

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT

Unidad Académica de Derecho

Programa de Maestría en Derecho



“El bloque de constitucionalidad y el control jurisdiccional en México”

Tesis que para obtener el grado de Maestro en Derecho
presenta:

José Manuel Chavarín Castillo

Bajo la asesoría del:

Dr. Pedro Antonio Enriquez Soto

Marzo de 2014

A mis padres

Agradecimientos

Quiero agradecer en principio a la Universidad Autónoma de Nayarit y particularmente a la Unidad Académica de Derecho, por contribuir mayormente en mi formación tanto en el área profesional como docente.

Es justo también dar gracias a mis profesores que pacientemente acudieron al aula para incitar en mis compañeros y en mí el deseo y la pasión por investigar y buscar respuestas a los problemas que el derecho plantea; particularmente al Dr. Pedro Antonio Enriquez Soto por despertar desde el inicio de la licenciatura mi interés por el derecho procesal constitucional -disciplina de la que me he aferrado desde entonces-, de quien además tuve la oportunidad y fortuna de escuchar sus consejos para la investigación que se presenta, pues sin ellos seguramente este trabajo no hubiese llegado a buen puerto.

Igualmente expreso mi reconocimiento y agradecimiento a la Coordinación del Programa de Maestría, quienes siempre se esforzaron para satisfacer las exigencias que le planteábamos, particularmente a la maestra Alma Cecilia Medina Alcázar por su apoyo, paciencia y amabilidad.

No puedo dejar de agradecer a mi familia que me enseñó que los objetivos se persiguen hasta alcanzarlos y que siempre es posible lograrlos.

Finalmente quiero dar gracias a Selene Peraza, Raúl Lamadrid, Giovanni Figueroa, Sergio Correa y Jairo Delgado, por su apoyo en momentos de fragilidad, pero sobre todo por su amistad incondicional.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	1
HIPÓTESIS	5
CAPÍTULO PRIMERO	
TEORÍA DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD	6
1.1. Contenido de la Constitución	6
1.1.1 Normas de organización y procedimiento	7
1.1.2. Normas de contenido	8
1.2. La Constitución como fuente del derecho	10
1.3. Apertura constitucional	12
1.4. Constitución en sentido formal	14
1.5. Constitución en sentido material	16
1.6. Supremacía constitucional y primacía de los derechos humanos	18
1.7. Jerarquía normativa y principio <i>pro persona</i>	22
1.8. Orígenes del bloque de constitucionalidad	27
CAPÍTULO SEGUNDO	
EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MÉXICO	39
2.1. Suñimiento del bloque de constitucionalidad en México	39
2.2. Elementos del bloque de constitucionalidad	43
2.2.1. Constitución	44

2.2.2.	Tratados internacionales en materia de derechos humanos	45
2.2.3.	Jurisprudencia nacional e internacional	50
2.2.4.	Otras normas	54
2.3.	Interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de algunos Tribunales Federales	55
CAPÍTULO TERCERO		
UNIDAD DEL CONTROL A PARTIR DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD		66
3.1.	Control constitucional	66
3.1.1.	Características	67
3.2.	Control de convencionalidad	72
3.2.1.	Características	73
3.3.	Unidad del control a través del bloque de constitucionalidad	75
3.4.	Solución de antinomias entre las normas integrantes del bloque de constitucionalidad	78
CONCLUSIONES		83
FUENTES DE CONSULTA		84

INTRODUCCIÓN

A partir de las reformas constitucionales de junio de 2011 –en sus dos vertientes de amparo y de derechos humanos- el constitucionalismo mexicano ha sufrido modificaciones importantes, lo que ha ocasionado que temas que aparentemente se encontraban fuera del debate ingresaran con alta intensidad, por lo que a partir de esa fecha se habla ya no del reconocimiento de estas instituciones sino de su operatividad; se mencionan por ejemplo al control de convencionalidad, amparo entre particulares, ampliación al interés legítimo para la procedencia del amparo, la introducción normativa del principio pro persona, la cláusula de interpretación conforme, las nuevas obligaciones del estado en materia de derechos humanos y desde luego la creación del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos.

Ante este panorama alentador pero a la vez impreciso se hace necesario que los operadores jurídicos cuenten con elementos –en principio- teóricos que les permitan comprender el significado y alcance de los temas de la reforma constitucional, pues a una sola interrogante se pueden dar respuestas divergentes sin suficiente sustento.

En ese sentido, esta investigación pretende abordar uno de los temas asociados a la reforma: el bloque de constitucionalidad, tópico que no es nuevo en la doctrina pero sí en la jurisprudencia mexicana.

Desde sus orígenes en Francia en el año de 1970 el tema del bloque de constitucionalidad ha estado presente en intensos y constantes debates; incluso la doctrina no ha llegado aún al punto de cerrar las discusiones en torno a él; por el contrario cada vez se generan nuevos puntos de vista que se disputan entre sí.

Cada estado que decide incorporar el bloque de constitucional a su orden jurídico lo hace con matices diferentes, pero la mayoría coincide en el sentido de considerar al bloque de constitucionalidad como un parámetro de control o de validez de rango constitucional que no se integra únicamente por la constitución en sentido formal, sino que se incluyen otras normas, por mandato de ésta, y así

la "materia constitucional" se expande, lo que genera un mayor margen para ejercer el control constitucional, ampliando prerrogativas para unos –derechos humanos–, limitando competencias para otros –autoridad–.

En México se ha avanzado en el tema pero no lo suficiente, a pesar de que con las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y amparo de junio de 2011 existe un verdadero bloque de constitucionalidad; sin embargo en agosto y septiembre del año pasado la Suprema Corte de Justicia de la Nación retomó las discusiones en torno al bloque de constitucionalidad, después de haberlas abandonado durante más de un año y arribó a la conclusión³ de que en materia de derechos humanos existe un parámetro de regularidad constitucional integrado por la constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos; es decir, estableció que la Constitución y los tratados internacionales que contengan derechos humanos se encuentran en mismo plano de validez, pero reconoció que en el caso de conflictos normativos o antinomias entre las normas aludidas ha de preferirse la constitucional.

Si bien la anterior determinación acepta la existencia del bloque de constitucionalidad –aun cuando se le otorga otra denominación– se sigue estableciendo la jerarquía y supremacía constitucional en torno a los derechos contenidos en las normas constitucionales, y descartó como parámetro para solucionar esos conflictos normativos el principio pro persona o la cláusula de interpretación conforme, reservándose sólo a un tema de jerarquía entre normas.

Otro aspecto importante que genera el reconocimiento de la idea del bloque de constitucionalidad y que no fue tomado en las discusiones de la Suprema Corte, es superar el así llamado control de convencionalidad, pues en nuestro caso se propone que el bloque de constitucionalidad se integraría principalmente por la constitución y tratados internacionales en materia de derechos humanos, así como por su interpretación, de esta forma se ejercería un sólo tipo de control sobre actos y leyes: el constitucional, superando los conceptos y problemas que

³ Véase las versiones taquigráficas de las sesiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los días 12, 13 y 15 de marzo de 2012, así como la de los días 26, 27 y 29 de agosto al igual que las del 2 y 3 de septiembre de 2013.

representa hacer control de constitucionalidad y convencionalidad de manera paralela, pues puede que se llegue a resultados diversos o contradictorios –como lo avizoró la propia corte- sobre un mismo punto, con ello no se pretende desconocer el control convencional sino que si los tratados se incluyen a la Constitución el parámetro de control es uno solo con independencia de las fuentes que lo integran, generando así unidad en el control jurisdiccional de leyes y actos.

Por las razones anteriores el tema elegido para realizar la investigación es pertinente pues a más dos años de la reforma constitucional, y a meses de su debate en el tribunal constitucional mexicano y que a más de cuarenta años de que se empezó a hablar sobre el bloque de constitucionalidad no se ha llegado a acuerdos claros sobre qué se debe entender por tal expresión y menos sobre su configuración, aunque no es la intención del trabajo imponer un punto de vista, si lo es aportar elementos al debate teórico y más específicamente contribuir al caso mexicano, pues, desde nuestro punto de vista realizar un estudio serio sobre el tema ayudaría a clarificar el escenario y eso auxiliaría a que fuera aplicado por los jueces nacionales, de ahí su utilidad práctica. De esta forma la investigación preponderantemente teórica lograría tener implicaciones en la labor jurisdiccional, ello nos llevaría además, a destacar la relevancia social de la investigación, ya que es posible que la misma demuestre que existe una ampliación del contenido constitucional a los tratados en derechos humanos lo cual al final genera una protección amplia a las personas.

Así, a lo largo de tres capítulos se abordará el tema; el primero de ellos está destinado a hablar sobre elementos básicos en torno al bloque de constitucionalidad, el cual hemos denominado *teoría del bloque de constitucionalidad*, expresión utilizada sólo para referirse a tópicos que giran alrededor del tema principal, pero que de ninguna forma pretende crear propiamente una teoría lo cual sería ambicioso para este trabajo.

Establecido ese marco teórico enseguida nos referimos *al bloque de constitucionalidad en México*, aquí se establece su configuración explicando su

origen y elementos que a nuestro juicio y al de los tribunales nacionales lo componen.

Finalmente se hablará de la *unidad del control a partir del bloque de constitucionalidad*, pues se considera que con el reconocimiento del bloque de constitucionalidad se realiza un solo control al ser precisamente un solo parámetro el que tomara en cuenta, sin desconocer desde luego, los problemas que ello representa.

HIPÓTESIS

“Con el bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos el control constitucional se convierte en el único parámetro de regularidad de leyes y actos a aplicar por los jueces nacionales, con independencia de las fuentes que lo alimentan –constitución, tratados y su interpretación- en razón de que la propia constitución amplía su contenido a otras normas, creando así unidad en el control.”

CAPÍTULO PRIMERO

TEORÍA DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

1.1. Contenido de la Constitución

Para entender mejor el concepto de bloque de constitucionalidad es necesario tener presentes algunos temas con los que guarda inmediata relación, de ahí la oportunidad de dedicarle en este capítulo algunas páginas con la finalidad de establecer su impacto con la figura jurídica aludida, precisando al lector que no se trata de una teoría acaba e incluso denominarle así resulta pretencioso, ya que el objetivo es simplemente traer a colación esos tópicos del derecho constitucional que tienen que ser releídos y que servirán de fundamento para sostener lo que aquí se presenta.

El primero de ellos consiste en determinar el contenido que debe tener una Constitución, entendiendo por éste los aspectos a regular en una norma de tal naturaleza o simplemente las partes de ella; por eso bien vale la pena en principio hacer referencia a uno de los primeros documentos que han sido considerados como parte del constitucionalismo contemporáneo, hablamos de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, específicamente de su artículo 16 que textualmente establece: *toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, no tiene constitución.*²

De este modo se anunciaba que todo documento normativo que quisiera denominarse constitución por cualquiera de sus acepciones tenía que regular al menos los derechos del hombre y establecer el principio de separación o división del poder público; establecido esa premisa básica de dualidad de contenidos a lo que nos referiremos en seguida.

² Jellinek, George, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. de Adolfo Posada, México, UNAM, 2000, p. 169.

Sin embargo, en este punto resulta importante precisar que los contenidos constitucionales se encuentran directamente relacionados con los fines que persigue la constitución, es decir, con la ideología que se pretende seguir dentro de un estado,³ aunque se haya arraigado ya la idea de que sólo es constitucional el documento que contenga como ya se dijo división del poder público y derechos fundamentales.

1.1.1 Normas de organización y procedimiento

Como se anotó anteriormente la clasificación elegida atiende a aspectos básicos de un documento constitucional y que puede abarcar un gran número de constituciones, pues crear un criterio clasificador único sería de difícil tarea, ya que cada documento presenta estructura diferente a otros, lo que haría complicado la creación de clases.⁴

Por lo que ve a las normas de organización y procedimiento también conocidas como la parte orgánica tienen como finalidad regular la estructura orgánica y territorial del estado, así en esta parte de las constituciones es en donde se establece la forma de estado y de gobierno, la división del poder público, la titularidad de éste, las relaciones entre los órganos del estado así como su régimen de competencias, la reforma constitucional, el procedimiento para la creación de leyes, los principios de jerarquía, supremacía entre otras tantas disposiciones que se identifican por establecer la operatividad del estado, de ahí que se ha dicho que la función de estas normas es regular la anatomía constitucional⁵.

Es importante señalar que la clasificación hace referencia no sólo a división clásica del poder público -adoptada por las constituciones "liberales"- sino que considera además a aquellas instituciones que por la función que realizan se han

³ De Vergotini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, México, UNAM-SEPS, 2004, p. 150.

⁴ En este punto seguimos a: De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistemas de fuentes*, 2ª edición, Barcelona, Ariel, pp. 28-33

⁵ Sagués, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 259.

constitucionalizado y alcanzado autonomía del resto de las tres funciones clásicas del estado.

Respecto de la forma en cómo se ha de regular la parte orgánica, y al tratarse la constitución de una norma fundamental sólo delinea algunos aspectos básico y se deja a las leyes secundarias el desarrollo a profundidad de las instituciones estatales, aunque habrá disposiciones que por su contenido esencial sea preciso regular con tal detenimiento en la propia constitución que a veces se vuelve ésta en una verdadera ley reglamentaria.⁶

Considerar sólo las normas de organización en una Constitución carecería de sentido, en razón de que el poder del estado se ejerce en función de las personas y de la sociedad y no sólo con referencia a sus componentes orgánicos, esto supera la concepción estado-aparato a estado-comunidad, incorporando de esta forma al hombre como parte de la propia organización.⁷

1.1.2. Normas de contenido

En esta parte que también recibe el nombre de parte dogmática, se regulan principalmente los derechos humanos que representan verdades políticas que la Constitución acepta a manera de dogma, por lo que son principios que valen, producto de lucha histórica del hombre por su libertad.⁸

Igualmente se establecen las prescripciones que sustancialmente habrán de ser contenidas en todas las normas y actos de los órganos del estado, principalmente los derechos humanos cuya regulación supone una garantía de status jurídico de los ciudadanos que todo el ordenamiento jurídico habrá de respetar,⁹ sin embargo, igualmente suele incluirse en estos contenidos a los valores constitucionales que algunas constituciones establecen con mayor énfasis

⁶ Véase por ejemplo los artículos 27 y 41 de la Constitución mexicana.

⁷ Campos Bidart, Germán J., *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, p. 140.

⁸ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 2009, p. 61.

⁹ De Otto, Ignacio, *op.cit.*, p. 28

que otras,¹⁰ precisamente porque son esos contenidos axiológicos los que deberán permear al resto del ordenamiento jurídico.

Regresando al tema de los derechos humanos, sea cual sea la denominación que prefiera dársele,¹¹ representan la forma tradicional de las normas dogmáticas al establecer derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, precisando que no siempre los derechos son regulados desde el propio texto constitucional, sino que se suele distinguir de los derechos establecidos en actos separados a los que se regulan en el texto constitucional,¹² por ejemplo bajo esta idea habría que distinguir los derechos regulados en un tratado o convención internacional de aquellos establecidos en la Constitución, empero esta concepción queda superada con el bloque de constitucionalidad y los derechos contenidos en las normas primeramente referidas resultan incluidas a la propia constitución.

En este sentido, los derechos humanos por un lado reconocen la dignidad de la persona en tanto que de la misma forma sirven para establecer límites al ejercicio del poder, de este modo la constitución viene a reconocerlos, pues asume que su papel no es la de constituir esos derechos sino aceptar la existencia previa de esta categoría.

De ahí precisamente que a esta parte del texto constitucional se le llame de contenido por qué a fin de cuentas toda la estructura estatal se ve difundida por la

¹⁰ Véase por ejemplo el preámbulo de la Constitución Española de 1978, el cual literalmente señala: *"La acción española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo. Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular. Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones. Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida. Establecer una sociedad democrática avanzada, y Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra."*

¹¹ En este trabajo elegimos la expresión "derechos humanos" por otras, por el sólo hecho de guardar relación con el texto constitucional mexicano, sin que ello implique que se considere de manera correcta el término.

¹² De Vergottini, Giuseppe, *op. cit.*, pp. 154-155.

relación que existe entre el poder y su ejercicio para con la persona, que abarca todas las esferas de aquél.¹³

Así el derecho constitucional supera el aspecto estructural y observando la primacía de la persona humana cobra presencia vigorosa estableciendo un sistema de valores que nutre a la Constitución que toma como eje de la organización estatal a los derechos personales, en relación directa con un poder al que se lo ciñe con limitaciones, reparto orgánico y funcional de competencias y controles.¹⁴

1.2. La Constitución como fuente del derecho

Al hablar de las fuentes del derecho y en específico de la Constitución como una de ellas, nos proporciona utilidad, sobre todo para ejemplificar que es desde este documento dotado de características especiales que gran parte del derecho surge; es decir, la Constitución al ser una norma jerárquicamente superior es fuente de las normas inferiores en el sentido de que éstas emanan de ella al ser sometidas a los procesos que establece,¹⁵ aunado a ello es considerada como una fuente diferenciada del resto, al emanar de un proceso de creación distinto al ordinario y por la jerarquía superior que le asiste el propio sistema jurídico.¹⁶

Pero no sólo por esa razón la Constitución es la fuente formal del derecho con más fuerza, sino que adicionalmente las normas que surgen dentro del sistema requieren apearse a su contenido, por lo que no únicamente se debe respetar —el proceso de creación de las normas jurídicas— aspectos formales sino

¹³ Véase a Bidar Campos, Germán, *op. cit.*, p. 143, quien señala: “Desde este techo, la fuerza normativa de la vinculación y directa de la Constitución alcanza su cenit, para abarcar unitariamente a la parte orgánica y a la parte dogmática, y no dejar espacios inmunes en los que su aplicabilidad obligatoria se frustre o debilite.”

