

LA REFORMA CONSTITUCIONAL MEXICANA DE 2011 EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. UNA LECTURA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL*

THE 2011 MEXICAN CONSTITUTIONAL REFORM ON HUMAN RIGHTS FROM THE INTERNATIONAL LAW PERSPECTIVE

Tonatiuh GARCÍA CASTILLO**

*Para Meztlí Magdalena,
por que la felicidad
siempre te acompañe*

RESUMEN: El presente artículo analiza la reforma constitucional mexicana de 2011 en materia de derechos humanos a la luz del derecho internacional. En un primer momento hace un recuento de la historia legislativa, posteriormente analiza la visión que el sistema legal mexicano tiene respecto de sí mismo y su relación con el derecho internacional; en seguida, revisa la reforma conforme a los principios del derecho internacional y finalmente ofrece las conclusiones.

ABSTRACT: *This essay analyzes the 2011 Mexican constitutional reform on human rights from the international law perspective. At first instance, it remembers the legislative saga, then it studies the vision that the Mexican legal system has of itself and regarding international law; it reviews the reform from the principles of international law perspective and finally it concludes.*

Palabras clave: sistema legal, derechos humanos, reparación, asilo, general international law.

Keywords: Legal System, Human Rights, Reparation, Asylum, General International Law.

* Artículo recibido el 28 de julio de 2014 y aceptado para su publicación el 15 de noviembre de 2014.

** Abogado por la Facultad de Derecho de la UNAM; LLM, Queens' College, Cambridge; diplomado de la Academia de Derecho Internacional de la Haya, Holanda; doctor en derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado
nueva serie, año XLVIII, núm. 143,
mayo-agosto de 2015, pp. 645-696

SUMARIO: I. *Cronograma de la reforma.* II. *La relación entre el sistema legal mexicano y el sistema legal internacional.* III. *Lectura de la reforma desde el derecho internacional.* IV. *Conclusión.* V. *Anexo.*

I. CRONOGRAMA DE LA REFORMA

Diputados de diversos grupos parlamentarios de la LX Legislatura presentaron ante la asamblea de la Cámara de Diputados 33 iniciativas en materia de derechos humanos para modificar la denominación del capítulo I y reformar diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En sesión ordinaria de la Cámara de Diputados del 23 de abril de 2009, se aprobó el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos con Proyecto de Decreto que modificaba la denominación del capítulo I y reformaba diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En la misma fecha la minuta fue remitida a la Cámara de Senadores.

En sesión ordinaria de la Cámara de Senadores del 8 de abril de 2010, se aprobó con modificaciones el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, para reformar los artículos 1o., 11, 33, 89 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; asimismo, se incorporaron reformas a los artículos 3o., 15, 18, 29, 97 y 105 del mismo ordenamiento, por lo que fue devuelto a la Cámara de Diputados.

El 13 de abril de 2010, la presidencia de la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados turnó la minuta referida a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos, para su dictamen. En sesión ordinaria de la Cámara de Diputados del 15 de diciembre de 2010 se aprobó con modificaciones el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos con Proyecto de Decreto que modificaba la denominación del capítulo I y reformaba diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En la misma fecha fue remitido el expediente correspondiente a la Cámara de Senadores.

El 8 de marzo de 2011, la Cámara de Senadores aprobó el proyecto de decreto por el que se modificaba la denominación del capítulo I del tí-

tulo primero y se reformaban diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El 17 de marzo de 2011, la Cámara de Diputados aprobó la minuta con proyecto de decreto por el que se modificó la denominación del capítulo I del título primero y se reformaban diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y lo remitió a las legislaturas locales para su aprobación.

El 11 de junio de 2011, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se modificaba la denominación del capítulo I del título primero y reformaba los artículos 1o.; 3o.; 11; 15; 18; 29; 33; 89; 97; 102 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Para una descripción comparativa de la reforma véase, al final, el cuadro anexo.

II. LA RELACIÓN ENTRE EL SISTEMA LEGAL MEXICANO Y EL SISTEMA LEGAL INTERNACIONAL

La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 ha despertado altas expectativas. Entre otras, la de poner a la vanguardia en la materia al sistema legal mexicano que al parecer se había rezagado.¹ ¿Es cierto que con la reforma estamos a la vanguardia? Todo depende del cristal con que se mire, pero si se desea dar respuesta a esta interrogante es necesario comentar sobre la perspectiva que nuestro sistema legal tiene de sí mismo y su perspectiva respecto del derecho internacional, este autoanálisis sistémico es de igual forma necesario para dimensionar los alcances de la reforma de 2011 respecto a lo vanguardista que se dice es; para ello, en esta sección, hablaremos sobre cómo los sistemas legales y, en particular el mexicano, se observan a sí mismos y se vinculan con el sistema legal internacional.²

¹ Una primera reflexión tiene que ver con la aseveración de que el sistema legal mexicano se “rezagó”, pero ¿respecto de qué? ¿Había algo de más avanzada? ¿Un modelo a seguir?

² Para un estudio más profundo sobre la relación de los sistemas legales véase García Castillo, Tonatiuh, *Consideraciones en torno a la relación de dos sistemas jurídicos no independientes. Derecho internacional/derecho nacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 205.

