tipo de coherencia singular que queda en lugar de la interpretativa: la coherencia deliberativa. La adición de esta última se debe a

¹⁹ AMAYA, Amalia, "Diez tesis acerca de la coherencia del derecho", *Discusiones, La coherencia en el derecho*, Alicante, núm. 10, 2011, p. 23.

²⁰ AMAYA, Amalia, "La coherencia en el derecho", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, pp. 75 y 76.

que, al igual que en la valoración de los enunciados de hecho, en la coherencia fáctica se requiere de una argumentación de razonamiento práctico acerca de si se debe o no sentenciar en el sentido que se propone²¹.

Ahora bien, el análisis de la coherencia jurídica en términos de satisfacción de restricciones permite lograr una concepción unitaria de las inferencias jurídicas, ya que las coherencias normativa y fáctica comparten una misma estructura, aunque los tipos de coherencia, sus elementos y restricciones negativas relevantes sean distintas. Una vez establecido esto, se puede describir el proceso de maximización de la coherencia que consta de las siguientes etapas²²: 1) identificación de una base de coherencia, o sea, el conjunto de elementos que se pretende hacer coherentes; 2) construcción de un conjunto de contrastes o de alternativas de decisión plausible; 3) elaboración de estas alternativas de decisión con base en una serie de mecanismos de construcción de la coherencia; 4) evaluación de las distintas decisiones posibles en virtud de los criterios de coherencia normativa o fáctica, y; 5) la selección justificada de la decisión que mejor satisfaga los criterios de coherencia, ya sea interpretativa para los enunciados normativos o explicativa para los enunciados fácticos²³.

Es cierto que la conceptualización abstracta de la abstracción “coherencia” implica diversas dificultades, entre ellas que no haya criterios definidos para la dotación de contenido desde el inicio del proceso de construcción de coherencia. No obstante, esta dificultad resulta ser también una ventaja ya que se hace uso de

²¹ *Ibíd.*, p. 75.

²² Con base en la determinación de una serie de etapas que en conjunto construyen un proceso para lograr la coherencia, Manuel Atienza considera que se amplían tanto el concepto y las funciones de la coherencia que prácticamente se le hace coincidir con el concepto de racionalidad.

ATIENZA, Manuel, “¿Coherencia o racionalidad?”, *Discusiones: La coherencia en el derecho*, Alicante, núm. 10, 2011, p. 15.

Al respecto, Amalia Amaya responde que su propuesta no hace coincidir a la coherencia con la racionalidad, de hecho, la teoría de la coherencia óptima parte de la idea de que el razonamiento de tipo coherentista no puede, por sí sólo, conferir justificación sino que es necesario complementarlo con las virtudes del decisor jurídico.

AMAYA, Amalia, “Coherencia, justificación y derecho. Respuesta a los participantes”, *Discusiones, La coherencia en el derecho*, Alicante, núm. 10, 2011, p. 218.

²³ AMAYA, Amalia, “La coherencia en el derecho”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 76.

un concepto con operaciones tan versátiles que puede ser empleado en la moral, la psicología, la lingüística, etc., por lo que resulta viable traducirla al contexto jurídico, siempre y cuando se respeten los supuestos epistémicos que ello importa y se esté abierto a la opción de estudiar elementos de derecho con un teoría que no es específicamente jurídica. Es decir, la teoría coherentista aplicada en este trabajo es interdisciplinaria ya que con las adecuaciones correspondientes puede tomar lugar en diversas áreas, por lo que resulta aceptable para el estudio de la reforma en comento desde la perspectiva del discurso.

a) Responsabilidad epistémica y contexto

Los humanos tenemos una capacidad casi excepcional de añadir significados y sentido a nuestro entorno, y en esta capacidad podemos encontrar variaciones individuales como la tolerancia a la inconsistencia o la habilidad de construir coherencia, rasgos fundamentales de la cognición humana. Aquí surge una pregunta clave para entender el modelo coherentista propuesto para este trabajo: ¿cómo diferenciar la supuesta coherencia que es resultado del deseo de imponer nuestra visión o de intentar acoplar el mundo a nuestros intereses, de la coherencia óptima que es resultado del equilibrio reflexivo entre creencias, teorías y un conjunto relevante de valores? La respuesta se encuentra en los estándares de responsabilidad epistémica, componente esencial para la construcción de una teoría coherentista de la justificación jurídica²⁴.

La responsabilidad epistémica, que para efectos de este trabajo consta de la elección de la mejor opción para resolver, requiere del cumplimiento de una serie de deberes epistémicos y del ejercicio de un conjunto de virtudes epistémicas al momento de desarrollar las actividades de investigación y deliberación²⁵, las cuales se llevan a cabo, por ejemplo en el momento de elaborar una iniciativa, al decidir cuáles son los mejores términos para la aprobación de la

²⁴ AMAYA, Amalia, "Diez tesis acerca de la coherencia del derecho", *Discusiones, La coherencia en el derecho*, op. cit., p. 34.

²⁵ AMAYA, Amalia, "La coherencia en el derecho", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 78.

misma o en la búsqueda de argumentos y su valoración para emitir un juicio de constitucionalidad.

Entre los deberes epistémicos o acciones de depuración relevantes para la construcción de coherencia que justifique jurídicamente podemos mencionar el de buscar más argumentos acerca de las proposiciones que son dudosas, como es en nuestro caso, a la luz de los derechos humanos y sus características. En el contexto de la investigación acerca del derecho y los hechos, para lograr un resultado epistémicamente responsable se requiere del ejercicio de virtudes como la exhaustividad, la perseverancia en el seguimiento de una línea de investigación y la apertura a nuevas alternativas²⁶ para que la selección sea la más coherente desde el punto de vista epistémico y en el contexto de que se trate.

Ahora bien, existen dos maneras de definir los estándares de responsabilidad epistémica, por un lado está la posibilidad deóntica y por el otro la definición en términos aretaicos. El camino deóntico de la responsabilidad epistémica de los operadores jurídicos requiere el cumplimiento de una serie de deberes tales como fundar sus creencias de acuerdo a las pruebas existentes o la búsqueda de nuevas que esclarezcan los hechos controvertidos. Por su parte, desde la perspectiva aretaica se es epistémicamente responsable cuando se ejercen las virtudes epistémicas o intelectuales, tales como la diligencia, la valentía para enfrentar críticas o la perseverancia²⁷.

Pues bien, la postura que se adopta es que no se requiere elegir necesariamente alguna de las dos actitudes, por el contrario, es posible proponer una tercera vía híbrida en que las dos nociones tengan cabida. Especialmente en este nuestro caso, parece relevante que los operadores jurídicos –trátese de legisladores o de ministros de la Suprema Corte- debieron y deben tener en cuenta las pruebas e indicadores en relación con la situación de los derechos humanos en México, a la vez que debieron y deben ejercer virtudes al momento de tomar la opción más plausible para alcanzar la coherencia óptima que de sentido a los motivos del texto constitucional.

²⁶ Ídem.

²⁷ AMAYA, Amalia, “Diez tesis acerca de la coherencia del derecho”, *Discusiones, La coherencia en el derecho, op. cit.*, p. 36.

Los juicios de coherencia son altamente sensibles a las características del contexto, por lo que los estándares de justificación varían según el entramado en que se construyan. Por ejemplo, en la mayoría de los sistemas jurídicos, los estándares de justificación son más exigentes cuando el costo de tomar una decisión equivocada es muy alto²⁸, como es el caso del derecho constitucional, particularmente cuando se trata de resoluciones últimas sobre la constitucionalidad de ciertos preceptos.

A pesar de que no existe una teoría aceptada de manera general que dé cuenta de los rasgos importantes del contexto para determinar si un juicio, una acción o un enunciado son coherentes o no, si se pueden distinguir algunas características importantes para la justificación de enunciados normativos y fácticos. Los rasgos son los siguientes²⁹:

- 1) La importancia de las consecuencias o el costo de equivocarse, por ejemplo, al declarar constitucional algún precepto pernicioso para el sistema jurídico y sus fines;
- 2) El rol que juega el decisor jurídico. Muestra de ello es que no existe comparación entre el papel de un ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el de un juez de primera instancia;
- 3) Los objetivos. La presentación de una iniciativa de reforma constitucional no puede buscar los mismos efectos en la dimensión social que una iniciativa para reformar algún ordenamiento secundario;
- 4) Las restricciones metodológicas. Es decir, el ángulo desde el cual se abordarán los problemas de justificación pues no son aplicables los mismos principios al derecho constitucional que al administrativo;
- 5) Los recursos, pues la justificación jurídica puede verse afectada por factores como lo son las normas institucionales o el tiempo, y;

²⁸ AMAYA, Amalia, "La coherencia en el derecho", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 79.

²⁹ AMAYA, Amalia, "Diez tesis acerca de la coherencia del derecho", *Discusiones, La coherencia en el derecho*, op. cit., p. 39.

- 6) Los rasgos dialécticos. Existen juicios que pueden darse por válidos de manera automática, mientras que las nuevas hipótesis que buscan derrotar a criterios ya establecidos requieren una mayor justificación.

Por otro lado, es posible reducir o incrementar el grado de exigencia de los estándares de justificación, por lo que hay tres maneras de ajustar los criterios de coherencia a las necesidades de justificación en un contexto determinado³⁰:

- 1) El grado de coherencia que debe tener una hipótesis normativa o fáctica para estar justificada depende del contexto;
- 2) La base de la coherencia también varía con el contexto. En los casos fáciles se podría justificar a partir de las normas aplicables, mientras que en los casos difíciles es necesario expandir el conjunto de razones, y;
- 3) El conjunto de alternativas a examinar antes de tomar la de mayor plausibilidad debe estar justificado en relación con el contexto.

En síntesis, una teoría de la justificación como coherencia requiere dar cuenta de la responsabilidad epistémica en una dimensión contextual de los juicios de coherencia. Por otro lado, la contextualización de los estándares de coherencia de la justificación jurídica también aumenta la adecuación descriptiva de la teoría pues los procesos de decisión no deben involucrar al conjunto de creencias de los operadores sino de sólo las que son relevantes en el contexto de la decisión. Adicionalmente, una aproximación contextualista tiene ventajas desde el punto de vista normativo ya que pone límites de tipo metodológico al papel de las razones morales o a creencias que no están basadas en los argumentos en conflicto³¹, de lo contrario se abriría la puerta para que los decisores jurídicos buscaran hacer pasar por justificaciones correctas sus propios intereses o deseos.

C) El discurso

En los años noventa del siglo pasado se consolidó en los Estados Unidos y el Reino Unido una tendencia crítica de estudio del derecho encaminada al tratamiento directo de los temas de la teoría cultural. La teoría cultural jurídica que

³⁰ *Ibidem*, pp. 41y 42.

³¹ *Ibidem*, p. 43.

surgió de esa corriente dio un giro abiertamente posmoderno y anti ilustración que adoptó el cuestionamiento de la teoría cultural general de la modernidad y respaldó la concepción de crisis de los términos verdad, totalidad, libertad, progreso y justicia. Entre los trabajos más destacados que podemos encontrar en esta línea de investigación está el de Jürgen Habermas, quien desarrolló los conceptos de filosofía de la conciencia y la razón centrada en el sujeto³².

El enfoque de Habermas, a quien posteriormente se le denominó estructuralista, consistió, en parte, en abordar al derecho como medio para el entendimiento de un mensaje: el del poder. Ello dio como resultado la comprensión del derecho como discurso de dominio que, lejos de ser estudiado como un resultado histórico, se abordó desde el cumplimiento inmediato del mensaje normativo –o mandato-, de cuya observancia resulta la validez de la norma que tiene un significado.

Asimismo, en esta área podemos encontrar también la obra de Niklas Luhmann, quien dedicó parte de sus investigaciones a estudiar al derecho desde la teoría de la comunicación, así como a muchos otros autores que han desarrollado trabajos de semiología jurídica, todos estudios con variaciones del concepto de discurso y su forma. Desde la racionalidad discursiva, el derecho puede ser estudiado como un mensaje o significado inicial, como proceso comunicativo o cognoscitivo de la norma, por su validez en la sociedad, por el dominio que logra en ciertos estratos sociales o por su aportación a la construcción de una realidad basada en una ideología, entre otras líneas argumentativas.

Se considera que es relevante hacer mención de las perspectivas que analizan al derecho desde la comunicación o como lenguaje ya que de cierta forma son un antecedente de lo que en este apartado será conceptualizado: el discurso. No obstante, no debe perderse de vista que el objeto de este estudio no es hacer un examen propiamente discursivo de la política o el derecho sino

³² BARRÓN, Anne, "Derecho como discurso", *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, volumen I, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 563, <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/18.pdf> [citado el 2 de octubre de 2016 a las 21:53 horas].

analizar la coherencia de una reforma constitucional específica. Entonces, la pregunta obligada es ¿qué papel juega el discurso en un estudio coherentista o de revisión de la satisfacción de restricciones? Pues bien, debido a que la teoría adoptada en estas cuartillas consta de alcanzar la justificación jurídica como una coherencia óptima, concepto que se atenderá más adelante, y que el objeto de estudio son principalmente los párrafos segundo y tercero del artículo 1º constitucional a la luz de la reforma del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, luego entonces, conforme se avance en la lectura se procurará lograr una conclusión con respecto a si tal reforma goza de coherencia óptima o no, en sus diferentes momentos discursivos.

Ahora bien, para el estudio de la reforma en comento, se ha diseccionado en tres momentos distintos: 1) el proceso legislativo del cual se originó y en el que se expuso la justificación de aquélla; 2) el texto aprobado entonces y que goza de vigencia al momento de escribir estas líneas, y; 3) la justificación de ciertos criterios judiciales para la aplicación de los dispositivos reformados. Todos estos momentos, diferentes e independientes pero íntimamente entrelazados por tratarse del origen de un precepto normativo, el precepto en sí y su valoración judicial, cuentan con su propia justificación, la cual se da en forma de discurso. De ahí la importancia de delinear al discurso pero ubicándolo en un contexto mayor a sí mismo. Dicho en otras palabras, el discurso hace las veces de la narrativa que justifica. No obstante, dada la naturaleza política-jurídica del poder legislativo, la justificación no se dio únicamente en forma de narración jurídica, por lo que me parece imperativo no ocupar el término “narrativa” y sí uno más amplio que pueda abarcar tanto la perspectiva jurídica como la política.

Pues bien, desde el punto de vista formalista, el discurso puede ser definido como todo enunciado superior a la frase, que toma en cuenta el encadenamiento de una serie de frases. Desde una perspectiva más amplia puede ser considerado como un modelo de comunicación que sitúa al discurso en una determinada

circunstancia de tiempo y lugar en que un determinado sujeto de enunciación organiza su lenguaje en función de los destinatarios³³.

Las definiciones arriba citadas son omisas en cuanto a la dimensión social del discurso, por lo que la definición de discurso que propone para este trabajo es la siguiente. Desde este enfoque el discurso es concebido como una práctica social institucionalizada que remite no sólo a situaciones intersubjetivas sino también a lugares objetivos en la trama de las relaciones sociales. Así, se entiende como discurso a toda práctica enunciativa considerada en función de sus condiciones sociales de producción, que fundamentalmente son condiciones institucionales e ideológico-culturales, las cuales determinan en última instancia lo que puede y debe ser dicho a partir de una condición determinada³⁴.

Esta concepción de discurso implica los siguientes elementos³⁵:

- 1) Todo discurso se inscribe en un proceso social y asume una posición determinada y en relación con el mismo;
- 2) Todo discurso remite implícita y explícitamente a una premisa cultural preexistente que se relaciona con el sistema de representaciones y expresiones sociales, y;
- 3) Todo discurso es una práctica social en forma de rito y regulada por aparatos en el marco de la situación determinada.

Ahora bien, a esta noción inicial de discurso, que nos remite al texto del mismo, es decir, a su forma escrita u oral y sin importar su extensión, se le deben ser añadidas las funciones principales comunicativas que son³⁶:

- 1) Informativa, que busca reducir el margen de incertidumbre del interlocutor en relación con algún campo de referencia;
- 2) Expresiva, la cual da a conocer estados de ánimo o posiciones con respecto a lo que en el contexto se considera como realidad, y;
- 3) Argumentativa o de exteriorización de las razones.

³³ GIMÉNEZ, Gilberto, *Poder, estado y discurso. Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, p. 123.

³⁴ *Ibidem*, pp. 124 y 125.

³⁵ *Ibidem*, p. 125.

³⁶ *Ibidem*, p. 126.

Finalmente, a este concepto le debe ser agregada la dimensión extra textual (que describiré en el siguiente apartado), ya que, si bien esta noción de discurso no lo contiene en una relación determinada e intersubjetiva, si deja de lado la problemática de la articulación semántica, la cual implica peculiaridades retóricas argumentativas comunes en el discurso político

a) Discurso político

Un acercamiento obligado al estudio del contenido, el mensaje y la oportunidad de todo discurso político es en relación con los participantes en él, y a partir de la identificación de estos se puede ubicar la ideología³⁷ de quien o quienes lo externan. Ahora, debido al estudio motivo de este trabajo, que no está dirigido al análisis de la ideología del discurso parlamentario sino más bien hacia la determinación de la coherencia de un todo jurídico, parece más apropiado abordar el tema del contenido del discurso político.

El contenido del discurso político instaura objetivos o proyectos considerados valiosos para la convivencia social, aunque no se limita a la enunciación de valores. El componente axiológico desempeña una función directamente programática pues los valores considerados como realizables implican, para su materialización, a individuos y estrategias. Así se establecen dos polos del discurso –que no necesariamente son indisociables-, uno el de los valores y otro el de los dispositivos estratégicos. La ideología, que comprende entre otras cosas a los valores, transmite una interpretación globalizante de la situación, mientras que los enunciados estratégicos transforman las aspiraciones en posibilidades concretas con claridad de los medios que han de ser empleado para su instrumentación³⁸.

³⁷ Óscar Correas define a la ideología como cualquier contenido de conciencia –ello da una gran amplitud-, lo que permite identificar a la “verdad” como una propiedad, adjudicada convencionalmente, a cualquier enunciado.

CORREAS, Óscar, *Crítica de la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, p. 26.

³⁸ GIMÉNEZ, Gilberto, *Poder, estado y discurso. Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico*, op. cit., p. 127.

Por otro lado, no bastan estos elementos para poder encuadrar a un discurso en cierta tipología, ya que lo político, la ideología y un esbozo del programa para llevar a cabo sus fines pueden ser encontrados en cualquier tipo de discurso. Para entender qué es el discurso político hay que explicitar los marcos institucionales, en nuestro caso, el Poder Legislativo Federal. Entonces, el discurso político se desarrolla en el centro de la escena política y es emitido por quienes están en el ejercicio y la pugna del poder público, ya sea el presidente, los legisladores, los partidos políticos, entre otros, por lo que automáticamente se diferencia del discurso sobre lo político, que puede ser emitido desde afuera del poder político³⁹.

La característica formal más evidente del discurso político es la exacerbación de la argumentación o, mejor dicho, de la función argumentativa, ya que las razones expuestas no necesariamente son válidas. El discurso de la política es uno con argumentos y pruebas que buscan esquematizar y “teatralizar” el ser y el deber ser ante un auditorio determinado, que no forzosamente debe ser convencido pues más que tratarse de retórica se trata de reconocer, distinguir y confirmar a los partidarios y atraer a los indecisos⁴⁰.

Como más adelante demostraré, la o las exposiciones de motivos que dieron origen a los párrafos segundo y tercero vigentes del artículo 1º constitucional conforman un discurso político, aún y cuando fue la justificación jurídica de un producto principalmente jurídico.

Por ser el Congreso de la Unión un órgano del Estado mexicano en el que confluyen las fuerzas políticas nacionales, resulta natural que este tipo de discurso sea el imperante, por lo que la incoherencia entre un discurso político y uno jurídico resultaría casi evidente. No obstante, en nuestro caso podremos advertir que el discurso sobre derechos humanos que justificó la reforma de 2011 y el texto aprobado son parte de un todo, momentos distintos pero con coincidencias tanto en sus fines como en su naturaleza, tan es así que se trata del mismo proceso legislativo.

³⁹ *Ibidem*, p. 128.

⁴⁰ *Ídem*.

Si el discurso político emitido en el Poder Legislativo involucra valores, principios de instrumentación jurídica y facultades de todas las autoridades y el Estado en su conjunto, y aun así en la dimensión social no son del todo visibles los resultados esperados por la incoherencia con que se dieron los resultados jurídicos, entonces seguramente se requiera de un replanteamiento del discurso jurídico, uno que sea coherente con su justificación⁴¹.

b) Discurso jurídico

Para el jurista el lenguaje no solamente es incuestionablemente un medio de trabajo sino que el lenguaje mismo es el objeto central de su trabajo: el jurista comprende leyes, describe hechos, subsume casos bajo normas. Es decir, todo el tiempo se enfrenta a productos lingüísticos y busca la correspondencia con otros textos. El jurista no sólo tiende puentes entre objetos y lenguaje sino también establece la relación entre diferentes textos⁴², tal y como se hace en este trabajo a partir de lenguajes o discursos definidos y contemporáneos que debieran tener el mismo objetivo, aunque desafortunadamente no con los mismos valores⁴³.

El discurso supone lenguaje que nos remite a lugares objetivos en la trama de las relaciones sociales, por lo que calificar al derecho con un carácter discursivo equivale a admitir que es portador de significados⁴⁴ descifrables por

⁴¹ Si bien es cierto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es un instrumento tanto jurídico como político, en el Capítulo IV abordaré el por qué la reforma de que se trata es, principalmente por sus efectos, una mucho más jurídica que política, por lo que me parece válido que ésta sea abordada como un producto jurídico aunque cuente con una justificación del tipo político.

⁴² LÓPEZ Durán, Rosalío, *Metodología jurídica*, segunda edición, México, Iure, 2002, p. 228.

⁴³ Para Ferdinand de Saussure la lingüística estática o gramática trata a un objeto complejo y sistemático que implica valores coexistentes, por lo que el lenguaje resulta ser una estructura, un camino entre el pensamiento y su sistema de medios de expresión. Ahora, aunque no existe una gramática constante pues cada estructura se refiere a contextos históricos específicos, los discursos analizados en este trabajo sí debieran tener los mismos valores pues no se trata de contextos diversos sino convergentes. SAUSSURE, Ferdinand de, *Curso de lingüística general*, vigésima cuarta edición, Buenos Aires, Losada, 1945, p. 158.

⁴⁴ Para José Chávez, es clara la distinción entre significado y comunicación. El primero debe entenderse como el *significado del hablante*, es decir, lo que el emisor significa al realizar una preferencia. Sin embargo, el acto de emitir tiene significado cuando el emisor tiene la intención de que su interlocutor reconozca que el emisor tiene la intención de

medio de métodos distintos de los de la interpretación meramente jurídica⁴⁵, como lo es la coherencia.

A simple vista parece indudable que ciertas prácticas jurídicas tienen carácter discursivo, como lo es la actividad jurisprudencial. Pero también los códigos o conjuntos de normas constituyen un discurso, aunque en este caso el discurso del derecho⁴⁶ es toda la ley⁴⁷. Esta última afirmación tiene el sentido de que no es viable estudiar sólo un precepto normativo y de una manera aislada o fuera de su contexto, por el contrario, el discurso se encuentra en la unidad del cuerpo en estudio. Así pues, se justifica que el discurso del texto jurídico de la reforma de 2011 pueda ser analizado en relación y comparación con su justificación, aunque ésta haya sido menos jurídica de lo que debió ser.

Todo discurso jurídico, trátase de la elaboración o de la interpretación del derecho debe considerarse como un discurso justificado y organizado en vista del proyecto que el discurso significa frente a una audiencia particular o general, ello en virtud de los valores que le sirven de motivo para argumentar sus enunciados normativos. Lo anterior significa que el discurso jurídico debe considerarse como constituido por estrategias que asumen una apariencia lógica y están destinadas a inducir y regular el juicio colectivo sobre una situación o un objeto⁴⁸.

Ahora bien, el discurso sobre una institución jurídica precisa está constituido por el conjunto de trabajos preparatorios cuyo resultado es la norma, del mismo modo que la conclusión de un discurso es el resultado de la argumentación que le antecede. En este sentido, el carácter argumentativo es inmediatamente visible en

producir en el interlocutor una respuesta; cuando el interlocutor, mediante ciertos medios, reconoce efectivamente esta intención, se logra la comunicación.

CHÁVEZ Ruiz, José, "Significado y comunicación", *Diánoia*, México, núm. 50, 2003, p. 69.

⁴⁵ GIMÉNEZ, Gilberto, *Poder, estado y discurso. Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico*, op. cit., p. 131.

⁴⁶ Óscar Correas hace la distinción entre "discurso del derecho" y "discurso jurídico" definiendo al primero como prescripciones que amenazan con la violencia, mientras que el segundo consta de los discursos descriptivos y prescriptivos que acompañan al derecho o constituyen metadiscursos respecto de él.

CORREAS, Óscar, *Crítica de la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico*, op. cit., p. 112.

⁴⁷ GIMÉNEZ, Gilberto, *Poder, estado y discurso. Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico*, op. cit., p. 132.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 133.

los discursos sobre la norma y a propósito de la aplicación de ésta, lo que no descarta que se encuentre en forma implícita en la norma o producto⁴⁹, que generalmente es prescriptivo.

Así, los párrafos segundo y tercero del artículo 1º constitucional concentran las características del discurso jurídico de la reforma que es refrendado a lo largo de las modificaciones a los demás dispositivos.

c) ¿Es posible un discurso constitucional?

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos tiene dos partes que a *grosso modo* establecen la división de poderes como forma de organización estatal, además de las formas de estado y de gobierno, y un catálogo de derechos y garantías que conforman la parte sustantiva de la Carta Magna. Esta mixtura de política y derecho, que Niklas Luhmann llamó acoplamiento estructural⁵⁰ en *El derecho de la sociedad*, obliga a repensar los conceptos de discurso político y discurso jurídico.

Gilberto Giménez conceptualiza un discurso político-jurídico como aquel que reúne las características de ambos discursos, es decir, que se produce en la escena política, se refiere a la estructura y organización jurídica fundamental del poder estatal y recubre el campo conceptual de los teóricos del estado y de los constitucionalistas. El discurso político-jurídico, por antonomasia, es el discurso constitucional, arquetipo del emanado del poder dominante cuyo contenido expresa la juridificación actual de las relaciones políticas de dominio⁵¹.

Asimismo, como método para el análisis del discurso constitucional propone las siguientes etapas⁵²:

- 1) Fase preconstituyente o de seguimiento y análisis de las luchas ideológicas en torno a una problemática constitucional.

⁴⁹ Ídem.

⁵⁰ Véase LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, segunda edición en español, México, Herder, 2005.

⁵¹ GIMÉNEZ, Gilberto, *Poder, estado y discurso. Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico*, op. cit., pp. 133 y 134.

⁵² *Ibidem*, p. 134.

- 2) Fase constituyente o de seguimiento y análisis de los debates acerca del tema.
- 3) Fase de codificación constitucional en donde se contextualizan y analizan los documentos formales.
- 4) Fase de la vida constitucional en que se da seguimiento y se hace un análisis de las diversas interpretaciones del texto, así como de sus reformas o adiciones.

Como se puede observar, la metodología citada parte de la noción de que existe un discurso específico para los temas constitucionales, que éste cuenta con características de los discursos jurídico y político, que tiene peculiaridades propias del poder y que es un resultado histórico.

Se considera relevante contemplar la opción de que pudiera darse por sentado que existe un discurso específico para los temas constitucionales pues ello ayudaría a clarificar el plano en el que se dio el debate para la aprobación de la reforma objeto de estudio. Empero, para el fin de este trabajo, resulta más importante caracterizar a los derechos ya como discurso jurídico en forma de texto o enunciado normativo pues el estudio del discurso de los motivos de la reforma no se hará desde la perspectiva historicista.

Robert Alexy no propone un discurso constitucional como tal, pero si expone que la relación entre la teoría del discurso y los derechos constitucionales es estrecha, profunda y compleja. Por un lado, propone tres dimensiones de los derechos constitucionales: la filosófica o de fundamentación de los derechos, la política o de institucionalización y la jurídica o de interpretación. Por otro lado, expone tres conceptos para el estudio de los derechos constitucionales: el formal, el sustancial y el procedimental⁵³.