¹⁴ Bidar Campos, Germán, *op. cit.*, p. 143

¹⁵ En este sentido véase a Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, traducción de Eduardo García Máynez, México. UNAM. 1995, pp. 155 y 156.

¹⁶ Guastini, Riccardo, *Estudio de teoría constitucional*, México. Fontamara, 2001, pp.30 y 31.

igualmente sustanciales, de ahí que la Constitución como fuente sea fuente acerca de las fuentes.¹⁷

Sin embargo, al ver a la Constitución como fuente también nos lleva a que se le otorgue eficacia directa –o como también se le ha denominado Constitución normativa-, lo que implica que todos los aplicadores del derecho habrán de tomarla como su base de decisión como si se tratara de cualquier otra norma; tal posicionamiento arroja las siguientes consecuencias:¹⁸

a) Los aplicadores deben examinar todas las leyes con la finalidad de verificar su compatibilidad con el texto constitucional, precisamente en razón de que la Constitución deja de obligar indirectamente y se convierte en norma de aplicación inmediata.

Aquí los juzgadores deben guardar especial cuidado en la forma de cómo declaran la compatibilidad o no con el texto constitucional de las leyes secundarias que aplican en sus resoluciones cotidianas, ya que las declaraciones de inconstitucionalidad con efectos erga omnes, se siguen conservando para el tribunal constitucional u órgano encargado del control de constitucionalidad, pues precisamente los instrumentos que conoce tienen en la mayoría de los casos esos efectos –acción abstracta de inconstitucionalidad y juicios de competencias entre órganos del estado-, por lo que debe únicamente hacer un examen entre la norma a aplicar y el texto constitucional y si el resultado es la inconstitucionalidad declara la inaplicación al caso concreto;¹⁹ eso se puede complicar en aquellos sistemas en los que se cuenta con control concentrado de constitucionalidad, aún y cuando cuenten con la duda o cuestión de constitucionalidad; sin embargo en el caso mexicano la postura actual es la de realizar un control difuso de constitucionalidad en materia de derechos humanos, situación a la que nos referiremos en los siguientes capítulos.

¹⁷ De Oto, Ignacio, *op. cit.*, igualmente consúltese a Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM, 1998, p. 147.

¹⁸ En este punto seguimos a De Oto, Ignacio, *op. cit.*, pp.76 y 77.

¹⁹ Así lo expone García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, p. 66.

b) En ese sentido, igualmente los encargados de aplicar la norma constitucional deben acudir a ella para lograr la solución del litigio en estudio, complementando o integrando con la propia ley sin que eso signifique que la Constitución contenga una regulación totalmente aplicable, como si se tratara de un código casuístico, sino más bien su amplitud habrá de guardar relación con las fuentes inferiores –normas operativas-, sobre todo en normas de derecho humanos, ya que las normas de organización suelen ser amplias –al menos en el caso mexicano- en razón de que la autoridad sólo puede actuar cuando así se lo permita una disposición normativa; y

c) Finalmente como parte los aplicadores tendrán que interpretar todo el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución, buscando siempre la interpretación que más se ajuste a la norma constitucional.²⁰

De tal forma que al tomar a la Constitución como fuente del derecho se acepta que se convierta en una norma real y de aplicación directa e inmediata como y sobre las demás de rango inferior, prevaleciendo de esta forma el carácter normativo al que aspira todo texto constitucional.

1.3. Apertura constitucional

La apertura constitucional o como también se le ha denominado constitución en sentido abierto, significa que ésta debe de estar dispuesta a la inclusión de nuevas opciones ideológicas y jurídicas que le permitan ir a la par de la realidad social precisamente para conservar su carácter normativo.²¹

La apertura se clasifica según se dé hacia el interior del ordenamiento jurídico *ad intra* o hacia el exterior *ad extra*, una y otra tienen características y consecuencias distintas como se verá enseguida.

²⁰ Sin duda el autor referido lo explica claramente al sostener: “*si la Constitución tiene eficacia directa no sería sólo la norma de normas, sino norma aplicable, no será sólo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más.*” De Otto, Ignacio, *op. cit.*, p. 76.

Sobre el principio de interpretación conforme a la Constitución nos referiremos más adelante.

²¹ Carbonell, Miguel, *Constitución...*, *op. cit.*, pp. 199-214.

Cuando una Constitución se abre al interior se convierte en una norma marco que contienen un conjunto de principios concretos y elementos básicos del ordenamiento,²² ello implica que se habrá de tomar en cuenta los nuevos posicionamientos ideológicos de tal forma que tenga un ámbito de libre acción política que impactara en el ámbito legislativo, esto genera al menos las siguientes implicaciones:²³

a) En principio el poder constituyente debe concebir márgenes amplios de movilidad política al poder legislativo ordinario para que se permita la convivencia de las distintas fuerzas políticas, sin desconocer desde luego, los principios constitucionales básicos, así el sistema jurídico habrá de irse actualizando sin necesidad de realizar numerosas reformas constitucionales, delegando ello a los poderes constituidos; y

b) Los intérpretes constitucionales deben tratar de preservar la normativa inferior para no limitar esa apertura salvando en el último de los casos con las interpretaciones constitucionalmente permisibles y dejar la declaración de inconstitucionalidad para aquellos casos extremos; es decir, se debe presumir la constitucionalidad de la ley y de conservar el derecho.

Por su parte cuando la apertura se realiza de afuera hacia dentro del sistema jurídico estatal, se acepta la idea que la Constitución permite la incorporación de contenidos normativos de otros sistemas jurídicos, tanto del derecho nacional de otros estados como y principalmente de normas internacionales o de derecho convencional.²⁴

Este tipo de fenómeno obedece a la globalización que también impacta sobre las estructuras jurídicas al funcionar, por ejemplo, un sistema universal de protección de los derechos humanos a la par de los regionales y parece ser el sistema que se ha preferido para la Constitución mexicana, ya que se ha aceptado

²² Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, p.33.

²³ Carbonell, Miguel, *Constitución...*, *op. cit.*, pp. 199-214.

²⁴ *Idem*.

que se incluyan a su contenido los tratados internacionales en materia de derechos humanos y -en consecuencia- su interpretación lo que genera que bajo la última interpretación de la corte mexicana se encuentren al mismo nivel jerárquico²⁵ ofreciendo así alternativas abiertas a la interpretación constitucional y a su garantía supranacional.²⁶

En este punto en específico en el sistema mexicano no se he tenido problema ya que se adoptó la teoría monista al incorporar a los tratados internacionales al sistema jurídico nacional casi de inmediato una vez que son formalmente firmados y ratificados sin necesidad de acto posterior.

Como puede verse la idea de la apertura responde de alguna forma a los regímenes constitucionales cerrados que se guían únicamente por el camino de la reforma constitucional y que ante la imposibilidad de realizarla constantemente genera que la Constitución se vuelva incongruente con la realidad social.

Finalmente, para cerrar este apartado resulta importante destacar que existen límites a la apertura, ya que si no se toman en cuenta generaría incluso que se pierda la identidad del estado, al concederse por ejemplo, facultades amplísimas al poder legislativo o bien aceptar toda clase de tratados, por ello la apertura no debe llegar al grado de cambiar la ideología histórica del estado, las formas de estado y de gobierno, menos el principio republicano, ni limitar el ejercicio de los derechos humanos, por ello la decisión de la apertura debe venir del propio poder constituyente.²⁷

1.4. Constitución en sentido formal

Mucho se habla de la Constitución en sentido formal y material, y aunque no es la intención realizar un estudio profundo sobre el tema -parte porque no es objeto

²⁵ Véase las versiones taquigráficas de las sesiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los días 12, 13 y 15 de marzo de 2012, así como la de los días 26, 27 y 29 de agosto al igual que las del 2 y 3 de septiembre de 2013.

²⁶ Becerra Ramírez, José de Jesús, *El constitucionalismo ante los instrumentos internacionales de derechos fundamentales*, México, Ubijus, 2011, p. 115.

²⁷ Carbonell, Miguel, *Constitución...* op. cit., pp. 199-214.

central de esta investigación- si nos proponemos esbozar algunas ideas básicas con la finalidad de ir preparando las cosas para cuando nos avoquemos a hablar del bloque de constitucionalidad.

Es común en los libros de Derecho Constitucional –específicamente en los de Teoría de la Constitución- que se le dediquen algunos renglones al tema de la Constitución en sentido formal y material, precisamente cuando se habla del concepto de ésta; muchas son las concepciones y las opiniones del tema, por lo que sólo expondremos algunas de ellas.

Al hablar de Constitución en sentido formal u oficial como también se le llama,²⁸ se refiere a ese documento revestido de características especiales, que contiene normas jurídicas y que sólo pueden ser modificadas a través de un procedimiento especial, distinto al ordinario;²⁹ el hecho de que a la Constitución se le considere una ley especial, radica en su propia naturaleza de ser la norma fundante del sistema.

Así, sólo se puede hablar de Constitución en sentido formal en aquellos sistemas que cuentan con Constitución escrita³⁰ y rígida, que es sometida a procedimientos de creación y modificación diversos al de las otras leyes.³¹

El carácter escrito de una Constitución no representa un formalismo, sino que va más allá de ser un aspecto normativista, pues significa una medio para lograr una estabilización de las estructuras políticas y sociales, y tiene las ventajas de ser el instrumento que establece de manera clara las ideologías del

²⁸ Así le llama por ejemplo Néstor Pedro Sagües en *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 235.

²⁹ En palabras del propio Hans Kelsen: "... la Constitución en sentido formal, es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que sólo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas" en *Teoría general...* op. cit., pp. 146-148.

³⁰ Véase en este punto a Barragán, Barragán, José et al., *Teoría de la Constitución*, quinta edición, México, Porrúa, 2012, pp. 50-51.

³¹ Sobre la rigidez constitucional véase a Riccardo Guastini, quien afirma que la rigidez constitucional es sólo cuestión de grado, pues una Constitución puede ser más o menos flexible y entonces el grado de rigidez radica en la complejidad del procedimiento de reforma constitucional; en *Estudios de teoría constitucional*, op. cit., pp. 182-186.

ordenamiento, ya que aporta en mayor o menor medida las directrices a obtener en un plazo; eso ha llevado a que se califique la forma escrita como algo inevitable en la formación de nuevos estados o cuando se presenta un cambio radical del ordenamiento constitucional³², y no sólo para eso pues aunque existen países que no cuentan con Constitución escrita, y se conducen por cauces democráticos, lo cierto es que las ventajas de tener plasmado en un documento las reglas del estado y de sus componentes son mayores que de aquellas que tienen Constitución no escrita en el sentido de dispersa; de este modo la concepción formal se encuentra distante de ser superada.

Sin embargo, dentro de la concepción que abordamos no es fácil hablar del bloque de constitucionalidad, ya que como lo veremos en su momento, implica que el texto constitucional incorpora a su contenido otras fuentes emanadas desde un proceso distinto al de la creación de la norma fundamental, y que hasta antes de ese momento llevaban su propio rumbo, a pesar de ello y aunque normativamente es posible crearlo desde el texto de la Constitución no se integraría de manera formal en un solo documento, de ahí la importancia de abordar la siguiente cuestión.

1.5. Constitución en sentido material

Se habla por su parte de Constitución en sentido material cuando se alude al contenido de ésta, que van desde aquellos preceptos que regulan la producción normativa, o los órganos del estado e incluso los derechos fundamentales, que sirven como principios informadores del sistema jurídico en general;³³ sin embargo, también se suele acudir a este término para hacer referencia a reglas que no necesariamente aparecen escritas.³⁴

Llamaremos entonces a la materia constitucional como el conjunto de objetos que son regulados por las normas constitucionales, y que sin embargo

³² De Vergottini, Giuseppe, *op. cit.*, p.124.

³³ Kelsen, Hans, *Teoría general...*, *op. cit.*, pp. 147-148

³⁴ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, p.55.

suele ocurrir que aun en donde se tiene una norma fundamental escrita, existe materia constitucional fuera de esta, incluso se llega a afirmar que mucho del contenido de la Constitución no es materialmente "constitucional", pero no nos detendremos en este punto, lo que sí se suscribe es que no toda la materia constitucional está colmada dentro de la Constitución escrita,³⁵ sostener una idea contraria llevaría al punto de que pierda sentido hablar de la concepción material, ya que si sólo consideramos lo que está dentro de la Constitución formal entonces el aspecto material queda totalmente subsumido, por nacer y agotarse con la norma incorporada en la Constitución.³⁶

De ahí que la Constitución en sentido material responde a la insuficiente capacidad de contener toda la estructura global de la sociedad dentro de la Constitución formal, ya que mucho de lo que en realidad acontece en el sistema jurídico se explica desde afuera de la Constitución formal; así se han acuñado famosas expresiones como que *la Constitución es la suma de los factores reales del poder*³⁷ que hace referencia a que no podemos concebir la ley fundamental como un documento escrito celebrado con las formalidades debidas, sino que se tiene que ver lo que en la realidad pasa en la sociedad; sin embargo el punto que se aborda en este trabajo no es tan extenso ni llega a hasta aquel extremo, sino que se pretende algo más básico, demostrar que desde la concepción de constitución en sentido material –o más precisos desde la postura de la constitución material-, es factible crear una soporte al menos teórico que le dé cabida a la idea del bloque de constitucionalidad, desde un punto de vista más profundo no limitándonos solamente a ver el aspecto de remisión de la norma constitucional a otras –aspecto meramente formal-, sino reconociendo la incapacidad de contener todo lo "constitucional" desde el documento formal, escrito.

³⁵ Seguimos en este punto a Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional op. cit.* pp. 27-28.

³⁶ Véase Mortati, Constantino, *Constitución en sentido material*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p. 12

³⁷ Véase Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, México, Gemika, 2009.

Finalmente hay que señalar que la concepción en sentido formal y material de la Constitución no se encuentran en pugna ni en polos opuestos, se puede limitar la constitución en sentido material, pero no desconocerla por la formal, ya que se ignoraría aspectos fundamentales de un ordenamiento,³⁸ por ello se pugna en este trabajo por conciliar de alguna manera las dos concepciones de manera tal que la formal reconozca contenido constitucional fuera del documento solemne, pero sin que la concepción material pierda de vista que –al menos dentro de nuestro sistema– requiere del reconocimiento normativo de aquella, es decir de lo que se trata es lograr la apertura del texto constitucional a otras normas no incluidas en ellas.

1.6. Supremacía constitucional y primacía de los derechos humanos

Es natural que a la Constitución se le otorgue un rango superior al resto de las leyes, por ser la que determina la creación y validez de las demás leyes secundarias, de ahí que la supremacía constitucional –en su aspecto jurídico–³⁹ sea considerada como el principio básico de todo sistema jurídico, lo cual genera que sea sólo la Constitución la norma con mayor validez dentro del sistema.⁴⁰

Así la supremacía representa la idea de que al otorgarle a la Constitución el punto más elevado en el sistema normativo, contiene las normas básicas o primarias que deben regir a todos y que esas normas sirven de base para todas las demás infra constitucionales.

No hay que perder de vista que la Constitución es suprema al menos en dos sentidos: formal y material, el primero como ya se mencionó en tanto establece la forma de creación de las demás fuentes normativas, por medio de sus

³⁸ De Vergottini, Giuseppe. *op. cit.*, p. 111.

³⁹ Néstor Pedro Sagües distingue de supremacía normativa e ideológica, entiende por la primera como el hecho de que la norma constitucional debe triunfar sobre la norma subconstitucional, y por su parte la segunda implica se deben evitar conductas opuestas a su techo ideológico. En *Teoría de la Constitución*, *op. cit.* p. 99

⁴⁰ Kelsen, Hans. *Teoría General...* *op. cit.*, p. 146.

diferentes formas de manifestación y material porque en ella se concentran los valores y principios fundamentales que rigen a una organización.⁴¹

En ese sentido, desde el punto de vista político la supremacía se define como una cualidad política de toda Constitución por ser ésta un conjunto de reglas que se tienen por fundamentales –esenciales- para la perpetuación de la forma política, pues como hemos venido señalando y dada la importancia de la Constitución se requiere que se le otorgue un valor principal.

Es necesario mencionar que desde la teoría del congreso constituyente, la Constitución adquiere el grado de suprema porque deriva de un ejercicio de la soberanía del pueblo mismo,⁴² el cual decide a través de una asamblea constituyente darse sus normas fundamentales para el desarrollo del estado, instaurando a los poderes constituidos para que se conduzcan al estado de conformidad con las reglas emanadas del poder constituyente, quien es al fin del día el depositario de la soberanía.

Sin embargo no basta que se diga que la ley fundamental es suprema para que lo sea, pues se requiere que sea promulgada por medio de un texto escrito y que el ordenamiento establezca que el cumplimiento a esos preceptos es obligado y que en consecuencia su infracción es antijurídica,⁴³ y bien podemos añadir que de lo que se trata también es garantizar la Constitución,⁴⁴ es decir, no se habla sólo de dotar de rigidez al texto constitucional, sino también de establecer los mecanismos o instrumentos que controlen la legitimidad constitucional de las leyes secundarias, situación que en caso mexicano se actualiza plenamente, al contar con un texto rígido y mecanismos preventivos y represivos que se encargan de reparar la norma constitucional infringida.

⁴¹ Del Rosario Rodríguez, Marco, *La cláusula de supremacía constitucional, el artículo 133 constitucional a la luz de su origen, evolución jurisprudencial y realidad actual*, México, Porrúa, 2011, p. 1.