Por sistema legal³ entendemos un conjunto de disposiciones jurídicas de alguna manera conectadas entre sí que tienen coherencia lógica en sus relaciones.

En un primer momento la palabra “sistema” puede ser utilizada para referir una totalidad constituida por partes coordinadas entre sí, de acuerdo con un patrón de manera que contribuyen a determinado objeto.

Esta primera visión integradora de partes puede complementarse con una visión del sistema “hacia fuera”,⁴ de manera que podemos hablar del sistema y lo que le rodea, su “entorno”. A partir de esta distinción hablamos de sistemas abiertos y cerrados; siendo este último un caso extremo para el cual el entorno no tiene significado alguno.⁵

La distinción entre sistemas abiertos y cerrados no debe pensarse como polos opuestos; es gradual. Raz observó que todos los sistemas jurídicos dan fuerza vinculante a normas que no pertenecen al mismo,⁶ por esta razón todos los sistemas legales pueden ser calificados como abiertos. Un sistema será mas abierto si, en palabras de Raz, “adopta” más normas “extrañas”.

Todo sistema está orientado a su entorno. El sistema legal se orienta a la sociedad que busca regular y a otros sistemas normativos como la moral. Un sistema aislado de su entorno no tiene sentido, no existe. La diferencia que establece el mismo sistema frente a su entorno crea la “autorreferencia”,⁷ que puede ser permanente y continua o dinámica y adaptativa. Los sistemas se crean y se mantienen mediante la constitución y conservación de la diferencia con su entorno, y utilizan la idea de fronteras o límites para asegurar dicha diferencia.⁸

³ La voz hace su aparición en el siglo XVIII cuando Bentham utiliza la expresión “system of law”, *cfr. Of Law in General* (1782) capítulo 18, párrafo 1.

⁴ Esta necesidad fue vista por Santi Romano, para quien el ordenamiento jurídico no era la simple suma aritmética de las varias normas que lo integran, sino una unidad en sí mismo, distinguible de sus partes. Romano, Santi, *L'ordenamento giuridico*, Florencia, Sansoni, 1951, p. 12.

⁵ Luhmman, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, Barcelona, Anthropolos, 1991, p. 31.

⁶ Raz, Joseph, “The Identity of Legal Systems”, *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, OUP, 1979, pp. 81, 187 y 101.

⁷ También se utiliza el término autorganización o autopoiesis

⁸ Luhmman, Niklas, *Sistemas sociales...*, *cit.*, p. 40.

La frontera sugiere un hasta aquí, no puede ser pensada sin un soporte detrás y presupone, por lo tanto, la realidad de un más allá y la posibilidad de ser traspasada. Para definir la frontera de un sistema legal necesariamente debemos suponer que dicho sistema legal está contenido en un universo más grande al que pertenece por poseer ciertas características, pero de cuyos otros elementos (la moral, la religión, otros sistemas normativos) se distingue por esas mismas características.

Los límites son importantes porque ubican los elementos en su sistema y, al mismo tiempo, son la base para las relaciones sistema-entorno. Aparte de abrir y cerrar sistemas, los límites ayudan a identificar las interdependencias internas y externas. La frontera constituye al mismo tiempo la separación y el medio de comunicación entre el sistema y su entorno.

Los límites de un sistema legal se determinan endógena y exógenamente. La identidad de un sistema jurídico, las fronteras de un sistema legal, no solamente se determinan por consideraciones legales o jurisprudenciales, sino también por un sinnúmero de consideraciones pertenecientes a otras ciencias sociales y otros sistemas legales.⁹

La teoría jurídica tradicionalmente ha buscado definir sus límites únicamente con herramientas de la teoría jurídica, sin hacer caso alguno a criterios no jurídicos: políticos, económicos, morales o de otro tipo. El análisis de la relación entre diversos sistemas jurídicos, es de tipo excluyente: el sistema legal *vs.* el resto del universo. Desde esta perspectiva el resto del universo, todo aquello que no pertenece al sistema legal es un elemento metajurídico.

El soliloquio de los sistemas legales ha sido tan fuerte que normalmente para un sistema jurídico determinado las disposiciones jurídicas pertenecientes a otros sistemas jurídicos son consideradas un hecho, no un derecho.¹⁰

⁹ Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System*, Oxford, OUP, 1973, p. 189.

¹⁰ “From the standpoint of International Law and the Court which is its organ, municipal laws are merely facts which express the will and constitute the activities of States”, *Case Concerning Certain German Interest in Polish Upper Silesia*, Merits, PCIJ, Ser A, núm. 7, 1926, p. 19.

Esta posición del sistema legal desde sí mismo, con independencia del otro, es una soberbia similar a la de aquellos que al llegar a América alegaron no haber encontrado civilización suficiente.¹¹

¿En qué momento una disposición de un sistema legal B puede considerarse como parte de un sistema legal A? Todo depende de la determinación de la frontera del sistema legal A.