El concepto formal es utilizado cuando el derecho constitucional se define como un derecho que forma parte del contenido de la constitución o si la constitución clasifica a cierto derecho como constitucional y se le otorga una protección especial. Ejemplo de ello es el derecho a no ser discriminado y a hacer valer este derecho por la vía del amparo, respectivamente. Por su parte, el

⁵³ ALEXY, Robert, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, op. cit., pp. 47 y sigs.

concepto sustancial sirve para revisar los resultados que emergen de la aplicación del concepto formal, por ejemplo, calificar al derecho a no ser discriminado como un derecho humano. Finalmente, los derechos constitucionales tienen un carácter procedimental, el cual refleja los problemas institucionales de la transformación de los derechos en válidos y materializa la desconfianza en los procesos democráticos. Lo anterior es notorio en el sometimiento del Estado al control constitucional⁵⁴.

Entender la estructura de los derechos constitucionales es de suma importancia para este estudio, no sólo por motivos teóricos sino también porque en buena medida de ello depende el impacto que deben tener en la sociedad. La relación entre los conceptos a partir de los cuales se puede entender a los derechos constitucionales también es central pues este entendimiento, pues junto con su estructura, nos ayuda a ubicar qué elementos debe tener el discurso normativo y a establecer prioridades para el análisis de la reforma de que se trata.

⁵⁴ Ídem.

Capítulo II. La coherencia

En las últimas décadas se han propuesto diversas teorías coherentistas en muchas disciplinas o ciencias. En epistemología existen teorías coherentistas de la argumentación o enfocadas al concepto de verdad, en la filosofía de la ciencia la coherencia ha sido utilizada para la selección de teorías. Incluso en áreas tan distintas como la psicología o la lingüística, la coherencia explica fenómenos como la formación de impresiones, la interpretación del discurso y el pensamiento analógico⁵⁵.

En la teoría jurídica contemporánea, el coherentismo ha jugado un papel muy influyente, y aunque existen profundas diferencias en cuanto a la importancia que se le da a la coherencia en el derecho, los filósofos del derecho reconocen que la coherencia por lo menos es un ingrediente importante en la justificación jurídica. Lo que sí puede darse por sentado es que la mayoría de las teorías de la coherencia jurídica han enfocado sus esfuerzos en la justificación de los enunciados normativos y han dejado de lado la justificación de los enunciados fácticos, además de que en buena medida evitan incursionar en los aspectos psicológicos de los operadores jurídicos⁵⁶, de ahí la necesidad de adoptar una teoría que reponga en ambos tipos de enunciados y que implique un mínimo en el estudio del aspecto subjetivo epistémico de los operadores jurídicos.

Gerardo Ribeiro describe a la coherencia como parte de la argumentación y la sustenta en el principio de que el corpus jurídico debe ser coherente, es decir que una norma debe encontrar en otra cualquiera de su misma área el correspondiente predicado y a la inversa, que la norma que aparece como sujeto pueda tener función de predicado de la segunda. Así, la coherencia tiene el objetivo de desarrollar un argumento para demostrar la pertinencia de una norma a un cuerpo jurídico. Este tipo de argumento no busca hacer manifiesta, por el

⁵⁵ AMAYA, Amalia, "La coherencia en el derecho", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 60.

⁵⁶ Ídem.

ejemplo, una antinomia, sino hacer notar cierta característica del cuerpo jurídico. Se trata entonces de demostrar que al conjunto jurídico le corresponden ciertos componentes que pueden hacer las veces de sujetos o predicados y hacer ver que elementos no son pertinentes a este conjunto⁵⁷.

Para Paolo Comanducci la coherencia se divide en dos: la coherencia normativa y la coherencia narrativa. La primera pertenece a la justificación con base en o en función a principios, es decir que la norma está justificada si se le considera coherente con los principios que rigen su sector normativo previamente identificado, por lo que la norma es subsumible mediante generalización o universalización a los principios correspondientes. Por su lado, la coherencia narrativa se define como una parte de la justificación externa de la premisa mayor del silogismo decisonal, o sea, el enunciado narrativo debe justificar la elección de valores y principios preexistentes⁵⁸.

Amalia Amaya afirma que existen una gran variedad de teorías coherentistas de la justificación jurídica. Mientras que algunos teóricos definen a la justificación jurídica exclusivamente en términos de coherencia, otros le dan un papel modesto y la consideran como un ingrediente fundamental, aunque no único, en la construcción de la justificación jurídica. Por ello hace la distinción entre teorías “fuertes” y “débiles”. Las teorías fuertes dan a la coherencia un papel predominante en la justificación, mientras que las teorías débiles sólo la consideran como parte de la justificación⁵⁹.

Entre los teóricos que otorgan un papel “fuerte” a la coherencia y que buscan aplicarla para justificar enunciados normativos se encuentra Alexander Peczenik. La premisa fundamental de Peczenik es que los valores morales juegan un papel importante en el razonamiento jurídico dado que su propósito no es generar una obediencia ciega al texto legal sino su interpretación más justa. Así, la

⁵⁷ RIBEIRO Toral, Gerardo, *Verdad y argumentación jurídica*, tercera edición, México, Porrúa, 2009, p. 81.

⁵⁸ Ídem.

⁵⁹ AMAYA, Amalia, “La coherencia en el derecho”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 62.

justificación jurídica es correcta cuando está basada en razones coherentes, es decir, en ponderación de principios. La argumentación o justificación no busca demostrar la razonabilidad de un enunciado normativo sino que es válido dentro del marco jurídico concreto⁶⁰, o sea, que la norma pertenece a un contexto determinado.

Para Peczenik el razonamiento jurídico debe ser coherente ya que la interpretación jurídica no es valorativamente neutra, y si el decisor jurídico no encuentra en el marco de valores aplicable el fundamento para su decisión, entonces ninguna norma está a salvo de ser modificada radicalmente. Peczenik considera que “Cuanto más se aproximen los enunciados pertenecientes a una teoría dada a una estructura de fundamentación perfecta, tanto más coherente es la teoría”⁶¹.

Ahora bien, la perfección de la estructura de la fundamentación o justificación, que Peczenik plantea como una teoría, depende del grado en que ciertos criterios de coherencia son satisfechos. Dichos criterios son tres⁶²:

- 1) Criterios relacionados con la estructura de fundamentación. Cuando más profunda y amplia es una fundamentación, tanto más coherente es la teoría;
- 2) Criterios relacionados con los conceptos. Los conceptos generales son el cemento que mantiene unida la teoría, y;
- 3) Criterios relacionados con el asunto de la teoría, como el número de casos o campos de la vida que abarca la teoría.

Para Peczenik el objetivo fundamental de la coherencia es la verdad de los enunciados normativos, la cual está íntimamente ligada a la correspondencia de los hechos con los enunciados que los describen, punto en el que se encuentran la mayoría de las objeciones a la teoría del jurista sueco, pues además de la circularidad que implica fundamentar con valores y tener que regresar a ellos para

⁶⁰ RIBEIRO Toral, Gerardo, *Verdad y argumentación jurídica*, op. cit., p. 176.

⁶¹ PECZENIK, Alexander, *Derecho y razón*, México, Fontamara, 2000, p. 67.

⁶² *Ibidem*, pp. 67 y 68.

poder hablar de coherencia, no queda claro cómo se relacionan los enunciados *prima facie* con la verdad.

Por otro lado, la teoría del derecho como integridad de Ronald Dworkin ha sido considerada en diferentes momentos y espacios como una aproximación coherentista al derecho. Esta teoría parte de la premisa fundamental de la definición “personal” de derecho, es decir, entender a éste como un concepto susceptible de interpretación.

Dworkin considera que las teorías generales del derecho no son más que interpretaciones generales de las prácticas judiciales, por lo que afirma que éste debe ser entendido como integridad, concepto que une a la adjudicación y la jurisprudencia, lo que permite que el contenido del derecho no dependa de visiones independientes sino de interpretaciones refinadas y concretas⁶³, interpretaciones de las cuales puede depender la modificación de una norma dada y la evolución del derecho mismo.

En relación con la modificación por parte de un juez de una norma jurídica preexistente y la eventual evolución del sistema jurídico, Dworkin afirma que los principios figuran de dos maneras:

“Primero, es necesario, aunque no suficiente, que el juez considere que el cambio favorecería algún principio, [...].

Pero cualquier principio no sirve para justificar un cambio, porque entonces ninguna norma estaría jamás a salvo. Debe haber algunos principios que cuentan y otros que no cuentan, y debe haber algunos que cuentan más que otros. Eso no podría depender de las preferencias del propio juez, entre multitud de normas extrajurídicas, todas respetables y, en principio, elegibles, porque si así fuera, no podríamos decir que ninguna regla fuese obligatoria. Siempre podríamos imaginarnos un juez cuyas preferencias entre los estándares extrajurídicos fueran tales que justificasen un cambio o una reinterpretación radical, incluso de la más firmemente arraigada de las normas.

⁶³ RIBEIRO Toral, Gerardo, *Verdad y argumentación jurídica*, op. cit., p. 158.

En segundo lugar, cualquier juez que se proponga cambiar la doctrina existente debe tener en cuenta algunos estándares importantes que desaconsejan apartarse de la doctrina establecida, y que son también, en su mayoría, principios. Incluyen la doctrina de la “supremacía legislativa”, un conjunto de principios que exigen que los tribunales muestren el debido respeto a los actos de legislación. Incluyen también la doctrina del precedente, otro conjunto de principios que reflejan el valor y la eficiencia de la coherencia”⁶⁴.

En síntesis, Dworkin sostiene una teoría coherentista de la justificación según la cual un enunciado normativo está justificado si es coherente con el conjunto de principios que mejor explican y justifican la práctica jurídica, esto a la luz de una teoría de la moralidad política o del bien común. Además, la teoría interpretativa de Dworkin está íntimamente ligada a una teoría de la verdad como coherencia, según la cual una proposición jurídica es verdadera si pertenece a la teoría que explica y justifica al derecho de la manera más coherente. Por lo tanto, la justificación de las proposiciones normativas y su respectiva verdad dependen de su coherencia con el conjunto de creencias interpretativas acerca del derecho de que se trate. Así, las razones de coherencia permiten que en la mayoría de los casos exista una única respuesta justificada que coincida de manera completa con la verdad de las proposiciones del derecho⁶⁵. Es en este último punto es en donde se encuentran fuertes críticas a la integridad del derecho de Dworkin ya que resulta difícil pensar que exista sólo una respuesta correcta, en lugar de la respuesta más razonable o plausible entre varias.

Ahora bien, de manera general las teorías coherentistas de la justificación jurídica –entre ellas las mencionadas en este apartado, trátense de teorías “fuertes” o “débiles”, que justifican la teoría jurídica, los enunciados normativos o los enunciados fácticos, son vulnerables a las objeciones de vaguedad por no tener un concepto bien definido, de holismo por intentar integrar “todo” a las

⁶⁴ DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, España, Ariel, 2012, pp. 91 y 92.

⁶⁵ AMAYA, Amalia, “La coherencia en el derecho”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, op. cit., pp. 63 y 64.

conclusiones y de circularidad por buscar coherencia en su propia base, entre otras⁶⁶.

Pues bien, el modelo teórico coherentista adoptado para este estudio define a la coherencia como la satisfacción de restricciones positivas y negativas, cuenta con un razonamiento de inferencia de la mejor explicación y tiene mecanismos definidos para la construcción de los estándares de coherencia, con lo que se busca mitigar los efectos de las objeciones a este modelo. Empero, debo hacer la aclaración de que el método, los mecanismos y la satisfacción de restricciones, aun cuando se tome en cuenta la responsabilidad epistémica, no dan a la coherencia como resultado automático. Este proceso se perfecciona con otro igual de importante que es el ejercicio de la virtud judicial, al cual no adentraré por su vastedad y por estar plenamente enfocado a la labor judicial.

A) El método

La concepción de la coherencia en términos de la satisfacción de restricciones positivas y negativas propuesta por Paul Thagard puede ser utilizada para elaborar la justificación jurídica. Por un lado se tiene a la coherencia normativa, relevante para la justificación de proposiciones normativas y que está basada en el modelo de coherencia ética. Por otro lado, existe la coherencia fáctica que es el tipo relevante para la justificación de conclusiones acerca de hechos en el derecho y que toma el modelo de la coherencia epistémica⁶⁷.

La coherencia normativa requiere de la interacción de los tipos de coherencia relevantes para la justificación moral (conceptual, explicativa, analógica y deductiva⁶⁸) más una adecuada: la coherencia interpretativa. Este tipo de coherencia es fundamental para entender el carácter interpretativo de las razones que en derecho se tienen, por ello es que esta es la propuesta para el

⁶⁶ *Ibíd*em, pp. 71 y sigs.

⁶⁷ AMAYA, Amalia, "Diez tesis acerca de la coherencia del derecho", *Discusiones, La coherencia en el derecho, op. cit.*, pp. 24 y 25.

⁶⁸ Cfr. Capítulo I, inciso B).

análisis del texto constitucional en relación con su justificación. En el caso de la coherencia interpretativa las restricciones positivas y negativas ligan hipótesis interpretativas y elementos normativos, es decir, principios, reglas, y en su caso precedentes⁶⁹.

En cuanto a la coherencia fáctica, ésta resulta de la interacción de los tipos de coherencia relevantes para la justificación epistémica (conceptual, explicativa, analógica y deductiva⁷⁰) más un tipo específico para el caso: la coherencia deliberativa. Este tipo de coherencia es importante para la justificación de los enunciados fácticos pues da cuenta acerca del razonamiento de los hechos en el derecho por su importante dimensión práctica y social, a lo que se debe que sea la idónea para el análisis de la justificación de la interpretación de los párrafos segundo y tercero del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ahora bien, a los principios generales de la coherencia explicativa que son simetría, analogía, explicación, compatibilidad, contradicción, prioridad y aceptabilidad, se deben añadir las restricciones propias de la naturaleza institucional⁷¹ en que se emite el enunciado fáctico, en nuestro caso las de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La teoría de la coherencia jurídica como satisfacción de restricciones permite enunciar una serie de criterios precisos para evaluar la coherencia de los elementos a analizar, de esta manera la vaguedad de la definición, los criterios de coherencia y la forma simétrica en que estos se relacionan dejan de ser debilidades ante futuras objeciones. Además, esta teoría permite tener una percepción unitaria del papel que juega la coherencia en la justificación jurídica, tanto acerca de normas como de la valoración de hechos⁷².

No obstante, para Amalia Amaya esta teoría no resuelve todos los problemas a que se puede enfrentar una teoría coherentista en el derecho, como

⁶⁹ AMAYA, Amalia, "Diez tesis acerca de la coherencia del derecho", *Discusiones, La coherencia en el derecho, op. cit.*, p. 25.

⁷⁰ Cfr. Capítulo I, inciso B).

⁷¹ AMAYA, Amalia, "Diez tesis acerca de la coherencia del derecho", *Discusiones, La coherencia en el derecho, op. cit.*, p. 25.

⁷² *Ibidem*, p. 26.

lo es el criterio para generar el conjunto inicial de elementos que se considera relevante para comparar y evaluar la coherencia de distintas alternativas. En este sentido se considera que, más que un problema, esta es una ventaja ya que esta aparente contrariedad deja abierto un espacio de libertad para que los elementos sean seleccionados conforme al problema planteado y su contexto. A saber, en nuestro caso, el texto constitucional, su justificación y su interpretación, todos a la luz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, son los elementos que serán empatados para el estudio de su coherencia. Todos componentes del proceso que debe proveer de un mismo resultado jurídico: un cambio de paradigma.

Ahora bien, una vez que he abundado en los tipos de coherencia del modelo adoptado para cada enunciado que será analizado, es necesario abordar el proceso, tipo de razonamiento o método a seguir para llegar a la justificación coherente: la inferencia a la mejor explicación.

Un problema serio en cualquier teoría de la justificación jurídica es el proceso por el cual uno puede llegar a la interpretación más coherente de las normas o de los hechos en el derecho. Este proceso implica el curso de acción que mejor encaja con un conjunto de valores u objetivos, encontrar la hipótesis que mejor empata con los hechos controvertidos y que tenga más sentido a la luz de las pruebas disponibles, o bien con la elección de la teoría científica que sea más coherente con los datos empíricos. Un punto de vista es que las decisiones jurídicas, en muchos casos, se alcanzan por mera intuición; no es posible explicar como, por ejemplo un juez, llega a la resolución más coherente para un caso concreto. Este punto de vista pone en gran desventaja a las teorías coherentistas frente a otras de la justificación jurídica, como es el caso de las teorías argumentativas que echan mano de la lógica deductiva⁷³.

El modelo coherentista seleccionado para este estudio cuenta con una clara descripción de un método de inferencia que permite alcanzar decisiones

⁷³ *Ibidem*, p. 27.

justificadas. La inferencia de este modelo coherentista se puede describir como inferencia a la mejor explicación, es decir, a la explicación más coherente⁷⁴.

Las discusiones actuales sobre la inferencia a la mejor explicación tienen como origen los trabajos sobre abducción de Charles Peirce. En sus trabajos iniciales, Peirce distinguió a los tipos de razonamiento deductivo, inductivo y uno que él llamó "hypothesis". Éste último fue definido como el lugar donde encontramos algunas circunstancias muy singulares que debieran ser explicadas por la suposición de que hubiera cierta regla general adoptada. Posteriormente Peirce creó la "hypothesis abduction", clasificación que añade la verificación por medio del método inductivo. Así, Peirce caracterizó a la abducción como el proceso de generación de una hipótesis que más que ser un patrón de razonamiento es un medio para argumentar la aceptación de una hipótesis que será verificada por la inducción⁷⁵.

La inferencia a la mejor a la mejor explicación retoma en parte la abducción de Peirce, de lo que se desprenden tres etapas fundamentales⁷⁶:

- 1) La generación o descubrimiento de los elementos relevantes –hipótesis fácticas o pruebas o hipótesis interpretativas y elementos normativos. En esta etapa se restringe el conjunto de hipótesis a las que es adecuado considerar, de manera que las hipótesis que sean evidentemente incoherentes sean desechadas;
- 2) La persecución, elaboración y refinamiento de un conjunto de alternativas que resulten, inicialmente, plausibles. En esta etapa es preciso, para garantizar una justa confrontación de las versiones que se consideren adecuadas, que cada una de las hipótesis que deben ser consideradas se presenten en su mejor versión posible, es decir, que se

⁷⁴ Ídem.

⁷⁵ AMAYA, Amalia, "Inference to the best legal explanation", *Legal evidence and proof: statistics, stories, logic*, Aldershot, Ashgate, 2009, p. 2.

⁷⁶ AMAYA, Amalia, "Diez tesis acerca de la coherencia del derecho", *Discusiones, La coherencia en el derecho, op. cit.*, pp. 27 y 28.

deben elaborar hipótesis alternativas hasta lograr que una de ellas sea la más coherente, y;

- 3) La evaluación y comparación de las mismas con vistas a la selección de una de ellas como justificada. En esta etapa se deben proporcionar una serie de criterios para comparar las alternativas distintas de decisión y se seleccione una de ellas como justificada.

Por lo tanto, el modelo coherentista utilizado en este estudio no está basado en la intuición, no escapa al análisis, sino que es resultado de un método, proceso o tipo de razonamiento que se puede describir con detalles con ayuda de las herramientas de la abducción o la inferencia a la mejor explicación. Ahora bien, si la coherencia es de naturaleza explicativa, y dado que las explicaciones no se agotan en la semántica o en la sintaxis ya que hay elementos pragmáticos que deben ser valorados, entonces la coherencia no parece ser susceptible de formalización. Las herramientas de la lógica tradicional no parecen ser suficientes para formalizar a la coherencia, o de lo contrario, con su formalización se sacrificaría la complejidad del modelo coherentista propuesto. No obstante, a pesar de las limitaciones de los modelos formalistas, sin duda éstos son útiles para comprender mejor los mecanismos para la construcción de la coherencia óptima⁷⁷.

B) Los mecanismos

Para la evaluación de las distintas alternativas de decisión jurídica y la posterior selección de la más coherente se requiere, primero, la mejora y el refinamiento de las distintas hipótesis plausibles a considerar. Pues bien, este proceso puede requerir de transformar un conjunto incoherente de elementos en uno coherente, y los mecanismos mediante los cuales se puede maximizar la coherencia en estos casos son: 1) contracción; 2) adición, y; 3) reinterpretación⁷⁸.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 30.

⁷⁸ *Ídem*.

Esta tipología y definición de mecanismos para maximización de la coherencia está basada en la clasificación de operaciones para el estudio de la lógica de las creencias o modelo AGM, conocido así debido a sus tres fundadores, Carlos Alchourrón, Peter Gärdenfors y David Makinson. El objetivo principal del modelo AGM es proveer de una representación formal de los tres tipos de mecanismos de maximización de la coherencia⁷⁹. No obstante, cabe hacer la aclaración de que el modelo AGM está basado en la lógica simbólica y, como ya he mencionado, el modelo coherentista adoptado puede ser entendido a partir de los modelos lógicos tradicionales aunque, especialmente en el caso de la coherencia interpretativa, integra elementos de capacidad subjetiva de maximización de la coherencia.

La contracción es el mecanismo de construcción de coherencia más conocido. Mediante la operación de contracción es posible transformar un conjunto incoherente de elementos en uno coherente, ello con la eliminación de alguno o algunos de los elementos⁸⁰. Por ejemplo, supongamos que en algún caso concreto puede haber elementos inconsistentes acerca de la constitucionalidad o anticonstitucionalidad de alguna norma o un acto de autoridad, y la hipótesis de constitucionalidad es compatible con la unidad del cuerpo constitucional pero no con un principio. Es posible que debido al alto grado de compatibilidad y de acuerdo con la teoría y contexto del caso se rechace para su valoración al elemento incompatible con el principio constitucional de que se trate. De esta manera es posible incrementar la coherencia de una hipótesis normativa que permite explicar un conjunto de precedentes. Esta operación puede comprobarse y verificarse en diversos casos de materia tributaria en que son eliminados los elementos no concordantes con la seguridad jurídica que supuestamente provee una ley.

⁷⁹ AMAYA, Amalia, "Formal models of coherence and legal epistemology", *Artificial Intelligence and Law*, Estados Unidos de Norteamérica, núm. 15, 2007, p. 430.

⁸⁰ AMAYA, Amalia, "Diez tesis acerca de la coherencia del derecho", *Discusiones, La coherencia en el derecho*, *op. cit.*, p. 31.

Por otro lado, la coherencia se puede alcanzar mediante la adición de nuevos elementos, mecanismo que resulta muy útil en el razonamiento jurídico⁸¹. Por ejemplo, un caso en el que la hipótesis de valoración de hechos hace suponer que se cumple con el principio de legalidad del actuar de la autoridad pero los elementos en general hacen suponer que se viola algún principio constitucional. En este caso, en vez de eliminar elementos incompatibles de la hipótesis con algún principio constitucional, se añade un principio a la valoración y justificación de la hipótesis explicativa. Tal es el caso de la obligación de los partidos políticos de subtítular sus promocionales para televisión con el fin de permitir que las personas con alguna discapacidad auditiva reciban el mensaje⁸². En esta situación, el juzgador en materia electoral ha considerado que toda la población tiene derecho al acceso de la información que los partidos políticos desean difundir, independientemente de si existe o no un proceso electoral y en qué etapa se encuentre, lo anterior con fundamento en los principios constitucionales que rigen la materia, mas no en un dispositivo legal que mandate de manera expresa tal obligación.

Finalmente, otro modo de generar coherencia es la reinterpretación de algunos elementos con lo que se busca reducir el grado de incoherencia del conjunto. En relación con el razonamiento jurídico acerca de enunciados normativos, el mecanismo interpretativo resulta muy común. Es posible reinterpretar un conjunto de precedentes que en el inicio son incoherentes con la hipótesis normativa pero que a la luz de una teoría alternativa reduzcan la incoherencia del posible enunciado normativo⁸³. Tal es el caso de la reforma constitucional motivo de estas páginas en que los legisladores reinterpretaron los términos “derechos” y “garantías” para hacer una distinción entre estos y reducir la

⁸¹ *Ibíd.*, p. 32.

⁸² La Sala Regional Especializada del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha resuelto diversos Procedimientos Especiales Sancionadores, como los de números SER-PSC-27/2016, SER-PSC-28/2016 y SER-PSC-34/2016, en que sanciona a los partidos políticos por no subtítular sus mensajes de televisión, lo que limita el acceso a la información de las personas con discapacidad auditiva.

⁸³ AMAYA, Amalia, “Diez tesis acerca de la coherencia del derecho”, *Discusiones, La coherencia en el derecho, op. cit.*, p. 32.

incoherencia con el modelo incompleto de derechos humanos que entró en vigor el 10 de junio de 2011 y así modificar la redacción anterior que dio pie a múltiples interpretaciones sobre los mismos.

Cuando se argumenta sobre cuál es la mejor solución a un problema normativo o fáctico en derecho, es necesario evaluar varias alternativas de decisión y tratar de que cada una de esas alternativas sea presentada en su versión mejor acabada, lo que no debiera ser tan complicado cuando se trata de cuerpos colegiados como lo son el Poder Legislativo o la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya que la misma pluralidad favorece las distintas versiones. Mediante los mecanismos de contracción, adición y reinterpretación, los operadores jurídicos pueden lograr conformar un conjunto de hipótesis coherentes acerca de las normas o los hechos antes de seleccionar la que resulte mejor justificada. Así los procesos de decisión jurídica consisten, principalmente, en lograr un conjunto coherente de elementos que son dados desde el inicio. Las distintas consideraciones que apoyan diferentes alternativas de decisión son reestructuradas por los mecanismos descritos hasta alcanzar el estado de coherencia en que la decisión seleccionada conjunte todos los elementos relevantes⁸⁴.

Pues bien, como ya he comentado en el Capítulo I, la cognición humana parece estar marcada por una tendencia a construir coherencia donde no la hay, por lo que un riesgo importante asociado al razonamiento de tipo coherentista es el de crear una coherencia forzada⁸⁵. Por ello la preocupación manifiesta en esta tesis, es decir, la posible tendencia de los decisores jurídicos a generar coherencia a partir de prejuicios, fantasías o la manipulación de elementos para la toma de decisiones, de manera que existe la posibilidad de que los enunciados normativos o fácticos seleccionados hayan sido la atribución o justificación de un proceso irracional que no sea coherente con la teoría o método planteado desde un inicio.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 33.

⁸⁵ *Ídem*.

C) **Coherencia y razonamiento acerca de fines**

El razonamiento coherentista no es un razonamiento de tipo instrumental, es decir, las teorías coherentistas proponen establecer fines valiosos y como proceder cuando estos entran en conflicto. De acuerdo con la concepción instrumental de la razón práctica, el razonamiento práctico consiste en establecer los medios adecuados para lograr ciertos fines. En este sentido, el instrumentalismo sitúa a los valores y fines fuera de la razón, como si fueran puntos seleccionados de forma individual y arbitraria que pasan a un segundo plano. Contrario a este punto de vista, las concepciones no instrumentales sostienen que es posible razonar no sólo acerca de los medios más adecuados para alcanzar ciertos fines sino también establecer qué fines son los más valiosos y como se pueden resolver los conflictos entre los mismos. Por ello, el modelo coherentista adoptado parece la mejor herramienta para este estudio y para que los decisores jurídicos puedan razonar acerca de los valores del derecho⁸⁶. Específicamente en nuestro caso, para establecer los fines y fundamentos de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, con lo que se deja de lado el camino de los medios, en el cual se pueden perder de vista los objetivos primarios.

La coherencia puede funcionar como estándar de justificación desde diversas perspectivas prácticas no instrumentalistas. Por ejemplo, el proceso de deliberación es aquél mediante el cual se construye una teoría que permite dar cuenta de la manera más coherente de las relaciones entre los diversos valores que son relevantes para un caso concreto. Desde esta perspectiva, la aproximación coherentista al razonamiento práctico consiste en entender que hay una interdependencia entre los valores por lo que en las teorías que se construyen se deben integrar todos los elementos que deben ser valorados de forma simétrica. En este caso, las teorías que se elaboren no pueden tener como objetivo la eliminación del conflicto pues los valores no son tomados como enunciados *prima facie* o razones que no pueden llegar a ser aplicables a un caso

⁸⁶ *Ibidem*, p. 44.

concreto, por el contrario, se busca construir una teoría en favor de la justicia o de valores como los que hacen las veces de fundamento de los derechos humanos.