⁴² Recordemos el artículo 3° de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “*el origen de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún órgano, ni ningún individuo pueden ejercer autoridad que no emane expresamente de ella.*”

⁴³ En este punto se sigue a De Otto, Ignacio, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁴ Guasimán, Ricardo, *op. cit.*, p. 188

De esta forma la supremacía no se agota con el hecho de que la Constitución se encuentre en el vértice del ordenamiento jurídico o como unidad de éste, sino que además implica que se tiene que eliminar del sistema a las normas y actos que se contraponen y que se tiene que hacer exigible la fuerza normativa que obliga a hacer todo en cuanto la Constitución prescribe a hacer.⁴⁵

Con todo lo anterior el principio de supremacía constitucional se encuentra en crisis, dado su concepto relativo que no siempre funciona en su forma inicialmente concebida, hay quien señala cuatro factores que inciden a esa crisis a saber, los siguientes:⁴⁶

a) *Renuencia de los operadores y del control de supremacía de la Constitución.* Este nos habla de la falta de eficacia de la supremacía cuando los propios encargados de custodiarla no sancionan las infracciones, de ahí la importancia del derecho procesal constitucional;

b) *Interpretaciones desnaturalizadas de la Constitución.* Esto pasa cuando el intérprete constitucional busca criterios que se emancipan del texto y se llega al extremo de que la Constitución se convierte en lo que él dice que es con independencia de lo que el constituyente afirmó que debía ser;

c) *El estado de necesidad.* Se actualiza cuando la supremacía sufre recorte ante situaciones límite del estado de necesidad en la cual se justifica cualquier transgresión al texto constitucional en aras de dicho estado imperante en la realidad; y

d) *La internacionalización de las constituciones.* Es aquí tal vez donde el principio de supremacía constitucional ve aún más su debilitamiento, pues ante el reconocimiento de tratados internacionales y de instancias supranacionales que se imponen sobre los órganos internos, que llega incluso a que las interpretaciones nacionales sean superadas o aniquiladas por tribunales internacionales,

⁴⁵ Campos Bidart, Germán J., *op. cit.*, pp. 89-90.

⁴⁶ Véase Néstor Pedro Sagüés, *op. cit.*, pp. 99-103

particularmente en lo relativo a los derechos humanos, aspecto al que nos dedicamos en seguida.

Por lo que para hablar del bloque de constitucionalidad se requiere que el principio de supremacía constitucional se tome con un poco más de cautela, pues recuérdese que se integran a la Constitución otras normas que no derivan de un mismo proceso que aquella –aspecto formal- y que de hecho fueron creadas con base en esta -aspecto material-, esto se patentiza al hablar principalmente de derechos humanos, ahí es donde es necesario abordar la primacía de los derechos humanos.

Con la apertura de los estados a los sistemas de derechos humanos, se ha traído como consecuencia que las naciones no se conviertan en la última palabra en estos temas, sino que quedan sujetos a jurisdicciones internacionales en aras de lograr una protección mayor a los derechos humanos, de esta forma el principio de supremacía constitucional se ve golpeado; sin embargo, como veremos se trata sólo de una reformulación y que no deja de tener vigencia.

Así la Constitución ya no es la cima del sistema normativo, pues se ha ampliado, integrando no sólo la propia constitución, sino otras normas de diferente naturaleza como los tratados internacionales o leyes que regulan o protegen algún tipo de derecho fundamental.⁴⁷

Lo anterior ha generado una primacía de las normas de derechos humanos compartida por la Constitución y los tratados, todo con la finalidad de buscar un mayor grado de protección de los derechos.

Seguramente no sobran quienes afirman que con la apertura al derecho internacional de los derechos humanos se debilita la Constitución misma, sin

⁴⁷ Del Rosario Rodríguez, Marcos, *La cláusula de supremacía...*, op. cit., p. 208.

embargo pasa todo lo contrario, ya que la Constitución se vuelve más activa con mayores elementos para operar de mejor manera.⁴⁸

No hay que pasar de vista que de acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados el derecho internacional tiene primacía sobre el derecho interno⁴⁹ sea que el estado así lo reconozca expresamente o bien a decir de algunos autores basta que una Constitución incluya alguna cláusula de reconocimiento, aceptación, acogimiento o respeto a los principios o a las normas generales del derecho internacional o a los tratados, para que se acepte o se acate que la norma internacional subordina al derecho interno.⁵⁰

En este sentido, no sería un argumento válido el que sostiene que con la primacía del derecho internacional la Constitución se vuelve flexible, ya que materialmente se está alterando su contenido por una norma que no fue sometida al mismo proceso que ella –especial-, pues si bien no se desarrolla por un mismo proceso, sí se realiza por uno diferente al ordinario –para crear cualquier ley- y que en todo caso lo que hay es una rigidez mitigada, que no es igual a flexibilidad constitucional.⁵¹

1.7. Jerarquía normativa y principio pro persona

Otro de los principios que vienen a sufrir –si es que se permite esa expresión- modificaciones con la figura del bloque de constitucionalidad es el de jerarquía normativa, sobre todo si lo combinamos con el tema de los derechos humanos y del principio pro persona.

⁴⁸ En este sentido véase a Germán J. Bidar Campos, quien afirma que a “esto nos hemos de empeñar a rescatar para no quedarnos rezagados con la esclerosis de conceptos hartos superados en buena hora” en *op. cit.*, p. 456.

⁴⁹ El artículo al que nos referimos es el 27, el cual reza: “1. Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado. 2. Una organización internacional parte en un tratado no podrá invocar las reglas de la organización como justificación del incumplimiento del tratado. 3. Las normas enunciadas en los párrafos precedentes se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”

⁵⁰ Bidar Campos, Germán J., *op. cit.* p. 463

⁵¹ *Ibidem* p. 464.

La jerarquía existente en el sistema jurídico y se representa en razón del vínculo que sobrepone una norma sobre otra, pues en principio una norma establece la forma de creación de las demás y esas a su vez generan otras cuya validez se sustenta en aquella, de esta forma la norma que regula la creación de otra es superior a ésta; la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera, por ello el sistema se visualiza por medio de jerarquía de diferentes niveles.⁵²

Así es como se explica –al menos desde la teoría de Kelsen- la jerarquía de las normas contribuyendo al establecimiento a la unidad del sistema, pues el regreso a la norma anterior encuentra freno en la norma constitucional, luego, todas las normas deben ser creadas con base en ella.

En términos similares ha sido conceptualizado el principio de jerarquía como *la expresión de modo necesario de organizar las diferentes normas de los sistemas y ordenamientos jurídicos de las sociedades modernas, consistente en hacer depender la validez de unas normas de otras. Una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de ésta depende de aquélla.*⁵³

En esa sintonía la Constitución viene a ser la norma más elevada dentro de la jerarquía de un sistema normativo. Sin embargo, cuando se está en presencia de la protección más efectiva de derechos humanos pasa a segundo plano para dar lugar al principio pro persona que nos indica en cual quiera de sus vertientes – interpretativa o de preferencia de norma- que hay que elegirse la norma o interpretación más protectora o favorable.

El principio pro persona ha sido conceptualizado como aquel por el cual ante una pluralidad de normas aplicables a una misma situación; el intérprete debe elegir la norma que brinde una protección más favorable a la persona, en el

⁵² Kelsen, Hans, *Teoría general...*, op. cit., p. 146.

⁵³ Requena López, Tomás, *El principio de jerarquía normativa*. Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 133.

sentido de darle mayor extensión posible a las que consagran derechos y el menor alcance posible a las que posibilitan restricciones, limitaciones o suspensiones.⁵⁴

El principio suele clasificarse –como ya se dijo– en dos vertientes⁵⁵:

a) De preferencia interpretativa, la que a su vez se subdivide en interpretación extensiva y restringida; en ambas situaciones se está en presencia de una norma, la cual admite distintas interpretaciones y en primer caso ha de privilegiarse la interpretación que conduzca a una amplia protección o ejercicio del derecho humano en cuestión, descartando las que lo limiten; en cambio en la restringida se aplica en los casos en los que por circunstancias extraordinarias es necesario el límite de algún derecho se tendrá que elegir la interpretación que limite menos el ejercicio del derecho.

b) De preferencia de normas que se clasifica en preferencia de norma más protectora y de la conservación de norma más favorable; en cuanto a la primera de éstas se dice que al existir dos normas aplicables al caso en concreto no ha de preferirse la de mayor jerarquía sino que el juez deberá seleccionar aquella que ofrezca una protección más favorable a la persona o bien aquella que contenga de manera más especializada la protección que se requiere para el individuo en relación a sus derechos humanos; por su parte la de conservación de norma más favorable se da cuando se está en presencia de dos normas a aplicar, pero ha de preferirse la aplicación de la norma posterior o anterior, siempre con el fin de proteger de mejor manera el derecho humano, es decir de lo que se trata es conservar la norma que proteja más.

Este principio informa todo el derecho de los derechos humanos⁵⁶ y por tanto está presente desde hace algún tiempo en los tratados internacionales, en los siguientes términos:

⁵⁴ Manili, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pp. 220 y 221.

⁵⁵ Castilla, Karlos, "El principio pro persona en la administración de justicia" en *Cuestiones Constitucionales*, número 20, enero-junio de 2009, pp. 65 a 83.

⁵⁶ Castilla, Karlos, "El principio pro persona..." *op. cit.*

Artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos:

"Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza."

Artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

"1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

Y más recientemente en junio de 2011 se constitucionalizó en el artículo primero de la siguiente forma: *"Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados*

internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Como podemos ver es la propia Constitución la que incorpora esta cláusula, que tiene como objetivos definir el estándar de integración normativa y señalar la norma aplicable en caso de antinomias y conflictos normativos;⁵⁷ sin embargo, qué pasa en el caso de que una norma de derecho internacional sea tan protectora al grado de que sea contraria a lo establecido en el propio texto constitucional, si respondemos bajo la premisa de la jerarquía diríamos válidamente que por tratarse de una norma inferior a la constitución –en razón de es la propia Constitución la que autorizó la celebración del tratado- prevalecería obviamente la norma nacional; pero si respondemos desde la visión del principio pro persona diríamos –igual válidamente- que al ser el tratado más benéfico y menos limitante que la Constitución aplicaríamos éste.

Este tópico en particular fue tratado por la corte mexicana donde después de intensos debates se decidió que jerárquicamente la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos se encuentran en el mismo nivel, pero que en el caso de contradicciones o antinomias entre estas normas habría de preferirse la constitucional,⁵⁸ por lo que al final se tomó la idea de jerarquía para solucionar este tipo de conflictos ignorando que la propia constitución es la que autorizaba la aplicación del principio pro persona y entonces a partir de esa decisión si una limitante a un derecho establecido en la Constitución es contraria a una norma más garantista prevista en un tratado firmado por el estado mexicano no podremos acceder a él, al menos desde sede interna.⁵⁹

⁵⁷ Caballero Ochoa, José Luis. “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1º segundo párrafo de la Constitución) en Carbonell Sánchez, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos un nuevo paradigma*, México UNAM, 2011, p. 130.

⁵⁸ Véase las versiones taquigráficas de las sesiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los días 12, 13 y 15 de marzo de 2012, así como la de los días 26, 27 y 29 de agosto al igual que las del 2 y 3 de septiembre de 2013, en las que se debatió la contradicción de tesis 293/2011.

⁵⁹ Este punto se abordará a detalle en el capítulo tercero de este trabajo

Desde nuestro punto de vista creemos que al establecerse la forma de cómo habrá de aplicarse el principio pro persona se ha prescrito un sistema no jerarquizado entre la Constitución y los tratados internacionales, desde luego sin desconocer que los segundos son creados con base en la primera pero una vez que fueron incluidos en el sistema y no impugnados, se convierten en normas con igualdad de validez y entonces hay que aplicar la norma más protectora del derecho sin importar la fuente⁶⁰ y el operador que lo aplique, pues el principio en comento representa una garantía de interpretación que permite asegurar el respeto y vigencia de los derechos humanos.

1.8. Orígenes del bloque de constitucionalidad

Tratar de explicar el significado de una figura jurídica siempre resulta complicado, especialmente si tomamos en cuenta que proviene de un sistema jurídico diverso al del intérprete, si a eso le añadimos que en el derecho comparado una misma expresión puede no significar lo mismo, nos enfrentamos entonces a un problema serio, pero con posibilidad de superarlo.

Así la expresión "bloque de constitucionalidad", que es de origen francés se ha trasladado a otros países con un significado no del todo uniforme, tal como se demostrará en las siguientes líneas, sólo con la finalidad de circunscribir el uso del término en algunos ordenes jurídicos.

El "bloque de constitucionalidad" o "*bloc de constitucionalité*" es una expresión acuñada en Francia y se considera de origen doctrinal, pues según la mayoría de las opiniones el creador del término es Louis Favoreu⁶¹ quien al

⁶⁰ Véase las opiniones del ministro José Ramón Cossío en la sesión de veintinueve de agosto de dos mil trece de la Sesión en pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

⁶¹ Carpio Marcos, Edgar, "Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes", en *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*, No. 4, julio-diciembre, Porrúa, México, 2005, p.81. Este autor sostiene que se utilizó en un artículo donde se explicaba la decisión D-44 de 16 de julio de 1971, dicho trabajo intitalado "Le principe de constitutionalité: essai de définition d'apres la jurisprudence du Conseil constitutionnel" se publicó en AA.VV. *Melanges Eisenmann*, Cujas, 1975.

comentar una decisión del Consejo Constitucional⁶² estableció que para analizar una ley no sólo se debía partir de la Constitución francesa de 1958, sino además de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, refiriéndose de esta forma a la ampliación del parámetro de control constitucional, empero, es preciso mencionar que es el propio autor el que le denomina de esta manera, pues el Consejo no utilizó de forma textual la expresión "bloque de constitucionalidad", incluso señala que el consejo se refiere generalmente a los "principios y reglas de valor constitucional" para designar el conjunto de normas situadas en el nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley.⁶³

Sin embargo, otros sostienen que la expresión "bloque de constitucionalidad" es acuñada por Claude Emeri quien al comentar una decisión del mismo Consejo de 1969 hace referencia al bloque cuatro años antes que el profesor Favoreu; a pesar de ello, se reconoce que es este último al que se le atribuye la paternidad de la expresión.⁶⁴

Lo cierto es que la expresión tampoco surgió de la nada, pues como lo explica el propio Favoreu, en el derecho administrativo francés se habla de un "bloque legal" o "bloque de legalidad" –término atribuido a Maurice Hauriou– y se usa para referirse a las reglas que se imponen a la administración en virtud del principio de legalidad y que el Consejo de Estado utiliza para el control de legalidad de los actos administrativos; y es a partir de esta noción –como lo afirma Favoreu– que ha nacido y se ha desarrollado la del bloque de constitucionalidad, pues es útil para referirse al conjunto de principios y reglas de valor constitucional.⁶⁵

⁶² Se trata de la decisión D-44 de 16 de julio de 1971, consultable en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-pur-date/decisions-depuis-959/1971/71-44-dc/decision-n-71-44-dc-du-16-juillet-1971.7217.html> (visualizada el 28 de noviembre de 2012).

⁶³ Favoreu, Luis y Rubio Llorente, Francisco, *El bloque de la constitucionalidad. Simposium franco-español de derecho constitucional*. Sevilla, Civitas, 1991, p.19.

⁶⁴ Manifi. Pablo Luis, *op. cit.*, p. 284.

⁶⁵ En este sentido el profesor Antonio de Cabo sostiene que "la expresión bloque de constitucionalidad tiene su origen en la del bloque de legalidad. Con ella se quería indicar que la ilegalidad de un reglamento de la administración podía surgir no sólo de la infracción de una norma concreta, sino de su

Precisado el origen de la expresión, diferente tarea es ahora, la atribución de su significado, sobre todo a lo que interesa para este trabajo, así en un primer acercamiento el diccionario de la Real Academia Española define bloque como: "conjunto coherente de personas o cosas con alguna característica común" y "en conjunto, sin distinción", acepciones, que demuestran unidad, en este caso, de disposiciones que se mantienen vinculadas por elementos o caracteres comunes que propician necesariamente su identidad en torno a la Constitución.

Sin embargo, como se señaló en líneas atrás la figura del bloque de constitucionalidad se fue desarrollando con particularidades propias en el sistema jurídico al que se iba incorporando, por lo que en un lugar y otro no significa lo mismo, a continuación se explorara de manera somera el tratamiento de la figura en algunos ordenamientos jurídicos que consideramos representativos, sólo con la intención de tener más elementos para entender el tema.

a) El bloque de constitucionalidad en Francia

Como se dijo líneas arriba es el Consejo Constitucional en su decisión de 16 de julio de 1971 en la que se amplía el contenido de la Constitución de 1958 a otras normas no incluidas dentro de ésta. Tal remisión no es producto de una creación jurisprudencial en estricto sentido, sino que es la propia Constitución, que de manera formal extiende su fuerza a otras disposiciones, pero lo interesante es que lo hace desde su preámbulo, el cual vale la pena traerlo a continuación:

"El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946, así como a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2003.

En virtud de estos principios y del de la libre determinación de los pueblos, la República ofrece a los Territorios de Ultramar que manifiesten la voluntad de

carácter contrario al ordenamiento o al derecho." Véase De Cabo de la Vega, Antonio, "Notas sobre el bloque de constitucionalidad", en *Jueces para la democracia*, no. 24, 1994, pp. 61-62.