El análisis de la relación entre diversos sistemas legales se concentra en la relevancia que cada uno de ellos tiene para el otro. Si para un sistema legal el otro es irrelevante, se puede decir que no existe relación alguna entre ellos desde el punto de vista del primero, sin importar lo que piense el segundo. ¿Cuándo un sistema legal es relevante para otro sistema legal? La respuesta no puede ser una cuestión de hecho, fuerza física o dependencia económica, sino necesariamente de derecho, se trata de “relevancia jurídica”.¹²

La influencia del surgimiento del Estado nación ha sido mayor para el fenómeno legal contemporáneo; de hecho, la teoría jurídica moderna nace de los estudios sobre la relación entre el Estado nación y el derecho nacional.

La teoría jurídica tradicional sostiene que: i) cada Estado posee un sistema legal que constituye el derecho de dicho Estado, y ii) cada sistema jurídico nacional es necesariamente el derecho de un Estado. Bajo estas dos premisas “la identidad de los sistemas jurídicos está vinculada con la del Estado”.¹³ Sistema legal y Estado se suponen y pertenecen mutuamente. Se ha llegado a decir incluso que el Estado no es más que otra denominación del sistema legal nacional.¹⁴

Respecto a esta relación entre Estado y sistema jurídico existen dos visiones encontradas. Por un lado, Bentham y Austin sostienen que el derecho solamente puede ser explicado después de que una teoría del Esta-

¹¹ “Sostengo que en defensa legal del inocente de la injusta muerte... los españoles pueden prohibir a los bárbaros la práctica de cualquier costumbre o rito nefasto, ya que Dios ha ordenado a cada hombre el cuidado de su vecino”. Vitoria, Francisco, *De Indis* (1539) sobre la pregunta “¿Por qué derecho fueron los indios americanos sujetos a la ley extranjera?”, Pagden A. & Lawrance, J., *Francisco...*, cit., p. 288.

¹² Romano, Santi, *L'ordenamento...*, cit., pp. 144 y 145.

¹³ Raz, Joseph, “The Identity...”, cit., p. 99.

¹⁴ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto Vernengo, México, Porrúa, 1991, p. 291.

do ha sido establecida.¹⁵ Kelsen, al contrario, señala que el concepto de Estado solamente puede ser explicado en términos legales, ya que Estado y sistema jurídico son lo mismo.¹⁶

La discusión teórica que versa sobre la relación de sistema legal-Estado se ubica a lo largo del espectro dibujado por estas dos visiones aparentemente encontradas. Sin embargo, puede existir un tercer plano de discusión, con el cual comulgamos, aquel que abandona los límites soberanos fijados por la relación Estado-derecho. En efecto, el supuesto que une a las aparentemente irreconciliables posturas de Kelsen y Austin/Bentham es que el derecho sin poder coactivo del Estado resulta imposible de pensar. Este dogma no es cierto.

Desde nuestra perspectiva, la mejor forma de enfrentar el problema de la relación entre Estado y derecho es disolver dicha relación; desprender a la teoría jurídica de sus “confines estatistas”¹⁷ para entonces hablar del derecho como un fenómeno que puede existir dentro del Estado, pero que no requiere del mismo para existir. Postular esta visión no resulta tarea fácil en una época donde el imperialismo y el nacionalismo cobran fuerza; hoy día, cuando se da un conflicto entre una disposición jurídica nacional y una de otro sistema jurídico, como el internacional, la decisión sobre la aplicabilidad es vista como competencia del sistema nacional, “la cuestión de cuál norma prevalece en caso de conflicto entre las reglas de derecho nacional y las de derecho internacional, está regida por el derecho constitucional de cada país”.¹⁸

El que el derecho nacional incorpore normas internacionales depende de la manera y extensión en que el derecho nacional reconozca al derecho internacional.¹⁹

La relación de un sistema jurídico soberano respecto de otro sistema legal es necesariamente una relación de choque o colisión que se salva

¹⁵ Bentham, Jeremy, *A Fragment of Government*, Londres, T. Payne Editor, 1876, p. 33, 46; Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, Nueva York, The Noonday Press, 1954, p. 192.

¹⁶ Kelsen, Hans, *Teoría...*, cit., p. 291.

¹⁷ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales”, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 43.

¹⁸ Ayala Carao, Carlos, *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a los derechos humanos y sus consecuencias*, México, Fundap, 2003, p. 41.

¹⁹ Hart, H. L. A., “Kelsen’s Doctrine of the Unity of Law”, *Normativity and Norms. Critical perspectives on Kelsenian themes*, Oxford, Clarendon Press-Paulson, Stanley, 1998, p. 563.

al reconocerse mutuamente, es un conflicto de soberanías que pretende resolverse al reconocerse los sistemas mutuamente. Sólo así entendemos cuando Raz sostiene que el derecho nacional cubre dos funciones: respaldar el poder del Estado, su propia existencia, y mantener y apoyar otras formas de agrupación social sin hacerlas suyas.²⁰ Con esta visión en mente, Raz concluye que

oscurecer la distinción entre normas reconocidas como parte del sistema jurídico y normas, que aunque no son parte del sistema jurídico, son reconocidas y aplicadas porque es la función del derecho apoyar varias formas de agrupación social, es malentender la naturaleza del Estado y sus relaciones con otros sistemas sociales.²¹

La vinculación entre sistema legal nacional y Estado ha llevado a concluir que no puede existir derecho sin Estado, e inclusive a señalar que el supuesto derecho que se da entre las soberanías no es más que una mera opinión.²²

La función de límite que juega el dogma soberano cobra vida al separar y distinguir entre los distintos sistemas jurídicos nacionales y el sistema legal internacional; el paradigma soberano unifica el sistema jurídico hacia adentro, así como el Estado soberano fue el crisol de la nación,²³ el Estado soberano fue también el crisol del sistema jurídico, pues fija la base de la distinción entre el sistema legal y su entorno, el Estado nacional y los otros Estados. Unificación hacia dentro, al interior del sistema legal; separación hacia fuera, demarcación con los otros sistemas normativos.