Desde otra perspectiva coherentista, el especificacionismo propone que en el primer momento se deben establecer los fines especificados por un agente, los cuales pueden ser la igualdad, la equidad, la justicia, entre otros. No obstante, desde esta perspectiva, los fines iniciales pueden resultar vagos por lo que se debe establecer una relación coherente entre dos normas o fines. Así, la coherencia depende de una relación entre normas aceptables que no generan problemas prácticos y existe un soporte mutuo, lo que deriva en fines y su instrumentación o valores y principios, como lo pudieran ser los derechos humanos y sus características de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Desde esta perspectiva, la legitimidad de la decisión jurídica radica en la coherencia de la argumentación acerca de los valores, sus conflictos y su relación con otra norma.

En conclusión, las teorías coherentistas proporcionan un modo de razonar acerca de fines y valores y ofrecen la posibilidad de expandir el ámbito de la razón práctica más allá de la lógica formal. En este sentido, la argumentación basada en la coherencia permite ofrecer una concepción más amplia de las razones en el derecho que las que pueden proporcionar las metodologías formalistas o instrumentalistas, las cuales se reducen al silogismo o al tipo regla-caso o medio-fin.⁸⁷ Las perspectivas coherentistas proveen de una argumentación acerca de los valores y principios que se deben realizar en el derecho, y debido a la pluralidad valorativa de nuestro orden jurídico resulta, desde mi perspectiva, completamente viable que se confronten los valores anteriores y posteriores de una reforma de gran calado como la constitucional en materia de derechos humanos.

⁸⁷ *Ibíd.*, p. 47.

D) El valor de la coherencia

La coherencia es valiosa en el contexto jurídico y debe desarrollar un papel importante en la justificación de las acciones de los operadores jurídicos por tres tipos de razones⁸⁸: 1) de carácter epistémico; 2) de carácter práctico, y; 3) constitutivas.

En relación con las razones de carácter epistémico, los estándares coherentistas de la justificación jurídica son viables ya que hay motivos suficientes para decir que las afirmaciones en derecho coherentes tienen alta probabilidad de ser verdaderas o correctas. Guillermo Lariguet afirma que “la teoría de la coherencia” es una teoría de la “verdad” ya que ésta tiene un papel central en la filosofía y por lo tanto es lo que se busca con la coherencia. Además, esta teoría surgió como alternativa ante otras teorías dominantes que pretendían, de manera forzada, adecuar el intelecto a una cosa y hacerlos corresponder⁸⁹. Amalia Amaya plantea una posible contraargumentación a las teorías coherentistas; considera que una de las cuestiones más discutidas es si la coherencia y la verdad están debidamente conectadas, lo que deriva en la capacidad de la coherencia de guiar a sus agentes en la búsqueda de la verdad. Esta objeción se fundamenta principalmente en la imposibilidad de ver alternativas que provengan del exterior, es decir, de la problemática que genera el aislamiento al estudiar la coherencia al interior de una unidad bien definida y no concebir otros conjuntos de alternativas que pudieran ser igualmente coherentes⁹⁰.

La conexión entre la coherencia y la verdad a partir del problema del aislamiento debe ser tomado en cuenta, No obstante, ello no implica que la coherencia y la verdad estén inevitablemente dissociadas. Aceptar enunciados en virtud de su coherencia es una vía adecuada para alcanzar creencias que tienen alta probabilidad de ser verdaderas si se utiliza la inferencia a la mejor explicación.

⁸⁸ Supra, p. 48.

⁸⁹ Lariguet, Guillermo, “Todo lo que usted quería saber sobre la coherencia y no se atrevió a preguntarle a Amalia Amaya”, *Discusiones, La coherencia en el derecho*, Alicante, núm. 10, 2011, p. 89.

⁹⁰ AMAYA, Amalia, “Diez tesis acerca de la coherencia del derecho”, *Discusiones, La coherencia en el derecho, op. cit.*, p. 49.

La mejor explicación de un conjunto de creencias se da a la luz de principios generales que contribuyen con un alto grado de confiabilidad a diversos tipos de creencias espontáneas. Así, con la coherencia y estabilidad a largo plazo se puede presumir que dicho sistema se aproxima a lo verdadero⁹¹.

Por su parte, las razones de carácter práctico para la defensa del valor de la coherencia hacen de ésta un estándar de justificación deseable. La coherencia facilita la coordinación de las acciones entre diversos agentes, algo que sin duda resulta relevante en la acción colectiva del derecho. La coherencia promueve la efectividad de las acciones conjuntas ya que es más fácil que funcionen los planes de acción coherentes que las decisiones contradictorias entre sí, por lo el grado de coherencia parece fundamental para realizar con éxito la función del derecho de transformar la vida social. Por otro lado, la coherencia es una herramienta fundamental para realizar valores específicamente jurídicos como lo es la seguridad jurídica. Una de las maneras en que la coherencia promueve la seguridad jurídica es facilitando el conocimiento del derecho ya que es menos complicado comprender y recordar un conjunto de normas coherentes que uno de reglas inconexas. Además, la coherencia promueve la eficacia judicial ya que es mucho más fácil aplicar y seguir un conjunto de normas coherentes que un conjunto de normas que carecen de sentido en su conjunto⁹².

Finalmente, la coherencia tiene razones de naturaleza constitutiva que nos hacen valorar su peso en el derecho desde las identidades individual y colectiva. Un cierto grado de coherencia es requerido en las decisiones que resultan de la deliberación individual y colectiva para ser un operador jurídico unitario y para ser un miembro de una colectividad con una identidad específica. Al deliberar acerca de los valores, principios y objetivos fundamentales en un caso en concreto, los operadores jurídicos determinan de cierta manera su propia identidad como miembros de la colectividad o comunidad política. Las identidades individual y colectiva no están fijadas de antemano, sino que se construyen en el proceso de deliberación, que es en último término, un ejercicio de auto-interpretación y de

⁹¹ Supra, p. 50.

⁹² Ibídem, p. 52.

determinación de la propia identidad. Es decir, cuando deliberan los decisores jurídicos están eligiendo que tipo de persona o de comunidad desean ser, por lo que encontramos aquí una razón fundacional para valorar a la coherencia como un estándar de justificación de las decisiones jurídicas⁹³.

E) Formalismo y coherencia

Las teorías coherentistas en ética, epistemología, filosofía de la ciencia, etcétera, se han propuesto a partir del paulatino reconocimiento del fracaso de los distintos programas que han tratado de ofrecer una teoría científica de la racionalidad en sus respectivas áreas. La reacción común ante este fracaso ha sido la postura escéptica que visualiza la imposibilidad de justificar los enunciados o creencias y, en último término, la imposibilidad del conocimiento de los mismos. Es aquí donde el coherentismo proporciona una vía intermedia a la racionalidad -entendida ésta como formalismo- y al escepticismo⁹⁴.

Ahora bien, el supuesto dilema entre la racionalidad formal y el prejuicio, la irracionalidad o los deseos injustificados, sólo surge si se toma al formalismo como el único modelo racional posible. El escepticismo no es la única respuesta viable ante el fracaso de los programas científicistas, sino que sólo hace notar que la concepción formal de racionalidad es inadecuada para dar cuenta de la justificación de todas las áreas en que se ha intentado aplicar. Entonces, los modelos coherentistas se proponen como alternativas a los modelos científicistas del conocimiento, lo que significa que el coherentismo busca suplir al formalismo en el gran número de ámbitos en que este no es aplicable para la construcción de una verdadera justificación⁹⁵.

En relación con la adopción de un modelo de coherencia racional alternativo al formalismo, Claudio Michelon explica que hay principalmente dos ventajas en ello: la coherencia es garantía de la consistencia (ya que esta es condición

⁹³ Ídem.

⁹⁴ Íbidem, p. 54.

⁹⁵ Ídem.

necesaria para que se obtenga aquélla) y la existencia de coherencia entre diversas unidades aparentemente discretas afirma que éstas pueden ser tomadas como elementos de un conjunto formado intencionalmente, lo que es garantía de unidad entre estos elementos⁹⁶.

Así, el proporcionar una concepción alternativa al formalismo y demostrar que no es inevitable el escepticismo, ha sido la motivación de las teorías coherentistas en diversos ámbitos. Por ejemplo, el fallido proyecto cartesiano de desarrollar una teoría del conocimiento sobre bases seguras al tomar como modelo los sistemas de las matemáticas para la epistemología dio origen a la coherencia justificatoria como alternativa al escepticismo. En cuanto a la filosofía de la ciencia, un problema fundamental es determinar qué hace que una observación o resultado experimental confirme una teoría o sea una razón para argumentar una teoría. Después del fracasado intento de los positivistas lógicos de dar cuenta de la relación entre evidencia y teoría en términos lógicos mediante la inducción es que la coherencia aparece con criterios de racionalidad, a partir de los cuales es viable justificar la selección de teorías⁹⁷.

Asimismo, el coherentismo proporciona al contexto del derecho una vía racional alternativa a los modelos del formalismo y el escepticismo. Las teorías coherentistas del derecho surgen para remediar algunos de los problemas de las nociones positivistas formales, tales como las consecuencias indeseables derivadas de la discreción judicial en los casos difíciles, la dificultad para explicar la relación entre la moral y el derecho o la insatisfacción que provoca en el razonamiento jurídico una teoría deductivista. En palabras de Amalia Amaya⁹⁸:

Frente a la concepción piramidal del conocimiento jurídico, al fundacionalismo acerca de la justificación jurídica, y a la aproximación deductivista al razonamiento jurídico, que son piezas claves del positivismo clásico o formal, el coherentismo propone una concepción reticular del conocimiento jurídico, una teoría coherentista

⁹⁶ Michelon, Claudio, "Las razones de la coherencia", *Discusiones, La coherencia en el derecho*, Alicante, núm. 10, 2011, p. 141.

⁹⁷ AMAYA, Amalia, "Diez tesis acerca de la coherencia del derecho", *Discusiones, La coherencia en el derecho, op. cit.*, p. 55.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 56.

de la justificación jurídica, y una visión holista en las inferencias en el Derecho, con el objetivo [...] de ofrecer una concepción más amplia de las fuentes del derecho y de las formas legítimas de argumentación jurídica en base a las cuales se puede articular una solución al problema de la discreción judicial.

Ahora bien, en relación con la valoración de los hechos en derecho, el coherentismo proporciona una alternativa no escéptica a los modelos bayesianos derivados del teorema de Bayes, teoría dominante para la valoración de pruebas en los sistemas jurídicos anglosajones. Esta teoría tiene, principalmente, problemas para dar cuenta de la presunción de inocencia y la duda razonable, así como de los estándares con que deben cumplir las pruebas pues en buena medida se remite a la concepción formal de la prueba y reduce la valoración de los hechos a la probabilidad⁹⁹, y por lo tanto, puede reducir también el grado de verdad de la misma resolución judicial.

Para los efectos de este trabajo, la coherencia aporta también una alternativa intermedia a la racionalidad formalista y a la negación de la justificación jurídica. Manuel Atienza es quien tal vez ha hecho las mayores aportaciones en cuanto a la importancia que tiene la razón en los procesos legislativos, pues considera que la racionalidad jurisdiccional se vuelve inalcanzable sin una previa racionalidad legislativa¹⁰⁰. La propuesta de Manuel Atienza define a la racionalidad de la legislación como el conjunto de interacciones en las que intervienen elementos como los creadores de la norma, los destinatarios, el sistema jurídico, los fines y los valores, y divide a la racionalidad de la legislación en tres diferentes campos: 1) la legislación como tal, es decir, qué lugar ocupa en el sistema jurídico y cuál es su función; 2) el proceso de creación de normas, y; 3) en relación con el resultado del proceso, es decir, qué tan racionales son las leyes¹⁰¹.

Además, en cada campo de la racionalidad legislativa se pueden detectar 5 niveles de racionalidad: 1) la comunicativa o de claridad del mensaje; 2) lógico-

⁹⁹ Ídem.

¹⁰⁰ SANTIAGO Campos, Gonzalo, *Racionalidad y argumentación jurídica legislativa*, México, Cámara de Diputados, 2006, p. 311.

¹⁰¹ Ibídem, p. 312.

formal o de armonía con el sistema jurídico; 3) la pragmática o de adecuación de la conducta del destinatario a la nueva norma; 4) teleológica o de obtención de los fines del proceso legislativo, y; 5) ética o de presunción de valores¹⁰².

Como se puede apreciar en la exposición de los rasgos generales de la teoría de Manuel Atienza, el proceso de creación de normas tiene su propia lógica, lo que puede hacer que éste se ubique en un contexto completamente diferente al de la lógica jurisdiccional. Además, los fines y los valores son sólo una parte de la creación del proceso legislativo, por lo que éstos pueden perderse en el transcurso de la aplicación de la norma o de la observancia por parte de los destinatarios, o bien pueden quedar anulados por la posición que ocupen en el sistema jurídico. Finalmente, no se contempla un estándar mínimo de la actitud que deben tener los operadores jurídicos ante una multiplicidad de opciones, pues la lógica formal es la base del modelo descrito arriba, la cual no necesariamente conduce al mejor resultado posible.

Así pues, el coherentismo busca, tanto para la creación de enunciados normativos como para la creación de enunciados fácticos, proveer de una alternativa fuerte para la justificación jurídica. Con esta teoría busco suplir las deficiencias del formalismo a la vez que se incorporan elementos racionales pues tampoco se considera una opción el que la justificación jurídica sea inalcanzable debido a la irracionalidad. La teoría adoptada integra a los enunciados normativos y fácticos en una unidad que privilegia los fines de una reforma que pretende ser de gran calado.

¹⁰² *Ibíd*em, p. 313.

Capítulo III. Derechos humanos y la reforma constitucional 2009-2011

Para Eugenio Bulygin, el problema de los derechos humanos no solamente es en esta época el tema central de una discusión teórica interdisciplinaria, sino también lo es desde el punto de vista de la política, cuya importancia práctica es necesaria. A lo largo del transcurso del debate filosófico de los derechos humanos se puede ver que prácticamente todas las propuestas consideran que su fundamento no puede ser exclusivo del derecho positivo pues la importancia de tales derechos se hace evidente cuando son violados o no reconocidos por el derecho positivo mismo. Los derechos humanos no pueden reducirse a una regulación normativa, a un orden jurídico, pues estos ofrecen precisamente el marco jurídico criticable tanto desde el punto de vista normativo como del de sus instituciones jurídicas. Por lo anterior es que cuando un orden jurídico reconoce derechos humanos, en realidad lo que se hace es reconocer derechos preexistentes e independientes¹⁰³, lo que constituye uno de muchos otros retos teóricos que la positivación de los derechos humanos implica, reto que en otros países ha sido resuelto mediante la creación de una cláusula constitucional abierta de reconocimiento de derechos humanos.

En relación con los derechos humanos considerados independientes del orden jurídico, Bulygin afirma que las primeras formulaciones se dan en la segunda mitad del siglo XVIII con la Constitución de Virginia de 1776 y la Declaración Francesa de los Derechos Humanos de 1789, instrumentos que invocan expresamente al derecho natural. Así, los derechos humanos son concebidos como derechos otorgados por el derecho natural y su existencia no depende del derecho positivo¹⁰⁴.

¹⁰³ BULYGIN, Eugenio, "Sobre el status ontológico de los derechos humanos", *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 4, 1987, p. 79.

¹⁰⁴ Ídem.

Los autores de la ilustración como John Locke y los instrumentos jurídicos arriba mencionados reivindicaron la existencia de ciertos derechos anteriores y en cierto modo superiores al estado. Este tipo de constitucionalismo liberal, con un fundamento filosófico político, surgió como oposición al absolutismo predominante de la Europa de ese tiempo. A mediados del siglo XIX y conforme se fue fortaleciendo el paradigma positivista y, en específico el *iuspositivismo*, la constitución fue reconocida como la norma fundamental del sistema jurídico, lo que planteó la problemática de su eficacia o fuerza normativa. A pesar de que la fuerza normativa de la constitución descansa, más que en las demás reglas, en el consentimiento de la sociedad y en la aceptación de ésta como el mejor instrumento para ordenar jurídicamente los conflictos políticos¹⁰⁵, la constitución siguió siendo percibida por mucho tiempo como un instrumento meramente programático pues el liberalismo sólo la dotó de materia, ello hasta que se consolidaron los medios de defensa de la constitucionalidad.

Paulatinamente, a las libertades clásicas como la de expresión, de prensa, de reunión, de tránsito, de religión, entre otras, se añadieron derechos como los de seguridad jurídica y participación política para la mayoría de la población. Fue a mediados del siglo XIX cuando empezó a extenderse la idea del sufragio universal, el cual estaba limitado a personas con ciertas características como el género, la edad, la clase social, etc.¹⁰⁶, lo que permitió que las sociedades poco a poco aspiraran a construir estados democráticos, por lo menos desde el punto de vista formal.

En la actualidad, y en armonía con el catálogo de derechos reconocidos por los instrumentos jurídicos nacionales e internacionales, y con la situación social y política de México, la democracia tiene un papel esencial para el régimen constitucional pues es ésta la que legitima la fuerza normativa de la constitución. Dicha legitimación se produce en dos momentos: primero, al momento de ser

¹⁰⁵ MORA-DONATTO, Cecilia, *El valor de la constitución normativa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

¹⁰⁶ CARBONELL, Miguel, *El abc de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, op. cit., p. 7.

creada pues esta emana de un poder soberano elegido por el pueblo, y segundo, en la organización del estado, lo que asegura conductos democráticos de la expresión de la voluntad popular¹⁰⁷. De esta manera, los derechos humanos se han convertido en los bienes básicos que toda persona requiere que se le protejan por ser necesarios para su desarrollo, a la vez que imponen deberes y obligaciones a la parte orgánica-democrática del estado y el ejercicio del gobierno. Los derechos humanos en la actualidad encuentran su fundamento filosófico en la aspiración de toda sociedad a construir un estado democrático, no sólo formalmente, sino también sustancialmente.

Ahora bien, de acuerdo con el Informe de Pobreza Multidimensional en México de 2008 del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, el 44.2% de la población mexicana es pobre multidimensional, es decir, que tienen carencia en al menos uno de los siguientes rubros: educación, salud, seguridad social, calidad de la vivienda, servicios básicos en la vivienda y alimentación. Por su parte, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo destaca la feminización de la pobreza ya que el promedio de las mujeres no es igual de pobre al de los hombres. La pobreza es un factor que propicia la violación de los derechos humanos; quienes viven en condiciones de pobreza son más vulnerables y susceptibles a violaciones de sus derechos. Por otro lado, la pobreza también puede ser consecuencia de la violación de derechos humanos, tales como la negativa o el menoscabo del derecho al trabajo, el salario digno, la vivienda o la educación. Es decir, las violaciones a los derechos humanos son factor y resultado de la pobreza, la cual es un fenómeno multidimensional gestado por estructuras de poder que reproducen la estratificación social y una visión excluyente de varios sectores¹⁰⁸.

Fue en este contexto –que por cierto, no ha cambiado mucho y al que se suman muchos otros factores para la violación de derechos humanos en materias

¹⁰⁷ CARBONELL, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 43 y 44.

¹⁰⁸ GARCÍA Ramírez, Sergio y MORALES Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos 2009-2011*, cuarta edición, México, Porrúa, 2015, p. 2.

como educación, vivienda, etc.- de conceptualización y fundamentación de los derechos humanos, de necesidad de proteger a los mismos y de aspiración por construir un estado constitucional democrático, que la reforma constitucional 2009-2011 logró su legitimación, de la cual se esperan efectividad y eficacia coherentes con sus orígenes, es decir, con los mismos fines que le dieron legitimación en su inicio.

La teoría constitucional contemporánea ha consolidado la tesis de que la legitimidad estatal radica en los derechos humanos de todas las personas. Es decir, la legitimidad del estado deriva del reconocimiento del conjunto de derechos que imponen límites y vínculos al poder político. De hecho, en el mundo contemporáneo, el grado de desarrollo humano de una sociedad determinada deberá centrar su atención en el nivel de garantía efectiva que las autoridades ofrecen de los derechos humanos. Cuando las personas son efectivamente libres, hay condiciones de igualdad, ejercen su autonomía política y tienen sus necesidades básicas satisfechas, entonces el constitucionalismo de los derechos es una realidad práctica. En cambio, en una sociedad en la que los derechos son reconocidos normativamente, pero en los hechos son vulnerados o violados por las autoridades, la realidad es autoritaria, inequitativa y opresora¹⁰⁹, de ahí la importancia del esfuerzo colectivo por hacer coherente la implementación de una reforma constitucional que, al menos desde su justificación, busca lograr un nuevo paradigma.

A) Principios

Los fines y la relación del derecho con el poder público han cambiado significativamente en virtud de los procesos históricos. En su momento, el derecho fue concebido principalmente como un evidente instrumento de poder, posteriormente se convirtió en una garantía contra el abuso del ejercicio del

¹⁰⁹ CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro, "Presentación", *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. VII.

mismo, y en la actualidad se busca que el derecho sea, si no un instrumento liberador, por lo menos la base para la construcción de una sociedad igualitaria. Así, se pasó del estado despótico al estado de derecho, y de este al estado constitucional democrático como ideal de la organización política de la sociedad¹¹⁰, estadio que requiere de coherencia entre la justificación del derecho, los enunciados normativos y su aplicación para que pueda alcanzarse.

Al igual que el estado de derecho, el estado constitucional democrático surge con base en los modelos estatales estadounidense y francés del siglo XVIII. Ahora bien, existen principalmente dos perspectivas desde las cuales se puede caracterizar al estado constitucional contemporáneo, desde la legitimidad y consecutiva observancia de su documento fundamental o desde la influencia del principio de legalidad en el estado constitucional.

La primera forma de abordar al estado constitucional democrático implica que, como sucedió con los modelos base, el documento fundacional denominado *constitución* es creado por un constituyente originario, el cual sienta las bases del estado e impone restricciones a todos los poderes constituidos. De ello deriva la defensa constante, no sólo de la constitución, sino también de su origen, como lo fueron la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia de 1776 y la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789¹¹¹, dictada en Francia, que hacen las veces del origen del estado constitucional democrático que son los derechos humanos, visión que favorece a la coherencia y el finalismo.

Desde la segunda perspectiva, el estado de derecho y el estado constitucional tienen fuerte influencia del principio de legalidad, con la diferencia de que para el primero no es relevante el contenido de la ley, mientras que en el segundo no se puede permitir que cualquier contenido sea incorporado en el orden jurídico. La soberanía popular funda el actuar estatal con base en los

¹¹⁰ SÁNCHEZ Gil, Rubén, *El Principio de proporcionalidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 16.

¹¹¹ MORÁN, Sergio, "La defensa de la constitución en América. Algunas consideraciones del origen de la protección de los derechos fundamentales", *Temas de control de constitucionalidad y convencionalidad en México*, México, Porrúa, 2013, p. 117.

principios de la dignidad humana, el pluralismo y el ejercicio racional del poder. Ello en virtud de que el estado constitucional corresponde a un orden principalmente liberal-democrático que tiene la pretensión de eliminar todo dominio de la fuerza y arbitrariedad para fundarse en la libertad y la igualdad. Así, se procura una sociedad plural y abierta de la que deben quedar excluidas las decisiones jurídicas y políticas arbitrarias y sólo gozan de legitimidad aquéllas basadas en la coherencia y que por lo mismo son aceptadas en el consenso colectivo¹¹².

Es en el estado constitucional en el cual toman sentido los derechos humanos como sustancia de la constitución y como referente para la imposición de obligaciones y deberes para el actuar estatal. Ahora bien, los derechos humanos, que ya he conceptualizado en el inciso A) del Capítulo I, tienen diferentes características. Por ejemplo, los valores como la igualdad y la seguridad jurídica en que se fundan, sus principios a la luz de los cuales debe interpretarse el derecho en conjunto y las reglas que especifican la aplicación y sanción en caso de violación a los mismos, así como otros criterios argumentativos como la proporcionalidad.

Para el estudio del problema de la falta de coherencia de la reforma constitucional 2009-2011, resulta de especial relevancia atender a los principios de los derechos humanos que han sido consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos pues son estos los que hacen las veces de puentes entre los valores y las reglas. Los principios son normas abiertas, a partir de cuya lectura el intérprete no puede saber con certeza el campo de aplicación de los mismos, ya sea porque no esté definido el perímetro material en que éstos pueden ser utilizados o porque no está claro a qué casos si y a qué casos no pueden ser aplicados. Por otro lado, en las reglas deben estar bien definidas las hipótesis tanto de hechos como de las consecuencias jurídicas¹¹³.

¹¹² SÁNCHEZ Gil, Rubén, *El Principio de proporcionalidad*, op. cit., pp. 16 y 17.

¹¹³ CARBONELL, Miguel, *El abc de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, op. cit., p. 91.

Ahora bien, el párrafo tercero del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la reforma publicada el 10 de junio de 2011, señala algunas de las características que los derechos humanos deben tener en nuestro orden jurídico: los principios de 1) universalidad; 2) interdependencia; 3) indivisibilidad, y; 4) progresividad, a partir de los cuales todas las autoridades tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar el catálogo de derechos reconocidos¹¹⁴.

El primer principio, el de universalidad que está consagrado en los párrafos primero y tercero del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se refiere principalmente a quiénes son los titulares de los derechos humanos. Sin más, todas las personas, independientemente de su lugar de nacimiento, circunstancias personales o características físicas o psicológicas son titulares de estos derechos. Ya que los derechos humanos protegen bienes básicos para el desarrollo, resulta lógico que estén garantizados para todos los humanos del planeta para que en cualquier momento puedan disfrutar de estos bienes¹¹⁵.

No obstante, diversos autores rechazan la idea de la universalidad pues la consideran imposible, ilusoria o injustificada pues es difícil homogeneizar o igualar al universo humano. En contra parte, existen diversas teorías en relación con la universalidad como lo son la unívoca, la equívoca o la analógica¹¹⁶. Para Mauricio Beuchot, la teoría que mejor fundamenta la universalidad de los derechos humanos es la relativa o analógica ya que no opta ni por el uniculturalismo ni por el relativismo exacerbado, sino que busca una posición intermedia en que se reconocen bienes comunes a la vez que se respeta el multiculturalismo¹¹⁷.

¹¹⁴ *Ibíd*em, p. 13.

¹¹⁵ *Ídem*.

¹¹⁶ BEUCHOT, Mauricio, "Los derechos humanos y el fundamento de su universalidad", *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, primera reimpresión, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 51 y sigs.

¹¹⁷ *Ibíd*em, pp. 56 y 57.

Por su parte, el principio de interdependencia proviene del vocablo “inter” que significa en medio y señala que el disfrute de un derecho en particular o de un grupo de derechos depende de la realización de otro individual o conjunto de derechos. Por ejemplo, el derecho a la salud conlleva la relación y la protección de derechos como la alimentación, el medio ambiente sano o la vivienda digna. El aspecto central de este principio es que los estados no están autorizados a proteger y garantizar una determinada categoría de derechos humanos en detrimento de otra, sino que todos los derechos humanos merecen la misma atención. En este sentido, la existencia real de cada uno de los derechos humanos sólo puede ser garantizada con el reconocimiento integral de todos ellos¹¹⁸.

En otro contexto, aunque íntimamente relacionado con el del principio de interdependencia, el principio de indivisibilidad implica una visión holística de los derechos humanos desde la cual estos se encuentran unidos, ya no por una relación de interdependencia, sino porque de una forma u otra ellos constituyen una misma construcción. Entonces, si se viola un derecho humano, esto impactará en todos los otros derechos, más allá de si existe o no una relación de dependencia. La idea central es que la concreción de cada uno de los derechos sólo puede alcanzarse mediante la realización de la unidad de los derechos humanos¹¹⁹.

Finalmente, el principio de progresividad de los derechos humanos significa que los esfuerzos del estado en materia de derechos humanos deben darse de forma continuada, con la mayor rapidez y eficacia posible, ello con el fin de lograr una mejora continua de las condiciones de existencia. De lo anterior se desprende la prohibición de regresividad, es decir, la prohibición de que los estados den marcha atrás en los niveles ya alcanzados de satisfacción de los derechos humanos. La obligación de progresividad constituye un parámetro para enjuiciar las medidas adoptadas por los poderes legislativo y ejecutivo, en relación con los

¹¹⁸ SERRANO, Sandra y VÁZQUEZ, Daniel, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, op. cit., pp. 152 y 153.

¹¹⁹ *Ibíd*em, p. 155.

derechos humanos. Es decir, la progresividad instituye un estándar de carácter sustantivo a través del cual los tribunales pueden llegar a resolver sobre la anticonstitucionalidad de ciertas medidas¹²⁰, valoración que bien podría hacerse de manera anterior a la ejecución del acto violatorio como medida preventiva y no como correctiva.