*adherirse a ella nuevas instituciones fundadas en el ideal común de libertad, igualdad y fraternidad y concebidas para favorecer su evolución democrática.**

La explicación es sencilla, la Constitución francesa de 1958 no contiene un capítulo de derechos fundamentales, por ello se estimó que los derechos establecidos en la Declaración de 1789, en el preámbulo de la Constitución de 1946 y en la Carta del Medio Ambiente de 2003, venía a ser ese capítulo de derechos para el pueblo francés.⁶⁶

Así, para determinar la constitucionalidad de leyes el Consejo Constitucional se basa no sólo en lo establecido en la Constitución sino en otras normas a las cuales remite el propio preámbulo de aquella, en ese sentido, el bloque de constitucionalidad está integrado por las normas que proporcionan una unidad formal de rango –que se establece como límite al legislador– y a su vez tienen una función procesal en el control de constitucionalidad,⁶⁷ y se integra por lo siguiente:

a) El articulado de la Constitución vigente de 1958, que se refiere principalmente a la organización del poder.

b) Las disposiciones de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que contiene derechos individuales, según el pensamiento liberal de entonces.⁶⁸

c) Lo establecido por el Preámbulo de la Constitución de 1946, que fue respuesta a lo acontecido durante la segunda guerra mundial y que contiene principios políticos, económicos y sociales, tales como el derecho al trabajo, a la afiliación sindical, a huelga, al asilo, a la educación, por mencionar algunos.⁶⁹

⁶⁶ Ospina Mejía, Laura, "Breve aproximación al bloque de constitucionalidad en Francia" en *Elementos de juicio: revista de temas constitucionales*, año I, número 2, julio-septiembre de 2006, pp. 184-185.

⁶⁷ Carpio Marcos, Edgar, "Bloque de constitucionalidad... op.cit., p.84.

⁶⁸ Jellinek, George, *op. cit.*, pp. 77 y ss.

⁶⁹ Para una referencia textual del preámbulo consúltese http://www.cngp.fr/contituitions/1946/cngp-constitutionnel/roch/barb_tar/e/espanol/le_preambule_27octobre1946.pdf (consultada el 27 de diciembre de 2012).

d) La carta del medio ambiente del 2003, según la cual se establece el derecho a vivir en un medio ambiente sano, así como la prevención y reparación de este, la cual fue aprobada mediante la ley constitucional de febrero de 2005.

e) Los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República los cuales están reconocidos no por la Constitución del 1958, sino por el preámbulo de la Constitución de 1946 y se refiere a aquellos que derivan de la legislación republicana que fueron aprobados antes de la entrada en vigor del preámbulo de la Constitución de 1946, es decir, hasta el 26 de octubre de aquel año; requiriéndose para tal efecto, que hayan sido reconocidos a lo largo del tiempo y sin ninguna excepción;⁷⁰ sin duda los principios resultan de alguna forma algo indeterminado, sin embargo, con todo y eso hay quienes señalan que se tratan de los siguientes: libertad de asociación, libertad individual, libertad de enseñanza, libertad de conciencia, la independencia de la jurisdicción administrativa, la independencia de los profesores universitarios, la competencia exclusiva de la jurisdicción administrativa para anular actos de la autoridad pública, y la autoridad judicial como guardián de la propiedad privada.⁷¹

No integran al bloque los reglamentos de las asambleas parlamentarias, las normas internacionales, que tienen un rango inferior a la Constitución, ni los principios generales del derecho.⁷²

En suma el hecho de que en Francia se haya unificado las diferentes normas que integran al bloque de constitucionalidad ha logrado que se cumpla

⁷⁰ Carpio Marcos, Edgar. "Bloque de constitucionalidad... *op. cit.*, p.87.

⁷¹ Hoyos, Arturo. "El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá" en *Boletín mexicano de derecho comparado*, nueva serie año XXV, no. 75, septiembre-diciembre, 1992, pp.791-792. En este sentido Luis Favoreu afirma que estos principios se han convertido en "principios para hacer todo" quizás por ello los clasifica como elementos marginales del bloque de constitucionalidad, en Favoreu, Luis y Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.*, p.22.

⁷² El Profesor Favoreu documenta algunas resoluciones del Consejo Constitucional y las clasifica según se haya tomado en cuenta algún elemento u otro para determinar la validez de las leyes, consúltese Favoreu, Luis y Rubio Llorente, Francisco. *op. cit.*...

su función de tener un conjunto constitucional suficientemente armonioso y coherente, que combina la modernidad con las tradiciones y en el que, sobre todo los derechos fundamentales han sido finalmente integrados lo que conlleva que se tome conciencia de la unidad y fusión progresiva de las diferentes piezas del conjunto.⁷³

b) El bloque de constitucionalidad en España

En el caso español el bloque de constitucionalidad dista mucho del modelo francés⁷⁴, pues desde su utilización por primera vez en la sentencia 10/1982,⁷⁵ se ha empleado mayormente para hacer referencia al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, tal vez se deba⁷⁶ a que la Asamblea Constituyente de 1978, no incorporó en el texto constitucional lo relativo a las autonomías regionales y al reparto de competencias entre los gobiernos de las mismas y el gobierno del estado o central, sino que lo dejó a los estatutos de autonomía, empero el bloque de constitucionalidad ha contribuido al manejo del problema, pero no con su significado original.⁷⁷

El reparto de competencias entre los niveles orgánicos de referencia está constantemente en pugna y es ahí donde el bloque ha servido para tener normas de referencia para juzgar la constitucionalidad de una ley, se ha llegado a afirmar

⁷³ *ibidem* p. 42.

⁷⁴ El profesor Francisco Javier Rubio Llorente afirma que del bloque de constitucionalidad francés, en España se ha tomado solamente la expresión, en Rubio Llorente, Francisco Javier, "El bloque de constitucionalidad", en *Revista española de derecho constitucional*, año 9, número 27, septiembre-diciembre de 1989.

⁷⁵ El párrafo en el que se hace alusión al término literalmente dispone: "*Para interpretar debidamente la normativa aplicable al caso, el 'bloque de constitucionalidad' que ha de servir de base para enjuiciar la Ley impugnada, hay que partir del hecho de que la Constitución se remite con carácter general a los Estatutos para que estos determinen las competencias autonómicas. Así el artículo 148.1.27 de la Constitución al atribuir al Estado competencia exclusiva sobre las normas básicas del régimen de radio y la televisión, lo hace sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas*".

⁷⁶ Aquí seguimos a Manili, Pablo Luis, *op. cit.*, pp. 303 y ss.

⁷⁷ Rubio Llorente, Francisco Javier, "El bloque de constitucionalidad", *op. cit.*, p. 25

que en el bloque de constitucionalidad español nada hay sobre derechos humanos, pues el uso es sobre todo para conflictos competenciales.⁷⁸

Si a lo anterior le añadimos lo que establece el artículo 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, no es extraño entonces que la figura del bloque de constitucionalidad sea canon de control en conflictos competenciales,⁷⁹ tal artículo señala:

“Artículo 28: 1. Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución de una Ley, disposición o acto con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las Leyes que, dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas.

2. Asimismo el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo 81 de la Constitución los preceptos de un Decreto-ley, Decreto legislativo, Ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad Autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a Ley Orgánica o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter, cualquiera que sea su contenido.”

Eso ha llevado a pensar que es por medio de una ley secundaria que surge el bloque de constitucionalidad, sin embargo, en debate a ello se ha sostenido que es un artículo superfluo y que, en todo caso, ni incluye todas las normas infraconstitucionales que, según el propio tribunal, se han de tomar en consideración para resolver sobre la constitucionalidad de las leyes sometidas a su conocimiento, y que sólo sirve de mero recordatorio, pues únicamente la

⁷⁸ Mantí, Pablo Luis, *op. cit.*, p.319.

⁷⁹ En una revisión a la base de datos del Tribunal Constitucional Español a diciembre de 2012, se encontraron 66 sentencias que hacen referencia al “bloque de constitucionalidad” o “bloque constitucional”, y todas se refieren a conflictos de competencia.

Constitución es la que exige que, formal o materialmente, se acomode una norma de rango legal a lo dispuesto por otra.⁸⁰

De esta forma las normas que integran al bloque son⁸¹:

a) Las normas contenidas en la Constitución, particularmente de los artículos 137 al 158, que establecen la organización del estado.

b) Algunas normas contenidas en los estatutos de autonomía y que se refieran a la delimitación de competencias entre las comunidades y el estado central.

c) Normas subconstitucionales que son las que la Constitución expresamente autoriza a dictar a las Comunidades Autónomas, o bien aquellas cuya promulgación permite la Constitución delegarlas a éstas; y las normas que ingresan al bloque por remisión de los estatutos de autonomía.

Como se puede notar el bloque de constitucionalidad en España tiene una configuración diversa a la que se tiene en Francia y a la que se desarrolla en América Latina, particularmente en Colombia, como expondremos a continuación.

c) El bloque de constitucionalidad en Colombia

El bloque de constitucionalidad tiene un poco más de similitudes entre algunos países de América latina, en Colombia –se ha elegido este país por ser el más representativo en el tema– por ejemplo es diverso al desarrollado en Francia y España, y bien vale la expresión para el caso español, de que del bloque sólo se le ha tomado el nombre, pues en esta parte de América Latina el bloque de constitucionalidad surge frente a otra realidad.

⁸⁰ Favoreu, Luis y Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.* p. 110.

⁸¹ Consúltese: Manilla, Pablo Luis, *op. cit.*, pp. 304 a 306 y Favoreu, Luis y Rubio Llorente, Francisco, *op. cit.* pp. 125 a 130.

En principio, a decir de algunos autores el bloque surge por la necesidad de armonizar el derecho constitucional –supremacía constitucional- con el derecho internacional público⁸², situación que no pasó ni en Francia ni en España, esto adquiere sentido si tomamos en cuenta lo que señala la Constitución de Colombia sobre la supremacía y su relación con los tratados internacionales:

“Artículo 40. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución.

La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.”

Como se advierte a la Constitución se le establece un rango superior, sin embargo se incluye en la parte de los tratados un efecto interpretativo al que

⁸² Ramch, Alejandro, “Sistema de fuentes del derecho internacional público y “bloque de constitucionalidad” en Colombia”, en *Cuestiones constitucionales*, no. 11, julio-diciembre, 2004, p.158.

aludiremos más adelante, que tiene como finalidad la armonización de dos aspectos aparentemente contradictorios.

En crítica a lo anterior se ha sostenido que no es que los tratados tengan jerarquía constitucional, sino que sólo sirven como normas de referencia para establecer si las condiciones y límites impuestos al legislador, sea por la Constitución o por la legislación que ésta reenvía fueron o no respetados.⁸³

La figura del bloque de constitucionalidad es reconocida ampliamente no sólo por la doctrina sino que es utilizada constantemente por la Corte Constitucional desde la sentencia C-225-1995, en la que se inicia una teoría jurisprudencial sobre el bloque de constitucionalidad, así la Corte ha señalado que el bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*.⁸⁴

Así obtenemos que para que una norma se incluya en el bloque tendría que cumplir al menos dos requisitos:⁸⁵a) debe reconocer un derecho humano que no se suspenda en el estado de excepción; y b) debe tener un fundamento expreso en la Constitución.

Sin embargo se ha diferenciado entre el bloque de constitucionalidad en sentido amplio y en sentido estricto, sobre ello la Corte se ha pronunciado en más de una ocasión y ha establecido que el bloque de constitucionalidad en sentido amplio está integrado por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven

⁸³ Carpio Marcos, Edgar, "Bloque de constitucionalidad... *op. cit.*, p.100.

⁸⁴ Sentencia C-225-95 de 18 de mayo de 1995 fundamento jurídico 12.

⁸⁵ Ramelli, Alejandro, *op. cit.*, pp. 160 a 163.

como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación. Conforme a esta acepción, el bloque de constitucionalidad estaría conformado no sólo por el articulado de la Constitución sino, entre otros, por los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Carta, por las leyes orgánicas y, en algunas ocasiones, por las leyes estatutarias.

Igualmente afirma que el bloque de constitucionalidad en sentido estricto está integrado por aquellos principios y normas *de valor constitucional*, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción, esto en clara relación a lo establecido en el artículo 93 de la Constitución.⁸⁶

Formalmente entonces, los instrumentos internacionales que integran el bloque son:⁸⁷

- a) Convenio de Ginebra y Protocolo II sobre Derecho Internacional Humanitario;
- b) Convención Americana de Derechos Humanos;
- c) Pacto Internacional de Derechos Sociales Económicos y Culturales y el Protocolo Adicional de San Salvador sobre derechos económicos, sociales y culturales;
- d) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y
- e) Instrumentos de protección de los derechos de los niños.

Hasta ahora podemos advertir que existe más precisión en Colombia sobre lo que ha de entenderse por bloque de constitucionalidad que en los otros casos

⁸⁶ Sentencia C-191/98 de seis de mayo de 1998, fundamento jurídico 5.

⁸⁷ Fajardo Arturo, Luis Andrade. "Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia", en *Civiltizar. Ciencias Sociales y Humanas*, volumen 7, número 13, julio-diciembre de 2007, p. 22.

comentados, pero la precisión del término, mucho se debe a la constante aplicación del bloque que realiza la corte constitucional, incluso se le reconocen al menos tres funciones básicas,⁸⁸ la primera de ellas es la servir de efecto interpretativo, ya que la Constitución señala que los derechos y deberes consagrados se interpretaran de conformidad con los tratados internacionales, lo cual genera que el contenido y alcance de las normas en general debe tomar en cuenta lo establecido en los tratados debidamente ratificados.

Otra funcionalidad es la relativa a que la Constitución no se vuelve la única fuente a tomar en cuenta para los límites del ejercicio del poder público y de competencia de la autoridad, pues los tratados internacionales necesitan ser tomados en cuenta por el legislativo para informar su actividad creadora de leyes, para la función ejecutiva servirá el bloque en la medida que se base la actividad reglamentaria y para la función judicial tiene aplicación directa en sus resoluciones no solo de la normativa interna sino internacional.

Y otra finalidad clara del bloque es el reconocimiento de derechos humanos, pues al reconocer derechos a la persona, del mismo modo se está imponiendo obligaciones al estado cuyo desconocimiento le genera responsabilidad internacional.

Al margen de lo apuntado, incluso se le ha visto al bloque como una técnica jurídica a través de la cual el texto constitucional reenvía a otros textos que terminan haciendo parte del mismo cuerpo normativo,⁸⁹ sin embargo, consideramos que no es suficiente para hablar de bloque de constitucionalidad la remisión que haga un texto constitucional a otro de menor jerarquía, sino que se requiere que se le reconozca de manera formal ese rango, pues de otra manera casi todas las leyes serían integrantes del bloque, pues de alguna forma la Constitución estaría reenviando a ellas al no poder desarrollar todas las materias dentro de sí.

⁸⁸ Ramelli, Alejandro, *op. cit.*, p. 166 a 173.

⁸⁹ Casas Farján, Luis Francisco, "Bloque de constitucionalidad: técnica de remisión de las constituciones modernas, en *Provincia*, número especial, 2006, p. 176.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MÉXICO

2.1. Surgimiento del bloque de constitucionalidad en México

Si bien es cierto que fue el 11 de junio de 2011 cuando entraron en vigor las reformas constitucionales en materia de derechos humanos a través de las cuales se constitucionalizó el bloque de constitucionalidad, también lo es que éste se aplicó algunos años antes por la Suprema Corte y no precisamente en el tema de derechos humanos; hablamos de la resolución recaída en la controversia constitucional 31/2006 resuelta el 7 de noviembre de 2006 por el pleno del alto tribunal.

En este asunto en el que en síntesis, se decretó que el Tribunal Electoral del Distrito Federal es un órgano con autonomía presupuestaria y que cuenta como consecuencia la atribución de elaborar autónomamente su presupuesto de egresos el cual debe ser entregado al Jefe de Gobierno para que lo incluya en el presupuesto general cuidando no realizar cambio alguno, dejando sólo la atribución de modificarlo a la propia asamblea legislativa; y una vez aprobado éste –sigue señalando la corte- no debía de existir intromisión del gobierno del Distrito Federal.

Para arribar a esa conclusión estimó que tratándose de la materia electoral en el Distrito Federal existe un bloque de constitucionalidad integrado por el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal y los artículos 122, apartado A, fracción II y apartado C, Base Primera, fracción V, inciso f) y 116, fracción IV, incisos b) al i) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en razón de que el artículo 122, apartado C, base primera, fracción V, inciso f), de la Constitución Federal, señala que las disposiciones que rijan en materia electoral en el Distrito Federal deben sujetarse al Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, el cual tomará en cuenta los principios establecidos en los incisos b) al i) de la fracción IV

del artículo 116 constitucional; lo anterior porque el fundamento del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal es el indicado artículo 122.⁹⁰

Cómo podemos apreciar en la tesis y en el engrose de la sentencia que surgió del anterior criterio, se utiliza textualmente la expresión "bloque de constitucionalidad" para referirse a que la Constitución federal como el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal vienen a complementarse para ser un sólo conjunto normativo en materia electoral dentro del Distrito Federal, el cual se forma por la remisión expresa que realiza la constitución hacia el estatuto.

Así es como se logró un primer acercamiento al tema del bloque de constitucionalidad que se insiste fue establecido en el tema de las competencias distribuidas entre dos órdenes jurídicos que integran al estado mexicano.

Empero, a pesar del precedente mencionado, el bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos –y objeto de este trabajo– surgió formalmente con motivo de la reforma constitucional publicada en el diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011 y cuya entrada en vigor se actualizó al día siguiente; con esta reforma que estuvo precedida por otra igualmente importante en materia de amparo apenas cuatro días antes, se pretendió fortalecer la protección y defensa de los derechos humanos.

Así, por medio de la reforma constitucional en materia de derechos humanos se modificaron los artículos 1º, 3º, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105, las cuales van desde el cambio de nombre del título primero de la constitución hasta el trato que debe darse a los migrantes, pasando por el procedimiento que se debe seguir para la suspensión de derechos humanos en estados de excepción, hasta la nueva forma de investigar violaciones graves a los derechos, sólo por mencionar algunos temas; sin embargo, el tema más importante para nuestro estudio es el relativo al artículo primero, el cual textualmente señala:

⁹⁰ Criterio del cual resultó la tesis de rubro: "ESTATUTO DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL. JUNTO CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS INTEGRA BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA ELECTORAL." Que aparece publicada en la página 1641 del Tomo XXV, Mayo de 2007 del Semanario Judicial de la Federación y su gaceta.