El límite soberano de los sistemas legales creó dos realidades a partir de la distinción entre relaciones internas-relaciones externas del sistema legal nacional, el llamado derecho internacional clásico se fundamentó así en diversos binomios: nacional *vs.* internacional, como dos realidades jurídicas distintas; costumbre *vs.* tratados, como las dos fuentes del derecho internacional; soberanía *vs.* consentimiento, como dos categorías in-

²⁰ Raz, Joseph, "The Identity...", *cit.*, p. 101.

²¹ *Ibidem*, pp. 101 y 102.

²² Austin, John, *The Province...*, *cit.*, pp. 9 y 24.

²³ Rabasa, Emilio, *La Constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*, México, Porrúa; Córdova, Arnaldo, *La formación del poder político en México*, México, Era, 1974, pp. 13-23.

separables en las relaciones internacionales; Estado *vs.* individuo, como las dos personalidades de dos sistemas jurídicos paralelos. Estos binomios son pues los límites y al mismo tiempo puentes de comunicación entre los sistemas legales nacionales entre sí y entre el sistema legal nacional y el sistema legal internacional. El marco teórico básico del derecho internacional clásico se basa justamente en estas dualidades, en estas contradicciones.

La “perfecta igualdad y absoluta independencia de soberanos”²⁴ como el cimiento de las relaciones entre los distintos sistemas legales, constituye la base constitucional del derecho de gentes que postula²⁵ una comunidad que consiste de manera primordial en Estados con personalidad internacional uniforme.²⁶ El límite de los sistemas legales, la supuesta igualdad soberana entre Estados, significa en las relaciones de los sistemas legales: exclusividad, *prima facie*, de jurisdicción sobre un territorio definido; deber de no-intervención en el área exclusiva de jurisdicción de otro Estado, y que las obligaciones legales entre la comunidad internacional dependan del consentimiento del obligado.²⁷

La consecuencia fundamental para las relaciones entre los diferentes sistemas legales nacionales derivada del postulado soberano es que dichas relaciones, el derecho internacional, dependen del consentimiento del obligado. Cualquier limitación a la soberanía de un sistema legal debe surgir del consentimiento mismo del soberano, implícito o expreso.

²⁴ *The Schooner Exchange vs. McFaddon*, 7 Cranch 116 (1812) U.S. Supreme Court, C.J. Marshall.

²⁵ Sin embargo, la realidad ha sobrepasado la teoría, y actualmente existen multitud de ejemplos donde el supuesto de la igualdad de soberanía entre Estados ha dado lugar a puntos de vista más realistas, por ejemplo, en el Forum del Fondo Monetario Internacional, los derechos y deberes de los Estados miembros están basados en “cuotas”, las cuales se asignan en función de la posición económica y financiera de los miembros. *Agreement of the International Monetary Fund*, 1994, Article III.

²⁶ “El principio de igualdad legal de los Estados fue afirmado por Vattel en su tratado publicado en 1758 y éste proveyó la base formal para el desarrollo del sistema”, véase Brownlie, “The expansion of international society: the consequences for the law of nations”, en H. Bull and A. Watson (ed.), *The Expansion of International Society*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 357-371.

²⁷ Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 5a. ed., Oxford, OUP, 1998, p. 289; véase *Declaration on Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of the United Nations*, General Assembly, 1970, Resolution 2625 (XXV).

Esta postura fue sostenida por la Corte Permanente de Justicia Internacional al sostener que

el derecho internacional gobierna relaciones entre Estados independientes. Las reglas de derecho obligatorias sobre los Estados emanan de su deseo libre expresado en convenciones o en usos generalmente aceptados como expresando los principios del derecho y establecidos para regular las relaciones entre estas comunidades independientes co-existentes o con la mira a alcanzar objetivos comunes. Restricciones sobre la independencia de los Estados no pueden por tanto presumirse.²⁸

El derecho internacional, bajo la idea soberana, no puede tener existencia independiente de la voluntad de los Estados, y es “como una tela de Penélope, que se recomienza a tejer *ex novo* en cada acuerdo normativo”.²⁹

Nuestro sistema legal, nuestros juristas, nuestras universidades postulan y defienden esta postura clásica del derecho internacional; la reforma constitucional de 2011, como explicaremos más adelante, descansa en este esquema de pensamiento.