Pues bien, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales que contienen derechos humanos y de los cuales México es parte, reconocen un catálogo de derechos fundados en los valores del estado constitucional democrático, los cuales serían inconexos con las reglas si no hubiera principios a la luz de los cuales deben ser interpretadas éstas. No obstante, como es bien sabido, todos los derechos implican obligaciones, y en el caso del estado constitucional, las obligaciones no sólo son para los titulares de los derechos sino también para el estado. En este sentido, el estado adquiere obligaciones y deberes que conllevan su fortalecimiento, pues de otra manera no es posible ni la procedimentalización de los derechos humanos ni la democratización de la sociedad.

B) Obligaciones

Como se sabe, los Estados Unidos Mexicanos son una república federal. En virtud de ello existe un reparto competencial entre las autoridades de diversos niveles de gobierno, así como un correspondiente sistema de fuentes del derecho. Así, el federalismo permite que haya normas jurídicas que rigen en todo el territorio nacional y otras cuyo ámbito geográfico de validez abarca solamente una entidad federativa o un municipio. En este sentido, la validez territorial equivale también a la extensión de la competencia espacial de las autoridades¹²¹.

¹²⁰ CARBONELL, Miguel, *El abc de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, op. cit., p. 16.

¹²¹ CARBONELL, Miguel, "Las obligaciones del estado en el artículo 1º de la constitución mexicana, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, op. cit., p. 65.

El cuadro constitucional de distribución de competencias aprehende los artículos 40, que da fundamento a la forma estatal federal, 73, que enlista las materias sobre las cuales el Congreso de la Unión puede legislar, 115, que fundamenta el marco jurídico del actuar municipal, 117, que las mandata prohibiciones expresas en materia administrativa para los gobiernos de las entidades, 118, que prevé la previa autorización del Congreso para otorgar ciertas facultades a las entidades, 122 , que establece el régimen para la Ciudad de México y el 124, que permite que todas las materias que no sean exclusivas de la federación puedan ser abordadas de manera residual por las entidades.

A partir del 10 de junio de 2011, el artículo 1º, párrafo tercero de la Constitución, mandata que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen las obligaciones de: 1) promover; 2) respetar; 3) proteger, y; 4) garantizar los derechos humanos. Ello nos lleva a afirmar que dichas obligaciones las tienen todas las autoridades del país, independientemente del nivel o función en que desarrollen sus actividades públicas, ante lo cual no puede oponerse alguna razón de estructura administrativa. Incluso, aunque no lo manifestara la Constitución de forma expresa, la conclusión sería la misma en términos de los instrumentos internacionales de los que México es parte.

Las obligaciones de los poderes públicos en materia de derechos humanos están detalladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas en su Observación General número 3, de 1990. Esta observación se fundamenta en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que expresa que cada uno de los estados parte en el Pacto se compromete a adoptar, tanto por separado como con asistencia internacional, todas las medidas posibles para lograr progresivamente todos los derechos reconocidos en el mismo instrumento¹²².

Adicionalmente, el artículo 28 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone que cuando se trate de un estado parte constituido como

¹²² CARBONELL, Miguel, *El abc de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, op. cit., p. 21.

federación, el gobierno nacional cumplirá todas las disposiciones de la Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial. Además, en relación con las disposiciones concernientes a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes conforme a su constitución y sus leyes a fin de que las autoridades de las entidades cumplan con las obligaciones contraídas¹²³.

Una vez que están claros los sujetos de las obligaciones, al menos en términos de esta interpretación y que es la que parece coincidir con las exposiciones de motivos de las iniciativas que dieron origen a la reforma materia de este trabajo, paso a la descripción de las obligaciones generales de las autoridades.

En primer término, la obligación de las autoridades de promover los derechos humanos supone que el estado debe utilizar todos los instrumentos a su alcance para recogerlos plenamente en el ordenamiento jurídico interno y externo, lo que conlleva que se deben difundir entre la población a fin de que sean conocidos. En consecuencia, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de llevar a cabo medidas educativas, administrativas, judiciales, legislativas, de políticas públicas, etc., para maximizar el conocimiento de los derechos humanos¹²⁴.

Por otro lado, la obligación de respetar a los derechos humanos significa que el estado –lo que incluye a todos sus organismos y agentes- debe abstenerse de llevar a cabo cualquier acción que viole la integridad de los individuos, grupos sociales o que ponga en riesgo sus libertades y derechos. Ello incluye el respeto del estado hacia el uso de los recursos disponibles para que los sujetos de los

¹²³ CARNONELL, Miguel, "Las obligaciones del estado en el artículo 1º de la constitución mexicana, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, op. cit., p. 68.

¹²⁴ CARBONELL, Miguel, *El abc de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, op. cit., p. 20.

derechos humanos puedan satisfacer estos por los medios que consideren más adecuados¹²⁵.

En tercer término, la obligación de proteger significa que el estado debe adoptar medidas destinadas a evitar que otros agentes o sujetos violen los derechos humanos, lo que incluye mecanismos no solamente reactivos frente a las violaciones (como lo son los procesos jurisdiccionales o de tutela administrativa), sino también mecanismos de carácter preventivo que eviten que agentes privados puedan monopolizar los recursos necesarios para la realización de un derecho¹²⁶.

Finalmente, la obligación de garantizar, entendida también como de cumplimiento o de realización, significa que el estado debe adoptar medidas activas, o incluso acciones positivas en favor de grupos vulnerables, para que todos los sujetos de los derechos humanos puedan ejercer la oportunidad de disfrutar de éstos cuando no puedan hacerlo por sí mismos. Además, el estado debe crear todos los medios de protección de los derechos, tanto en el ámbito administrativo como jurisdiccional. Todos los derechos sin excepción, deben ser justiciables, lo que significa que cualquier persona debe tener la certeza de que puede acudir ante un juez o tribunal en caso de que uno de sus derechos sea lesionado¹²⁷, situación que activa los deberes de las autoridades.

C) Deberes

Además de los principios constitucionales rectores en materia de derechos humanos y de las obligaciones impuestas a las autoridades del estado mexicano, el párrafo tercero, del artículo 1º de la Carta Magna, dispone que las autoridades tienen los deberes de: 1) prevenir; 2) investigar; 3) sancionar, y; 4) reparar las violaciones en esta materia.

¹²⁵ Ídem.

¹²⁶ Ídem.

¹²⁷ Ídem.

La prevención de las violaciones a los derechos humanos debe darse en diversas dimensiones y niveles. En primer término, deben difundirse tanto los derechos como su contenido, de tal manera que tanto autoridades como particulares conozcan lo que señalan tanto la Constitución como los tratados internacionales. En este sentido, Miguel Carbonell considera que el conocimiento y difusión de los derechos es una valiosa herramienta para prevenir su posible violación¹²⁸.

Por otro lado, la capacitación de los agentes que puedan tener la condición de autoridad, último término que en la práctica se ha diversificado, deben ser capacitados para los efectos del ejercicio de sus atribuciones, siempre dentro del marco jurídico de su actuar y con apego a los derechos humanos.

Adicionalmente, la prevención debe considerar también la creación o perfeccionamiento de mecanismos internos de supervisión y seguimiento de los órganos públicos.

Quando un funcionario sabe que está siendo vigilado de cerca y que todos sus actos deben pasar por un escrutinio y supervisión, se cuida mucho más en lo que hace. En este sentido, también tienen un carácter preventivo las distintas regulaciones sobre el derecho de acceso a la información pública gubernamental y sobre la política pública de transparencia que deben llevar a cabo todas las autoridades del Estado mexicano por mandato del artículo 6 de nuestra Constitución¹²⁹.

En cuanto al deber de las autoridades de investigar las violaciones a los derechos humanos, éste consiste en que el estado mexicano, en todos sus niveles de gobierno, tiene que crear una institucionalidad suficiente para poder responder a los actos violatorios mediante las siguientes acciones: 1) realizar las pesquisas necesarias para individualizar el acto de que se trate; 2) pormenorizar las circunstancias en que se dieron los hechos, y; 3) individualizar a los responsables

¹²⁸ *Ibíd*em, p. 31.

¹²⁹ *Ídem*.

y ponerlos a disposición de las autoridades competentes a efecto de que sean debidamente sancionados¹³⁰.

Ahora bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpreta a la obligación de investigar como un medio o comportamiento que no necesariamente es incumplida por el solo hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Empero, las investigaciones deben emprenderse con seriedad y no como simples formalidades condenadas de antemano a ser infructuosas. Deben tener sentido y ser asumidas por los estados como un deber jurídico propio y no como una gestión de intereses particulares que depende de la iniciativa de las víctimas u ofendidos¹³¹. De lo contrario, las irregularidades, la negligencia, la fabricación de culpables, el retraso de las investigaciones, la falta de líneas de investigación, etc., propician un ambiente de impunidad que propicia el cariz para que las violaciones se repitan y no sean sancionadas, con lo que se incurre en el incumplimiento de un deber.

Para Sergio García, la perspectiva internacional americana del sistema de reparaciones por violaciones a los derechos humanos es la experiencia actual más cercana a nuestro país¹³², la cual, por supuesto, es parte integral del deber constitucional de las autoridades de sancionar las violaciones de los derechos humanos pues deriva de la verificación de una violación que requiere ser resarcida.

La obligación de reparar, como se menciona en el dictamen de las comisiones unidas del Senado de la República que fue votado el 7 de abril de 2010, y que es parte del proceso legislativo que más adelante será descrito, define a la reparación como el término genérico que comprende las diferentes formas con que un estado puede hacer frente a la responsabilidad en que se hubiera

¹³⁰ *Ibíd*em, p. 32.

¹³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, párrafo 177, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf [citado el 5 de noviembre de 2016 a las 17:07 horas].

¹³² GARCÍA Ramírez, Sergio, "Reparaciones de fuente internacional por violación de derechos humanos (sentido e implicación del párrafo tercero del artículo 1º constitucional bajo la reforma de 2011)", *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, *op. cit.*, p. 167.

incurrido, la cual, por supuesto, debe darse también en caso del incumplimiento de los otros deberes¹³³.

Al igual que en el caso de las obligaciones, todas las autoridades, por mandato constitucional, deben cumplir con este deber, por lo que no pueden excusarse en el entramado administrativo, siempre que sea dentro de su ámbito competencial. No obstante, en lo que corresponde a la responsabilidad internacional y a sus consecuencias en el régimen de reparaciones, es necesario recordar que la presencia estatal es unitaria, por lo que la competencia y los deberes corresponden al gobierno nacional, aún en el caso de federaciones como México¹³⁴.

Ahora bien, la perspectiva internacional del sistema de reparaciones por violaciones a los derechos humanos ha sido el referente para México en virtud del amplio espectro de categorías que se han aplicado, entre las cuales se encuentran las siguientes¹³⁵:

- 1) Pago de indemnización;
- 2) Modificación del texto constitucional para armonizarlo con la Convención Americana de los Derechos Humanos;
- 3) Revisión de normas sobre penas de muerte;
- 4) Tipificación de la desaparición forzada;
- 5) Restricción del alcance de la jurisdicción militar;
- 6) Localización e identificación de restos humanos;
- 7) Atención médica y psicológica, y;
- 8) Inscripción de nombres de víctimas en plazas, calles o monumentos.

La reparación de las violaciones debe ser vista como una consecuencia indispensable de la debida investigación y la correcta aplicación de la sanción a los responsables. “La reparación toma en cuenta la dignidad de las víctimas y

¹³³ *Supra*, p. 170.

¹³⁴ *Ibíd*em, p. 171.

¹³⁵ *Ibíd*em, p. 181 y sigs.

reconoce que la violación de derechos tuvo un impacto importante en su existencia”¹³⁶.

D) La reforma constitucional

El tema de los derechos humanos, junto con el de la división de funciones del poder público o sistema de frenos y equilibrio, es uno de los más importantes en la historia del constitucionalismo¹³⁷. Debido a la posición central de ambos temas en cualquier constitución, resulta natural que la reforma constitucional del 5 de febrero de 1917 haya recogido diversos derechos humanos, principalmente los sociales, aunque con una metodología muy distinta y ampliamente criticada en la actualidad.

Posteriormente, a finales del siglo XX, se inició en México un período fecundo en reformas relativas a los derechos humanos aunque focalizadas a temas específicos. De 1994 al año 2000, de un total de 16 decretos que reformaron a la Constitución, 6 se refirieron a derechos humanos, del año 2000 al 2006, fueron publicados 18 decretos que reformaron a la Carta Magna, de los cuales 4 trataron a los derechos humanos y, finalmente, de 2006 a 2012, se publicaron 38 decretos de reforma constitucional, de los cuales 14 tienen relación con el mismo tema¹³⁸ y entre los cuales se encuentra nuestro objeto de estudio.

Ahora bien, el tema de los derechos humanos es uno que genera amplios consensos entre la clase política, prueba de ello es que las reformas en la materia suelen ser aprobadas prácticamente por unanimidad y sin que el tema haya sido monopolizado por algún partido político, aunque también es cierto que ha habido cierta sectorización o preferencia de la izquierda o la derecha por defender cierto tipo de derechos.

¹³⁶ CARBONELL, Miguel, *El abc de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, op. cit., p. 36.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 101.

¹³⁸ *Ídem*.

No obstante, y aún con el historial mencionado de reformas en materia de derechos humanos, la del proceso 2009-2011 es considerada como una de las más trascendentes del constitucionalismo mexicano y la más importante en materia de derechos. Ninguna otra reforma ha generado tantas expectativas en la materia, y menos aún, en un espectro tan amplio de dimensión social que abarca desde la academia hasta el acceso a la justicia por parte de toda la población mexicana.

En relación con lo que se espera de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011, Miguel Carbonell señala que ésta tendrá un impacto profundo en nuestras concepciones de los derechos, ello debido a que las modificaciones aportan no sólo en forma, sino que también cambian el núcleo de la comprensión de lo que son los derechos. Además, Miguel Carbonell afirma, aseveración que suscribo, que uno de los artículos constitucionales que más cambió y a la vez el más significativo es el 1º, el cual pasa de tres a cinco párrafos, de los cuales 4 fueron modificados o incorporados como nuevos, de manera que prácticamente todo este artículo es una novedad¹³⁹ y comprende un buen número de cuestiones relativas a la teoría y práctica de los derechos, por ejemplo, los niveles ya comentados en este Capítulo de principios, obligaciones y derechos.

Esta reforma, que inició formalmente su proceso en 2009 y se publicó en 2011, y que se generó en un contexto con circunstancias peculiares, se añade en el amplio conjunto de modificaciones constitucionales promovidas y alcanzadas en los últimos años que fomentan la ilusión de que obligadamente éstas conducirán a un cambio en la vida del país.

Para Sergio García, esta reforma se inscribe en la práctica de reforma paulatina o “por goteo”, la cual resulta imprecisa pues cada reforma cuenta con alicientes diversos y puede que el conjunto de modificaciones termine por no lograr los resultados sociales esperados. Hay reformas que formulan nuevas reglas para el ejercicio del poder por quienes lo detentan, reformas que tienen

¹³⁹ CARNONELL, Miguel, “Las obligaciones del estado en el artículo 1º de la constitución mexicana, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, op. cit., p. 64.

escasa incidencia en las vidas de los supuestos destinatarios del estado, en las personas de carne y hueso. Estas reformas cargan el acento sobre personajes y escenarios imaginarios, irreales. En cambio, hay reformas que traen consigo nuevas reglas de trato entre el poder público y los individuos, reformas que se traducen en beneficios para éstos y que llevan adelante giros formidables. La nuestra, la que se estudia en este trabajo, se inscribe en un término medio¹⁴⁰.

La reforma de que se trata, en buena medida aporta elementos teóricos y prácticos con miras sociales que bien nos pueden llevar a sentar las bases para un nuevo paradigma jurídico en México. No obstante, desde mi punto de vista, para que dicho paradigma se consolide, además de los incesantes esfuerzos institucionales y de la sociedad civil que en todo momento deben buscar la materialización de los derechos, se requiere modificar un buen número de temas pendientes, temas que “por goteo”, pueden perder su sentido por la impresión de los distintos intereses que cada legislatura representa. Si a esto se suma que la reforma de 2009-2011 tiene elementos de incoherencia en su interior, el panorama se complica, y los antecedentes que en seguida mencionaré podrían tener análogos en el futuro para reformas igualmente parciales.

a) Antecedentes

La reforma constitucional 2009-2011, y específicamente el texto actual del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ha ocupado durante este primer lustro de vigencia el primer plano de lo que se considera en términos generales como la reforma constitucional más importante desde la de 1917. Singularmente, por su carga teórica rectora en materia de derechos humanos, los párrafos segundo y tercero del primer artículo constitucional han sido (y seguirán siendo) objeto de diversos estudios académicos, de múltiples interpretaciones judiciales y de debates intensos en

¹⁴⁰ GARCÍA Ramírez, Sergio y MORALES Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos 2009-2011*, op. cit., p. 31.

foros de variada naturaleza en relación con su correcta aplicación y materialización en la vida jurídica de México.

Debido a la importancia y las expectativas que ha generado dicha reforma constitucional es que estas páginas se centran en el estudio de su coherencia. No obstante, no debe perderse de vista que esta reforma, aunque trascendente y toral, no implica por sí misma un cambio de paradigma ni jurídico ni político. Por el contrario, es parte de un largo proceso, uno “por goteo”, que en teoría busca consolidar en México un estado constitucional democrático en que la transición jurídica sea una realidad¹⁴¹. Por ello la importancia de mencionar, aunque sea de forma breve, los antecedentes de la reforma del 10 de junio de 2011, referencias que a la vez que fueron precursoras, fueron origen y contexto de nuestro objeto de estudio.

Además del inmenso abanico de trabajos académicos, de iniciativas presentadas en las Cámaras del Congreso de la Unión y los números importantes que mencioné en el apartado anterior sobre las reformas constitucionales aprobadas en materia de derechos, existen antecedentes tanto de cabildeo como de presentación de iniciativas de amplio espectro.

En primer lugar está la Comisión de Estudios para la Reforma del Estado, que se conformó el 14 de junio del 2000, fue instalada el 21 de agosto por el entonces presidente electo Vicente Fox y entró en funciones en septiembre del mismo año. Esta Comisión fue coordinada por Porfirio Muñoz, estuvo conformada

¹⁴¹ Para Santiago Nieto, la transición jurídica mexicana, que sigue en proceso, tiene hasta ahora cinco elementos: 1) la reforma penal de 2008 que funda el nuevo sistema acusatorio; 2) la resolución del caso Radilla Pacheco por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 3) la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011; 4) la resolución de asuntos varios 912/2010 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y; 5) la reforma constitucional y legal en materia de amparo de 2011 y 2013, respectivamente.

Por otro lado, para el mismo autor, México se encuentra en transición del estado legislativo al estado constitucional, el cual tiene los siguientes elementos: 1) división de poderes acentuada; 2) judicialización de la política; 3) coexistencia de reglas y principios; 4) derechos humanos, y; 5) control de convencionalidad *ex officio*.

NIETO Castillo, Santiago, *Control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014, pp. 16, 17 y 18.

por seis mesas de trabajo divididas en cinco subgrupos y contó con la participación de 167 ponentes¹⁴².

El primer grupo de trabajo era el de Derechos Humanos y Libertades Políticas, el cual tenía como objetivos fundamentales la supremacía y reconocimiento del carácter universal de los derechos humanos, la plena autonomía de los órganos protectores de tales derechos y el carácter vinculatorio de sus recomendaciones, combatir toda forma de discriminación racial y establecer el derecho a la función pública y la participación ciudadana¹⁴³.

Posteriormente, en marzo de 2001, la Secretaría de Gobernación convocó al Foro para la Revisión Integral de la Constitución, el cual se subdividió en grandes foros que trabajaron por medio año. Se celebraron 51 sesiones en distintas ciudades del país, se presentaron 324 trabajos escritos, se propusieron reformas o adiciones a 75 artículos constitucionales¹⁴⁴, y fueron los antecedentes para los trabajos de la Secretaría de Relaciones Exteriores en 2002 y de las iniciativas de amplio espectro presentadas en 2004.

El 27 de abril de 2004, el Ejecutivo Federal presentó una iniciativa para el tratamiento constitucional de los derechos humanos. A esta iniciativa le siguieron varias de gran calado, entre las que destaca la propuesta por el entonces Senador Sadot Sánchez, Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Senado de la República. Ambas iniciativas proponían modificar la denominación del Capítulo I, del Título I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para que quedara “De los derechos humanos y las garantías individuales”. También

¹⁴² CARPIZO, Jorge, “¿Se necesita una nueva constitución en México? Algunas reflexiones y seis propuestas”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 24, 2011.

¹⁴³ RAMÍREZ, Hugo y SÁNCHEZ, José, “La praxis de los derechos humanos en México a partir de la reforma constitucional de junio de 2011”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 27, 2012.

¹⁴⁴ CARPIZO, Jorge, “¿Se necesita una nueva constitución en México? Algunas reflexiones y seis propuestas”, *Cuestiones Constitucionales*, *op. cit.*

plantearon reformas –en términos similares a las que prosperaron en 2011- a los artículos 3 y 15¹⁴⁵.

Las circunstancias de una desafortunada negociación política obligaron a esperar mejores condiciones, No obstante, hubo subproductos plausibles como la supresión de la pena de muerte, un intento de reforma al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para ratificar el Estatuto de Roma, la reforma constitucional en materia de justicia penal de 2008 y la acotación del fuero castrense en materia de desapariciones forzadas –resultado de la sentencia de 2010 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que recayó al caso Radilla Pacheco¹⁴⁶. Cabe destacar que todos estos puntos tienen origen en las obligaciones internacionales contraídas por el estado mexicano, con excepción del Estatuto de Roma que da fundamento a la Corte Penal Internacional y que, por el momento, es más una exigencia que una obligación.

En buena medida puede adelantarse, en atención a los antecedentes frustrados de cabildeo y legislativos de la reforma en comento, que uno de los fines principales de la de 2009-2011 es dar cumplimiento a obligaciones y a exigencias nacidas en el ámbito internacional, entre las que destaca la incorporación del sistema interamericano de derechos humanos al orden jurídico nacional. Esta incorporación no sólo se presenta como obligación del cumplimiento de las resoluciones emitidas en la Comisión o en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino que también se presenta en forma de control de convencionalidad a la luz del cual, en primera instancia, se deben interpretar todos los preceptos en materia de derechos humanos por mandato del párrafo segundo del artículo 1º de la Constitución. Es decir, el cumplimiento de las obligaciones internacionales es uno de los fines con base en el cual se debió y se debe construir la coherencia para la aplicación de la reforma publicada el 10 de junio de 2011, lo cual ha constado una y otra vez en los discursos políticos y jurídicos involucrados.

¹⁴⁵ GARCÍA Ramírez, Sergio y MORALES Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos 2009-2011*, op. cit., p. 52.

¹⁴⁶ *Ibíd*em, pp. 53 y sigs.

b) El proceso de reforma

El proceso de reforma constitucional en materia de derechos humanos que se publicó el 10 de junio de 2011, inició su proceso formalmente en la Legislatura LX de la Cámara de Diputados. El 23 de abril de 2009, esta soberanía aprobó el primer dictamen, el cual fue elaborado por las Comisiones unidas de Puntos Constitucionales y Derechos Humanos. En él se dio cuenta de algunos antecedentes, entre los que figuraron el trabajo de la Comisión Ejecutiva de Negociación y Construcción de Acuerdos del Congreso de la Unión para la Reforma del Estado (CENCA)¹⁴⁷ y los trabajos promovidos por la Oficina en México de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas¹⁴⁸.

El primer dictamen de este proceso legislativo correspondió a treinta y tres iniciativas de Diputados presentadas entre el 21 de noviembre de 2006 y el 27 de agosto de 2008. El análisis presentado por las Comisiones comprendió sólo veintiocho iniciativas ya que las de la CENCA no fueron examinadas a fondo¹⁴⁹.

Las Comisiones declararon haber identificado las coincidencias existentes en las iniciativas que recibieron para dictamen y destacaron el trabajo realizado en el grupo de Garantías Sociales de la CENCA, el cual fue coordinado por la Alta

¹⁴⁷ El 13 de abril de 2007 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la Ley para la Reforma del Estado, la que dio origen a la CENCA, una comisión especial bicameral que conjuntó el trabajo de Senadores, Diputados, Gobernadores, Presidentes Municipales, el Poder Judicial Federal, la sociedad civil organizada, académicos y de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos de la ONU en México.

El 14 de abril de 2008 acabó la vigencia de la Ley, y por lo tanto de la Comisión, en la que se trabajaron por un año temas tan diversos como los derechos humanos, la reforma electoral de 2007, la reforma penal de 2008 y el federalismo.

¹⁴⁸ El contexto en el que se han dado las reformas constitucionales en materia de derechos humanos siempre ha estado marcado por la influencia internacional, en este caso, por la Oficina en México de la Alta Comisionada de la ONU. Al respecto, Miguel Carbonell comenta que hemos ido avanzando hacia una nueva etapa de inserción de México en el mundo, una en la que los derechos humanos se suman a la dimensión económica y comercial que caracterizó las décadas de los ochentas y noventas. CARBONELL, Miguel, *El abc de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, op. cit., p. 103.

¹⁴⁹ GARCÍA Ramírez, Sergio y MORALES Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos 2009-2011*, op. cit., p. 61.

Comisionada de la ONU. Como línea general de orientación, las Comisiones dictaminadoras sostuvieron que el dictamen pretendió dotar a la Constitución de elementos y mecanismos necesarios para garantizar la máxima protección de los derechos humanos, así como para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales de México en esta materia, ello a fin de incorporar un régimen más amplio de protección¹⁵⁰.

El 29 de abril de 2009, la Cámara de Diputados aprobó el dictamen que consideraba reformas a los artículos 1º, 11, 33, 89, fracción X, y 102, Apartado B. Una vez que el Senado de la República recibió la minuta, se turnó para dictamen a las Comisiones unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos. El 18 de marzo de 2010, ya en la Legislatura LXI, se incorporó en el proceso a la Comisión de Reforma del Estado para que emitiera opinión. Prácticamente un año después de su recepción, el 7 de abril de 2010, las Comisiones de estudio elaboraron el dictamen correspondiente¹⁵¹.

Este dictamen sintetizó los antecedentes e hizo referencia a catorce iniciativas más presentadas por Senadores, las cuales tenían planteamientos diversos y pretendían alcances distintos, por lo que algunas fueron parte de otros procesos legislativos. Este documento versó sobre algunas iniciativas presentadas por Diputados, mientras que evadió otras, y en suma solicitó que se reformaran los artículos 1º, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, fracción X, 97, 102, Apartado B, y 105¹⁵².

Con este dictamen, que fue aprobado el 8 de abril del mismo año, se innovó al de los diputados con el cambio de denominación del Capítulo I, del Título Primero, la admisión del principio de interpretación conforme, la adición del deber de reparación por violaciones a los derechos humanos, el respeto a los derechos humanos en la educación nacional, la restricción y suspensión de las garantías, precisiones en relación con la expulsión de extranjeros, reconsideración de

¹⁵⁰ Ídem.

¹⁵¹ Ibídem, p. 62.

¹⁵² Ídem.

diversos temas referentes a las funciones de los órganos no jurisdiccionales en la materia, el control de convencionalidad y otras sobre los artículos transitorios¹⁵³.

En cuanto a los motivos del dictamen del Senado, se asentó en su texto que se reconocerían explícitamente los derechos humanos como derechos inherentes al ser humano, diferenciados y anteriores al estado, con lo que se buscaría romper con la filosofía positivista imperante del siglo XIX¹⁵⁴. En cuanto al debate del mismo dictamen, se afirmó que nuestra Constitución estaba rezagada respecto con los avances del derecho internacional en materia de derechos humanos, además de que parecía que los derechos humanos estaban en un plano secundario, y que acostumbrar a una sociedad a la normalidad de las violaciones a los derechos humanos era uno de los peores atentados¹⁵⁵.

La Cámara de Diputados recibió su dictamen con modificaciones por parte del Senado, y con nuevas inquietudes, que en general se referían a la redacción, lo que no limita su importancia, el 13 de diciembre de 2010 las Comisiones unidas de Puntos Constitucionales y Derechos Humanos elaboraron un nuevo dictamen con algunos elementos distintivos y esclarecedores del sentido que le querían imprimir a la reforma.

Para la elaboración de este nuevo documento, los dictaminadores recurrieron a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para centrar la noción de garantías individuales en los derechos públicos subjetivos consignados a favor de todo habitante y que dan a sus titulares la posibilidad de exigirlos jurídicamente a través de la verdadera garantía de los derechos públicos fundamentales. Por otro lado, los derechos humanos fueron conceptualizados como el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo,

¹⁵³ *Ibíd*em, p. 63.