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

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

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

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

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

Aquí conviene hacer ligera mención de las novedades introducidas por este artículo y que consisten en:⁹¹

a) Considerar a los derechos humanos como eje central del cambio constitucional

⁹¹ Estos alcances son destacados por Castilla Juárez, Karlos. “Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México” en *Estudios constitucionales*, año 9, número 2, 2011 pp. 123-164.

Para nadie era extraño que el texto constitucional en la parte que regulaba los derechos humanos se había quedado en el olvido del poder reformador de la Constitución, recuérdese por ejemplo, que los derechos eran llamados garantías individuales y eran las que daba el propio texto, sin embargo, con la reforma se aceptó que las prerrogativas básicas de las personas precedían al estado y entonces éste debe reconocerlas y no otorgarlas; cambiando así notablemente la forma en cómo se han de entender los derechos vinculando a todo el estado en esta tarea.

b) Establecimiento de la interpretación conforme y del principio pro persona

Aquí nos referimos al segundo párrafo del artículo primero el cual señala que *las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*, con esto se constitucionalizó la interpretación conforme a la constitución y a los tratados internacionales así como el principio pro persona, ambos como criterios interpretativos.

Por lo que ve a la primera figura ya era aplicada por la jurisprudencia pero ahora al elevarse a rango constitucional se hace obligatoria la necesidad de llevarlo cotidianamente en la práctica jurisprudencial; en síntesis podemos entender por interpretación conforme –según el artículo 1º– el ejercicio hermenéutico por medio del cual los derechos humanos son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en la constitución y en los tratados internacionales para obtener la mayor eficacia y protección.⁹² De esta forma existe la obligación de que las disposiciones de derechos humanos deben ser sometidos a un ejercicio interpretativo que consistirá en verificar que dichas normas sean compatibles con la constitución y los tratados y en caso de que no sea así buscar la interpretación que salve la aplicación de esa disposición; este criterio ha sido entendido tradicionalmente con la fórmula “sólo podrá declararse inconstitucional

⁹² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano” en Carbonell Sánchez, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, p. 358.

una norma cuando ningún modo posible de interpretarla se ajusta a la Constitución".⁹³

Además como se indicó, también es objeto de regulación el *principio pro persona* que tiene como finalidad acudir a la norma o interpretación que mejor proteja el ejercicio del derecho o bien aplicar la norma o interpretación que menos restrinja las limitaciones impuestas a un derecho,⁹⁴ de esta forma se estableció una importante herramienta para la solución de controversias que eventualmente se pudieran suscitar entre las normas integrantes del bloque de constitucionalidad aunque como se verá la solución adoptada por la Suprema Corte no fue la que mejor armonizara con este principio.

c) El establecimiento de las obligaciones del estado en materia de derechos humanos

Por su parte el nuevo párrafo cuarto establece la obligación de todas las autoridades par que en el ámbito de sus competencias promuevan, respeten, proteja y garanticen los derechos humanos así como prevenir, garantizar, sancionar y reparar las violaciones a aquellos, así es como los derechos humanos pasan de ser un tema jurisdiccional a ser parte de la política pública del estado en general en la aplicación diaria de los derechos.

2.2. Elementos del bloque de constitucionalidad

Otra implicación importante de la reforma que hemos preferido abordar por tratarse del tema central de este trabajo, se refiere al reconocimiento del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos el cual encuentra su sustento principalmente en el párrafo primero del artículo 1º aunque como se verá toma fuerza de otras partes de la propia Constitución, dicho numeral en esa parte señala:

⁹³ Figueroa Mejía, Giovanni A., *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, México, Porrúa, 2011, p. 50.

⁹⁴ Castilla Juárez, Carlos, "Un nuevo panorama constitucional...", *op. cit.*, pp. 152. Sobre este punto véase el epígrafe 1.7 de este trabajo.

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

Como un primer comentario hay que decir que se amplían las fuentes de los derechos humanos a los tratados internacionales que los contemplan que aunque ya eran parte de la normativa interna no tenían el mismo rango que la Constitución, de esta forma se crea el bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos, cuyos elementos son lógicamente la propia Constitución, los tratados internacionales que contengan derechos humanos y su interpretación.⁹⁶

Es necesario precisar que al bloque de constitucionalidad se puede acudir como fuente para dar base y alcance a un derecho humano y también como parámetro de control cuando se trate de analizar la constitucionalidad de un acto o ley, es decir, el bloque no sólo servirá de base para ejercer un control de tipo jurisdiccional, sino que es una herramienta útil al alcance de cualquier persona o autoridad.

2.2.1. Constitución

La Constitución representa naturalmente el primer y necesario elemento del bloque, pues será ella la norma más importante de éste y la que por mandato expreso cree esa figura, estableciendo su alcance y contenido.

Dado que la Constitución es la norma básica del sistema jurídico se hace manifiesta su imposibilidad para establecer exhaustivamente los principios, valores

⁹⁶ Entre quienes sostienen que con el nuevo artículo 1º se crea un bloque de constitucionalidad están Castilla Juárez, Karlos, "Un nuevo panorama constitucional...", *op. cit.*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso.", *op. cit.*, Caballero Ochoa, José Luis, "La cláusula de interpretación conforme y el principio.", *op. cit.*, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa, 2013, p. 40.

y reglas que habrán de imperar dentro de su sistema jurídico, por lo que en la mayoría de los casos resulta indispensable que se apoye de las normas inferiores para desarrollar su contenido; lo cual para nadie resulta extraño, sin embargo en tratándose de las normas integrantes del bloque de constitucionalidad la situación es un poco distinta.

Se afirma lo anterior porque para que una norma sea parte del bloque de constitucionalidad no solamente se requiere que aquella regule una parte no contemplada expresamente dentro del contenido constitucional, sino que además se exige que sea la propia constitución la que haga mención expresa de que esa norma o conjunto de ellas en específico viene a integrar ese conjunto normativo de rango constitucional.

De esta forma al ser la Constitución la que acepta esta figura a través de la remisión a otras normas, es su elemento constitutivo y esencial, aquí bien cabe preguntarnos si todo el contenido de la Constitución forma parte del bloque o bien –como ya se indicó– solo aquella que contempla expresamente derechos humanos.

La respuesta es que todas las normas establecidas en la constitución gozan de rango constitucional, luego entonces todas pueden válidamente ser parte del bloque, y acotándolo al tema de los derechos humanos la historia no tiene porque ser distinta; serán parte del bloque aquellas normas constitucionales que contemplen algún derecho, esté o no en la primer parte de la Constitución, pues no todos los derechos se encuentran el titulo primero de ella.

2.2.2. Tratados internacionales en materia de derechos humanos

Otro elemento que integra el bloque son los tratados internacionales en materia de derechos humanos y formalmente obedece a la remisión expresa que de ellos realiza el propio texto constitucional, dándole igual posición jerárquica que la norma constitucional en el sistema jurídico.

Eilo se obtiene a partir de una interpretación de la Constitución en los siguientes artículos:

a) Artículo 1º en la parte que dispone: “*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...*”.

b) Artículo 15, el cual señala: “*No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.*”

c) Artículo 103 al establecer: “*Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite. I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;...*”

d) Artículo 133 en la parte que afirma: “*Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión....”.*

Como se aprecia de los preceptos invocados la Constitución acude a los tratados para referirse a que la protección de los derechos humanos se amplía para aquellos que provengan de fuente internacional, incorporando así a las normas internacionales dentro del bloque de constitucionalidad.

Mucho se ha debatido en torno a la igualdad jerárquica de la Constitución y los tratados en materia de derechos humanos, y quizás sea un primer problema a

superar; en este punto hay quienes afirman⁹⁶ que no es posible otorgar igualdad a normas que de origen no lo son y los argumentos que exponen son básicamente tres.

El primero de ellos hace referencia a que los tratados internacionales nacen a la vida jurídica de acuerdo al procedimiento que establece la propia Constitución, por lo que no puede ser iguales si los tratados se supeditan tanto al procedimiento de creación como a no ir en contra del contenido constitucional; el segundo argumento señala que no es posible igualdad jerárquica en razón de que los poderes que crearon uno y otro documento no son iguales, pues la Constitución es creada por un poder constituyente representativo de todo el pueblo y depositario de la soberanía, en tanto que los tratados son celebrados y aprobados por dos poderes constituidos; y finalmente el tercer argumento obedece a una imposibilidad técnica ya que hay que recordar que los tratados internacionales pueden formalmente someterse a un examen de constitucionalidad ante la Suprema Corte –por ejemplo en acción de inconstitucionalidad– y entonces no pueden tener igualdad jerárquica cuando uno de ellos puede ser declarado inválido con base en otra norma que en consecuencia posee un rango superior.

Sin embargo, a pesar de los fuertes argumentos igualmente hay quien ha sostenido sino una postura contraria, si una que supera esas supuestas contradicciones, en principio señalan⁹⁷ que tratándose de los tratados que contengan derechos humanos el concepto de jerarquía tiene que ser separado del debate, ya que el constituyente estableció una fórmula distinta para esta situación, es decir, se afirma que en el tema de derechos humanos nada tiene que ver la jerarquía sino que lo aplicable en este caso es el principio *pro persona*.

⁹⁶ Véase las versiones taquigráficas de las sesiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de los días 12, 13 y 15 de marzo de 2012, así como la de los días 26, 27 y 29 de agosto al igual que las del 2 y 3 de septiembre de 2013, en las que se debatió la contradicción de tesis 293/2011, en donde un grupo importante de ministros argumentaban estos aspectos.

⁹⁷ Véase la versión taquigráfica de la sesión de 29 de agosto de 2013 particularmente la opinión del ministro José Ramón Cossío Díaz a propósito del debate de la contradicción de tesis 293/2011.

Igualmente señalan que tratándose de la incorporación de los tratados internacionales⁹⁸ hay que distinguir de dos momentos, el primero se da cuando el tratado se incorpora al sistema jurídico y ahí sí tiene que cumplir con ciertos requisitos de validez formal y sustancial y si son superados esos conflictos entonces el segundo momento se da en automático al incorporarse las normas de esos tratados al bloque de constitucionalidad.

Por lo que ve al argumento relativo a que no es posible que los órganos que intervienen en la celebración de los tratados puedan ubicarse en igualdad del poder constituyente se contra argumenta en el sentido de que ha sido el propio poder constituyente el que ha decidido otorgarle esa competencia al Senado de la República y al Presidente por lo que no puede considerarse de menor jerarquía al haber sido otorgada esa competencia.

Sobra decir que coincidimos plenamente con esta última postura, pues si bien es cierto el proceso de manifestación de los tratados no es igual al de una norma fundamental, es ésta la que del alguna forma la da el nivel constitucional a las normas internacionales que contenga derechos humanos, luego no es válido suponer que existe una extralimitación de los tratados ni que se rompe con la jerarquía o supremacía constitucional, pues no hay que perder de vista que los derechos contenidos en los tratados son derechos nacionales de fuente internacional, y a fin de cuenta internos.⁹⁹

En este sentido, y a manera de recapitulación podemos establecer que para que un tratado internacional forme parte del bloque de constitucionalidad se requiere que se cumplan los siguientes requisitos:

⁹⁸ Véase la versión taquigráfica de las sesiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del día 26 de agosto, en particular la participación del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

⁹⁹ En este último punto véase a Héctor Fix-Zamudio en la ponencia "Los controles de constitucionalidad y convencionalidad en el ámbito interno" dentro del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional visible en: https://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=2P6jFWYrUm=298 (consultado el 28/11/2013)

- a) Que el tratado internacional sea incluido formalmente cumpliendo los requisitos que para ello se establece en la normativa interna, esto con la intención de generar el vínculo y el estado pueda válidamente ser parte de aquél;
- b) Que la norma internacional no haya sido declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia dentro de un proceso que genere su invalidez general, esto para legitimar que el tratado no contraviene las disposiciones constitucionales y no se pueda alegar su contravención. Este proceso puede ocurrir en un lapso ligeramente breve si consideramos que el plazo para ejercer la acción de inconstitucionalidad es de treinta días contados a partir de que es publicado en el medio oficial; y
- c) Que el tratado contemple algún derecho humano con independencia de la materia general del instrumento internacional, por lo que no sólo formaran parte del bloque aquellos tratados que expresamente se denominen como de derechos sino aquellos que regulando algún otra material señalen prerrogativas a favor de las personas.

Establecidos los anteriores elementos resulta útil aunque sea de manera demostrativa señalar algunos instrumentos que ya forman del bloque por ejemplo: la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre los Derechos del Niño, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer, Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer, Convención Interamericana sobre la restitución internacional de menores, Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores,

Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias, Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, entre otros.

Es necesario señalar que dado lo novedoso de la recepción del derecho internacional la mayor parte de los estudios y jurisprudencia se refiere exclusivamente al derecho convencional del sistema regional, es decir al que vincula la Convención Americana de Derechos Humanos, empero el artículo primero constitucional no hace referencia solamente a los tratados firmados en ese seno, sino a la pluralidad de instrumentos que contengan algún derecho humano por lo que no existe impedimento para que se apliquen –igual que se hace con los tratados regionales- los tratados del sistema universal de protección de derechos.

2.2.3. Jurisprudencia nacional e internacional

Establecidos los anteriores elementos que necesariamente deben ser incluidos al bloque de constitucionalidad lógico resulta que la interpretación que sobre ellos realicen los tribunales en automático igualmente se incorpora el bloque de constitucionalidad.

A pesar de que en este punto la Constitución no realiza remisión expresa a las interpretaciones que sobre ella o los tratados internacionales recaigan, si es importante destacar que estos instrumentos al ser aplicados a casos concretos van precedidos de un ejercicio interpretativo que luego se incorpora en cada una de las sentencias emitidas, de esta forma se va generando precedentes o doctrina jurisprudencial que igualmente va sumandose al bloque de constitucionalidad, si bien no como objeto directo si indirectamente.

Lo anterior porque a fin de cuentas corresponde a la jurisdicción –en general- ir construyendo la estructura y la forma de cómo han de entenderse los derechos a casos particulares que son sometidos a su consideración.

Por lo que respecta la jurisprudencia nacional está se ira integrando por las formas tradicionales de reiteración, contradicción de tesis, sustitución y como producto de acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, por lo que quedará entonces su constitución a los Tribunales Federales facultados para establecerla, en específico a la Suprema Corte, al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Plenos de Circuito y Tribunales Colegiados de Circuito.

Lo anterior no significa que los otros tribunales no tengan libertad al momento de resolver problemas en lo que vallan a aplicar el bloque de constitucionalidad y con ello ir formando un criterio interpretativo sobre las normas integrantes de aquél, pues como se ha establecido recientemente todos los tribunales pueden realizar control de regularidad respecto a la Constitución y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰⁰ con independencia de que ese criterio pase a formar lo que conocemos como "jurisprudencia".

Por otra parte, la jurisprudencia emanada de la interpretación de los tratados internacionales de los que México es parte igualmente resulta integrante del bloque bajo el mismo argumento que el apartado anterior, ya que si la norma internacional es parte del bloque de manera directa igualmente la interpretación que sobre ella establezcan órganos jurisdiccionales supra nacionales en consecuencia lo será; hablamos, pues de la interpretación que hacen de los tratados por ejemplo el Comité de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sobre este último punto la pregunta obligatoria resulta en determinar en qué casos la jurisprudencia que emita la Corte Interamericana resulta integrante del

¹⁰⁰ Sobre este punto se han emitido por ejemplo las siguientes tesis de rubros: "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD." (TA); 10a. Época; Pleno: S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 535); "PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS." (TA); 10a. Época; Pleno: S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 552); "SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO" (TA); 10a. Época; Pleno: S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 557)

bloque; si solo en aquellos en los que México es parte o en todos los casos en tanto que lo que se interpreta son los derechos en relación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la cual nuestro país ha firmado.

Aquí existen diferentes pronunciamientos de los tribunales federales, los cuales han ido evolucionando prácticamente en dos momentos; en principio se estableció que la jurisprudencia en la que el estado mexicano haya sido parte es obligatoria para el estado mexicano y que el resto de los criterios si bien no lo eran si constituían criterios orientadores; estas dos posturas se materializaron principalmente en las siguientes tesis:

“CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional. De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos.”¹⁰¹

¹⁰¹ Tesis aislada sustentada por el Pleno de la Suprema Corte, publicado en la página 550, libro III, diciembre de 2011, tomo 1, de la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. EFECTOS DE SUS SENTENCIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO. El Estado Mexicano se adhirió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 24 de marzo de 1981 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 16 de diciembre de 1998, mediante declaración unilateral de voluntad que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1999. En ese sentido, los artículos 133 y 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconocen la vigencia de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico interno y establecen la obligación de las autoridades nacionales de aplicar los derechos humanos de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales vigentes en nuestro país. Por lo anterior, la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, generan como una consecuencia ineludible que las sentencias emitidas por dicho tribunal internacional, en aquellos casos en los cuales México haya sido parte en el juicio, resulten obligatorias para el Estado mexicano, incluidos todos los jueces y tribunales que lleven a cabo funciones materialmente jurisdiccionales. Esta obligatoriedad alcanza no sólo a los puntos resolutivos de las sentencias en comento, sino a todos los criterios interpretativos contenidos en las mismas.¹⁰²

Como lo podemos apreciar de las tesis transcritas el argumento de fondo consiste en señalar que el estado mexicano al ser parte en un asunto contencioso la sentencia que ahí se pronunciara resulta obligatoria al haber sido condenado y que como tal se tendría que cumplir por las instancias respectivas, pero además las consideraciones contenidas en las sentencias igualmente resultan obligatorias en tanto que contiene criterios interpretativos; y por otro lado en aquellas en las

¹⁰² Tesis aislada emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, que aparece publicada en la página 650, libro V, febrero de 2012, tomo I, de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

que no se fue parte constituyen aspectos que bien pueden tomarse por los jueces nacionales para establecerlos en sus sentencias sin la idea de sean obligatorios.