Un sistema legal que para aplicarse depende de la voluntad de quienes deben obedecerle no puede seriamente ser llamado derecho. Un verdadero “ordenamiento jurídico es incompatible con una comunidad paritaria”.³⁰ La visión de Raz de la comunidad jurídica que “pretende respetar” la manera en que fueron creadas las disposiciones de “otra” comunidad jurídica, visión del mundo jurídico incrustada en los límites soberanos, debe necesariamente dejarse atrás si se quiere tener un verdadero sistema social internacional. Mientras no se reconozca la primacía del derecho internacional sobre los sistemas legales de los distintos Estados nacionales, la paz estable no podrá ser asegurada.³¹

El derecho reclama, para ser llamado tal, constituir una superestructura social que no solamente regule las relaciones de sus miembros, sino sobre todo que los domine.³²

²⁸ *The Lotus Case, France v. Turkey* P. C. I. J. Reports, Series A, núm. 10, 1927.

²⁹ Romano, Santi, *L'ordenamento...*, cit., p. 64.

³⁰ *Ibidem*, p. 135.

³¹ Bobbio, Norberto, “Hans Kelsen, the Theory of Law and the International Legal System. A Talk”, *European Journal of International Law*, vol. 9, núm. 2, 1998.

³² Romano, Santi, *L'ordenamento...*, cit., p. 67.

En el ámbito de relaciones internacionales resulta necesario llevar a cabo la revolución en el mundo de las representaciones morales de la que habla Habermas: colocar a la norma jurídica por encima del mundo de las simetrías y reciprocidades y erguirla sobre las partes litigantes, como norma jurídica previa que se considera vinculante para todos.³³ En términos de Ferrajoli es necesario transformar el sistema de las relaciones internacionales basado en *pactum associationis*³⁴ a un verdadero ordenamiento jurídico basado en *pactum subjectionis*.³⁵

La frontera de los sistemas legales nacionales descansa en el postulado soberano, pero dicho postulado se ha ido modificando en su concepto y por lo tanto la frontera de los sistemas legales se ha vuelto permeable y dinámica, el concepto mismo de soberanía se ha hecho compatible tanto con el aislamiento hermético del Estado como con su integración con la comunidad mundial.³⁶ Así, la Corte Permanente de Justicia Internacional decía que “la cuestión de si cierta materia pertenece o no exclusivamente a la jurisdicción de un Estado es una cuestión esencialmente relativa, depende del desarrollo de las relaciones internacionales”.³⁷

La revolución de las representaciones morales en las relaciones de los distintos sistemas jurídicos estatales reclama de sus integrantes percibir que

³³ Habermas, Jürgen, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Centro de Estudios Constitucionales y Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, 1988, 31, p. 26.

³⁴ En este sentido se ha dicho que el derecho internacional regula relaciones horizontales y no verticales. La idea que subyace detrás de esta visión es que el derecho internacional es la formalización de las relaciones interestatales de carácter diplomático. Este tipo de relaciones se basa en: a) una sociedad internacional compuesta de Estados soberanos cuya estructura interna o sistema político es irrelevante para las normas legales internacionales, y b) acuerdo general de que la materia internacional es competencia de los gobiernos; *cfr.* Friedman, W., “Some impacts of Social Organization on International Law”, *AJIL*, vol. 50, Issue 3, julio de 1956, p. 475.

³⁵ Ferrajoli, Luigi, “Los derechos fundamentales en la teoría del derecho”, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, *cit.*, p. 178.

³⁶ Koskeniemi, Martti, “The Politics of International Law”, *European Journal of International Law*, Oxford University Press, vol. 1, núm. 1, 1990.

³⁷ *Nationality Decrees issued in Tunis and Morocco Case*, Advisory Opinión, PCIJ, 1923, p. 24.

el acuerdo normativo... produce una voluntad que no es aquella de los Estados en lo particular, sino una voluntad única en la cual se funda, y que es superior... el derecho internacional adquiere un carácter de *ius supra partes*... no basa su posición en la subordinación e independencia de unos Estados frente a otros, sino una posición de sujeción de todos los Estados que son miembros [de la comunidad internacional]... El derecho internacional solamente es verdaderamente derecho cuando vincula y domina la voluntad estatal, cuando la trasciende y se afirma como entidad aparte...³⁸

Analizado lo anterior podemos dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿cuál es la relación entre el sistema legal mexicano y el internacional? Días después de haberse publicado la reforma constitucional que se comenta en este artículo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de definir su posición a propósito del caso *Radilla Pacheco*. Resulta ilustrativa su postura al señalar en los párrafos 15 y 20 de su resolución que las sentencias de la Corte Interamericana donde México haya sido parte deben ser consideradas vinculantes para nuestro país, pero que el resto de la jurisprudencia simplemente tiene un carácter de criterio orientador.³⁹ Es claro que en un conflicto ante una corte la sentencia sólo vincula a las partes del juicio, pero lo interesante de nuestro máximo tribunal es su postura respecto de una de las fuentes del derecho internacional. Algunos años después los tribunales colegiados hablan inclusive de coadyuvancia del derecho internacional al derecho mexicano.⁴⁰

La postura del derecho mexicano respecto al derecho internacional está sustentada en el dogma soberano; a partir de dicho postulado el sistema legal mexicano solamente puede aceptar como norma internacional vinculante aquella consentida en su creación y aplicación. Estamos todavía muy lejos de ser vanguardistas en la creación de un sistema legal

³⁸ Romano, Santi, *L'ordenamento...*, cit., pp. 55 y 115.