¹⁵⁴ CARBONELL, Miguel, *El abc de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, *op. cit.*, p. 123.

¹⁵⁵ GARCÍA Ramírez, Sergio y MORALES Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos 2009-2011*, *op. cit.*, p. 63.

los cuales deben ser reconocidos y garantizados por el estado¹⁵⁶. Cabe señalar que el concepto de derechos humanos que proporcioné en el Capítulo I fue seleccionado precisamente por ser coincidente con uno de los conceptos expuestos en el discurso político justificador de la reforma en estudio, y que ambas nociones se acoplan al contexto teórico del estado constitucional democrático, por lo que el estudio de la coherencia debe ser, en buena medida, a la luz de esta noción y no de una ajena al proceso de reforma.

De estas nociones, los dictaminadores concluyeron que la diferencia entre las garantías individuales y los derechos humanos estriba en que las primeras son los límites de la actuación del poder público y están consagradas de manera precisa en el texto constitucional, mientras que los segundos son anteriores y superan al poder público, por lo que aunque no estén consagrados en la Constitución, el estado está constreñido a reconocerlos, respetarlos y protegerlos. Así, de manera enfática y reiterada, quedan expuestos los derechos humanos en el discurso político que dio justificación a la reforma de que se trata, dictamen que los ubica como previos y supremos con respecto al estado¹⁵⁷. Ahora bien, este mecanismo de reinterpretación de conceptos anteriores que adquieren una noción distinta con el fin de maximizar la coherencia, fue descrito en el Capítulo II, inciso B). Con esto quiero apuntar que los legisladores echaron mano de mecanismos de creación de coherencia a fin de que el producto final del proceso de reforma fuera coincidente con un nuevo paradigma, el *(paleo)positivista* y *(neo)iusnaturalista* que describe Luigi Ferrajoli¹⁵⁸.

Finalmente, el 15 de diciembre de 2010, se dio a conocer que fue preciso que representantes de ambas Cámaras realizaran la interpretación del artículo 72, inciso e), con el objeto de que se permitiera introducir modificaciones adicionales a las hechas por la instancia revisora, es decir, sobre artículos ya aprobados por los diputados y senadores. Para ello se requirió de la sensibilidad de la colegisladora

¹⁵⁶ *Ibíd*em, p. 64.

¹⁵⁷ *Ídem*.

¹⁵⁸ Ver nota al pie de página número 12.

que dio apertura para una nueva y trascendental interpretación¹⁵⁹ pues el dispositivo invocado mandata que la discusión de un dictamen modificado o desechado sólo puede versar sobre los cambios, además de que en caso de disenso sólo es posible aprobar la parte consensada mientras que la discusión de las modificaciones se pospone. Con ello, se precisaron conceptos, a la vez que se evitó que el decreto fuera publicado de manera parcial a lo esperado y que los artículos pendientes de aprobación se dejaran para otro período de sesiones.

c) El decreto del 10 de junio de 2011

El 10 de junio de 2016, en la primera sección del Diario Oficial de la Federación, se publicó el Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Como establecimos en el apartado de Planteamiento del problema, del Capítulo I, las referencias a la reforma constitucional en materia de derechos humanos del proceso 2009-2011 serían equivalentes a señalar solamente a los párrafos segundo y tercero del artículo 1º constitucional, salvo algunas excepciones textuales, los cuales, párrafos que además de ser novedosos en su totalidad en relación con el texto anterior, contienen el núcleo teórico necesario para la formalización, sustanciamiento y procedimentalización de los derechos humanos.

No obstante, ya que el discurso jurídico de la reforma se encuentra en la totalidad del decreto pues éste es una unidad, es necesario conocer el contenido para esclarecer, no sólo al discurso jurídico justificado en el debate parlamentario del cual ya di algunas características, sino también para identificar ciertos criterios orientadores relacionados con los conceptos, la metodología, las analogías, etc.

¹⁵⁹ GARCÍA Ramírez, Sergio y MORALES Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos 2009-2011*, op. cit., p. 65.

El decreto mencionado consta de un artículo único por el que se modificaron la denominación del Capítulo Primero del Título Primero, los párrafos primero y quinto, del artículo 1º, el segundo párrafo, del artículo 3º, el primer párrafo, del artículo 11, el artículo 15, el segundo párrafo, del artículo 18, el primer párrafo, del artículo 29, el primer párrafo, del artículo 33, la fracción X, del artículo 89, el segundo párrafo, del artículo 97, los párrafos segundo y tercero, del Apartado B, del artículo 102, y el inciso g), de la fracción II, del artículo 105, y se adicionaron de dos nuevos párrafos, segundo y tercero, al artículo 1º y recorriéndose los anteriores en su orden, un nuevo párrafo segundo, al artículo 11, los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto al artículo 29, un nuevo párrafo segundo al artículo 33, recorriéndose el anterior en su orden y los nuevos párrafos quinto, octavo y décimo primero, recorriéndose los anteriores en su orden, al artículo 102, del Apartado B.

Además, el decreto fue publicado con nueve disposiciones transitorias relativas al inicio de la vigencia (el siguiente día al de su publicación), los plazos para que se expidieran por parte del Congreso de la Unión de las leyes reglamentarias en materias de reparación, asilo, suspensión de garantías y expulsión de extranjeros (un año), la facultad de la SCJN para solicitar investigaciones a jueces y magistrados, el plazo para que las legislaturas locales adecuaran las leyes relativas a la autonomía de los organismos locales de derechos humanos (un año), el plazo para que el Congreso de la Unión adecuara la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (un año) y la derogación de todas las disposiciones que contravinieran al decreto.

Cada dispositivo modificado o adicionado por este decreto tiene una historia, argumentos, motivos y objetivos propios, que en conjunto originan o abonan a un nuevo paradigma jurídico, y conforman el discurso jurídico que explica cómo se reconocen, defienden, interpretan y aplican los derechos humanos desde la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ya que el motivo de estas cuartillas no es el análisis detenido de los debates históricos de cada noción, a continuación daré sólo las generalidades del decreto que serán

estudiadas en el Capítulo IV y que nos ayudan a entender el porqué en estas cuartillas planteo la hipótesis de la incoherencia de la reforma tratada.

La denominación del Capítulo I, del Título Primero, cambió de “De las Garantías Individuales” a “De los Derechos Humanos y sus Garantías”. Ello se debió a que se reinterpretaron los conceptos de derechos humanos y de garantías, y se buscó que la norma fundamental se uniera a la corriente internacional dominante, así como con el tratamiento que se da a esta materia en otras constituciones nacionales¹⁶⁰.

El artículo 1º constitucional pasó de “otorgar” garantías a “reconocer” derechos, lo que implica el tránsito del *iuspositivismo* formalista imperante del siglo XIX al *iusnaturalismo* que fundamenta a los derechos humanos como independientes y superiores al estado. Por otro lado, en el primer párrafo del mismo artículo se utiliza la expresión de “todas las personas”, con lo que se incluye a las personas colectivas como titulares de los derechos humanos que por su naturaleza les sea posible ostentar. En relación con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, o que contengan alguno en su cuerpo, son reconocidos como parte de un bloque de constitucionalidad que evita que haya derechos de primera y segunda clase, a decir de los legisladores, con lo que se impone obligaciones objetivas al estado mexicano. Por otra parte, los tratados internacionales dieron origen al ahora segundo párrafo en que se incluyen los principios de interpretación conforme y *pro persona*, y al control de convencionalidad. Adicionalmente, en el párrafo tercero del mismo dispositivo, se consagraron principios, obligaciones y deberes que ya he tratado al inicio de este Capítulo. Finalmente, por lo que corresponde al ahora quinto párrafo, del mismo artículo 1º, en el último dictamen de la Cámara de Diputados se señaló que era necesaria la referencia textual a las “preferencias sexuales” como una de las hipótesis de discriminación que atentan contra la dignidad.

Los diputados señalaron que dejar de lado la consideración en torno a las preferencias sexuales dentro de las formas de discriminación negaría los derechos

¹⁶⁰ Supra, p. 67.

inalienables de los humanos. De esta manera, por primera vez en la historia del constitucionalismo mexicano, fue incorporado un debate que en nuestra sociedad genera reacciones notorias tanto políticas como jurídicas¹⁶¹. Cabe hacer énfasis en que el texto anterior a la reforma ya disponía la prohibición de la discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atentara contra la dignidad humana. Es decir, en este caso se añadió el término “sexuales” aún y cuando ya existían diversos supuestos y la expresión “o cualquier otra que atente contra la dignidad humana”, así como variados criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que prohíben la distinción sin causa o que atente contra la dignidad.

En el artículo 3º se consagró “el respeto a los derechos humanos” en la educación que imparta el estado, con lo que se da cumplimiento en el ámbito educativo a la obligación de promover y al deber de prevenir violaciones de las autoridades en materia de derechos humanos. Para Sergio García, y en concordancia con el párrafo quinto del artículo 1º, a este artículo se le debió adicionar la “perspectiva de género” en la educación que imparte el estado, algo que si consideró la iniciativa presentada en 2004 por el titular del Poder Ejecutivo¹⁶².

En el artículo 11, una vez más en concordancia con la tendencia internacional en materia de derechos humanos, se consideró a las “personas” y no a “Todo hombre” con derecho para entrar a la República. Además, en un nuevo segundo párrafo, se constitucionalizó el derecho al asilo político y se fundamentó la Ley Reglamentaria.

Al artículo 15 se le modificó para consagrar los principios de adquisición definitiva y progresividad de los derechos humanos reconocidos en la Constitución

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 112.

¹⁶² *Ibidem*, pp. 118, 119 y 120.

y en los tratados internacionales, aún y cuando éstos últimos no sean exclusivos de la materia.

El artículo 18, a partir de esta reforma, consagra el respeto a los derechos humanos en el sistema penitenciario. Ello constituye un nuevo testimonio del acento que conviene poner en los textos apropiados, a contracorriente del acento deplorable que pone la práctica, por su cuenta¹⁶³.

A partir de la reforma 2009-2011, el artículo 29 de la Constitución dispone un nuevo régimen de restricción y suspensión de derechos y garantías. Con este nuevo régimen se establece que los derechos humanos no tienen en principio un carácter absoluto y pueden ser limitados de manera ordinaria o extraordinaria. Las restricciones ordinarias consisten en los límites que imponen las leyes en pro del interés general, mientras que las limitaciones extraordinarias se deben a peligros graves en contra del orden público, la seguridad nacional, el bien común y la salubridad pública¹⁶⁴. Por otro lado, la suspensión de garantías, íntimamente ligada a la de los derechos, requiere de la condición de estricta necesidad, es decir, que sea la única manera de hacer frente a la contingencia y que esta medida sea proporcional a la situación.

El derecho a la “previa audiencia” de las “personas extranjeras” se constitucionalizó en el artículo 33, ello en relación con la inmediata expulsión de aquéllas cuya presencia en el territorio sea perniciosa. Esta modificación obedece al cumplimiento de las obligaciones contraídas por el estado mexicano al celebrar y ratificar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El artículo 89, fracción X, mandata al Presidente para que dirija la política exterior y celebre tratados internacionales con observancia a “el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos”. Con esta modificación se fortalece y reitera la obligación del estado mexicano en materia de derechos humanos.

¹⁶³ *Ibíd*em, p. 136.

¹⁶⁴ *Ibíd*em, p. 139.

Finalmente, el decreto de 2011 modifica el artículo 97, los párrafos segundo y tercero, del Apartado B, del artículo 102, crea los párrafos quinto, octavo y décimo del mismo dispositivo, y modifica el inciso g), de la fracción II, del artículo 105, todos en relación con las funciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, *ombudsman* mexicano de naturaleza autónoma constitucional, y sus equivalentes en las entidades de la federación.

Los preceptos en esta materia fueron reformados con el fin de que los organismos de las entidades contaran con autonomía de gestión, presupuestal, patrimonial y constitucional para desempeñar su objeto legal. En otro contexto, la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación fue atribuida a la Comisión Nacional de Derechos Humanos con el fin de pueda investigar a jueces y magistrados sin que se le niegue información, siempre que sea en el marco de violaciones graves a derechos humanos, ello en virtud de que la CNDH es el organismo especialista en la materia. Además, las recomendaciones que emitan los organismos no jurisdiccionales deberán ser respondidas con la debida justificación cuando éstas no sean cumplidas por las autoridades involucradas, aunque las recomendaciones conservan su carácter no vinculante¹⁶⁵. Finalmente, se le concedió a la Comisión Nacional la personalidad para presentar acciones de inconstitucionalidad por violaciones a derechos humanos consagrados en la Constitución “y en los tratados internacionales de los que México sea parte”, es decir se le permitió recurrir a una acción correctiva por violaciones a tratados.

Pues bien, hasta ahora he proveído de la selección de conceptos y su consecuente desarrollo para el entendimiento del contexto de los derechos humanos durante y a partir del proceso reformador 2009-2011, las particularidades de la teoría coherentista acogida y en términos generales de los tipos de discurso y los momentos en que se han presentado. No obstante, sólo he tratado dos momentos: en general el discurso político que justificó el proceso de reforma y el discurso jurídico que consta en el texto aprobado.

¹⁶⁵ *Ibidem*, pp. 170 y sigs.

Como ya he comentado, el derecho requiere de un esfuerzo colectivo para que tenga en la sociedad los efectos deseados. Pudiera considerarse que la jurisprudencia emanada de la reforma en estudio constituye un tiempo completamente distinto, No obstante, se considera que las decisiones judiciales deben ser coherentes con los fines de la reforma y al mismo tiempo son parte de la implementación de la misma, por lo que este tercer momento será identificado en el Capítulo siguiente, con la integración de los conceptos ya atendidos, junto con dos modelos de comprobación y verificación de la incoherencia ante la cual nos encontramos como destinatarios de la norma.

E) El sistema de control constitucional

El proceso de reforma constitucional 2009-2011 en materia de derechos humanos ha sido considerado como el más importante de las últimas décadas¹⁶⁶, e incluso ha llegado a ser calificado como el más importante desde la reforma promulgada el 5 de febrero de 1917.

Para Jorge Carpizo, no existía duda alguna de que el “paquete de reformas” era “muy importante”¹⁶⁷, aún y con sus inconsistencias técnicas. Por su parte, Santiago Nieto considera que la reforma del 10 de junio de 2011 es parte de un conjunto de fenómenos jurídicos que tiene a México en una transición jurídica histórica que sigue en proceso¹⁶⁸. Aún más, Miguel Carbonell considera que esta reforma constitucional implica por sí sola un nuevo paradigma en materia de derechos humanos¹⁶⁹, el cual ha modificado profundamente las relaciones entre las autoridades y los gobernados, así como la enseñanza del derecho, a la vez que obliga a litigantes y jueces a pensar de otra manera las fuentes del derecho¹⁷⁰.

¹⁶⁶ CARBONELL, Miguel, *El abc de los derechos humanos, op. cit.*, p. 105.

¹⁶⁷ CARPIZO, Jorge, “¿Es acertada la probable transferencia de la función de investigación de la Suprema Corte a la Comisión Nacional de Derechos Humanos?”, *Temas de control de constitucionalidad y convencionalidad en México, op. cit.*, p. 23.

¹⁶⁸ Ver nota al pie 138.

¹⁶⁹ CARBONELL, Miguel, *El abc de los derechos humanos, op. cit.*, pp. 122 y sigs.

¹⁷⁰ *Ibíd.*, p. XV.

Ahora bien, sin ánimo de denominar como menos o más trascendente a la reforma constitucional sobre la cual versa este trabajo, quiero hacer notar que en su origen las expectativas eran de cambio radical y de recomposición del andamiaje jurídico del estado mexicano. El tortuoso proceso legislativo, descrito en este Capítulo, dio como resultados a nivel constitucional el principio *pro homine*, la interpretación conforme, los deberes y obligaciones de las autoridades en cuanto a derechos humanos se refiere, el control de convencionalidad (que será descrito más adelante) y otros elementos que ya he mencionado, los cuales en conjunto causaron grandes expectativas en cuanto a los resultados que generarían. No obstante, de nada sirve que las reformas o adecuaciones constitucionales a nuevas condiciones sociales sean menos o más importantes si aquéllas no cuentan con medios de protección de los derechos consagrados. Este fue el objetivo de la actual facultad de la Comisión Nacional de Derechos Humanos para promover acciones de inconstitucionalidad por violaciones a tratados internacionales en materia de derechos humanos, asegurar el cumplimiento de tales tratados por medio de esta garantía.

Tratándose del cumplimiento de la parte sustantiva, Manuel Atienza, citado por Enoc Morán, afirma que “La principal insuficiencia de los textos internacionales sobre derechos humanos no radica en su carácter a veces ambiguo e impreciso para que puedan ser aceptados por países ideológica, cultural y económicamente dispares, sino en la falta de una protección efectiva de los derechos reconocidos”¹⁷¹. Esta misma insuficiencia puede ser observada en los textos constitucionales que, en el mejor de los casos, suplen “por goteo” la falta de medios de control para que la parte sustantiva de la norma fundamental pueda considerarse realidad social, esto sin tomar en cuenta el aspecto fáctico de violación de los derechos humanos.

El caso de la Constitución mexicana no requiere menor atención que el de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, muestra de ello es el número de veces que el estado mexicano ha sido sentenciado

¹⁷¹ MORÁN, Enoc, “La democracia ante el nuevo paradigma de los derechos humanos en México”, *Temas de control de constitucionalidad y convencionalidad en México*, *op. cit.*, p. 138.

condenatoriamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁷². Máxime si el sistema jurídico nacional se encuentra en proceso de implementación y consolidación de una nueva etapa o paradigma jurídico, el derecho constitucional requiere de medios de control que materialicen su hegemonía pues, como he argumentado en el Capítulo II, se requiere de un esfuerzo colectivo en distintas etapas para que el derecho sea coherente con sus fines. Así pues, a la luz de una reforma constitucional trascendental en materia sustantiva se requiere de la revisión del sistema de control constitucional, por lo que en este apartado haré un breve examen de este.

El tema del sistema y los medios de control constitucional implica señalar los límites del poder en relación con el principio de supremacía constitucional, es decir, de la lógica y fundamentación que todo el sistema jurídico debe seguir en apego a la constitución. La constitución prevalece a través del control y la efectividad que produce en la realidad normada, así, las normas o actos inferiores son encuadrados y forman parte de un sistema jurídico determinado. De lo contrario, la supremacía constitucional sería ilusoria al carecer de vigencia efectiva de sus postulados o ante la emisión de un acto contraventor que provocaría una reforma constitucional por una vía distinta a la prevista en la misma Ley Suprema¹⁷³.

En términos generales, la doctrina ha establecido dos tipos de medios de control: el judicial y el político. Son características de los medios de control constitucional de tipo judicial el que la petición de control pueda realizarse por el afectado por el acto o norma secundaria, solicitud que se sustanciará mediante un proceso contencioso, cuya solicitud resolverá sobre la inaplicación del acto reclamado con una sentencia, que por su naturaleza, atenderá a la situación jurídica específica del caso sometido a decisión judicial. Por otra parte, el tipo de control político es iniciado por un órgano estatal que busca que se declare la oposición a la constitución del acto considerado violatorio, sin que se ventile el

¹⁷² Ídem.

¹⁷³ SUÁREZ Camacho, Humberto, *El sistema de control constitucional en México*, cuarta edición, México, Porrúa, 2014, p. 15.

procedimiento contencioso ante el órgano de control ni con los órganos peticionarios y emisor del acto. Este tipo de control tiene efectos generales¹⁷⁴.

Pues bien, la tendencia teórica para la conformación del sistema de control constitucional es que éste sea de tipo judicial, lo que presupone la imparcialidad y la no politización de la fuerza normativa constitucional, de otra forma, la constitución anestesiaría su vigencia por la falta de examen de la norma que pudiera contravenir a la Carta Magna y la única forma de adecuar el sistema sería el de la reforma. Este sistema de control judicial (que es el caso del mexicano, aunque con diversos matices) debe cumplir los siguientes requisitos¹⁷⁵:

- 1) Constitución rígida;
- 2) Órgano de control independiente del órgano controlado;
- 3) Facultades decisorias del órgano de control;
- 4) Derecho de los afectados a reclamar e impulsar el control, y;
- 5) Sometimiento de todo el mundo jurídico al control constitucional.

A su vez, el control judicial se diferencia entre los que privilegian el control difuso, o que puede ser ejercido por todos los tribunales que integren el poder judicial, y los que favorecen el control concentrado, en los cuales dicho cometido se atribuye solamente a un tribunal¹⁷⁶.

Ahora bien, la legitimación para accionar a los tribunales en cuanto a una controversia sobre la constitucionalidad de un acto puede verse afectada por la organización del sistema de control. Por ejemplo, la legitimación reconocida sólo a ciertos órganos o personas que pueden instar al órgano decisor por la vía del recurso directo se conoce como control abstracto, mientras que en el control concreto es el juez ordinario quien acude al tribunal decisorio y se acciona por la vía de la excepción. Adicionalmente, el control abstracto por vía incidental sólo puede ser sucesivo o contra leyes vigentes, mientras que el control abstracto por vía directa puede presentarse tanto como control sucesivo como control previo, es decir, con anterioridad a la entrada en vigor de la norma¹⁷⁷.

¹⁷⁴ *Ibíd*em, pp. 16 y 17.

¹⁷⁵ *Ibíd*em, pp. 21 y 22.

¹⁷⁶ *Ibíd*em, p. 22.

¹⁷⁷ *Ídem*.

Para Humberto Suárez, indudablemente el control preventivo es una importante opción para asegurar el ajuste de la legislación secundaria con el orden normativo fundamental. El examen de constitucionalidad previo a la vigencia de una ley requeriría de tiempos con los que muchas veces no se cuenta, aun así estos controles pudieran ser útiles al hacer las veces de filtros para el ejercicio de los controles sucesivos¹⁷⁸. Desde mi perspectiva, a la luz del paradigma *(paleo)positivista* y *(neo)iusnaturalista*¹⁷⁹, que favorece la defensa de la parte sustantiva de la Constitución Política con el deber de todas las autoridades de prevenir las violaciones en materia de derechos humanos, el control constitucional preventivo no sólo es una opción sino un requisito *sinne qua non* para la consecución coherente de los fines de la reforma del 10 de junio 2011.

Ahora bien, el sistema contemporáneo de control constitucional mexicano, aún y cuando cuenta con medios políticos como lo son el juicio político y la declaratoria de procedencia, fundamentados en los artículos 110 y 111 de la Constitución, respectivamente, se ha inclinado por el fortalecimiento de los medios jurisdiccionales.

Para José Ramón Cossío, el desarrollo del sistema de control constitucional mexicano se puede dividir en cuatro períodos: el primero fue desde los orígenes del amparo hasta 1994, período marcado por la hegemonía del juicio de garantías; el segundo período corrió de 1994 a 2007, tiempo en que se adicionaron al sistema las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad; el tercero comprende el tiempo de 2007 a 2011, lapso en que se sumó el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación al sistema de control constitucional, y finalmente; el tiempo en que nos encontramos, que inició en 2011 con la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con la sentencia recaída al caso “Radilla Pacheco” y las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Ibídem, p.23.

¹⁷⁹ Ver nota al pie 12.

¹⁸⁰ COSSÍO, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, segunda edición, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 201 y sigs.

El período de protección de la constitucionalidad en que nos encontramos es resultado de la suma de nuevas instituciones jurídicas, a la vez que cuenta con resultados de rupturas. Esto se debe a un proceso histórico de mestizaje (como toda nuestra cultura) que ha hecho que el mexicano sea un sistema que no encaje perfectamente en los modelos de control constitucional tradicionales.

La distinción básica para la identificación de los modelos de control constitucional sigue siendo la estadounidense-europea¹⁸¹. Las diferencias entre estos modelos yacen principalmente en que la justicia estadounidense está conferida a la totalidad de los órganos que componen el poder judicial y no se requiere de condiciones procesales especiales, por lo que existe un control difuso, además de que el resultado de las sentencias puede ser la anulación de los preceptos contrarios a la norma fundamental. En contraparte, en el sistema europeo se cuenta con tribunales específicamente creados para la atención de la justicia constitucional, los tribunales constitucionales no forman parte del poder judicial ordinario y las sentencias derivan en la inaplicación de los dispositivos o actos de autoridad, mas no en su anulación.

De la caracterización general de los dos modelos tradicionales de justicia constitucional se colige que el sistema actual mexicano no pertenece de forma ortodoxa a uno u otro. A partir de la incorporación a la justicia constitucional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y de la totalidad de los jueces, debido a la resolución del caso “Radilla Pacheco”, se ha construido en México un control difuso (general), que ha decir de Ramón Cossío hace que nos parezcamos al modelo estadounidense, con la importante diferencia del proceso concentrado del amparo que tiene efectos de inaplicación. Por otro lado, nos parecemos al modelo europeo en cuanto a los procesos especializados de control de constitucionalidad, aunque en nuestro caso la justicia constitucional está conferida prácticamente a todo el Poder Judicial de la Federación y no sólo a un tribunal especializado¹⁸². Es decir, el nuestro parece ser un sistema de protección constitucional *sui generis* que, a la vez que genera altas expectativas de control al

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 209.

¹⁸² *Ibidem*, pp. 112 y 113.

preferir los medios judiciales, denota sus carencias adjetivas y estructurales al contar sólo con medios de control sucesivos, no tener un tribunal que atienda exclusivamente temas de constitucionalidad y contar con un control difuso acotado de constitucionalidad y convencionalidad.

Ahora, si bien es cierto que nuestro sistema de protección de la constitucionalidad históricamente ha estado marcado por los medios judiciales abstractos por la vía incidental, también lo es que la Constitución impone a partir de 2011 todas las autoridades del país la obligación de evitar las violaciones a los derechos humanos, lo que conlleva acciones previas a la materialización de éstas. Asimismo, el amparo dejó de cerrar las puertas a los quejosos que no acrediten el interés legítimo para dar paso a los intereses difuso y colectivo, con lo que se amplió el concepto de quejoso. Si estos cambios han sido posibles en este período histórico de nuestro sistema de control constitucional, ¿por qué no sería viable voltear de nueva cuenta al derecho comparado para revisar otro tipo de instituciones jurídicas que evitan las violaciones a los derechos humanos? Bien se puede continuar con la construcción de un sistema mexicano de protección constitucional que maximice la coherencia de la reforma del 10 de junio de 2011.

a) Los medios preventivos en el derecho comparado

Los medios preventivos de control constitucional se siguen en forma de juicio y representan una alternativa para evitar violaciones posteriores a los derechos humanos. Este medio de protección de la constitucionalidad se aplica de forma previa a la entrada en vigor de las normas secundarias, con lo que se puede evitar la violación ulterior de derechos humanos de forma masiva.

Si bien es cierto que los medios preventivos pueden hacer uso de un tiempo que debiera usarse prioritariamente para la consecución del proceso legislativo, también es cierto que a la luz del paradigma constitucional emergente es indispensable evitar violaciones a los derechos humanos, además de que se puede reducir el tiempo de examen en los controles sucesivos. Así, con estos medios de examen de la constitucionalidad (llevados a cabo por un poder

independiente al órgano controlado), las normas generales emitidas por el poder legislativo de que se trate quedan ceñidas a las disposiciones constitucionales en materia de prevención de violaciones a los derechos humanos, con lo que los legisladores son incluidos en el universo de autoridades controladas por la misma constitución.

Por otra parte, se puede considerar que los medios de examen preventivo de la constitucionalidad no tienen razón de ser ya que versan sobre expectativas de violación y no sobre afectaciones a la esfera de derechos de los gobernados. Desde mi perspectiva, y a la luz de los deberes y obligaciones de todas las autoridades en materia de derechos humanos, en específico en cuanto a la prevención de tales violaciones, vale la pena que en México volteemos hacia la experiencia internacional. En lo sucesivo presento, a manera de ejemplo y de forma sucinta, lo que en otros países se ha hecho en esta materia.

Pablo Ruiz-Tagle diferencia a los controles preventivos en facultativos, que son accionados por el presidente, por las cámaras o por algunos integrantes de ellas, y en obligatorios, los cuales se tramitan oficiosamente cuando se trata de interpretaciones constitucionales, leyes orgánicas constitucionales o tratados internacionales relacionados con la aplicación de la constitución. Adicionalmente, el Tribunal Constitucional de Chile controla también de manera facultativa y preventiva los proyectos de reforma constitucional y los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso. Asimismo aplica el examen de constitucionalidad, tanto de forma preventiva como sucesiva, a las normas propias de quienes tienen facultad reglamentaria¹⁸³.