Sin embargo, el otro momento de evolución ocurrió con motivo de la resolución de la contradicción de tesis a la que ya hemos citado -293/2011-¹⁰³ en donde se estableció que las sentencias que emita la Corte Interamericana resultan vinculantes para los jueces nacionales, siempre y cuando sea más favorable a la persona; e incluso en las sesiones en las que se debatió el asunto se matizó un poco la obligatoriedad y se dijo que resultaban vinculantes más no obligatorias, tratando de establecer que se trata de un dialogo entre cortes en defensa de los derechos humanos partiendo de la mejor protección a la persona y al ser la jurisprudencia de la Corte Interamericana una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos lógico resulta que igualmente puede ser tomada en cuenta por los jueces, los cuales pueden ser críticos en su aplicación y puedan analizar si el precedente del tribunal interamericano resulta aplicable de acuerdo al contexto propio del asunto, pues puede no tener la misma característica de un trato en un país y en otro un mismo tema; de esta forma se dice en la sesión que forman un estándar mínimo de criterios cuando resulten más favorables a la persona; por lo que podemos concluir que todas las sentencias que emita aquél órgano pueden si así lo estima cada juzgador con su resolución formar parte del bloque de constitucionalidad.¹⁰⁴

2.2.4. Otras normas

Bien podemos preguntarnos si solamente la Constitución y los tratados así como su interpretación forman parte del bloque de constitucionalidad o si es factible incluir alguna otra; la respuesta es no.

¹⁰³ Al momento de la elaboración de este trabajo ni las tesis; ni el engrose de dicha resolución eran difundidos, por lo que los comentarios que se realizan en torno a ella devienen de los debates realizados en el Pleno de la Suprema Corte de Justicia los días 12, 13 y 15 de marzo de 2012, así como el 26, 27 y 29, de agosto y 2 y 3 de septiembre de 2013.

¹⁰⁴ Véase la participación del ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea en la sesión del Pleno de la Suprema Corte de tres de septiembre de 2013.

Como señalamos es por disposición expresa del artículo primero constitucional que se crea el bloque y este es claro en señalar que será la Constitución y los tratados que contengan derechos humanos y de los cuales el estado sea parte, e igualmente ya se dijo que como objeto indirecto la interpretación materializada en la jurisprudencia igualmente podría incluirse pero no así otras normas, pues una de las características principales para que se dé el bloque es que sea la propia Constitución la que autorice la ampliación del parámetro de control a ciertas normas señales explícitamente y al no ser incluidas ninguna otra no podemos aumentar el concierto de leyes que formen parte del bloque.

Con ello no pretendemos que se tome como único parámetro para tutelar un derecho las dos normas referidas, sino que simplemente no formaran parte del bloque, pero si la norma a aplicar posee una protección mayor a un derecho así se trate de una norma inferior se aplicará ésta por mandato del principio pro persona e incluso puede tener un efecto más protector que las normas que integran el propio bloque.

Lo que se intenta explicar es pues que las normas que alimentan al bloque solamente son la Constitución y los tratados internacionales que contengan derechos humanos pero eventualmente puede utilizarse cualquier otra norma para controlar la regularidad de actos otra norma si es más protectora del derecho en particular que se esté protegiendo lo cual será operativo por medio del principio pro persona, pero al margen del bloque.

2.3. Interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de algunos Tribunales Federales

La forma de desarrollar el tema del bloque de constitucionalidad por algunos tribunales nacionales, no necesariamente es compatible con lo que se ha hablado hasta ahora son varios los puntos en los que los tribunales se han pronunciado de un modo no uniforme a este trabajo y a ello nos referiremos enseguida.

a) Denominación

Un tema que bien puede ser de menor importancia pero que amerita algunos comentarios es el relativo a la denominación que al bloque se le ha impuesto, pues como se verá no se ha tomado la expresión en idéntico sentido de como ha sido utilizada en Francia, España, Colombia o Argentina por mencionar algunos.

Como se estableció líneas arriba a partir de las reformas constitucionales de junio de 2011, los tribunales iniciaron con la interpretación del artículo primero lo que llevó a que se emitieran algunos criterios en los que además se hacía referencia a la expresión de bloque de constitucionalidad para referirse a la ampliación del parámetro de control en materia de derechos humanos, sin embargo esta denominación no fue acogida por la Suprema Corte en el último de los asuntos en el que trato este tema nos referimos a la multicitada contradicción de tesis 293/2011.¹⁰⁵

En efecto, a manera de ejemplo podemos citar las siguientes tesis las cuales sólo hacen mención de esta figura sin explicar en qué consiste y de dónde se desprende que la denominación utilizada fue la de bloque de constitucionalidad:

"CONTROL DIFUSO. RASGOS DISTINTIVOS DE SU EJERCICIO. El "sistema difuso" es aquel en el cual el examen de compatibilidad de los actos frente a la Constitución corresponde a todos los órganos jurisdiccionales y lo ejercitan, incidentalmente, en ocasión de la decisión de las causas de su competencia. La lógica de dicho sistema reside en que, a cada caso, debe recaer una resolución conocida como "norma individualizada", la cual se infiere o deduce a partir de la norma general, pero adecuándola o relacionándola con los hechos o circunstancias del caso concreto, por lo que la decisión se compone de un silogismo judicial que se integra por una premisa fáctica determinada por hechos o circunstancias conforme a las cuales, deberá construirse una premisa normativa que otorgue la mejor solución al conflicto, esto es, cuando se ejerce el control difuso se actúa en el problema contingente y propio que impone una comprobación constitucional en el caso debatido; de ahí el efecto de la cosa juzgada -inter partes-. De

¹⁰⁵ Se reitera que al momento de elaborar este trabajo aún no estaba disponible ni el engrose de la sentencia ni las tesis que surgieron de esa contradicción de tesis.

manera que en este sistema, el juzgador tiene el deber de realizar una interpretación para llegar a un juicio respecto a la constitucionalidad de la decisión que pronuncia en casos concretos. Por tanto, en el supuesto de estimar que la aplicación de cierta disposición, bajo determinadas circunstancias, resulta inconstitucional, sólo puede, en casos extremos, desaplicar tal disposición en el evento concreto, resolviendo como si ésta no existiera. Así, la duda sobre su constitucionalidad siempre debe plantearse en razón de su aplicación en circunstancias particulares, aspecto que marca la diferencia respecto al control concentrado, puesto que, en este último, se cuestiona la inconstitucionalidad de una ley en abstracto; esto es, la propia norma general, pero sin apreciar los hechos concretos del caso ni la regla que rige a casos específicos, sino la ley per se, con generalidad en el pronunciamiento. Finalmente, cabe considerar que el control difuso, entendido como uno de los medios para consolidar la supremacía constitucional, tiende a buscar y conciliar el sentido o interpretación de las normas que conforman la premisa normativa, a fin de conseguir la: a) interpretación conforme en sentido amplio, de acuerdo al bloque de constitucionalidad; b) interpretación conforme en sentido estricto, si hay varios sentidos, debe elegirse el más acorde al bloque de constitucionalidad, esto es, el previsto o pretendido por la Constitución, y sólo cuando esto resulte imposible se deberá; c) inaplicar, en el caso concreto, la disposición que oriente el sentido de la premisa normativa, cuando sea indefectible un determinado sentido, en oposición al pretendido constitucionalmente, siempre en el contexto de los efectos inter partes que apareja este sistema.¹⁰⁶

"DERECHO AL MÍNIMO VITAL. CONCEPTO, ALCANCES E INTERPRETACIÓN POR EL JUZGADOR. En el orden constitucional mexicano, el derecho al "mínimo vital" o "mínimo existencial", el cual ha sido concebido como un derecho fundamental que se apoya en los principios del Estado social de derecho, dignidad humana, solidaridad y protección de ciertos bienes constitucionales, cobra vigencia a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución

¹⁰⁶ Criterio sustentado por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, que aparece publicado en la página 1762, Libro XX, Mayo de 2013, tomo 3 de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Política de los Estados Unidos Mexicanos, particularmente en sus artículos 1o., 3o., 4o., 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123; aunado al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", suscritos por México y constitutivos del bloque de constitucionalidad, y conformados por la satisfacción y protección de diversas prerrogativas que, en su conjunto o unidad, forman la base o punto de partida desde la cual el individuo cuenta con las condiciones mínimas para desarrollar un plan de vida autónomo y de participación activa en la vida democrática del Estado (educación, vivienda, salud, salario digno, seguridad social, medio ambiente, etcétera.), por lo que se erige como un presupuesto del Estado democrático de derecho, pues si se carece de este mínimo básico, las coordenadas centrales del orden constitucional carecen de sentido. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, en la Observación General No. 3 de 1990, ha establecido: "la obligación mínima generalmente es determinada al observar las necesidades del grupo más vulnerable que tiene derecho a la protección del derecho en cuestión.". Así, la intersección entre la potestad estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales, en su connotación de interdependientes e indivisibles, fija la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma constitucionalmente protegida, que es el universal para sujetos de la misma clase y con expectativas de progresividad en lo concerniente a prestaciones. En este orden de ideas, este parámetro constituye el derecho al mínimo vital, el cual coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria o de necesidades insatisfechas que limiten sus libertades, de tal manera que este derecho abarca todas las medidas positivas o negativas necesarias para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano, por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. Aunado a lo anterior, el mínimo vital es un concepto jurídico indeterminado que exige confrontar la realidad con los valores y fines de los derechos sociales, siendo necesario realizar una evaluación de las

circunstancias de cada caso concreto, pues a partir de tales elementos, es que su contenido se ve definido, al ser contextualizado con los hechos del caso; por consiguiente, al igual que todos los conceptos jurídicos indeterminados, requiere ser interpretado por el juzgador, tomando en consideración los elementos necesarios para su aplicación adecuada a casos particulares, por lo que debe estimarse que el concepto no se reduce a una perspectiva cuantitativa, sino que por el contrario, es cualitativa, toda vez que su contenido va en función de las condiciones particulares de cada persona, de esta manera cada gobernado tiene un mínimo vital diferente; esto es, el análisis de este derecho implica determinar, de manera casuística, en qué medida se vulnera por carecer de recursos materiales bajo las condiciones propias del caso.¹⁰⁷

“CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES APLICADAS EN EL ACTO RECLAMADO EN UN AMPARO INDIRECTO. ES VIABLE AUNQUE AQUÉLLAS NO HAYAN SIDO RECLAMADAS DE MANERA DESTACADA O SEA IMPROCEDENTE EL JUICIO EN SU CONTRA. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente a partir del once de junio de dos mil once establece que todas las autoridades, dentro del ámbito de sus competencias, deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano. Conforme al ámbito competencial de los juzgadores de amparo, les corresponde de forma relevante la protección de los derechos humanos, ya que su función primordial consiste en ejercer dentro de esa materia un control directo o concentrado de convencionalidad y constitucionalidad. Por otra parte, también existe una vertiente de control difuso o incidental ejercido por el resto de los Jueces del país, los cuales pueden analizar ex officio si las normas generales relacionadas con los procesos de su conocimiento vulneran algún derecho humano reconocido en el bloque de constitucionalidad; en cuyo caso deben inaplicar la norma transgresora, sin necesidad de verificar si podría ser impugnada a través del



SISTEMA DE BIBLIOTECA

¹⁰⁷ Criterio sostenido por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, que aparece publicado en la página 1345, Libro XVII, Febrero de 2013, tomo 2 de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

amparo. Pues bien, si los Jueces comunes cuentan con tan amplias facultades de control de convencionalidad y constitucionalidad de leyes, no puede sostenerse que carezcan de ellas los tribunales de amparo. Por el contrario, como principales garantes de los derechos humanos, pueden ejercer oficiosamente ese control sobre la norma general aplicada en el acto reclamado, aunque no haya sido reclamada o, habiéndolo sido, resulte improcedente el amparo en su contra. En efecto, lo anterior sólo impediría el otorgamiento de la protección federal contra la ley inconventional o inconstitucional, pero no contra el acto concreto, como medida tendiente a lograr la desaplicación de aquella norma abstracta. Este criterio se encuentra orientado por el principio hermenéutico *pro homine* establecido en el referido artículo 1o., en virtud del cual debe acudir-se a la interpretación más extensiva cuando se trata de fijar los alcances de los derechos humanos y sus garantías.¹⁰⁸

Tal como se advierte estos tribunales utilizaron la expresión “bloque de constitucionalidad” como parte de su discurso jurisprudencial, sin embargo desde que se sometió a estudio en la Suprema Corte el proyecto de contradicción de tesis un grupo importante de ministros pronunciaron su inconformidad respecto a la denominación de ese nuevo parámetro de control que establece la Constitución argumentando que esa denominación confunde más de lo que aporta, pues se dijo que de aceptar dicha denominación se dejaría de lado el control de tipo convencional al ejercerse exclusivamente control constitucional –respecto a este punto nos pronunciaremos en el siguiente capítulo.

Incluso se llegó a decir que cuando se habla de “bloque de constitucionalidad” *hay que sacarle la vuela como a la peste*, pues nada tiene que ver con nuestro sistema, y que tal propuesta era algo sucedáneo y se mencionó en aquella ocasión que sería mejor denominarle *masa de derechos, bloque de*

¹⁰⁸ Tesis emitida por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región que aparece en la página 2143, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 4 de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

regularidad, conjunto normativo de rango constitucional,¹⁰⁹ sin embargo al no haber llegado a los consensos necesarios el proyecto fue retirado para un nuevo estudio, situación que aconteció hasta el 26 de agosto de 2013 en donde como un primer punto de la explicación por el ministro ponente expuso que se había cambiado la denominación para preferir el uso de la expresión más específica y se le denominó *parámetro de control de regularidad constitucional*, sin embargo nosotros preferimos por las razones expuestas seguir denominándole bloque de constitucionalidad.

Desde nuestro punto de vista la denominación no debió de haber sido problema alguno pues dicha expresión sólo es utilizada para referirse al fenómeno de ampliación del contenido constitucional a otras normas autorizadas por la propia Constitución, incluso el bloque no significa lo mismo en Francia, España o Colombia pero en todos los casos se refiere a una remisión a otras normas a las que se les otorga rango constitucional, por lo que no existía problema con ello; por lo que ve a la denominación que según entiendo formara parte de la próxima doctrina jurisprudencial constituye no una denominación sino una explicación de la función del bloque de constitucionalidad al llamársele parámetro de control de regularidad constitucional.

b) Elementos que lo integran

Al menos en esta parte del tema si han existido coincidencias sobre los elementos que según el artículo primero constitucional integran el bloque de constitucionalidad o como le denomina la corte parámetro de control de regularidad constitucional, y así se ha reflejado en algunas tesis de Tribunales Colegiados y de la propia Suprema Corte emitidas con anterioridad a la contradicción de tesis 293/2011; a manera de ejemplo podemos citar las siguientes:

¹⁰⁹ Véase la versión taquigráfica de la sesión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 12 de marzo de 2012

"PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. El mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte."¹¹⁰

"PERSONAS JURÍDICAS. SON TITULARES DE LOS DERECHOS HUMANOS COMPATIBLES CON SU NATURALEZA. Del preámbulo y del contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se advierte, en principio, que los derechos que reconoce son sólo los inherentes a la persona humana, pues aquél hace referencia expresa a los "derechos esenciales del hombre", y el artículo 1, numeral 2, del propio ordenamiento, prevé que persona es todo ser humano. Por otra parte, la reforma al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, constituye un cambio de paradigma en el orden jurídico nacional, pues dicho precepto ahora dispone que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la propia Norma Fundamental y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, lo cual implica reconocer a los tratados referidos a derechos humanos un carácter particular, equiparable a las normas constitucionales, conformando un nuevo bloque de constitucionalidad, en la medida en que aquéllos pasan a formar parte del contenido de la Constitución, integrando una unidad exigible o imponible a

¹¹⁰ Tesis aislada sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, que aparece publicada en la página 551, Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1 de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

todos los actos u omisiones que puedan ser lesivos de derechos fundamentales. En estas condiciones, si bien es cierto que el Órgano Reformador de la Constitución no dispuso expresamente como titulares de los derechos consagrados en ella a las personas jurídicas, como sí se hace en otras normas fundamentales e instrumentos internacionales como la Constitución Alemana o el Protocolo No. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, también lo es que el texto constitucional citado alude lisa y llanamente al término "personas", por lo que de una interpretación extensiva, funcional y útil, debe entenderse que no sólo se orienta a la tutela de las personas físicas, sino también de las jurídicas, en aquellos derechos compatibles con su naturaleza, como los de acceso a la justicia, seguridad jurídica, legalidad, propiedad y los relativos a la materia tributaria, entre otros, máxime que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido explícitamente, en el caso *Cantos vs. Argentina*, que las personas jurídicas, en determinados supuestos, son titulares de los derechos consagrados en el Pacto de San José, al reconocer el de constituir asociaciones o sociedades para la consecución de un determinado fin y, en esta medida, son objeto de protección. Además, México ha suscrito un sinnúmero de pactos internacionales en los que ha retrendado el compromiso de respetar los derechos humanos en su connotación común o amplia, lo que incluye la relación y sentido que a la institución se atribuye en el ámbito nacional, pero también el reconocido en otras latitudes, reforzando el corpus iuris aplicable que, como bloque de constitucionalidad, recoge la Constitución Mexicana y amplia o complementa a convenciones, en particular a la inicialmente mencionada. Refuerza lo anterior el hecho de que a partir de la nueva redacción del artículo 1o. constitucional y de la sentencia dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con motivo del acatamiento a lo ordenado en el caso *Radilla Pacheco*, registrada bajo el número varios 912/2010, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro I, Tomo 1, octubre de 2011, página 313, las normas relativas a los derechos humanos deben interpretarse de la forma más benéfica para la persona, lo que implica que no necesariamente hay una jerarquía entre ellas, sino que se aplicará la que ofrezca una protección más amplia; en esta medida, si diversos instrumentos internacionales prevén como

titulares de derechos humanos a las personas jurídicas, debe seguirse esta interpretación amplia y garantista en la jurisprudencia mexicana.”¹¹¹

Vemos pues, las dos tesis transcritas se habla de que el bloque de constitucionalidad está formado por los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internaciones en los que México es parte así como por los criterios que emita la Corte Interamericana, lo cual dicho sea de paso, fue reiterado prácticamente en sus términos en la resolución de la contradicción de tesis ya aludida.

c) Articulación entre las normas integrantes del bloque

Finalmente resta decir sobre este tema cómo es que la Suprema Corte a partir de la resolución de la contradicción de tesis 293/2011 estableció la articulación o armonización entre las normas integrantes del bloque.