³⁹ Décima Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro I, octubre de 2011, t. 1, p. 313.

⁴⁰ DERECHOS HUMANOS. SI EN EJERCICIO DEL PRINCIPIO PRO PERSONA, EL JUEZ ADVIERTE QUE AQUEL QUE SE DICE TRANSGREDIDO ESTÁ PROTEGIDO POR LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, DEBE APLICAR DIRECTAMENTE LA NORMA INTERNA Y SÓLO DESPUÉS ACUDIR SUBSIDIARIAMENTE A LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, tesis II.3o.P.2 K (10a.), p. 1388, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, libro XXII, julio de 2013, t. 2, materia constitucional,

internacional que sirva de sustento de derechos a los seres humanos sin necesidad de ser consentidos por los Estados soberanos.

III. LECTURA DE LA REFORMA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL

La reforma de 2011 puede analizarse desde dos grandes categorías: fondo y forma.

En cuestión sustantiva podemos señalar los siguientes ocho cambios:

1. Incorporación al sistema legal mexicano de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales que México suscribe. Cambio del paradigma de garantías individuales otorgadas a derechos humanos reconocidos (artículo 1o.).

Se incorporan al sistema legal mexicano los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales que el país suscriba. Esta norma merece diversos comentarios.

En primer lugar hay que subrayar que el verbo ahora utilizado es reconocer y no otorgar como en el texto anterior, lo cual significa un cambio en el paradigma positivista respecto del concepto de los derechos humanos.

En efecto, en principio la doctrina distinguía entre derechos del hombre aceptados por la sociedad y los efectivamente incorporados en el sistema legal. Así, Jorge Carpizo señalaba que “puede existir un derecho del hombre generalmente aceptado, pero por circunstancias de lugar y tiempo, y por su devenir histórico, un país —aunque lo reconoce como derecho del hombre— lo otorga como garantía en una cierta medida a quienes habiten o se encuentren en su territorio”.⁴¹ En este sentido la Constitución otorgaba garantías para hacer efectivos los derechos del hombre.⁴²

Otros tratadistas fueron aún más lejos en el concepto de otorgamiento, Ignacio Burgoa sostenía que las “garantías individuales” eran producto de una autolimitación de la soberanía estatal⁴³ y en tal sentido eran pro-

⁴¹ Carpizo, Jorge, *Los derechos humanos: una propuesta de clasificación de los derechos civiles y políticos*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Biblioteca Jurídica Virtual, p. 32.

⁴² Lozano, José María, *Tratado de los derechos del hombre*, México, Imprenta del Comercio de Dublán, 1876, pp. 588.

⁴³ Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 11a. ed., México, Porrúa, 1978, p. 159.

tecciones o seguridades de los gobernados otorgadas por el Estado, las consideraciones sobre los alcances de dichas autolimitaciones correspondían a la filosofía o la política.

Un segundo comentario inicial es que el cuerpo del derecho internacional no se limita a tratados y convenciones, parece que la parte de mayor peso es el derecho costumbrista.⁴⁴

En derecho internacional existen dos conceptos, derecho internacional general, aplicable a la comunidad jurídica internacional como un todo (*erga omnes*), y derecho internacional particular, aplicable solamente a una parte específica de la comunidad jurídica (*erga singulum*). El ejemplo claro del derecho internacional particular son los tratados, no importando qué tan multilaterales sean, la regla de las convenciones internacionales descansa en el principio *res inter alios acta*, por lo que en principio solamente son vinculantes entre las partes que los suscriben. El derecho internacional general por excelencia es el derecho consuetudinario, que tiene precisamente la característica de ser oponible a todos los integrantes de la comunidad aun con su oposición.⁴⁵ La relación entre derecho internacional particular y derecho internacional general y la cuestión de cuándo el primero deja de ser particular y se convierte en general es objeto de preocupación y estudio en el derecho internacional.⁴⁶ Puede ser el caso inclusive que una disposición de un tratado haga “cristalizar” una costumbre que previamente se estaba formando pero con el tratado se consolida a la vida del derecho internacional no solamente como derecho particular en cuanto tratado, sino también como derecho general en cuanto costumbre.⁴⁷

⁴⁴ Ejemplo de derecho internacional convencional es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 20 de diciembre de 1993.

Un ejemplo de derecho internacional costumbrista lo tenemos en el caso *Paquete Habana*, donde un barco pesquero había sido secuestrado con motivo de la conflagración entre España y Estados Unidos y la Suprema Corte de los Estados Unidos señaló al resolver el punto sobre si los barcos pesqueros podían ser confiscados en guerra: “(700)... El derecho internacional es parte de nuestro derecho y debe ser considerado y administrado por las cortes... para este propósito, cuando no existe tratado y ningún acto legislativo o ejecutivo, debe recurrirse a los usos y costumbres de las naciones civilizadas como evidencia de su existencia”. USSC, 1900, *The Paquete Habana*.