Lo anterior tiene fundamento en el artículo 82, No. 1, de la Constitución Política de la República de Chile, que atribuye al Tribunal Constitucional el control constitucional de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución.

¹⁸³ RUIZ-TAGLE, Pablo, "Control previo de constitucionalidad", *Revista de derecho público*, Chile, núm. 27, 2010, p. 15.

Asimismo, el artículo 82, No. 2, del dispositivo citado arriba, atribuye al Tribunal Constitucional el resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso¹⁸⁴.

Además de Chile, no existen muchos países sudamericanos que cuenten con medios preventivos de control constitucional. Por ejemplo en Colombia, el artículo 241, No 8, de la Constitución, dispone que el control constitucional será obligatorio para las leyes estatutarias o de votación calificada. Por su parte, la Constitución ecuatoriana fundamenta el control constitucional preventivo en su artículo 438, el cual establece que la Corte Constitucional emitirá dictamen previo vinculante de constitucionalidad a la ratificación de tratados internacionales por parte de la Asamblea Nacional, a las convocatorias de consultas populares nacionales o locales, y por objeción de inconstitucionalidad del Presidente de la República en contra de formación de leyes¹⁸⁵.

El caso de Venezuela es distinto ya que el control constitucional preventivo se lleva a cabo por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en vez de ser realizado por un tribunal especializado. El artículo 203, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, mandata que las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas serán remitidas, antes de su promulgación a la Sala Constitucional para que ésta se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico. La Sala Constitucional decide en un término de diez días y si declara que no es orgánica, la ley pierde tal carácter.

En lo que corresponde a Europa, el control previo de constitucionalidad en Francia es ejercido por el Consejo Constitucional, creado por la Constitución de 1958, que establece que dicho control es obligatorio para las leyes orgánicas y los

¹⁸⁴ *Ibíd.* [citado el 7 de julio de 2017 a las 16:32 horas].

¹⁸⁵ RUIZ-TAGLE, Pablo, "Control previo de constitucionalidad", *Revista de derecho público*, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

reglamentos de las asambleas parlamentarias, así como para sus modificaciones y reformas¹⁸⁶.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional de España tiene facultades muy similares a las enunciadas arriba, como lo son el estudio de la constitucionalidad de reformas constitucionales, de normas generales o de tratados internacionales sometidos a la consideración del poder legislativo. En relación con este caso, Ignacio Villaverde expone que la justicia constitucional es aquella que enjuicia toda la actividad del poder desde el punto de vista de la constitución, función que puede ser desempeñada por mecanismos muy diversos como lo es el control previo, pero que sin importar el mecanismo o la denominación del organismo que la aplique, dicha justicia constitucional debe estar basada en los términos de las normas y con apego a las garantías de la razón jurídica¹⁸⁷.

Primero, la justicia constitucional se lleva a cabo por un organismo con función jurisdiccional, esto significa que el control se realiza aplicando normas jurídicas de forma potencialmente irrevocable. Por tratarse de un enjuiciamiento, esta justicia está sujeta a la constitución y no a un fin (juicio de oportunidad y medios), y la decisión debe asentarse con base en argumentos sobre cómo aplicar la norma¹⁸⁸.

En segundo término, el organismo que la ejerce debe reunir una serie de características como independencia, responsabilidad, imparcialidad e inamovilidad, con lo que se garantiza el razonar jurídico y se dota de legitimidad a las decisiones tomadas. Hay jurisdicción constitucional donde hay un control jurídico sobre la validez constitucional de normas y actos, ejercido mediante decisiones jurídicas potencialmente irrevocables¹⁸⁹.

¹⁸⁶ RUIZ-TAGLE, Pablo, "Control previo de constitucionalidad", *Revista de derecho público, op. cit.*, p. 18.

¹⁸⁷ VILLAVERDE Menéndez, Ignacio, "El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico", *Revista catalana de drét públic*, núm. 49, 2014, p. 24.

¹⁸⁸ Ídem.

¹⁸⁹ Ídem.

No obstante, aunque Ignacio Villaverde expone elementos que parecen fortalecer la justicia constitucional, sin calificar como ideal a algún organismo o medio, si exterioriza su preocupación por un tema específico: el control previo de constitucionalidad de los Estatutos de las Autonomías en España.

El recurso previo de inconstitucionalidad contra proyectos y propuestas de reforma de Estatutos de Autonomía es un medio previo que tiene por objeto el texto definitivo de los proyectos o propuestas, una vez que han sido aprobados por las Cortes Generales. Con base en la Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, si se declara la inexistencia de la inconstitucionalidad alegada, el proyecto o propuesta sigue los trámites para su entrada en vigor. En contrario, si el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad del texto impugnado el Tribunal debe concretar los preceptos a los que alcanza, los que por conexión resulten afectados y los dispositivos constitucionales que infringe el proyecto o propuesta. El proceso de reforma no puede seguir su trámite en tanto los preceptos declarados inconstitucionales no sean modificados o suprimidos¹⁹⁰.

Para Villaverde, el rescate de este control previo de constitucionalidad, que había sido derogado en 1985, se debió a razones políticas y no jurídicas. Villaverde argumenta que este recurso parece más bien una respuesta política apelando a un recurso técnico ante la crisis institucional desatada por la Generalidad de Cataluña y su propuesta de celebración de una consulta sobre la independencia del país catalán. Es decir, el rescate parlamentario del recurso previo tiene poco que ver con las bondades técnicas o la coherencia dogmática de tal medio de control constitucional, sino más bien con la necesidad política¹⁹¹.

Los medios preventivos de control de la constitucionalidad son una realidad jurídica en diversos países, con variados órganos responsables y ámbitos de

¹⁹⁰ Tribunal Constitucional de España, <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/competencias/Paginas/022-Recurso-previo-inconstitucionalidad.aspx>, [citado el 11 de julio de 2017 a las 19:36 horas].

¹⁹¹ VILLAVERDE Menéndez, Ignacio, "El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico", *Revista catalana de drét públic*, op. cit., p. 23.

aplicación para su consecución. Estos medios de protección de la constitucionalidad, como prácticamente cualquier otra institución jurídica, son susceptibles de perversión por intereses ajenos a los meramente jurídicos. No obstante, como argumentaré en el próximo Capítulo, los argumentos en contra hasta ahora identificados parecen tener menor peso en relación con las violaciones a los derechos humanos que las normas generales inconstitucionales pueden provocar. A mi juicio, no sólo debe contemplarse seriamente la creación de medios de control previo constitucionales, sino también la creación de un organismo especializado para la justicia constitucional, elementos que maximizarían la coherencia de la aplicación de la reforma constitucional de 2011.

F) El control de regularidad

Una de las características más importantes del estado de derecho democrático constitucional, concepto en el que, como ya he comentado, se intenta encuadrar al estado mexicano, es la obligación del estado y de las entidades de interés público de la protección de los derechos fundamentales, ya que éstos son la piedra angular del sistema jurídico. Lo más importante de los puntos de vista normativo y axiológico es la protección de los derechos de los seres humanos. Por esto, teoría jurídica contemporánea ha dejado de enfocarse en la estructura de la norma para enfocarse en el operador jurídico, esto con un objetivo claro: proteger libertades básicas y satisfacer necesidades sociales¹⁹². En este contexto, los operadores jurídicos con facultad jurisdiccional (no sólo judicial), ya sean constitucionales u ordinarios, tienen la función de tutelar los derechos humanos.

Pues bien, la reforma constitucional sobre la cual tratan estas páginas, y en específico, las modificaciones al artículo 1º, junto con las resoluciones de la Corte

¹⁹² NIETO, Santiago y ESPÍNDOLA, Luis, "El control de convencionalidad. Una aproximación", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, vol. 62, núm. 257, 2012, p. 416.

Interamericana de Derechos Humanos del *Caso Radilla*¹⁹³ (Radilla 1) y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de asuntos varios 912/2010¹⁹⁴ (Radilla 2), se estableció la obligación de las autoridades de México a aplicar las normas en materia de derechos humanos de acuerdo con la Constitución y los instrumentos internacionales. El control de regularidad, en sus versiones constitucional y convencional, se convirtió en un imperativo para todos los órganos jurisdiccionales, sin importar cuantía, territorio, grado o materia, aunque siempre en atención a las reglas procesales específicas aplicables¹⁹⁵.

El control de constitucionalidad se debe al reconocimiento de la posición suprema de las constituciones en los sistemas jurídicos contemporáneos, los cuales contienen diversas garantías para garantizar dicha superioridad. A través de diversos procesos, los órganos estatales, y como es en nuestro caso, primordialmente de carácter jurisdiccional, son componentes para determinar si una norma u acto es contrario o no a la Constitución. Lo relevante en estos casos es establecer que sea la Constitución el instrumento con el cual se contrasta la norma o acto impugnado, es decir, lo importante es que se delinee que el parámetro de control es exclusivamente constitucional, el cual, a partir de las implicaciones de la sentencia Radilla 2, se puede seguir como concentrado o difuso¹⁹⁶.

Cuando se habla de control concentrado de la constitucionalidad se refiere a los procesos en los que la norma posiblemente contraria a la Constitución es impugnada de forma expresa, precisamente por su carácter inconstitucional. Estos procesos se siguen en los siguientes términos: primero, se somete a la decisión

¹⁹³ Ver *Radilla Pacheco vs. México*, 23 de noviembre de 2009, por decisión unánime de 5 votos, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf [citado el 14 de julio de 2017 a las 18:46 horas].

¹⁹⁴ Ver *Varios 912/2010*, 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2011, por decisión unánime de 10 votos, <http://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.a.spx?ID=121589&SeguimientoID=225> [citado el 14 de julio de 2017 a las 18:31 horas].

¹⁹⁵ NIETO, Santiago y ESPÍNDOLA, Luis, "El control de convencionalidad. Una aproximación", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, p. 417.

¹⁹⁶ COSSÍO, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, *op. cit.*, pp. 170, 171 y 172.

del juzgador si cierta norma general o acto es contrario al texto constitucional, *litis* de la cual dependen los argumentos correspondientes; segundo, el proceso se encamina a demostrar la inconstitucionalidad con los argumentos, pruebas y alegatos conducentes, y; tercero, el círculo procesal se cierra con la sentencia que debe ocuparse destacadamente de la norma o acto impugnado de inconstitucional, por lo que la constitucionalidad o no de lo impugnado se plasma en los puntos resolutivos por vía de conclusión¹⁹⁷.

Pues bien, debido al dictado de la sentencia Radilla 1 es que la Suprema Corte estuvo obligada a dictar la sentencia Radilla 2, en la cual se resolvieron diversos asuntos conexos. Es en esta última sentencia que se encuentra el sentido en que debe ser tomado el control difuso de constitucionalidad.

El control difuso contrasta con el control concentrado. Primero porque en el litigio no se plantea de manera expresa la inconstitucionalidad de una norma o acto, sino que las partes, de acuerdo a las normas procesales aplicables, las partes deben identificar y plasmar los hechos relevantes a los cuales las normas les dan significado jurídico. Lo que se discute en el inicio es que las normas se actualicen en situaciones concretas, mas no si las normas cuentan con un estándar de constitucionalidad. En segundo lugar, las normas no son el objeto central del litigio, las partes litigantes disputan intereses contrarios y los hechos son los que permiten demostrar que las normas se actualizan a los intereses particulares. Tercero, la sentencia no se ocupa de manera directa y central a la constitucionalidad de la norma o acto. Al no ser esta operación el centro del juicio, la misma no tiene que ser recogida en la parte decisoria del fallo. Entonces, ¿en dónde se encuentra el control difuso constitucional? Es la competencia de los juzgadores ordinarios de considerar en un proceso no dirigido a tal fin si existe una norma contraria a la Constitución. Si esto es así, la atención a la inconstitucionalidad emergente es de forma tangencial y la validez de las normas invocadas o aplicadas en el proceso se estudian por vía incidental, no por cuerda

¹⁹⁷ *Ibidem*, pp. 172 y 173.

separada, para ser inaplicadas, dando referencia a los contenidos de la Constitución y los tratados internacionales en la materia de que se trate¹⁹⁸.

Ahora bien, el segundo parámetro de regularidad es el control de convencionalidad. Uno de los principales ejes de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 es la apertura del sistema jurídico mexicano a los ordenamientos internacionales, con todo lo que ello implica: la recepción de los tratados e incorporación de los mismos al sistema jurídico doméstico, así como el reconocimiento del derecho derivado de ellos y la jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales¹⁹⁹. Es en este contexto que el control de convencionalidad adquiere singular importancia ya que, a fin de maximizar la coherencia de la reforma en su conjunto, se reformaron diversos dispositivos constitucionales que permiten atender las exigencias del sistema internacional de derechos humanos.

Para Miguel Carbonell, el control de convencionalidad es uno de los puntos culminantes del conjunto de cambios que trajo la reforma de 2011, se trata de una modificación radical de época para los juristas mexicanos ya que cambiaron los estándares de razonamiento, los actores responsables de garantizar los derechos humanos y variaron las técnicas de interpretación. Esto es (y siempre debió ser) un cambio obligado ya que la firma de tratados internacionales conlleva obligaciones como la incorporación de normas que permitan su aplicación, la derogación de normas internas contrarias y la reorganización de las competencias de las autoridades para que en todos los niveles de gobierno existan medidas de prevención de violaciones a los derechos humanos²⁰⁰.

No obstante, tal y como argumenté en el Capítulo II, el derecho es un fenómeno social que requiere del esfuerzo colectivo para que sean palpables los efectos para los cuales es creado. Es decir, desafortunadamente no basta con que el proceso de reforma 2009-2011 haya dado a luz derecho positivo y vigente, sino

¹⁹⁸ *Ibíd*em, p. 174.

¹⁹⁹ CARBONELL, Miguel, *El abc de los derechos humanos y el control de convencionalidad*, *op. cit.*, p. 173.

²⁰⁰ *Ibíd*em, pp. 173 y 174.

que se requiere, cuando menos, que tales normas sean interpretadas coherentemente por muchos otros actores jurídicos, entre los que se encuentran los juzgadores. Por esto me remito a la percepción del Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, José Ramón Cossío, la cual puede clarificar cómo se percibe el control de convencionalidad desde la cúspide del poder judicial en México.

El ministro Cossío considera que al reformarse el artículo 1º constitucional se estableció que la totalidad de las autoridades del país deberían respetar los derechos humanos tanto de fuente constitucional como convencional. Específicamente, el dispositivo mencionado en parte trata sobre los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte, lo que abre la puerta a una serie de problemas complejos como determinar cuándo un tratado internacional contiene un derecho humano, y derivado de ello responder cómo, cuándo y para qué se actualiza el parámetro de convencionalidad²⁰¹.

En cuanto a un control concentrado de la convencionalidad, si es que éste existe, el Ministro Cossío considera que debería satisfacer las mismas condiciones que el control concentrado de la constitucionalidad: que una norma general fuera el objeto inicial del litigio; que el litigio se desarrollara teniendo a la validez de la norma como objeto central; que el parámetro de validez de la norma cuestionada se contrastara con un derecho humano contenido en un tratado internacional, y; que en la sentencia se hiciera un pronunciamiento expreso sobre la validez de la norma impugnada. No obstante, en la sentencia Radilla 2, que es el instrumento orientador en este tema y al que hace referencia Ramón Cossío, no existe respuesta expresa al tema del control de convencionalidad concentrado. Aun así, la remisión a la sentencia citada se debe a que en el párrafo 30 se establece que el control de convencionalidad *ex officio* debe ser acorde con el modelo de control establecido constitucionalmente pues no podría entenderse un control convencional fuera de un control general de constitucionalidad desprendido del

²⁰¹ COSSÍO, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, op. cit., pp. 179 y 180.

análisis sistemático de los artículos 1º y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Lo que es importante destacar, continúa el Ministro de la Suprema Corte, es que de no admitirse un control concentrado de convencionalidad, no será posible impugnar y analizar la validez de normas generales en relación con los tratados internacionales²⁰².

Por lo que toca al control difuso de convencionalidad, José Ramón Cossío sintetiza sus características en un proceso no dirigido expresamente a tal fin, es decir que sigue los pasos del control difuso de constitucionalidad, sólo que la comparación se hace con derechos humanos contenidos en tratados internacionales de los cuales el estado mexicano sea parte. En este caso, cualquiera de los juzgadores del país que se encuentre desahogando un proceso sigue teniendo como tarea primordial la resolución de intereses con base en hechos, empero, al momento de realizar su actividad puede surgir la necesidad de desaplicar una norma violatoria de un derecho humano de fuente convencional. El Ministro retoma nos remite al párrafo 29 de la sentencia Radilla 2 para exponer que si bien los jueces no pueden hacer una declaración general de invalidez de normas contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados, si están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores²⁰³.

Así pues, los controles de regularidad constitucional y convencional, emanados de la sentencia Radilla 1, formalizados en la sentencia Radilla 2 y consagrados en el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos son elementos de primer orden para el entendimiento y la consecución de los fines del proceso de reforma 2009-2011. Empero, como bien apunta el mismo Ministro José Ramón Cossío, en el caso mexicano se presenta una situación peculiar: el control de constitucionalidad se ha ejercido de manera exclusiva por el Poder Judicial de la Federación mediante los mecanismos de amparo, controversias y acciones de inconstitucionalidad, esto debido a su

²⁰² *Ibidem*, pp. 180, 181 y 182.

²⁰³ *Ibidem*, p. 183.

carácter jurisprudencial y todos los inconvenientes que ello implica²⁰⁴. Tal parece que la suerte del control de convencionalidad ha sido la misma.

²⁰⁴ *Ibíd*em, p. 173.

Capítulo IV. Derechos humanos, discurso y coherencia

Como se ha mencionado anteriormente, tanto en el discurso político que fundamentó el decreto que aquí se trata como en el texto constitucional aprobado y su consiguiente interpretación, se ha dado una reinterpretación de los que otrora fueron los conceptos de derechos humanos y garantías. Lo primero que resalta de la simple lectura del artículo primero constitucional en los discursos en comparación es la denominación de la clasificación a la que pertenecen, en donde se advierte claramente que se refieren a concepciones metodológicas distintas, es decir, no es lo mismo que los derechos humanos sean anteriores y superiores al Estado que los derechos humanos sean los reconocidos positivamente en la Constitución y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Es decir, los derechos humanos existen aun cuando no estén contenidos en el catálogo que de ellos se haga.

Es cierto que las teorías son relativismos, es decir que nos ayudan a ubicar conceptos de estudio y que no son verdades absolutas, no obstante, las teorías también ayudan a construir términos que posteriormente pueden tener fuerte influencia en la sociedad, por lo que el mejor resultado práctico dependerá de la mejor construcción teórica y metodológica posible.

Ahora bien, debemos recordar que el objeto del Estado consiste esencialmente en el bien supremo de la comunidad. Resultaría extremadamente complicado tratar de imponer límites pero indudablemente, como parte del bienestar, se deben realizar los fines de las personas, así como proteger a la población y fomentar su desarrollo y progreso. Para ello se requiere, sin duda alguna, de políticas de Estado y de gobierno oportunas, adecuadas, articuladas y coherentes con sus fines.

En relación con la oportunidad de los cambio, Susana Núñez cita a Silvero Salgueiro para apuntar que el cambio de gobierno es el momento idóneo para las reformas constitucionales, reformas que, por cierto, prácticamente siempre son

aprobadas. Si el cambio de gobierno es pacífico, tal y como pasó con la alternancia partidaria mexicana en el año 2000, la necesidad de reformar a la constitución se presenta como una decisión política, casi artística, que requiere de creatividad, ingenio y expresión de ideas. La creatividad no implica necesariamente algo nuevo sino que puede ser una forma distinta de presentar lo conocido. Por su parte, el ingenio es un sentido de oportunidad para presentar la creatividad. Finalmente, atrás de la creatividad hay ideas que requieren ser expresadas, tanto por los mismos autores como por otros intérpretes, ideas que deben ser integradas en los términos jurídicos correspondientes²⁰⁵.

Pues bien, en el marco de la reforma del estado que inició en el sexenio 2000-2006, y que tal vez siga hasta nuestros días aunque con otra denominación, las reformas constitucionales (de las cuales no todas llegaron a buen término) han resultado fundamentales ya que la Carta Magna es el punto de partida para que la legislación refleje los objetivos gubernamentales y se protejan de manera adecuada los derechos de la población en sintonía con las necesidades de una sociedad globalizada²⁰⁶. Desafortunadamente, es evidente que las reformas constitucionales por sí solas no aseguran que la sociedad vaya a experimentar los cambios propuestos en el texto constitucional. En México existen diversos ejemplos de esto. Adicionalmente, las interpretaciones deficientes o maliciosas y la imprecisión del texto constitucional vigente afectan seriamente sus efectos, con lo que se inhibe el resultado social y se anulan los “buenos deseos” de las transiciones gubernamentales.

Entonces, no basta con que se tenga un proceso de reforma o adición constitucional abierto, incluyente y transparente, en el marco de un cambio gubernamental, sino que se requieren de otras condiciones para que los motivos de tales reformas se conviertan en efectos palpables inmediatos y los cambios sociales paulatinos lleguen a buen término. Dicho de otra forma, se requiere de la maximización de la coherencia para lograr la efectividad y la eficacia.

²⁰⁵ NÚÑEZ, Susana, “Comentarios a las reformas constitucionales en materia de derechos humanos en el periodo 2006-2011”, *Alegatos*, México, núm. 80, enero-abril 2012, p. 45.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 46.

A partir de la entrada en vigor de la reforma constitucional publicada el 10 de junio de 2011, el juego democrático (por cierto, no parece existir una política gubernamental que vaya más allá de la democracia formal o electoral) y su relación con el constitucionalismo y el convencionalismo, ha sido elemental para comprender el alcance de la participación activa que los individuos pueden tener en el campo de los derechos humanos²⁰⁷. Ya en el Capítulo I escribí que las garantías que protegen a los derechos humanos obligan a las autoridades al adecuado desempeño de sus actividades, tanto en el nivel de gobierno que les corresponda como dentro del marco jurídico aplicable. Las garantías, a la vez que protegen los derechos humanos imponen cercos al actuar estatal. Aquí reside el poder (de derecho) de los gobernados y su capacidad de actuación en una sociedad que pretende ser democrática, se trata del poder para vigilar que la actuación estatal esté apegada al respeto de los derechos humanos, de lo contrario se pueden hacer valer las garantías por las vías idóneas.

Por otro lado, la evaluación de acción en todas las áreas del Poder Ejecutivo es necesaria, sean o no áreas exclusivas de éste. Sin duda, el Presidente cuenta con facultades y obligaciones fundamentales para el desarrollo del país y en buena medida reside en él la responsabilidad de establecer políticas públicas que involucren de una u otra forma a los otros poderes federales. Cabe destacar que dentro de la política pública los derechos humanos deben tener un lugar especial, no sólo por las implicaciones que este tema tiene en la relación con los gobernados, sino también porque es uno de los temas más importantes a nivel internacional, e incluso tal vez sea el eje del resto de los temas internacionales²⁰⁸.

Así pues, resulta necesario que para que la reforma constitucional sobre la cual versan estas líneas llegue a cumplir sus fines, se debe alcanzar la coherencia óptima en lo que resta del proceso de implementación, esto con el fin de que se dé la observancia de los dispositivos en la materia por parte de los actores

²⁰⁷ ROLDÁN Orozco, Omar, *La función garante del estado constitucional y convencional de derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 117.

²⁰⁸ NÚÑEZ, Susana, "Comentarios a las reformas constitucionales en materia de derechos humanos en el periodo 2006-2011", *Alegatos*, *op. cit.*, p. 44.

involucrados, lo que incluye al titular del Poder Ejecutivo, y el resto de la sociedad. Tanto las diversas funciones del poder público como los distintos niveles de gobierno, además de la sociedad civil, deben actuar de manera sostenida, coherente y coordinada a efecto de que la defensa del texto constitucional en cuanto a derechos humanos se refiere, se convierta en resultados efectivos y eficaces, lo cual no exime al estado de ser el responsable, el garante de la protección a los derechos humanos.

No obstante, existe un escenario de hecho opuesto, tal vez el más común en nuestro país, que es el de la violación constante, e incluso posiblemente sistemática, de los derechos humanos, situación que se suma a la impasividad y la indiferencia de una sociedad civil dispersa y alienada a intereses particulares o de grupo. Esto genera un tejido en donde la pobreza se vuelve contexto, factor y resultado de la violación diaria y transversal de derechos humanos, donde muchas veces el mismo gobernado es el principal violador de derechos humanos, posiblemente con aquiescencia del poder público.

Pero regreso al tema. Existe un sinnúmero de factores de hecho que propician la violación constante a los derechos humanos, y a esto se suma la falta de coherencia óptima en la creación e interpretación de la norma positiva y vigente que, contrariamente, debe proteger a estos derechos. Tal es el caso, y en este Capítulo lo argumentaré, de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, que a pesar de tener apenas seis años de vigor, a veces parece estar perdiéndose en el entramado de los filtros burocráticos que la deleznable clase política mexicana perfecciona cada vez más.

Como establecí en el Capítulo I, la reforma en comento cuenta con tres momentos principales: 1) el proceso de reforma caracterizado por el discurso político; 2) el texto constitucional aprobado, positivo y vigente hasta estos días, y; 3) la interpretación que se ha hecho de la Constitución. Esta reforma, por su importancia, trascendencia y complejidad, no puede ser estudiada de forma parcial para los fines de este trabajo, se requiere entender todos sus tiempos para poder visualizar el cumplimiento de sus fines, resultados y poder diagnosticar sus

carencias y errores. Por ejemplo, podría tenerse como un éxito el proceso legislativo 2009-2011 pues ya es un hecho, derivó en un texto vigente calificado como trascendente. Empero, gran parte de la expectativa que generó y sigue generando dicha reforma proviene de un discurso político que no llegó en su totalidad al texto positivo, por lo tanto, se trataría de un estudio parcial que no permitiría entablar entre sí elementos para analizar la coherencia de la reforma.

Por otro lado, ¿qué hay de la interpretación judicial en relación con los preceptos en materia de derechos humanos? ¿es coherente la visión que el juzgador tiene del texto constitucional con los fines que el constituyente permanente planteó? O bien, ¿ha corregido el juzgador las deficiencias del discurso jurídico logrado con el decreto publicado?

Las limitaciones para la realización de esta investigación no me permiten hacer un estudio exhaustivo de cada uno de los momentos que en este trabajo se propone para lograr un análisis integral sobre los fines, alcances y logros de la reforma constitucional que trato. No obstante, se considera que con los elementos que aquí presento bien se puede tener un panorama de la radicalidad que en el inicio se pretendió que tuviera tal proceso de reforma, el limitado resultado que finalmente fue aprobado y la falta de metodología constitucional en la interpretación judicial, que ha limitado aún más la efectividad y la eficacia del texto constitucional. En síntesis, en este Capítulo IV pretendo ofrecer al lector argumentos que dibujen la falta de coherencia óptima, la cual, al sumarse a los factores de hecho y a la complejidad de la coordinación de las sociedades política y civil, difícilmente hace alcanzable el respeto a los derechos humanos, al menos en los términos en los que plantea el discurso político, términos que parecen idóneos y vagos a la vez.

A) Sobre la coherencia normativa

La coherencia es la satisfacción de restricciones positivas y negativas que, dependiendo del área a que se quiera aplicar, deberá estar construida con más o

menos peso en ciertos aspectos específicos. En el caso que me ocupa en este apartado, la coherencia interpretativa requiere especial atención en la coherencia normativa pues es la idónea para justificar la creación de enunciados normativos.

La coherencia normativa se compone por las coherencias conceptual, explicativa, analógica, deductiva, y se caracteriza por la interpretativa. Estos tipos de coherencia se maximizan proporcionalmente a la satisfacción de restricciones, es decir, con la aceptación de dos elementos iguales (restricción positiva) o con la anulación de uno y la aceptación de otro (restricción negativa), en el caso del estudio de elementos distintos. Por ejemplo en el tema que nos ocupa, la maximización de la coherencia se da si en el texto normativo todos los conceptos de derechos humanos son iguales, si se aceptaron los adecuados y se descartaron los que no encajaban con los fines de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Recordemos que esta selección debe darse de entre un número amplio de posibilidades depuradas y acordes a la metodología seleccionada. Es decir, para que se llegue a la coherencia óptima se requiere de la satisfacción de restricciones con base en la responsabilidad epistémica y atendiendo al contexto, que en nuestro caso fue la importancia de lograr un texto constitucional radical en materia de derechos humanos.