En este punto después de agudos debates se llegó a la conclusión de que los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales se encuentran en un mismo nivel –constitucional- así el parámetro o canon para controlar las leyes y actos serán las normas que provengan tanto de la norma suprema como de las internacionales; hasta ahí todo parece estar claro pues sí existe un bloque ese será precisamente el punto de partida en el control constitucional.

Sin embargo se señaló que en aquellos casos en los que la Constitución estableciera una limitante o restricción a un derecho se tendría que preferir la aplicación de la norma constitucional sobre la internacional, pues se considera que aquella sigue siendo suprema y jerárquicamente superior a las demás normas integrantes del sistema incluidos desde luego los tratados internacionales.

¹¹¹ Tesis emitida por el Cuanto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, publicada en la página 1875, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2, de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Con tal postura se desconoció totalmente el principio *pro persona* pues en materia de derechos humanos no existen jerarquías entre los elementos integrantes del bloque de constitucionalidad y los posibles conflictos pudieran resolverse haciendo uso de ese principio o de otros criterios interpretativos como la interpretación conforme, sin embargo no se decidió así; lo cual implica que este principio tenga vigencia solamente en aquellos casos en los que se encuentren en sintonía la norma constitucional e internacional.¹¹²

¹¹² Sobre este tema se será más exhaustivo en el próximo capítulo.

CAPÍTULO TERCERO

UNIDAD DEL CONTROL A PARTIR DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

3.1. Control constitucional

Durante años parecía estar claramente establecido que el control constitucional en México era de tipo concreto y concentrado en los tribunales federales que conocieran de un juicio de amparo; por lo que cada oportunidad para pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley o acto se presentaba cada que se accionaba tal juicio; sin embargo las cosas cambiaron a mediados de la década de los noventas cuando se le dotaron de facultades a la Suprema Corte de Justicia para que conociera de un control de tipo abstracto –acción de inconstitucionalidad– y se amplió la procedencia de las controversias constitucionales. Hasta aquí todo se armonizaba con las tesis que se repetían una y otra vez en torno a que el control difuso de constitucionalidad no estaba autorizado por el artículo 133 constitucional.¹¹³

Sin embargo con los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir de 2006 en donde se habla del control de convencionalidad por parte de todos los jueces nacionales y aunado a la resolución recaída en el expediente varios 912/2010 y con la reforma constitucional de junio de 2011, el panorama del control de constitucionalidad se modificó sustancialmente al grado que ahora se habla de “control constitucional” y “control convencional” en la mayoría de los casos para referirse a una de las formas utilizadas para vigilar la regularidad de leyes o actos frente a la

¹¹³ Por ejemplo véase las tesis de rubro: “AMPARO POR JURISDICCIÓN O COMPETENCIA CONCURRENTES. CONSTITUYE UNA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE CONTROL CONCENTRADO O DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD.”, “AMPARO POR JURISDICCIÓN O COMPETENCIA CONCURRENTES. CONSTITUYE UNA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE CONTROL CONCENTRADO O DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD.”, “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES.”

Constitución o frente a los tratados internacionales; en las siguientes líneas expondremos brevemente la naturaleza de ambos controles y la forma en cómo se unifican a partir del reconocimiento del bloque de constitucionalidad.

3.1.1. Características

El control constitucional es aquel que se utiliza para definir la validez o invalidez de un acto o norma, tomando como parámetro exclusivamente la Constitución, de esta forma el resultado de ese ejercicio es la constitucionalidad o inconstitucionalidad de lo impugnado.

a) Órganos que lo ejercen

El control constitucional en materia de derechos humanos se ejerce por cualquier juez sea cual sea su nivel o especialización, pues de conformidad con el artículo primero constitucional tienen la obligación de guardar los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en su ámbito de acción, de esta forma se ha aceptado por la Suprema Corte -dicho sea de paso- después de negarlo casi durante todo el siglo pasado, que existe un control de constitucionalidad en esta materia de tipo difuso, así se ha expuesto a manera de ejemplo en el siguiente criterio:

"CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de

convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como si sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.¹¹⁴

En consecuencia los Tribunales Colegiado igualmente han emitido criterios coincidentes, como los siguientes:

"CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD EX OFFICIO. SUS PRESUPUESTOS FORMALES Y MATERIALES DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA. Aun cuando el control difuso de constitucionalidad - connotación que incluye el control de convencionalidad- que ejercen los órganos jurisdiccionales en la modalidad ex officio no está limitado a las manifestaciones o actos de las partes, pues se sustenta en el principio iura novit curia, ello no implica que deba ejercerse siempre, pues existen presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia que deben tenerse en cuenta. La ley, la jurisprudencia y la práctica muestran que algunos de esos presupuestos, que de no satisfacerse impedirán su ejercicio, de manera enunciativa son: a) que el juzgador tenga competencia legal para resolver el procedimiento o proceso en el que vaya a contrastar una norma; b) si es a petición de parte, que se proporcionen los elementos mínimos, es decir, debe señalarse con toda claridad cuál es el derecho humano o garantía

¹¹⁴ Criterio emitido por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y que aparece publicado en la página 535, Libro III, Diciembre de 2011 Tomo I, de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación.

que se estima infringido, la norma general a contrastar y el agravio que le produce, pues de otra forma, sin soslayar su carácter de conocedor del derecho, el juzgador no está obligado a emprender un estudio expreso oficioso de los derechos humanos o preceptos constitucionales o convencionales que se le transcriban, o que de manera genérica se invoquen como pertenecientes al sistema; c) debe existir aplicación expresa o implícita de la norma, aunque en ciertos casos también puede ejercitarse respecto de normas que, bien sea expresa o implícitamente, deban emplearse para resolver alguna cuestión del procedimiento en el que se actúa; d) la existencia de un perjuicio en quien solicita el control difuso, o bien irrogarlo a cualquiera de las partes cuando se realiza oficiosamente; e) inexistencia de cosa juzgada respecto del tema en el juicio, pues si el órgano jurisdiccional ya realizó el control difuso, estimando que la norma es constitucional, no puede realizarlo nuevamente, máxime si un juzgador superior ya se pronunció sobre el tema; f) inexistencia de jurisprudencia obligatoria sobre la constitucionalidad de la norma que emiten los órganos colegiados del Poder Judicial de la Federación, porque de existir, tal criterio debe respetarse, pues el control concentrado rige al control difuso y, g) inexistencia de criterios vinculantes respecto de la convencionalidad de la norma general, ya que conforme a las tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes para los tribunales del Estado Mexicano.¹¹⁵

"CONTROL DIFUSO. RASGOS DISTINTIVOS DE SU EJERCICIO. El "sistema difuso" es aquel en el cual el examen de compatibilidad de los actos frente a la Constitución corresponde a todos los órganos jurisdiccionales y lo ejercitan, incidentalmente, en ocasión de la decisión de las causas de su competencia. La lógica de dicho sistema reside en que, a cada caso, debe recaer una resolución conocida como "norma individualizada"; la cual se infiere o deduce a partir de la norma general, pero adecuándola o relacionándola con los hechos o circunstancias del caso concreto, por lo que

¹¹⁵ Tesis emitida por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava región, pendiente de publicación en el Semanario Judicial de la Federación.

la decisión se compone de un silogismo judicial que se integra por una premisa fáctica determinada por hechos o circunstancias conforme a las cuales, deberá construirse una premisa normativa que otorgue la mejor solución al conflicto, esto es, cuando se ejerce el control difuso se actúa en el problema contingente y propio que impone una comprobación constitucional en el caso debatido; de ahí el efecto de la cosa juzgada -inter partes-. De manera que en este sistema, el juzgador tiene el deber de realizar una interpretación para llegar a un juicio respecto a la constitucionalidad de la decisión que pronuncia en casos concretos. Por tanto, en el supuesto de estimar que la aplicación de cierta disposición, bajo determinadas circunstancias, resulta inconstitucional, sólo puede, en casos extremos, desaplicar tal disposición en el evento concreto, resolviendo como si ésta no existiera. Así, la duda sobre su constitucionalidad siempre debe plantearse en razón de su aplicación en circunstancias particulares, aspecto que marca la diferencia respecto al control concentrado, puesto que, en este último, se cuestiona la inconstitucionalidad de una ley en abstracto; esto es, la propia norma general, pero sin apreciar los hechos concretos del caso ni la regla que rige a casos específicos, sino la ley per se, con generalidad en el pronunciamiento. Finalmente, cabe considerar que el control difuso, entendido como uno de los medios para consolidar la supremacía constitucional, tiende a buscar y conciliar el sentido o interpretación de las normas que conforman la premisa normativa, a fin de conseguir la: a) interpretación conforme en sentido amplio, de acuerdo al bloque de constitucionalidad; b) interpretación conforme en sentido estricto, si hay varios sentidos, debe elegirse el más acorde al bloque de constitucionalidad, esto es, el previsto o pretendido por la Constitución, y sólo cuando esto resulte imposible se deberá; c) inaplicar, en el caso concreto, la disposición que oriente el sentido de la premisa normativa, cuando sea indefectible un determinado sentido, en oposición al pretendido constitucionalmente, siempre en el contexto de los efectos inter partes que apareja este sistema.¹¹⁸

¹¹⁸ Tesis aislada sostenida por el Cuarto Tribunal Colegiado del Primer Circuito y que aparece publicada en la página 1762, libro XX, mayo de 2013, tomo 3, de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Los anteriores criterios confirman lo expuesto en el sentido de que hoy por hoy cualquier juez puede realizar control de constitucionalidad en materia de derechos humanos, es decir, contraponer el acto que se analiza con la constitución y así emitir una resolución cuyos efectos se ven más adelante.

Igualmente y tal vez sea el mejor ejemplo de ello, se ejerce control de constitucionalidad digamos en sentido estricto cuando los tribunales federales resuelven sobre los juicios de amparo, acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, pues precisamente lo que se hace ahí es vigilar la regularidad de la Constitución frente a los actos y normas que son impugnados y que se someten a un análisis de constitucionalidad.

El mejor ejemplo de este tipo de control son las acciones de inconstitucionalidad en donde precisamente lo que se hace es contraponer el contenido de la ley a la constitución de manera directa, sin que ello impida traer a la línea argumentativa violaciones indirectas a la Constitución al haberse violado otras normas que de ella derivan, de esta forma al presentarse violaciones formales o sustanciales el resultado normal es la declaratoria general de inconstitucionalidad lo que genera su invalidez, empero existen otro tipo de sentencias que sin realizar esa declaratoria salvan el contenido del enunciado normativo tildado de inconstitucional, las cuales han sido llamadas por la doctrina como atípicas.¹¹⁷

b) Cómo se acciona

El control constitucional en materia de derechos humanos debe realizarse, según el artículo primero constitucional de oficio, sin que ello naturalmente impida que lo hagan las partes; sin embargo hay que diferenciar del control de constitucionalidad difuso que se realiza en un procedimiento ordinario por un juez igualmente ordinario y de aquellos que realiza de manera concentrada un tribunal con competencia directa para pronunciarse sobre la constitucionalidad; es decir, no se

¹¹⁷ En ese sentido véase a Figueroa Mejía, Giovanni A. *op. cit.*

acciona del mismo modo un el control constitucional ante un juez de primera instancia local, que ante un juez de distrito de amparo.¹¹⁸

En el primero de los casos el juez que conozca del juicio principal puede si así lo estima y lo advierte realizar el control constitucional sobre la norma a aplicar dentro de sus competencias, o si se lo piden las partes igualmente está obligado a realizar dicho análisis de inconstitucionalidad de la norma pero al caso en específico, es decir aquí se realiza un control de tipo concreto¹¹⁹.

Por su parte el órgano de control concentrado, tiene como función dadas las competencias que tiene asignadas vigilar la regularidad de actos y de normas y todas las demandas que a él lleguen tiene esa finalidad; aquí puede ser que el examen se realice de manera concreta a cierto acto como puede acontecer en los juicios de amparo y controversias constitucionales o bien de manera abstracta como pasa con las acciones de inconstitucionalidad.

c) Resultado

A pesar de que el parámetro de control es el mismo en todos los casos en que se realiza análisis de constitucionalidad, el resultado es diverso por tratarse —como se dijo arriba— de órganos diferentes y de diversos instrumentos y vías.

Por lo que ve al control difuso el resultado del análisis al ser estimatorio se limita a una declaratoria de inaplicación al caso en concreto al cual se actualiza la norma, mientras que en el concentrado el pronunciamiento es una declaratoria de inconstitucionalidad pero con dos matices, pues en el amparo esa declaratoria sólo tiene efectos entre los contendientes en el juicio, pero en acciones y controversias dicha declaratoria tiene efectos generales, precisamente por la naturaleza del mecanismo accionado.

3.2. Control de convencionalidad

¹¹⁸ Véase la resolución de expediente varios 912/2010 en donde se explica cada tipo de control.

¹¹⁹ Sobre los controles consúltese a Huerta Ochoa, Carla, *Mecanismos constitucionales para el control político*, tercera edición, México, UNAM, 2010, p. 53.

3.2.1. Características

En principio resulta útil precisar que el control convencional – en el seno regional– consiste en la obligación que corresponde a todos los órganos del estado de analizar su actuar teniendo como parámetro la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su interpretación de ahí que todos los actos del estado estén sometidos a este control.¹²⁰

Igualmente es conveniente señalar que este control se divide en interno e internacional, el primero es el que se realiza por los órganos del estado que es parte en la convención –también llamado difuso– y el segundo es el llevado a cabo por la Corte y la Comisión Interamericanas –llamado también concentrado–, y cuando el control es ejercido por un órgano jurisdiccional se le denomina entonces control judicial de convencionalidad,¹²¹ sin embargo hay quien sostiene que el control de convencionalidad es sólo aquel que realizan los tribunales transnacionales y no los nacionales.¹²²

Para entender este punto es necesario remitirnos al antecedente jurisprudencial sobre qué debemos entender por control convencional, según la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, quien la definió en uno de sus casos y se encuentra inmersa en el siguiente párrafo:

“124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean

¹²⁰ Ayala Corao, *Estos. Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2013, p. 110.

¹²¹ *Ibidem* pp. 110-111.

¹²² Este argumento es sostenido por Héctor Fix-Zamudio en la ponencia “Los controles de constitucionalidad y convencionalidad en el ámbito interno” dentro del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional visible en: <https://www.youtube.com/watch?v=9t0tet&v=ygPikFWYrU8=298> (consultado el 28/11/2013).

mergadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana."¹²³

De esta forma el tribunal interamericano señaló que todos los jueces se encuentran obligados a vigilar la aplicación de las normas convencionales, logrando así la observancia de ésta sobre las normas que pudieran resultar contrarias a ella.

El fundamento de este control radica en la obligación internacional de respetar y garantizar los derechos y libertades reconocidos en la convención se complementa con la obligación de cada país de adoptar las disposiciones necesarias en su derecho para que tales derechos sean efectivos, por lo que si un derecho no está garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter los estados partes se comprometen de acuerdo al artículo dos de la convención a adoptar las medidas necesarias para la efectividad de los derechos; estas obligaciones son totalizantes al comprometer a todos los órganos del estado.¹²⁴

Por lo que al trasladarse esa obligación al poder judicial es que se ejerce el control convencional en cada una de sus esferas.

a) Órganos que lo ejercen

En sede interna –que es al control que nos referiremos– se puede ejercer por cualquier tribunal que se encuentre sustanciado algún procedimiento principal de su competencia ordinaria ya sea que hablemos de control concentrado o difuso, abstracto o concreto.

¹²³ Párrafo 124 de la sentencia de fondo del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile de 26 de septiembre de 2006.

¹²⁴ Ayala Corao, Carlos, *op. cit.*, p. 104.

b) Cómo se acciona

Al igual que el control constitucional este es de naturaliza oficiosa por lo que aún ante la ausencia de agravio o de argumenta que señale la inconventionalidad de la norma a aplicar el juez está obligado de ejercerlo en aquellos casos en los que advierta que es necesario su estudio, empero si las partes se lo plantean se encuentra obligado a responder a tal petición.

c) Resultado

Hecho el análisis de la convencionalidad de la norma o de los actos impugnados y si el juez nacional llega a la conclusión de que ellos es contrario a lo establecido en la convención el resultado de ello es una declaratoria de incompatibilidad con la convención lo que genera la inaplicación al caso en concreto de la norma o la invalidez del acto.