⁴⁵ Tunking, Grigory, “Is General international Law Customary Law Only?”, *European Journal of International Law*, 1993, vol. 4, p. 535.

⁴⁶ Forrest Martin, Francisco, *The Constitution as Treaty. The International Legal Constructionalist approach to the U.S. Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 77.

⁴⁷ *North Sea Continental Shelf Cases, Germany vs. Denmark, Germany vs. Netherlands*, ICJ, 1969.

En esta relación entre tratados y derecho consuetudinario, un punto adicional a considerar es que inclusive los tratados bilaterales de inversión extranjera han llegado a ser considerados por los tribunales arbitrales como evidencia de una práctica constante de países corroborada por una *opinio iuris* en la materia. En este sentido, los tratados como norma *erga singulum* cobran relevancia en tanto evidencia de derecho internacional consuetudinario, norma *erga omnes*,⁴⁸ de forma que disposiciones de un tratado pueden ser oponibles a un miembro de la comunidad internacional aunque no haya suscrito dicho tratado.

De todo el cuerpo de normas que componen el derecho internacional ¿qué porcentaje corresponde a derecho particular, tratados, y qué a derecho general, consuetudinario? ¿cuál es el peso específico de cada uno en el todo del sistema legal internacional? Un estudio preciso es necesario; sin embargo, la característica de normas *erga omnes* del derecho costumbrista lo hace muy relevante en sí mismo, además de que creo que es muy aventurado señalar que el derecho internacional de tratados englobe la mayor parte del derecho internacional. Lo más probable es que el derecho consuetudinario sea el de mayor peso en el sistema legal internacional.⁴⁹

En el caso que nos ocupa, la reforma de 2011, la cual incorpora los derechos humanos contenidos en los tratados suscritos por México, se queda corta necesariamente respecto del todo del derecho internacional en la materia al soslayar el derecho internacional costumbrista.

Con la reforma, por tanto, no se incorporan todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, tampoco se incorporan todos los principios de interpretación ni las normas que les dan vida; simplemente se incorporan aquellos derechos humanos establecidos en los tratados que México ha suscrito o llegue a suscribir. Desde este punto de vista, la reforma representa un avance, pero limitado por la visión monista

⁴⁸ Peters, Paul, "Investment Risk and Trust: the Role of International Law", en Waart, Paul de et al. (eds.), *International Law and Development*, Holanda, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 153.

⁴⁹ Quizá la mejor respuesta pueda derivarse de lo dicho por el juez presidente Nagendra Singh en su opinión disidente del caso Nicaragua refiriéndose al concepto del "uso de la fuerza", cualquier intento por tratar de ver qué porcentaje de este concepto pertenece al derecho consuetudinario o al convencional es una falacia, pues no hay necesidad de separar lo inseparable. *Nicaragua Case*, Judgment, ICJ, 1985, Separate Opinion President Nagendra Singh, p. 152.

del derecho mexicano que no reconoce la supremacía del derecho internacional.

En efecto, la reforma va en armonía con la interpretación monista y autárquica que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha realizado del artículo 133 constitucional, en el sentido de que los tratados internacionales seguirán siendo inferiores a la Constitución.⁵⁰

Sin embargo, por lo limitado de la reforma, con ella se facilitará el cumplimiento de las obligaciones mexicanas de respeto y protección de esos derechos. En efecto, México es de los países que más tratados internacionales de todo tipo ha suscrito y sin embargo con su visión soberana

⁵⁰ TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario “pacta sunt servanda”, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional. Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S. A. de C. V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez. El Tribunal Pleno, 20 de marzo en curso, aprobó, con el número IX/2007, la tesis aislada que antecede. México, D. F., a 20 de marzo de 2007.

En la sesión pública de 13 de febrero de 2007, además del amparo en revisión 120/2002, promovido por Mc Cain México, S. A. de C. V., se resolvieron los amparos en revisión 1976/2003, 787/2004, 1084/2004, 1651/2004, 1277/2004, 1576/2005, 1738/2005, 2075/2005, 74/2006, 815/2006, 948/2006, 1380/2006, y el amparo directo en revisión 1850/2004, respecto de los cuales el tema medular correspondió a la interpretación del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a que se refiere esta tesis aislada. Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XXV, abril de 2007, p. 6, tesis p. IX/2007, tesis aislada, materia constitucional.

del derecho, sus tribunales y autoridades se limitan para cumplir con esas obligaciones internacionales expresamente reconocidas por el país.

Con la reforma se ha incorporado un nuevo concepto, el del “control de la convencionalidad”,⁵¹ en línea con una reforma a la par en materia de amparo publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011.⁵² Con este concepto se pretende señalar una nueva facultad de los tribunales mexicanos para analizar los actos de autoridad a la luz de los derechos humanos de los tratados internacionales, y en este sentido controlar⁵³ que dichos actos se encuentren de acuerdo con lo convenido en derecho internacional de tratados.

Un comentario adicional es que con la reforma pasamos del concepto de garantías individuales al de derechos humanos. En efecto, en nuestro país a las garantías individuales se les identificaba con los derechos humanos o fundamentales de la persona, esto producto de una idea que suponía que consagrando dichos derechos éstos estaban ya asegurados, en realidad la garantía no consiste en poner un derecho en la Constitución sino en asegurar los medios para la tutela de las disposiciones constitucionales.