Otro ejemplo de cómo se puede maximizar la coherencia normativa es la satisfacción de restricciones en cuanto a la coherencia analógica. Las hipótesis similares deben ser incluidas en situaciones similares, aceptación que depende de la depuración de opciones y la elección de la más coherente con la metodología seleccionada, o sea, depende de la inferencia a la mejor explicación. Dicho sea de paso, la depuración de las opciones para justificar la creación del texto normativo se da con los mecanismos de contracción, adición o reinterpretación, siempre tomando en cuenta la responsabilidad epistémica, el contexto y la metodología que resulten aplicables.

De esta manera, con un método claro, mecanismos definidos y criterios objetivos, es que se fortalece la justificación normativa, explicación que con base en la interpretación, principalmente, relaciona hipótesis valorativas con hipótesis

normativas y da sentido a la creación de enunciados normativos. Así pues, los antecedentes, valores y principios que dan origen a un enunciado normativo pueden ser medidos más o menos coherentes, esto en relación a cómo se justificó y logró en el texto final. Ahora paso a la aplicación de este modelo, explicado en el Capítulo II y sintetizado en este punto, al problema que nos ocupa.

a) Del discurso político al texto constitucional

El 23 de abril de 2009²⁰⁹, fue publicado en la Gaceta Parlamentaria el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Derechos Humanos de la Cámara de Diputados que dio cuenta de los antecedentes legislativos de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y plasmó el análisis de diversas iniciativas que, en conjunto, aportaron buena parte del decreto publicado. Dicho dictamen fue modificado ligeramente en la votación respectiva y pasó como minuta al Senado de la República el mismo día.

El dictamen del 7 de abril de 2010²¹⁰, de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y Estudios Legislativos del Senado de la República, y que fue publicado al día siguiente en la Gaceta del Senado, modificó la minuta de la Cámara de Diputados y la dotó de metodología, añadió propuestas de reforma y enriqueció lo sintetizado en la Cámara de origen.

Como ya desarrollé en el Capítulo III, el proceso de reforma fue largo, involucró a dos legislaturas del Congreso de la Unión y se caracterizó por un debate intenso que revolvió elementos centrales con detalles que poco tenían que ver con la esencia de la propuesta de reforma. No obstante, estos dos dictámenes coincidieron en la importancia de diferenciar a los derechos humanos de sus garantías; fortalecer el reconocimiento de los derechos humanos como inherentes al ser humano y por lo tanto de obligar al estado a protegerlos; hacer efectiva la

²⁰⁹ Cámara de Diputados, <http://gaceta.diputados.gob.mx/> [citado el 11 de agosto de 2017 a las 13:54 horas].

²¹⁰ Senado de la República, <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=1&id=829> [citado el 11 de agosto de 2017 a las 13:58 horas].

aplicación de los derechos humanos tutelados en los tratados internacionales; revisar la jerarquía constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos; que sólo el Congreso de la Unión aprobara la suspensión de garantías; respetar la garantía de audiencia en el caso de expulsión de extranjeros del territorio nacional; establecer la protección de los derechos humanos como un principio rector de la política exterior del país; fortalecer a los organismos públicos de defensa de derechos humanos, y; adecuar el marco constitucional para que los derechos humanos que se hubieran reconocido internacionalmente y que hubieran sido ratificados por el Senado contaran con un control como lo son las acciones de inconstitucionalidad.

Estos puntos en común de los dictámenes de que se trata conforman la base de coherencia del discurso político emanado del Congreso de la Unión y que se concentró principalmente en los párrafos segundo y tercero del actual artículo 1º constitucional. Recordemos que el discurso político se caracteriza por el lugar en que se dicta, que en este caso es el Congreso, un sitio eminentemente político. Además, tiene como elementos anunciar acciones en general, cómo se llevarán a cabo, quién las ejecutará y buscar aliados en torno al plan anunciado.

Ahora bien, el hecho de que los motivos expresados en el Congreso de la Unión durante el proceso de reforma 2009-2011 constituyan un discurso político, no significa que éste deba ser un discurso antagónico o dispar del discurso jurídico logrado. En primer término, el discurso político promueve acciones, modos y actores de ejecución, lo cual también se encuentra en el discurso jurídico pues mandata el respeto a los derechos humanos y su ejecución por medio de obligaciones y deberes de todas las autoridades. En segundo término, el discurso político y el jurídico fueron dictados por el mismo autor, el Poder Legislativo federal. Luego entonces, los discursos político y jurídico, es decir, las exposiciones de motivos, dictámenes y debates, y el texto constitucional aprobado no tendrían por qué tener deficiencias de coherencia. La única diferencia debiera ser que un discurso propone y el otro mandata.

No obstante, existen deficiencias metodológicas, conceptuales y de responsabilidad epistémica, las cuales, tal vez debido al forcejeo político propio de un congreso federal, parecen haberse acentuado por intereses ajenos a lo jurídico. Más bien las diferencias entre el inicio y el final del proceso parecen haberse hecho evidentes en beneficio de un lugar común y trillado: mantener la gobernabilidad. Paso a este análisis.

En diversas exposiciones de motivos de iniciativas que conforman el cúmulo de ideas que originaron el proceso de reforma 2009-2011 se conceptualiza a los derechos humanos como “derechos anteriores” o “superiores al estado”²¹¹. En los dictámenes correspondientes, y ya mencionados arriba, se conceptualiza a los derechos humanos como “inherentes al ser humano”, lo que denota en ambos casos una fuerte carga *iusnaturalista*. Empero, el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que fue reformado por el proceso en estudio, a la letra mandata “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”. Aquí nos encontramos ante la falta de coherencia conceptual entre uno y otro discurso.

Del análisis del texto constitucional vigente se desprende que para que los derechos humanos sean protegidos en el territorio mexicano, estos deben ser reconocidos por el derecho positivo, ya sea nacional o internacional pero firmado por el Ejecutivo y ratificado por el Senado. Si los derechos humanos fueron conceptualizados en el inicio del proceso como anteriores y superiores al estado, e inherentes al ser humano, ¿por qué se requiere de su reconocimiento en el enunciado normativo por parte del estado para que puedan ser garantizados y tutelados?

Aquí nos encontramos ante diferencias de fundamentación de los derechos humanos en el discurso político y el texto constitucional, diferencias que se hacen evidentes al llevar a cabo la delimitación jurídica de ambas corrientes. Este

²¹¹ Ver el dictamen del 23 de abril de 2009, de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos, de la Cámara de Diputados, publicado en la Gaceta Parlamentaria.

problema no es nuevo ni exclusivo del Congreso de la Unión. La positivización de los derechos humanos siempre implica intensos debates entre diversas posturas sobre la mejor vía para resolverlo de forma eficaz y amplia pero concreta. No obstante, ya en diversos países, por ejemplo latinoamericanos, se había resuelto dicho dilema de una manera que desde mi punto de vista resulta más adecuada para la reforma que se pretendía hacer: la cláusula constitucional abierta de reconocimiento de derechos humanos.

El derecho internacional de derechos humanos es el conjunto de normas y principios de derecho internacional que reconocen y protegen los derechos humanos. Este conjunto de normas surgió a partir de la segunda guerra mundial. Entes especializados en el ámbito internacional, como la Organización de las Naciones Unidas, iniciaron su promoción con el argumento de que el destino de los individuos no se le podía dejar enteramente a los estados, sino que se requería de estándares internacionales. Este derecho internacional suele considerarse superior en cuanto a que otorga mayor y mejor protección a los derechos humanos de lo que lo hacen los estados pues está conformado por instrumentos especializados en la materia, aun cuando este derecho haya tenido su origen en el derecho internacional común²¹².

La incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al sistema interno se puede hacer a nivel constitucional con cláusulas de inserción explícita, cuando los ordenamientos constitucionales contemplan expresamente los derechos humanos y les dan rango constitucional, o con una inserción implícita, cláusula abierta o *numerus apertus*²¹³.

Ahora bien, el clausulado de apertura al sistema internacional de los derechos humanos plantea de inicio la jerarquía que estos tendrán en relación con el orden interno. Dicha jerarquía puede ser 1) superior a la constitución; 2) igual a la constitución; 3) inferior a la constitución pero superior a las leyes generales, y;

²¹² LEÓN, Carolina y WONG, Víctor, "Cláusulas de apertura al derecho internacional de los derechos humanos: constituciones Iberoamericanas", *Nueva Época*, México, vol. 18, núm. 2, 2015, pp. 4 y 5.

²¹³ *Ibidem*, p. 103.

4) de igual jerarquía que las leyes. En adición a esto, existen elementos básicos de las cláusulas de apertura que son: 1) inherencia a la persona humana; 2) forma de gobierno; 3) dignidad; 4) principio de soberanía del pueblo; 5) los derechos del pueblo; 6) derecho internacional y tratados internacionales; 7) la legalidad, y; 8) el principio cristiano de justicia social²¹⁴.

En este sentido, la Constitución de Chile²¹⁵ dispone un ejemplo claro de una cláusula abierta, aunque con una redacción singular, pero que en esencia ha sido replicada en otras constituciones iberoamericanas:

Art. 5º. [...] El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes.

La Constitución explicita un aseguramiento genérico a la existencia de los derechos esenciales, lo que da lugar a un catálogo de derechos abierto, ya que el constituyente reconoce sus eventuales limitaciones y está consciente del desarrollo progresivo de los derechos humanos y garantías acorde a la naturaleza y necesidades del ser humano.

Esta cláusula de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos es evidentemente abierta, además de que cuenta con diversos elementos básicos que harían que ésta fuera coherente con los motivos que originaron nuestro actual artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ahora bien, otro ejemplo de cláusula abierta es el artículo 13, inciso II, de la Carta Magna de Bolivia, el cual, por cierto, ha resultado paradigmático: “Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados”²¹⁶.

En el caso de la cláusula mexicana, los tratados internacionales en materia de derechos humanos celebrados por el Ejecutivo y ratificados por el Senado no

²¹⁴ *Ibíd*em, p. 104.

²¹⁵ *Ibíd*em, p. 105.

²¹⁶ *Ídem*.

parecen dejar espacio a otros no reconocidos, por lo que de inicio parece lo suficientemente incluyente ya que es numeroso el conjunto de tratados vigentes. El estado mexicano se ha caracterizado por ser parte prácticamente de todos los tratados que pudiesen existir aunque esto no necesariamente conlleve su observancia. No obstante, es cierto que en el futuro pudiera haber tratados que México no celebre ni ratifique, que contengan derechos humanos y que sean necesarios para la protección de los derechos humanos en conjunto y que, por la redacción del artículo 1º de nuestra Constitución, no pudrían ser parte del conjunto de tratados vinculantes para nuestro país. Tal pudo ser el caso del Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional.

El Estatuto de Roma no es parte del sistema internacional de derechos humanos, No obstante integra en su cuerpo derechos humanos como el derecho a la no tortura ni a recibir tratos inhumanos, y la prohibición de los atentados contra la vida y la integridad corporal en conflictos bélicos, derechos consagrados en el artículo 8, numeral 2, inciso A), subinciso ii), e inciso C, subinciso i)²¹⁷, respectivamente.

En relación con la ratificación del Estatuto de Roma por parte de México, Manuel Becerra²¹⁸ escribió que su firma se dio el 7 de septiembre de 2000, como un acto postrero del sexenio de Ernesto Zedillo, su ratificación se concretó el 21 de junio de 2005, después de un proceso de aprobación que inició en 2001 en el Senado, pero su verdadera observancia ha sido desafortunada debido a la postura mexicana desde la perspectiva del derecho internacional. Tal observancia quedó supeditada al artículo 21 constitucional, actual párrafo cuarto, que a la letra dispone “El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso,

²¹⁷ Organización de las Naciones Unidas, [http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](http://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) [citado el 11 de agosto de 2017 a las 17:42 horas].

²¹⁸ BECERRA Ramírez, Manuel, “México ratifica el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, después de reformar la Constitución”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, p. 951.

reconocer la Jurisdicción de la Corte Penal Internacional”, texto que fue publicado en el diario Oficial de la Federación el 20 de junio de 2005²¹⁹.

Si la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos hubiera tenido una cláusula abierta de reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos antes de que fuera “ratificado” el Estatuto de Roma, entonces tal vez hubiera sido posible presentar a Luis Echeverría Álvarez ante la Corte Penal Internacional por su probable responsabilidad de las represiones de los años sesentas y setentas. Ese no fue el caso. Por el contrario, en la Constitución tenemos diversos ejemplos de “candados” que hacen dudar que el gobierno mexicano tenga un verdadero compromiso con la tutela de los derechos humanos.

Si en la actualidad existiera un tratado internacional en materia de derechos humanos, o que contuviera derechos humanos en su cuerpo, y que no estuviera firmado por el Ejecutivo o ratificado por el Senado, el resultado sería el mismo aún y con la reforma del 10 de junio de 2011. El tratado no sería obligatorio para México. Pero regreso al tema del Estatuto de Roma. Si actualmente se intentara presentar ante la Corte Penal Internacional a alguien por la probable responsabilidad de delitos de lesa humanidad cometidos en México, habría que pasar por la facultad discrecional del Presidente de la República, y una vez que ésta se obsequiara, habría que obtener la anuencia del Senado, requisitos que en el caso de personajes como los expresidentes resulta irrisorio que puedan darse. Tal vez sea una cuestión de gobernabilidad o estabilidad, de ese tipo que se acostumbra en México.

El tema del Estatuto de Roma es un claro ejemplo de que el gobierno mexicano no ha tomado en forma seria el cumplimiento de los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Peor aún, es un claro ejemplo de que la multicitada reforma constitucional tiene graves deficiencias de coherencia, en parte por lo que se hizo pero en buena medida por lo que no se hizo. No se tocó el artículo 16, que por reforma de 2008 constitucionalizó el

²¹⁹ Diario Oficial de la Federación, http://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=2051466&fecha=20/06/2005&cod_diario=150145 [citado el 11 de agosto de 2017 a las 18:13 horas].

arraigo, figura violatoria de los derechos humanos²²⁰ que parece ser, más que una medida de seguridad nacional, un síntoma de un estado sin capacidad y sin voluntad de trabajar por las seguridades pública y nacional. Tampoco se planteó reformar el artículo 21, por el tema ya tratado, ni siquiera porque prácticamente en todos los artículos reformados en 2011 se hace mención a los “tratados internacionales en materia de derechos humanos de los cuales el Estado sea parte”. Como si el Poder Legislativo no fuera autoridad y no fuera capaz de violentar derechos humanos²²¹, en ningún momento se planteó integrar en el proceso legislativo algún control, aunque no fuera vinculante, contra violaciones a derechos humanos. En contraparte, se fortaleció a la limitada Comisión Nacional de los Derechos Humanos al otorgarle facultades de investigación y de iniciar controversias constitucionales, aunque sus recomendaciones siguen siendo no vinculantes.

En síntesis, el Poder Judicial de la Federación seguirá siendo el ente adecuado para hacer valer las garantías en contra de las violaciones a los derechos humanos, el Poder Ejecutivo seguirá sin verdaderos controles que lo obliguen de forma rápida y eficaz a desenmarañar el entramado burocrático que facilita la violación de derechos humanos y el Poder Legislativo podrá seguir legislando dispositivos violatorios a los derechos humanos sin que tenga una observación externa en contra, hasta en tanto no se resuelvan los litigios correspondientes. De esta manera se preserva un modelo perverso que orilla al justiciable, seguramente de bajo nivel económico y académico, a hacer valer sus derechos humanos en juicios que pueden tardar, como en el caso *Radilla*, casi seis lustros.

²²⁰ Ver ESPINOSA, Carlos y HERNÁNDEZ, Beatriz, *Arraigo como instrumento de violación a los derechos humanos*, México, Ubijus, 2014.

²²¹ Para Sergio García Ramírez, la Ley de Seguridad Nacional contiene excesos en contra de los derechos fundamentales pues establece estados de excepción, los cuales fueron adicionados con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto del 10 de junio de 2011. Ver GARCÍA, Sergio y MORALES, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos 2009-2011*, op. cit.

Finalmente, tomaré la minuta del 8 de marzo de 2011²²², del Senado de la República, para ejemplificar una deficiencia en la responsabilidad epistémica por parte de los Diputados, carencia que abona a la falta de coherencia óptima de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. La Comisión Nacional de los Derechos Humanos es el organismo de autonomía constitucional idóneo (por mandato y por tradición jurídica) para detectar, diagnosticar y verificar que las violaciones a los derechos humanos sean corregidas en el ámbito del entramado administrativo federal. Dicha Comisión puede hacer recomendaciones en cualquier materia, con excepción de la electoral y la jurisdiccional, hacer visitas de inspección, brindar asesorías a los quejosos, entre otras facultades. No obstante, como ya he mencionado, sus recomendaciones no tienen carácter vinculante. En la minuta citada arriba, los Senadores hicieron un cambio al proyecto de decreto que consistía en adicionar un párrafo al artículo 102 de la norma fundamental, para atribuir a la Comisión Nacional, para que derivado de su nueva facultad de investigación, pudiera presentar denuncias ante las autoridades correspondientes. Aunque sus recomendaciones hubieran seguido siendo no vinculantes, hubiera sido de gran utilidad que la institución especializada en derechos humanos tuviera facultad para presentar denuncias en casos de violaciones graves a los derechos humanos. Esta versión de intento de sujeción del Ejecutivo Federal a un control rápido no pasó el tamiz de los Diputados en el contexto de reformar al estado en materia de derechos humanos. Así se desperdició una versión coherente de un proyecto mejor terminado de reforma.

En el caso de la transición del discurso político al enunciado normativo no parece haber una explicación coherente sobre la interpretación que se hizo de una u otra versión y que justifique el decreto publicado. Peor aún, sobre la última minuta citada ni siquiera hubo debate; lo que sí existe es la minimización de coherencia. El que las primeras interpretaciones de los derechos humanos fueran tendentes al *iusnaturalismo* no obligaba al Congreso de la Unión a seguir esa

²²² Cámara de Diputados, <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2011/mar/20110310-IX.pdf> [citado el 11 de agosto de 2017 a las 19:40 horas].

línea, empero, con el resultado obtenido difícilmente se transitará al nuevo paradigma de derechos humanos que aparentemente se busca.

B) Sobre la coherencia fáctica

La coherencia fáctica es resultado de la interacción de los tipos de coherencia relevantes para la justificación normativa (conceptual, explicativa, analógica y deductiva) más un tipo de coherencia específica para la valoración de hechos: la coherencia deliberativa. Este último tipo de coherencia es relevante para la justificación de los enunciados fácticos pues da cuenta del razonamiento acerca de los hechos en el derecho, lo cual se debe a la importante dimensión práctica y social de esta ciencia.

En la coherencia fáctica, a los principios generales de la coherencia explicativa que son simetría, analogía, explicación, compatibilidad, contradicción, prioridad y aceptabilidad, se deben añadir las restricciones propias de la naturaleza institucional en que se emite el enunciado fáctico, esto se debe a que, por ejemplo en nuestro caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no puede añadir elementos que no se encuentren en el enunciado normativo. Dicho de otra manera, el Pleno de la Suprema Corte puede interpretar la norma y suplir vacíos pero no puede legislar, está impedido para añadir elementos al texto positivo y vigente, aunque sí puede adicionar valores o principios del mismo sistema jurídico. El seno de la valoración de los hechos tiene limitaciones jurídicas, por lo que los enunciados fácticos dependerán no sólo de los hechos dados a partir de los cuales se valora y de las normas a interpretar, sino que también dependerán de las facultades limitadas conferidas a los deliberantes.

La teoría de la coherencia jurídica como satisfacción de restricciones permite enunciar una serie de criterios precisos para evaluar la coherencia de los elementos contrastados, de esta manera la vaguedad, los criterios de coherencia o la forma simétrica en que estos se pudieran relacionar dejan de ser debilidades ante futuras objeciones. Ejemplo de estos criterios son la optimización de la

coherencia que se lleva a cabo con la identificación base de la coherencia, la elaboración de alternativas plausibles, la depuración a decisiones coherentes, la evaluación de diversas versiones y la elección justificada de la decisión óptima. Además, esta teoría coherentista permite tener una percepción unitaria del papel que juega la coherencia en la justificación jurídica de la valoración de hechos. Esto se denota en la importancia de resolver cuestiones relacionadas con dispositivos constitucionales, que involucran derechos humanos a la luz de la reforma de 2011 y que tales resoluciones sean dictadas por el máximo tribunal del país. Si los resultados de la valoración de los hechos discrepan con las pretensiones del texto constitucional, entonces no habrá justificación concordante con la base de la coherencia o con la metodología seleccionada para la creación del enunciado fáctico.

La justificación de los enunciados fácticos por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando tales enunciados estén relacionados con derechos humanos, debe ser evaluada a la luz de los párrafos segundo y tercero del artículo 1º constitucional, es su obligación y su deber por mandato de la Carta Magna. Además, en su carácter de máximo tribunal de México, emite resoluciones que pueden ser obligatorias para todos los poderes judiciales del país, por lo que en el siguiente punto presento un breve análisis sobre la coherencia en este momento de implementación de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011.

a) La interpretación constitucional en México

El discurso jurídico del decreto del 10 de junio de 2011 concentra su esencia en los párrafos segundo y tercero del artículo 1º de la norma fundamental, aunque la estrategia, la lógica y el mensaje se encuentran en la totalidad de los dispositivos reformados para que el destinatario de la norma constitucional entienda la función social de dicho discurso. Como mencioné en el Capítulo III, el decreto de reforma constitucional modificó la denominación del Capítulo I, del Título I, y los artículos 1º, 3º, 11, 15, 18, 29, 33, 89, así como los referentes a la facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y la nueva

estructura y facultades de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y las comisiones locales.

Prácticamente en todos los artículos reformados se hace alusión a los derechos humanos de tratados internacionales de los cuales el estado mexicano sea parte, ya sea para que se atiendan en el actuar de todas las autoridades a través del control de convencionalidad, para que guíen la política de reinserción social o para que sirvan de parámetro en temas de política internacional. Es decir, los derechos humanos que se encuentren en tratados internacionales que hayan sido celebrados por el Ejecutivo Federal, hayan sido ratificados por el Senado de la República y sean vigentes, son mandato constitucional.

Del análisis sistemático del discurso jurídico del decreto de reforma se colige que la lógica es incorporar el derecho internacional de los derechos humanos al sistema interno, aun cuando varios de estos tratados ya eran derecho positivo en el pasado, por lo que se entiende que ahora son mandato constitucional expreso para todas las autoridades de todos los niveles de gobierno. La estrategia para tal efecto es permitir que todas las personas que estén en los Estados Unidos Mexicanos gocen de estos derechos y sus garantías. Finalmente, el mensaje de mandato que emite la totalidad del decreto con respecto a los tratados internacionales es que estos son de observancia para todo el país y que forman parte del bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su papel de máximo tribunal constitucional del país, tiene la responsabilidad de defender el orden jurídico establecido en la Constitución Política, por lo que a través de resoluciones definitivas resuelve las controversias que se suscitan en temas de constitucionalidad. Es decir, la última palabra en la aplicación de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, cuando haya espacios que interpretar, radica en la Suprema Corte por lo que el contexto en que debe maximizarse la coherencia fáctica es de la mayor importancia.

No obstante, para Salvador Nava hay un escaso desarrollo de la interpretación constitucional en México. La Constitución requiere cambiar y

adecuarse a una realidad dinámica, esto se puede lograr a través de reformas, mutaciones, costumbres, movimientos sociales violentos o la interpretación. La diferencia estriba en que la interpretación activa a la Carta Magna hace valer sus contenidos en la mayor medida posible y regula con ellos la entera actividad del estado y los gobernados. La aplicación de la Constitución, prosigue Nava, es imposible sin una previa y correcta interpretación, de ahí que la hermenéutica constitucional active, evolucione y perfeccione a la Constitución misma²²³.

Por otro lado, Salvador Nava define a la interpretación de manera genérica como la operación mental lógica jurídica que trata de aclarar o desentrañar el verdadero alcance y contenido de una norma de derecho. Una vez definida la interpretación, ésta debe ser completada con la materia constitucional que es la hermenéutica que conoce vía interpretación más allá del texto constitucional, o sea, después de su sentido formal y material. Esto se debe a que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se agota en su texto, sino que al ser el fundamento lógico del sistema jurídico lo contiene en enunciados que no pueden ser tan extensos por lo que deben desentrañarse. La Constitución, al no agotarse en su propio texto, tiene un horizonte sin límites procedimentales, lo que potencializa las posibilidades interpretativas a partir de las perspectivas originalistas, de principio democrático, y otras²²⁴.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, como último órgano intérprete de la Constitución, ha emitido diversas jurisprudencias y tesis relacionadas con la implementación de la reforma de 2011 en materia de derechos humanos. Una de ellas es la siguiente²²⁵:

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

²²³ NAVA Gomar, Salvador O., *Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma. La encrucijada mexicana*, México, Universidad Anáhuac del Sur, 2003., pp. 23 y 24.

²²⁴ *Ibíd.*, pp. 27, 28 y 29.

²²⁵ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 27, febrero de 2016, Tomo I, Tesis 1ª. /J. 4/2016 (10ª), p. 430.

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 incluso salvar su presunción de constitucionalidad mediante la interpretación conforme en sentido amplio, o en sentido estricto.

En la tesis de la Primera Sala citada arriba se lee, desde el rubro, que ésta versa sobre las condiciones generales para la aplicación de los controles de regularidad *ex officio*. El control de convencionalidad, en atención a esta tesis, no puede aplicarse de forma irrestricta y las autoridades judiciales deben asegurarse que la necesidad de aplicar este control de regularidad se actualice, sin especificar cuáles son tales requisitos, lo que maximiza la discrecionalidad del juez ante el control de regularidad. Si el juzgador así lo determina, no se requiere el análisis exhaustivo a la luz de los tratados internacionales pues las normas no pierden su estado constitucional hasta que se demuestre lo contrario.

Desde mi perspectiva, este es un claro ejemplo del pobre progreso que la interpretación constitucional tiene en México. Primero, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación añadió en 2016 mediante esta tesis requisitos que la misma Constitución no prevé en materia de control de convencionalidad, esto con base en la resolución Varios 912/2010 que es anterior a la publicación de la reforma de derechos humanos. Segundo, todas las personas

en los Estados Unidos Mexicanos gozamos de los derechos humanos y sus garantías, ya sea que estén contenidos en la norma fundamental o en los tratados internacionales vigentes, sin que se establezca jerarquía entre estos derechos. En otras palabras, la aplicación de la normatividad nacional o internacional, puede darse, en atención al texto constitucional, de forma indistinta pues no existe jerarquía u orden de prelación que favorezca a una u otra. No obstante, la tesis citada arriba puede anular la intención de aplicación de alguna norma internacional que sea contraria a una nacional, aunque esta última sea violatoria de derechos humanos, pues puede darse el caso que el examen de convencionalidad no se haya llevado a cabo o no se estime necesario.

Entonces, en el caso de la tesis de la Primera Sala a que he hecho referencia, me parece claro que nos encontramos ante una falta de coherencia metodológica. O sea, el discurso jurídico del decreto del 10 de junio de 2011 obliga a todas las autoridades a interpretar de conformidad con los tratados internacionales que tengan derechos humanos, mientras que la tesis invocada impone requisitos vagos no contemplados en la Constitución, con lo que se afecta también al principio *pro personae*. Así pues, no parece haber coherencia fáctica que pueda explicar en este caso el porqué en vez de asegurar la aplicación se limita a los tratados internacionales que contengan derechos humanos. De esta manera, parece que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no abonó a los fines de la reforma de que se trata, por el contrario, lastima la coherencia para la implementación de la reforma. Ya en el apartado anterior argumenté por qué se considera que existe falta de coherencia óptima entre los discursos político y jurídico, a lo que debo añadir la falta de coherencia entre el discurso jurídico del enunciado normativo y el discurso jurídico del enunciado fáctico que no favorece en todo tiempo a las personas ni provee de la mejor protección.

Para que exista una verdadera interpretación constitucional hay ciertos requisitos como contar con una constitución rígida, la observancia de la constitución, la libertad del intérprete para manifestar su juicio, que los legisladores

sean electos democráticamente y que los jueces sean independientes. Además, en ciertos casos las constituciones prevén reglas sobre cómo deben ser interpretadas, caso contrario al mexicano, por lo que las fuentes auxiliares para la interpretación son el diario de debates respectivo y el conocimiento del derecho comparado²²⁶. Con estos elementos, añadidos a la responsabilidad epistemológica y en atención al contexto adecuado, se podría lograr un discurso constitucional jurídico-político que realmente juridifique las relaciones de poder.