Sin embargo tratándose de aquellos tribunales que tienen control concentrado de constitucionalidad el control judicial de convencionalidad convive con aquel, lo cual generaría confusiones que serían salvables si se aceptara la unidad del control jurisdiccional.

3.3. Unidad del control a través del bloque de constitucionalidad

Hasta esta parte del trabajo se han expuesto algunos conceptos generales que sirven de sustento al bloque de constitucionalidad, igualmente se señalaron los elementos que lo integran, la posición que sobre el tema han dado los tribunales y se ha establecido someramente cómo se hace hoy por hoy el control jurisdiccional en México.

Sin embargo, consideramos que la forma de ejercer el control jurisdiccional no puede ser visto de igual manera a partir del reconocimiento del bloque de constitucionalidad al implicar consecuencias importantes que pasan del plano teórico al práctico.

Aceptada pues la idea de que el bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos en México se integra formalmente por el articulado de la Constitución, por los tratados internacionales de la materia –por mandato de aquella- y la interpretación que de ambos realizan los tribunales competentes, ello genera que se tenga un solo parámetro de control y no dos –convencional y constitucional- como ocurre actualmente.

Tal conclusión deriva de un ejercicio simple, ya que si decimos que tenemos un bloque o conjunto de normas de rango constitucional –o como la Corte le denomina: parámetro de control de regularidad- que se integra por diversas fuentes, entonces las normas componentes forman un solo parámetro que tendrá que aplicarse en todos los casos en que se vigile la regularidad de normas y actos, luego ese bloque seguirá siendo el constitucional.

De este modo se supera, a decir de algunos,¹²⁵ los conflictos que se presentan al realizar control convencional y constitucional de manera simultánea llegando incluso a conclusiones contradictorias, ya que el control de convencionalidad no resultaba una ecuación sencilla por mezclarse una serie de elementos –por ejemplo la jerarquía.

Por lo que al estar incluidas dentro del bloque de constitucionalidad las normas internacionales ya no resulta útil realizar control convencional cuando desde el constitucional se incluyen ambas cosas, es decir, por mandato expreso de la Constitución los tratados –parámetro en el control de convencionalidad- poseen rango constitucional y entonces las normas se armonizan y se integran a una unidad.

Con lo anterior no se pretende desconocer el terreno ganado en los últimos años en este tema ni que se dejen de aplicar los tratados, sino por el contrario consideramos que se ha llegado a un punto de armonía en este aspecto en el que los derechos humanos contenidos en un lado y en otro encuentran un solo cause para su garantía y defensa; pues no hay que perder de vista que en los dos casos

¹²⁵ Castilla Juárez, Karlos. "Un nuevo panorama constitucional...", *op. cit.*, pp. 147-148

se tratan de derechos nacionales pero unos de fuente constitucional y otros de fuente internacional.¹²⁶

En el mismo sentido y aceptando que en este proceso se da la oportunidad de que todos los jueces intervengan, se genera indirectamente que la jurisdicción ejerza un control de manera directa en materia de derechos humanos¹²⁷ pues nada impide que argumentando sobre algún derecho contenido en el bloque indistintamente se haga referencia a la norma constitucional o internacional, pues a fin de cuentas ambas fuentes alimentan al parámetro de control que aquí denominados bloque de constitucionalidad.

Este punto que acabamos de abordar fue objeto de los debates que con motivo de la multicitada contradicción de tesis 293/2011 se dieron en el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; hablamos de la primera de las sesiones en las que se tocó el tema y en aquél momento uno de los ministros¹²⁸ introdujo este problema en donde principalmente señaló al respecto de la denominación del bloque de constitucionalidad que representaba varios problemas uno de ellos en el sentido que de sostenerse dicha denominación se ejercería un solo tipo de control –constitucional- desconociendo el control convencional y que dos cosas diferentes no pueden denominarse de igual forma y exhortó a que se le denominará control de regularidad o bloque de la regularidad.

Sin embargo como ya demostramos no existe inconveniente alguno en llamarle bloque de constitucionalidad máxime que esta figura es creada precisamente por la Constitución y además las normas integrantes pueden válidamente invocarse como fuente de aquel sin que ocasione mayor problema, sino por el contrario se genera unidad.

¹²⁶ véase a Héctor Fix-Zamudio en la ponencia “Los controles de constitucionalidad y convencionalidad en el ámbito interno” dentro del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional visible en: https://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=ygPikjFWYr1#t=298 (consultado el 28/11/2013).

¹²⁷ Ayala Corao, Carlos, *op. cit.*, p. 78

¹²⁸ Véase las opiniones del ministro José Ramón Cossío en la sesión de doce de marzo de 2013 de la Sesión en pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

3.4. Solución de antinomias entre las normas integrantes del bloque de constitucionalidad

a) Métodos tradicionales

Es normal que entre las normas integrantes de un sistema jurídico se presenten conflictos¹²⁹ los cuales en aras de la seguridad jurídica necesitan ser superados logrando con ello eficacia del sistema de normas¹³⁰; lo mismo ocurre entre las disposiciones que conforman el bloque de constitucionalidad, ya que no son creadas por los mismos sujetos ni en el mismo tiempo, por lo que su superación obedece a una idea de congruencia.

Así, se dice que una antinomia es el conflicto que se presenta en un sistema jurídico cuando determinado comportamiento esta deónticamente calificado de dos modos incompatibles en dos diversas normas pertenecientes al sistema o bien cuando para un determinado supuesto de hecho estén previstas dos consecuencias jurídicas incompatibles por dos normas pertenecientes al sistema.¹³¹

En el mismo sentido se afirma que existe un conflicto cuando hay una contradicción material que se presenta cuando dos normas cuentan con el mismo ámbito de aplicación pero sus contenidos no son contradictorios generando que las normas no puedan ser satisfechas al mismo tiempo, dado que aplicar una logra el desconocimiento de la otra.¹³²

Habitualmente como forma de superación de los conflictos se habla de los criterios jerárquico y cronológico¹³³, a ellos nos referiremos brevemente.

¹²⁹ Preferimos la denominación de conflictos por ser generalmente aceptada, sin embargo hay quien sostiene que se trata en sentido estricto de una contradicción normativa, véase a Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, México, UNAM, 2007, p. 52.

¹³⁰ Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, op. cit., pp. 52-53.

¹³¹ Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Poesía-UNAM, 2006, p. 71.

¹³² Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos normativos*, op. cit., pp. 160.

¹³³ Igualmente suele señalarse al criterio de especialidad, sin embargo como sostiene Riccardo Guastini ese principio es solo una variante de operatividad del principio jerárquico y cronológico.

El criterio jerárquico –*lex superior derogat legi inferiori*– presupone que existe una ordenación de las fuentes jerárquicamente establecidas de tal forma que la norma inferior debe considerarse inválida y en consecuencia no aplicarse; empero estimamos que esta forma no puede aplicarse tratándose del bloque de constitucionalidad, ya que como expusimos sus normas integrantes poseen igualdad jerárquica.¹³⁴

El autor en cita señala como un subprincipio del jerárquico el de competencia el cual funciona aplicando la norma que proviene de la fuente competente para disciplinar la cuestión en tanto que la norma no competente debe ser declarada inválida, pero para que eso ocurra es necesario que reúnan las siguientes características: a) que se produzca un conflicto entre normas provenientes de diversa fuente; b) que entre las dos fuentes no exista relación jerárquica y c) que las relaciones entre las dos fuentes estén reguladas por normas jerárquicamente superiores a ellas y atribuyendo a cada una diversa esfera material de competencia.

En el caso del bloque de constitucionalidad no es posible aplicar este subprincipio en razón de que no se trata de conflictos entre normas de diverso tipo por ser precisamente las dos –Constitución y tratados– constitucionales y porque no existe una norma jerárquicamente superior que dote de competencia a una y a otra norma.

Por lo que ve al criterio cronológico –*lex posterior derogat legi priori*– se aplica cuando en caso de conflicto entre normas con igualdad jerárquica o provistas de la misma esfera de competencia la norma anterior en el tiempo debe considerarse abrogada y desaplicada; igualmente consideramos que no puede aplicarse este principio ya que de aceptarlo entonces todo el contenido constitucional se vería abrogado ya que los tratados siempre son firmados con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución.

b) Interpretación del a Suprema Corte de Justicia de la Nación

¹³⁴ Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, op. cit., pp.74-75.

Sin embargo para superar los conflictos entre Constitución y tratados internacionales insertos dentro del bloque no podemos aplicar ninguno de los criterios anteriormente señalados, en razón de que ambos poseen idéntica jerarquía y grado de especialización; ello no significa que no se tenga respuesta, ya que la solución a estos problemas lo da el propio artículo primero constitucional en su segundo párrafo al establecer que *Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.*¹³⁵

De esa fórmula se obtiene que se tiene que aplicar el principio pro persona y la interpretación conforme como la forma de armonizar este tipo de conflictos y preferir en su aplicación la norma que más proteja el derecho en cuestión o bien salvando las interpretaciones que resulten adecuadas, pues no se puede tener derechos de diferente grado o jerarquía.

A pesar de los comentarios aquí realizados la Suprema Corte de Justicia estableció una regla diferente para la solución de las antinomias y dijo que en los casos en los que existan restricciones expresas a los derechos establecidos en la Constitución debe preferirse la norma constitucional por seguir siendo la norma suprema; es necesario apuntar que este criterio se adoptó con la finalidad de generar un consenso sobre el tema y avanzar en el debate, ya que el proyecto original del ministro ponente de la contradicción de tesis 293/2011 no iba en ese sentido, así se lee en la versión taquigráfica de las sesiones:

"Yo quiero reiterar mi reconocimiento a todos los integrantes del Tribunal Pleno, porque han venido trabajando y hemos venido trabajando en construir esta opinión de Pleno y de consenso, tenemos siete Ministros que se han manifestado por el rango constitucional de los derechos, pero siete señores Ministros también que se han manifestado porque si hay un límite

¹³⁵ Entre quienes sostienen esta teoría consúltese: Castilla Juárez, Karlos, "Un nuevo panorama constitucional...", *op. cit.*, pp. 148, y a Caballero Ochoa, José Luis, "La cláusula de interpretación conforme y el principio...", *op. cit.* p. 116.

constitucional tendrá que estarse a la restricción constitucional; de tal manera, que si no conciliamos esas dos posturas, es imposible avanzar en este asunto; de tal suerte que creo que tenemos una responsabilidad de resolver este tema, de resolverlo con la mayor seriedad y de la mejor forma posible, y para ello es importante que todos nos acerquemos, que cedamos y que formemos una opinión que no necesariamente es la de cada uno de nosotros, aunque pudiera —producto final— coincidir estrictamente con la opinión de alguno de ustedes.

En tal sentido, recogiendo estas opiniones de siete de los señores Ministros integrantes de este Tribunal Pleno, envié a ustedes una propuesta de modificación del proyecto en la cual se conserva el rango constitucional de los derechos humanos de fuente internacional, pero se establece también que cuando hay una restricción expresa en la Constitución, se tendrá que estar a lo que marca la norma constitucional. Ésta es la propuesta, entendiendo que algunos de los señores Ministros —si es que la votan a favor— harán un voto concurrente explicando por qué una postura que no necesariamente es la suya, la votarían favorablemente, yo haría lo mismo por lo que hace a este último tema, pero entiendo que lo importante es avanzar en una opinión de Corte que permita dar claridad y certeza, y que nos permita acercarnos en un tema tan delicado en el que aparentemente tenemos opiniones tan distintas, pero que el esfuerzo, el diálogo y la construcción de todos ustedes ha hecho posible esta propuesta que no es mía, es una propuesta que he comentado casi con la totalidad del Tribunal Pleno, y que someto a su amable consideración...”.

Tal como se vislumbra se prefirió seguir tomando el criterio jerárquico para la solución de las posibles antinomias cuando desde nuestro punto de vista la respuesta al problema planteado es dada por el segundo párrafo del artículo primero constitucional. La respuesta al problema resultaba obvia de aceptarse que entre las normas integrantes del bloque no existen jerarquías, e incluso hay cierto grado de contradicción en la decisión pues si se dice que existe un conjunto de derechos de rango constitucional cómo entonces sigue subsistiendo la jerarquía si

las normas están en igualdad y subsumiendo las normas convencionales a las constitucionales.

CONCLUSIONES

1. Se comprobó la hipótesis planteada.
2. El bloque de constitucionalidad es el conjunto normativo de rango constitucional, que se crea por mandato expreso de la Constitución, la cual incluye dentro de sí a otras normas que tiene como finalidad ampliar su contenido.
3. En México existe un verdadero bloque de constitucionalidad a partir de la reforma constitucional de junio de dos mil once en materia de derechos humanos, ya que reconoce igualdad de jerarquías entre la constitución y tratados internacionales.
4. El bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos se integra por la propia Constitución, por lo tratados que contengan algún derecho así como por su interpretación tanto nacional como internacional.
5. Al aceptar el bloque de constitucionalidad se genera unidad en el control jurisdiccional, de esta forma las normas convencionales y constitucionales se armonizan, logrando un solo parámetro de control: el constitucional, ya que es precisamente la Constitución la que incorpora a su contenido a los tratados internacionales y entonces es posible realizar un solo tipo de control con independencia de las fuentes que lo alimenten.
6. Los posibles conflictos que surjan entre las normas integrantes del bloque de constitucionalidad no pueden ser resueltos por los métodos tradicionales sino de acuerdo al artículo primero constitucional, se deben aplicar el principio pro persona para preferir la interpretación o la norma que más proteja o bien la cláusula de interpretación „conforme cuando algún significado de la norma pueda ser constitucional.

FUENTE DE CONSULTA

a) Bibliográficas

Ayala Corao, Carlos, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2013.

Barragán, Barragán, José et al., *Teoría de la Constitución*, quinta edición, México, Porrúa, 2012.

Becerra Ramírez, José de Jesús, *El constitucionalismo ante los instrumentos internacionales de derechos fundamentales*, México, Ubijus, 2011.

Bidart Campos, Germán J., *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, Ediar, 1995.

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

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

Carpio Marcos, Edgar, "Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes", en *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*, No. 4, julio-diciembre, Porrúa, México, 2005.

Casas Farján, Luis Francisco, "Bloque de constitucionalidad: técnica de remisión de las constituciones modernas", en *Provincia*, número especial, 2006.

Castilla Juárez, Karlos, "Un nuevo panorama constitucional para el derecho internacional de los derechos humanos en México" en *Estudios constitucionales*, año 9, número 2, 2011.

Castilla Juárez, Karlos, "El principio pro persona en la administración de justicia" en *Cuestiones Constitucionales*, número 20, enero-junio de 2009.

De Cabo de la Vega, Antonio, "Notas sobre el bloque de constitucionalidad", en *Jueces para la democracia*, no. 24, 1994.

De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional. Sistemas de fuentes*, 2ª edición, Barcelona, Ariel, 1988.

De Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, México, UNAM-SEPS, 2004.

Del Rosario Rodríguez, Marco, *La cláusula de supremacía constitucional, el artículo 133 constitucional a la luz de su origen, evolución jurisprudencial y realidad actual*, México, Porrúa, 2011.

Fajardo Arturo, Luis Andrade, "Contenido y alcance jurisprudencial del bloque de constitucionalidad en Colombia", en *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, volumen 7, número 13, julio-diciembre de 2007.

Favoreu, Luis y Rubio Llorente, Francisco, *El bloque de la constitucionalidad. Simposium franco-español de derecho constitucional*, Sevilla, Civitas, 1991.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa, 2013.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano" en Carbonell Sánchez, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.

Figuroa Mejía, Giovanni A., *Las sentencias constitucionales atípicas en el derecho comparado y en la acción de inconstitucionalidad mexicana*, México, Porrúa, 2011.

Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, sexta edición, México, Porrúa, 2009, 2009, p.33.

García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Madrid, Civitas, 1983.

Guastini, Riccardo, *Estudio de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001.

Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, México, Porrúa-UNAM, 2006.

Hoyos, Arturo, "El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá" en *Boletín mexicano de derecho comparado*, nueva serie año XXV, no. 75, septiembre-diciembre, 1992.

Huerta Ochoa, Caría, *Conflictos normativos*, México, UNAM, 2007.

Huerta Ochoa, Caría, *Mecanismos constitucionales para el control político*, tercera edición, México, UNAM, 2010.

Jellinek, George, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. de Adolfo Posada, México, UNAM, 2000.

Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del estado*, traducción de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1995.

Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, México, Gernika, 2009.

Manli, Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003.

Mortati, Constantino, *Constitución en sentido material*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

Néstor Pedro Sagüés en *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001.

Ospina Mejía, Laura, "Breve aproximación al bloque de constitucionalidad en Francia" en *Elementos de juicio revista de temas constitucionales*, año 1, número 2, julio-septiembre de 2006.

Ramelli, Alejandro, "Sistema de fuentes del derecho internacional público y "bloque de constitucionalidad" en Colombia", en *Cuestiones constitucionales*, no.11, julio-diciembre, 2004.

Requena López, Tomás, *El principio de jerarquía normativa*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

Rubio Llorente, Francisco Javier, "El bloque de constitucionalidad", en *Revista española de derecho constitucional*, año 9, número 27, septiembre-diciembre de 1989.

Sagües, Néstor Pedro, *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2001.

b) Normativas

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Constitución Española

Constitución Política de la Republica Colombiana

Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789

Seminario Judicial de la Federación

c) Electrónicas

Fix-Zamudio, Héctor en la ponencia "Los controles de constitucionalidad y convencionalidad en el ámbito interno" dentro del XI Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional visible en: https://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=ygPlkjFWYrU#t=29

www.scjn.gob.mx

http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/espanol/pagina-de-inicio_16.html