Por lo que toca al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la situación no es mucho mejor. Si bien es cierto que el máximo tribunal del país ha sido parte fundamental de la implementación de la reforma constitucional con resoluciones que protegen las libertades, así como con protocolos aplicables en los poderes judiciales de México y que protegen la igualdad de los justiciables, también es cierto que ha cooperado con la violación institucionalizada de los derechos humanos; tal es el caso del arraigo en materia penal.

El 18 de junio de 2008, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma constitucional en materia de juicios penales orales que constitucionalizó la figura jurídica del arraigo en su artículo 16. El 30 de abril de 2013, cuando aún no entraba en vigor la reforma de 2008, como un gesto magnánimo de sensibilidad y empatía con la sociedad civil, la Cámara de Diputados aprobó una reforma al artículo 16 constitucional en materia arraigo, así como al decimoprimer transitorio del decreto publicado en 2008. Mediante el dictamen aprobado se intentó acotar al arraigo a 20 días y facultar a los organismos de autonomía constitucional encargados de la defensa de los derechos humanos para que pudieran vigilar que el arraigo no se implementara excesivamente. Este dictamen, que no pasó el examen del Senado, se debió a diversas iniciativas de diputados que reconocieron que el arraigo violaba derechos humanos, situación que persiste hasta esta fecha.

Ahora bien, al arraigo nació en México como una medida cautelar que tenía fundamento en el artículo 133-bis, del Código Federal de Procedimientos Penales,

²²⁶ NAVA Gomar, Salvador O., *Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma. La encrucijada mexicana*, op. cit., p. 186.

institución jurídica que fue reformada en 1999 ya que contemplaba el derecho de audiencia para el indiciado, lo cual hacía nugatorio el mismo estadio de medida cautelar²²⁷. Ya en 2008, como mencioné anteriormente, el arraigo transitó a ser una figura jurídica de rango constitucional que, en términos del artículo 16, párrafo octavo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, consiste en la obligación de mantenerse en el espacio y tiempo que se decreta en atención a la ley (entiéndase Código Nacional de Procedimientos Penales), lo que no podrá exceder de 40 días y deberá ser necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o para evitar que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia. En caso de que se requiera y de que el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que dieron origen al arraigo, las cuales deben referirse a la delincuencia organizada, éste podrá prorrogarse, siempre y cuando el total no exceda de 80 días.

Por otro lado, con base en los artículos 7.5, 8.2 y 22.1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el arraigo resulta violatorio de las garantías del debido proceso, la presunción de inocencia, el derecho a la no privación de la libertad mientras se desarrolla el juicio, el derecho a no ser sometido a tortura u otros tratos y penas crueles, inhumanas y degradantes, y del derecho de circulación y residencia²²⁸.

En relación con la constitucionalidad del arraigo, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se pronunció en 2014, antes de que iniciara la vigencia de la reforma de 2008, con la siguiente jurisprudencia²²⁹:

ARRAIGO EN MATERIA PENAL. EL ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN Y ADICIONAN

²²⁷ DÍAZ de León, Marco, "El arraigo y la prohibición de abandonar una demarcación geográfica en el Código Federal de Procedimientos Penales" en GARCÍA Ramírez, Sergio y VARGAS Casillas, Leticia (coords.), *Las reformas penales de los último años en México (1995-2000)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 86.

²²⁸ ESPARZA Martínez, Bernardino, *El arraigo. Elementos para su derogación constitucional*, México, INACIPE, 2014, p. IX.

²²⁹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 6, mayo de 2014, Tomo I, Tesis P. /J. 32/2014 (10ª), p. 271.

DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008, NO HABILITA A LOS CONGRESOS LOCALES A LEGISLAR SOBRE AQUELLA FIGURA, CON POSTERIORIDAD A ESA FECHA.

El citado artículo transitorio, en su párrafo primero, señala que en tanto entra en vigor el sistema procesal acusatorio, los agentes del Ministerio Público que determine la ley podrán solicitar al Juez el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves y hasta por un máximo de 40 días; No obstante, este Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en atención a lo establecido en los preceptos 16 y 73, fracción XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, advierte que esa norma no modificó la competencia federal para emitir la orden de arraigo -permitida exclusivamente para delitos de delincuencia organizada-, ni debe interpretarse en el sentido de que los agentes del Ministerio Público o los Jueces locales puedan participar de tal decisión; por el contrario, ese transitorio posibilita una mayor extensión de la facultad de emisión de órdenes de arraigo por razón de la materia, pero nunca por razón de la competencia, por lo cual no puede concebirse la idea de que contenga una permisión o habilitación para que las autoridades estatales legislen sobre el arraigo con posterioridad a la fecha indicada, ni inferir como que pueda generarse una competencia residual que los faculte en ese sentido, en tanto no entre en vigor el sistema acusatorio a nivel federal o local.

De la lectura de la jurisprudencia invocada se puede deducir que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación aprobó el uso del arraigo, durante la *vactio legis* de la reforma constitucional de 2008, como figura jurídica aplicable a los casos de delincuencia organizada del fuero federal y también tratándose de delitos graves del fuero común. Posteriormente, el Pleno de la Suprema Corte acotó al arraigo para el futuro de la reforma en materia de juicios penales acusatorios con la siguiente jurisprudencia²³⁰:

²³⁰ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro 6, mayo de 2014, Tomo I, Tesis P. /J. 31/2014(10ª), p. 269.

ARRAIGO EN MATERIA PENAL. A PARTIR DE LA REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008, LAS LEGISLATURAS LOCALES CARECEN DE COMPETENCIA PARA LEGISLAR SOBRE AQUELLA FIGURA, AL SER FACULTAD EXCLUSIVA DEL CONGRESO DE LA UNIÓN.

La reforma a los artículos 16 a 22, 73, fracciones XXI y XXIII, 115, fracción VII y 123, apartado B, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, fue trascendente para el sistema de procuración e impartición de justicia en materia penal, pues estableció un nuevo modelo de justicia penal que transformó el sistema mixto en acusatorio u oral; entre otras modalidades, introdujo la figura del arraigo a través de la cual se permite limitar la libertad personal tratándose de delitos de delincuencia organizada, bajo ciertos requisitos que la propia Constitución señala. Es así que a partir de esa fecha el referido artículo 16 reguló constitucionalmente la procedencia del arraigo, reservándola para delitos de delincuencia organizada, respecto de los cuales por disposición expresa del diverso precepto 73, fracción XXI, corresponde legislar en exclusiva al Congreso de la Unión; de ahí que a partir de esa data los Congresos Locales carecen de competencia para legislar en esa materia.

De esta manera, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia avaló el uso de la figura del arraigo sólo en materia federal, en casos de delincuencia organizada, que sea debidamente justificado y que no exceda de 80 días. Cabe señalar que esta acotación no hace que el arraigo sea menos violatorio de derechos humanos, simplemente es una forma eufemística de aceptar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos cuenta con dispositivos que violan derechos humanos que encuentran su fundamento en tratados internacionales.

La metodología utilizada para emitir todas las resoluciones que he citado en este punto, más que de interpretación constitucional, parece propia del derecho administrativo. El Poder Ejecutivo federal ha defendido al arraigo en diversas ocasiones y ante distintos actores con argumentos como que éste es efectivo para las investigaciones, ya que del total de las personas arraigadas 80% recibieron

auto de formal prisión²³¹, o que ante el aumento de los casos de delincuencia organizada, esta medida se seguirá aplicando para proteger la vida de las personas, pero sólo en casos excepcionales²³². Por su parte, el Poder Judicial federal, si bien no concuerda en los argumentos del Ejecutivo, sí lo hace en los resultados pues regula meta-constitucionalmente al parámetro de convencionalidad a partir de requisitos de procedencia como si se tratara de una lista de documentos a presentar ante alguna ventilla, esto en vez de maximizar la incorporación del derecho internacional de derechos humanos al sistema interno. Además, ha validado la constitucionalidad del arraigo ya que los derechos humanos contenidos en tratados internacionales son limitados si encuentran alguna disposición contraria de rango constitucional, lo que legitima la aplicación “excepcional” del arraigo. Este último punto concuerda perfectamente con la supremacía constitucional que sigue imperando en el paradigma (*paleo*)positivista y (*neo*)iusnaturalista, ya que para el reconocimiento de los derechos humanos se requiere que éstos sean parte del estado. No obstante, las resoluciones referidas no concuerdan con una verdadera interpretación constitucional ni con la metodología de las exposiciones de motivos que originaron la reforma ni con el texto aprobado pues, una vez más, no se notan en las jurisprudencias ni el diario de debates relativo a los derechos humanos, ni el derecho comparado ni la interpretación que en todo momento favorezca a las personas para su mayor protección.

Esta metodología de interpretación cercana a las necesidades del Poder Ejecutivo puede deberse a que la Suprema Corte ha estado integrada principalmente por administrativistas. Por ejemplo, de los once Ministros que actualmente conforman el Pleno de la Corte sólo tres han ejercido la materia constitucional como principal, mientras que los ocho restantes, incluyendo a quienes provienen del Poder Judicial de la Federación, se han desenvuelto principalmente en la administración pública federal o en tribunales administrativos.

²³¹ El Universal, <http://archivo.eluniversal.com.mx/nacion/181364.html> [citado el 23 de agosto de 2017 a las 19:17 horas].

²³² Proceso, <http://www.proceso.com.mx/367621/defiende-mexico-ante-la-onu-la-figura-del-arraigo> [citado el 23 de agosto de 2017 a las 19:21 horas].

Desde esta perspectiva, la actual Suprema Corte de Justicia de la Nación no parece ser cercana al afianzamiento de la justicia, que es una máxima dirigida a todos los poderes del estado, empero, el último control para el cumplimiento de esto corresponde al Poder Judicial, por lo tanto, éste es el poder que legitima la actividad estatal²³³. En nuestro caso no se ha legitimado la justicia sino la falta de coherencia óptima en la implementación de la reforma de derechos humanos.

Debido a la función de hecho legitimadora del Poder Judicial federal es que quiero señalar la pobre interpretación constitucional. Con respecto a esto, Miguel Carbonell refiere que la cuestión interpretativa para el constitucionalismo del siglo XXI es crucial. La interpretación constitucional, central en las cuestiones de derechos fundamentales, no se llevó a cabo en México porque hasta hace poco se tuvieron que emitir sentencias relacionadas con la libertad de expresión, de tránsito, el debido proceso, etc. Además, tampoco hubo criterios específicos para la interpretación de derechos sociales ni existían precedentes relevantes en materia de salud o derecho a la vivienda²³⁴.

Es en esta situación que las técnicas de interpretación constitucional como la ponderación, la proporcionalidad y la razonabilidad, pueden maximizar la coherencia fáctica. Así, puede ser perfeccionada la coherencia analógica para que las resoluciones sean iguales en casos iguales y no selectivas o excepcionales, según las necesidades fácticas. O bien, con una metodología idónea se puedan explicar las resoluciones finales de forma coherente para que se maximice la protección de los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales aplicables, derechos que por mandato constitucional debieran ser interpretados favoreciendo en todo tiempo a las personas para otorgar la protección más amplia. Así, los conceptos iguales y el proceso de deducción constante construirían un modelo de interpretación aplicable a casos

²³³ ROLDÁN Orozco, Omar, *La función garante del estado constitucional y convencional de derecho*, op. cit., p. 141.

²³⁴ CARBONELL, Miguel, *El abc de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, op. cit., p. 92.

similares, una inferencia a la mejor explicación que fuera coincidente con los fines de la reforma que nos debe ayudar a transitar a un nuevo paradigma jurídico.

A pesar del texto constitucional vigente que reconoce derechos humanos y garantiza su protección, México se encuentra en una grave crisis por violaciones a éstos. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) agrupa a las 35 macroeconomías más importantes del mundo, de las cuales México es parte, y entre las cuales México recibe los peores indicadores en corrupción, detenciones arbitrarias, desapariciones forzadas, y prostitución y pornografía infantil. Es decir, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y sus aspiraciones distan mucho de la realidad, en parte por aspectos de hecho pero también por elementos de derecho.

La problemática mexicana en materia de derechos humanos puede ser abordada desde diversos puntos de vista, muchos de ellos innovadores pues, desafortunadamente, la crisis en nuestro país es tan grave que puede hacer las veces de modelo para el replanteamiento de conceptos de delincuencia organizada transnacional, antropología forense, entre otras ciencias y disciplinas. No obstante, la tarea del trabajo aquí presentado ha sido analizar esta problemática con una arista concreta: la falta de coherencia óptima entre los discursos político y jurídico, y las incongruencias entre diversos discursos jurídicos en materia de derechos humanos; falta de coherencia que limita el cumplimiento de los fines de la reforma del 10 de junio de 2011.

Conclusiones

Derivado del análisis hecho a lo largo de este trabajo se pueden concluir los siguientes puntos:

- I. El discurso político en materia de derechos humanos que motivó la reforma constitucional del proceso 2009-2011 y que en parte se basó en problemáticas sociales similares a las actuales, tuvo como principales características: a) la inclusión de México en el sistema internacional de derechos humanos, específicamente a nivel regional; b) la transición de una Constitución que otorgara derechos a una que reconociera derechos humanos; c) el reconocimiento de los derechos humanos como anteriores y superiores al Estado, y; d) la implementación desde la norma fundamental de un nuevo paradigma jurídico.
- II. El texto constitucional publicado en el decreto del 10 de junio de 2011 contiene elementos como: a) el reconocimiento de los derechos humanos explícitos en la Constitución y en tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte; b) el control de convencionalidad; c) el principio *pro personae*; d) los deberes y obligaciones de todas las autoridades en relación con las violaciones a derechos humanos; e) los principios en materia de derechos humanos para conducir el actuar estatal; f) las facultades de la Comisión Nacional de Derechos Humanos para investigar violaciones en su materia y de acción de inconstitucionalidad por violaciones a tratados internacionales; y, g) la autonomía de las comisiones estatales.
- III. En consecuencia del concepto de coherencia que se manejó en el presente trabajo, el texto constitucional carece de ella en relación con el discurso que lo fundamentó, ya que éste reconocía a los derechos humanos como anteriores y superiores al Estado, mientras

que aquél los conceptualiza como los derechos positivizados. La reforma de que se trata no implementa una cláusula abierta de reconocimiento de los derechos humanos, por lo que éstos no son anteriores o superiores al Estado, sino que se trata del conjunto de los que son integrados en el orden jurídico.

- IV. El artículo primero, párrafo quinto, fue reformado para incluir la prohibición de la discriminación por las preferencias sexuales, precepto que desde la perspectiva del discurso político puede ser plausible, aunque para el mundo jurídico resultó redundante. Este mismo criterio de especificidad no se usó en otros elementos, por ejemplo, para definir qué se entiende por autoridad para los efectos de las obligaciones y deberes en materia de derechos humanos o para el control de convencionalidad.
- V. A lo largo del decreto se acentuó en diversas ocasiones que los tratados internacionales de derechos humanos de los cuales el Estado mexicano sea parte serán una guía para el actuar estatal. No obstante, en ningún momento del proceso de reforma se consideró la posibilidad de reformar el artículo 21 constitucional para que la Corte Penal Internacional, con facultades para conocer sobre casos de posibles crímenes de lesa humanidad, pueda actuar sin tantas restricciones contra violaciones a derechos humanos ocurridas en México.
- VI. La Comisión Nacional de Derechos Humanos y las comisiones estatales gozan de autonomía constitucional, lo que les permite trabajar a relativa distancia de los poderes ejecutivos. Desafortunadamente sus recomendaciones aún no son vinculantes. El Senado de la República propuso, prácticamente al término del ir y venir de dictámenes y minutas en el Congreso de la Unión, que las comisiones encargadas de la materia pudieran apersonarse para presentar denuncias o querellas por violaciones a los derechos humanos, propuesta que ni siquiera fue discutida. Este es un

síntoma de la falta de minuciosidad en el estudio de las opciones de nuestro Congreso para legislar adecuadamente, lo que afecta la coherencia, y por lo tanto el cumplimiento de los fines de la reforma constitucional.

- VII. La nueva facultad de la Comisión Nacional de Derechos Humanos para poder presentar acciones de inconstitucionalidad por violaciones a tratados internacionales que acojan derechos humanos es una medida que fortalece los controles de regularidad. A pesar de ello, es a la vez un elemento más para pensar que el Estado mexicano apuesta sólo a la decisión judicial para la sanción a las violaciones a derechos humanos. Si bien es cierto que el Poder Judicial es un freno y contrapeso en nuestra forma de gobierno, también es cierto que apostar por el entramado burocrático de la judicialización de las violaciones a derechos humanos resulta perverso ya que la mitad de la población vive en pobreza. Dicho de otra forma, el Estado mexicano viola los derechos humanos por omisión en el combate a la pobreza, la cual es a la vez factor y contexto de otras violaciones a derechos humanos, y es en este mismo ambiente de pobreza que se orilla al gobernado a recurrir a los tribunales para solicitar sanciones contra las violaciones de que ha sido sujeto. Así se deriva en un círculo vicioso incosteable para la mitad de la población mexicana.
- VIII. Si bien los poderes ejecutivos han hecho fuertes inversiones en capacitación para que su personal esté actualizado en materia de derechos humanos, han sido los poderes judiciales, y en especial el de la Federación, los que han implementado los principios rectores de estos derechos en sus actuaciones. Las obligaciones y deberes en materia de los derechos en comento, así como sus principios rectores, debieran ser aplicados por todas las autoridades, no obstante, en la práctica han sido relegados prácticamente sólo a los poderes judiciales. Aún más, ha sido específicamente el Poder

Judicial de la Federación el órgano estatal que en vez de preservar la progresividad en materia de derechos humanos ha implementado criterios regresivos, como la imposición de requisitos extra-constitucionales para los exámenes de convencionalidad por parte de los tribunales o al legitimar con sus resoluciones medidas violatorias de tratados, como lo es el arraigo en materia penal. De esta manera se comprueba y verifica la falta de coherencia, no sólo entre los discursos político y jurídico, sino también entre dos discursos jurídicos: el constitucional y el judicial.

- IX. La distinción entre el ser y deber ser, considerada en el discurso político del Estado mexicano, está generando una brecha cada vez más amplia, en tan tenor, pareciera que el Estado mexicano requiriera ser refundado, replanteado radicalmente, en base a la idea de protección a los derechos humanos, aunque muy importante por ser el medidor de la democratización de nuestro país, sólo es una parte de esto. Por ello es que la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos carece de la coherencia óptima para lograr sus fines en buena medida por lo que no se hizo, como no haber creado una cláusula abierta de reconocimiento de derechos humanos, no reconocer efectivamente a la Corte Penal Internacional o no implementar mecanismo rápidos y eficaces contra las violaciones a derechos humanos cometidas por los poderes ejecutivos. Además, es necesario considerar la creación de un tribunal constitucional que pueda conocer de casos en contra del Presidente de la República o bien, que puede evitar que el Congreso de la Unión viole derechos humanos con sus actos, tales como la constitucionalización del arraigo penal o la creación de estados de excepción en leyes como de la Seguridad Nacional o la de Seguridad Interior.
- X. Como conclusión final, y derivado de la problemática expuesta en el trabajo presente se puede afirmar que el discurso sobre la crisis

mexicana en materia de derechos humanos es tan grave que ha dado pie a nuevas concepciones como la de la antropología forense específica para casos de violaciones a estos derechos. Es necesario tomar conciencia de que esta crisis parece inducida, lo que debe llevarnos a considerar a los poderes ejecutivos como violadores sistemáticos de derechos y a reconsiderar el papel de la sociedad civil en la participación política, de rendición de cuentas, transparencia y anticorrupción. Para que la refundación del Estado mexicano pueda ser una opción, la sociedad civil debe hacer un ejercicio de introspección, una revisión de su papel en el actuar público, pero también como un violador más de derechos humanos, incluso tal vez el máximo violador de derechos humanos.

Índice general

Introducción.....	4
Capítulo I. Panorama general.....	9
A) El concepto de derechos humano. Dificultad para delimitar el término.....	14
B) El concepto de coherencia.....	19
a) Responsabilidad epistémica y contexto.....	24
C) El discurso.....	27
a) Discurso político.....	31
b) Discurso jurídico.....	33
c) ¿Es posible un discurso constitucional?.....	35
Capítulo II. La coherencia.....	38
A) El método.....	43
B) Los mecanismos.....	47
C) Coherencia y razonamiento acerca de fines.....	51
D) El valor de la coherencia.....	53
E) Formalismo y coherencia.....	55
Capítulo III. Derechos humanos y la reforma constitucional 2009-2011.....	59
A) Principios.....	62
B) Obligaciones.....	67
C) Deberes.....	70
D) La reforma constitucional.....	74
a) Antecedentes.....	76
b) El proceso de reforma.....	80
c) El decreto del 10 de junio de 2011.....	84
E) El sistema de control constitucional.....	90
a) Los medios preventivos en el derecho comparado.....	96

F) El control de regularidad.....	101
Capítulo IV. Discursos sobre derechos humanos y coherencia.....	108
A) Sobre la coherencia normativa.....	112
a) Del discurso político al texto constitucional.....	114
B) Sobre la coherencia fáctica.....	123
a) La interpretación constitucional en México.....	124
Conclusiones.....	136
Fuentes.....	143

Fuentes

Bibliografía

AGUDELO Ramírez, Martín, *El problema de la fundamentación filosófica de los derechos humanos. Bases ontológicas*, Bogotá, Themis, 2011.

ALCANTARILLA Hidalgo, Fernando, *Utopía y derechos humanos. Los derechos del hombre en las sociedades ideales*, Madrid, Dickinson, 2009.

ALEXY, Robert, *Teoría del discurso y derechos constitucionales*, México, Distribuciones Fontamara, 2005.

CARBONELL, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

_____, *El abc de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2014.

_____ y **SALAZAR**, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

CERVANTES Bravo, Irina y **WONG** Meraz, Víctor (coords.), *Temas de control de constitucionalidad y convencionalidad en México*, México, Porrúa, 2013.

CORONADO, Mariano, *Elementos de derecho constitucional mexicano*, México, Nabu Press, 2001.

CORREAS, Óscar, *Crítica de la ideología jurídica. Ensayo sociosemiológico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993.

COSSÍO Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, segunda edición, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, España, Ariel, 2012.

ESPARZA Martínez, Bernardino, *El arraigo. Elementos para su derogación constitucional*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2014.

ESPINOSA, Carlos y **HERNÁNDEZ**, Beatriz, *Arraigo como instrumento de violación a los derechos humanos*, México, Ubijus, 2014.

FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como modelo político*, Madrid, Trotta, 2014.

_____, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

GARCÍA Becerra, José Antonio, *Teoría de los derechos humanos*, México, Universidad Autónoma de Sinaloa, 1991.

GARCÍA Máynez, Eduardo, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo*, México, Fontamara, 1993.

GARCÍA Ramírez, Sergio y **MORALES** Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos 2009-2011*, cuarta edición, México, Porrúa, 2015.

_____ y **VARGAS** Casillas, Leticia (coords.), *Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

GIMÉNEZ, Gilberto, *Poder, estado y discurso. Perspectivas sociológicas y semiológicas del discurso político-jurídico*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981.

IZQUIERDO Muciño, Martha E., *Garantías Individuales y Sociales*, México, Universidad Autónoma del Estado de México, 1995.

- JELLINEK**, Georg, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, México, Editorial Nueva España, S.A., 2009.
- KAPTEIN**, H., **PRAKKEN**, H. y **VERHEIJ**, B. (eds.), *Legal evidence and proof: statistics, stories, logic*, Aldershot, Alsgate, 2009.
- LÓPEZ** Durán, Rosalío, *Metodología jurídica*, México, Iure, 2002.
- LUHMANN**, Niklas, *El derecho de la sociedad*, segunda edición en español, México, Herder, 2005.
- MORA-DONATTO**, Cecilia, *El valor de la constitución normativa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- NAVA** Gomar, Salvador O., *Dinámica constitucional: entre la interpretación y la reforma. La encrucijada mexicana*, México, Universidad Anáhuac del Sur, 2003.
- NIETO** Castillo, Santiago, *Control de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2014.
- PECZENIK**, Alexander, *Derecho y razón*, México, Fontamara, 2000.
- RIBEIRO** Toral, Gerardo, *Verdad y argumentación jurídica*, tercera edición, México, Porrúa, 2009.
- ROLDÁN** Orozco, Omar, *La función garante del estado constitucional y convencional de derecho*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- SALDAÑA** Serrano, Javier (coord.), *Problemas actuales sobre derechos humanos. Una propuesta filosófica*, primera reimpresión, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

SÁNCHEZ Gil, Rubén, *El Principio de proporcionalidad*, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

SAUSSURE, Ferdinand de, *Curso de lingüística general*, vigésima cuarta edición, Buenos Aires, Losada, 1945.

SUÁREZ Camacho, Humberto, *El sistema de control constitucional en México*, cuarta edición, México, Porrúa, 2014.

WEBER, Max, *¿Qué es la burocracia?*, México, Ediciones Coyoacán, 2001.

Cibergrafía

CÁMARA DE DIPUTADOS, <http://www.diputados.gob.mx/>.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,
<http://www.oas.org/es/cidh/>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS,
<http://www.corteidh.or.cr/>.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, <http://www.dof.gob.mx/>.

REPORTEROS SIN FRONTERAS, <https://rsf.org/es/clasificacion>.

SENADO DE LA REPÚBLICA, <http://www.senado.gob.mx/>.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, <https://www2.scjn.gob.mx/>.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA,
<http://www.tribunalconstitucional.es>.

Hemerografía

AMAYA, Amalia, “Coherencia, justificación y derecho. Respuesta a los participantes”, *Discusiones, La coherencia en el derecho*, Alicante, núm. 10, 2011.

_____, “Diez tesis acerca de la coherencia del derecho”, *Discusiones, La coherencia en el derecho*, Alicante, núm. 10, 2011.

_____, “La coherencia en el derecho”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 35, 2012.

_____, “Formal models of coherence and legal epistemology”, *Artificial Intelligence and Law*, Estados Unidos de Norteamérica, núm. 15, 2007.

ATIENZA, Manuel, “¿Coherencia o racionalidad?”, *Discusiones: La coherencia en el derecho*, Alicante, núm. 10, 2011.

BECERRA Ramírez, Manuel, “México ratifica el Estatuto de Roma que crea la Corte Penal Internacional, después de reformar la Constitución”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006.

BULYGIN, Eugenio, “Sobre el status ontológico de los derechos humanos”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 4, 1987.

CARPIZO, Jorge, “¿Se necesita una nueva constitución en México? Algunas reflexiones y seis propuestas”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 24, 2011.

CHÁVEZ Ruiz, José, “Significado y comunicación”, *Diánoia*, México, núm. 50, mayo 2003.

LARIGUET, Guillermo, “Todo lo que usted quería saber sobre la coherencia y no se atrevió a preguntarle a Amalia Amaya”, *Discusiones, La coherencia en el derecho*, Alicante, núm. 10, 2011.

LEÓN, Carolina y **WONG**, Víctor, “Cláusulas de apertura al derecho internacional de los derechos humanos: constituciones Iberoamericanas”, *Nueva Época*, México, vol. 18, núm. 2, 2015.

MICHELON, Claudio, “Las razones de la coherencia”, *Discusiones, La coherencia en el derecho*, Alicante, núm. 10, 2011.

MORESO, José Juan y **NAVARRO**, Pablo, “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 5, 1996.

NIETO, Santiago y **ESPÍNDOLA**, Luis, “El control de convencionalidad. Una aproximación”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, vol. 62, núm. 257, 2012.

NÚÑEZ, Susana, “Comentarios a las reformas constitucionales en materia de derechos humanos en el periodo 2006-2011”, *Alegatos*, México, núm. 80.

RAMÍREZ, Hugo y **SÁNCHEZ**, José, “La praxis de los derechos humanos en México a partir de la reforma constitucional de junio de 2011”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 27, 2012.

RUIZ-TAGLE, Pablo, “Control previo de constitucionalidad”, *Revista de derecho público*, Chile, núm. 27, 2010.

SANTIAGO Campos, Gonzalo, *Racionalidad y argumentación jurídica legislativa*, México, Cámara de Diputados, 2006.

VILLAVERDE Menéndez, Ignacio, “El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico”, *Revista catalana de drét públic*, núm. 49, 2014.

Instrumentos Jurídicos

Constitución Española.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Constitución Política de la República de Chile.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

Mesografía

FABRA, Jorge (ed.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, volumen I, México, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, <http://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/18.pdf>.