⁵¹ Corte IDH, caso *Radilla Pacheco vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, pfo. 339.

⁵² Artículo 103. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Artículo 104. Los tribunales de la Federación conocerán... II. De todas las controversias del orden civil o mercantil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano. A elección del actor y cuando sólo se afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas, los jueces y tribunales del orden común.

⁵³ El control no se reduce sólo a enderezar y depurar todo aquello que deforme o no corresponda a los valores que tutela, sino, y sobre todo, a impedir la realización, aseveración de la deformidad, esto es, impedir la persistencia del objeto sobre el cual el control recae. De esta manera, todo control tiene una estructura de operación, con dos elementos: un juicio respecto de la conformidad del objeto con los “valores tutelados” comúnmente conocido como facultad de inspección, y un elemento conminatorio consistente en una medida ejercitada cuando el primero resulta negativo. Es por esto último que Galeotti sostiene que el control funge como una criba, un cedazo, que separa la basura del grano, que permite pasar aquello que se considera bueno, idóneo a la intención, y descarta aquello que no lo es. Galeotti, Sergio, *Introduzione alla teoria dei controlli costituzionali*, Milán, Giuffrè, 1963, p. 39.

En efecto, entre los tratadistas, los conceptos y la terminología eran difusos en lo relativo a derechos humanos y garantías individuales, incluso se manejaban otras acepciones como garantías del gobernado (pues existen otros entes que también las gozan distintos a los individuos),⁵⁴ derechos fundamentales (como los mínimos a tener para poder desarrollarse),⁵⁵ derechos del hombre (en su calidad de tal),⁵⁶ garantías constitucionales,⁵⁷ derechos públicos subjetivos (como potestad jurídica del hombre),⁵⁸ entre otros.⁵⁹

Un punto importante a tomar en cuenta es que las garantías individuales siempre se consideraron con vigencia y aplicación a partir del texto constitucional, sujetas al régimen de derecho positivo y, por lo tanto, otorgadas y no reconocidas (como lo son ahora los derechos humanos), por lo que podían ser eliminadas conforme el legislador decidiera.

Con la reforma se cierra un capítulo más en la larga discusión sobre los alcances de la protección de los derechos humanos a través de las garantías individuales y se fortalece el esquema de protección de estos derechos. El aspecto sustantivo de los derechos se vincula ahora con los derechos humanos, mientras que los medios para su defensa se consideran propiamente las garantías.⁶⁰

⁵⁴ Burgoa, Ignacio, *Las garantías...*, cit., p. 159.

⁵⁵ Sánchez Marín, Ángel Luis, "Concepto, fundamentos y evolución de los derechos fundamentales", *Eikasia, Revista de filosofía*, España, Oviedo, núm. 229, marzo de 2014.

⁵⁶ Lozano, José María, *Tratado de los derechos del hombre*, México, Imprenta del Comercio de Dublán, 1876.

⁵⁷ Concepto que tiene su origen en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que establece que *Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución*.

⁵⁸ Jellinek, George, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, trad. de Adolfo Posada, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

⁵⁹ Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

⁶⁰ Las garantías constitucionales son los medios jurídicos, fundamentalmente de carácter procesal, que están dirigidos, en un primer momento, a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos de poder, debido a la insuficiencia de los instrumentos protectores de la Constitución del párrafo anterior; en un segundo momento, las garantías constitucionales están dirigidas también a una transformación evolutiva de las disposiciones fundamentales. Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución y su defensa", *La Constitución y su defensa*, México, UNAM, Ins-

La reforma tenderá a reducir las demandas en contra del Estado mexicano ante órganos internacionales, ya que el hecho de que los derechos humanos contenidos en dichos instrumentos sean constitucionalizados, aportará un fundamento para su protección interna (aunque no lo garantiza). Lo que hoy termina resolviéndose a nivel internacional, podrá ser resuelto previamente a nivel nacional.⁶¹

2. Principios de interpretación: conforme y *pro personae* (artículo 1o.).

La reforma fija dos principios de interpretación en la materia, lo cual es muy novedoso en el sistema legal mexicano. En efecto, a los abogados mexicanos tradicionalmente nos resulta difícil aceptar el hecho de que los jueces, al resolver casos concretos, crean derecho y no nada más lo aplican.

El fenómeno de la creación de derecho mediante la actividad judicial no es otra cosa que el nacimiento de una norma particular que nace del ejercicio de una PL-Law.⁶² Lo relevante en este punto es reconocer que así como existen normas de carácter general hay otras de carácter particular, Kelsen señaló al respecto que “la teoría tradicional sólo toma en consideración normas jurídicas generales, ignorando la existencia de normas

tituto de Investigaciones Jurídicas, 1984, p. 18; Galeotti, Serio, *La garanzia costituzionale. Presupposti e concetto*, Milán, Giuffrè, 1950.

⁶¹ Corte IDH, caso *Radilla Pacheco vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, pfo. 339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de 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 (320). 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 por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. 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 (321).

⁶² La P-Law es una disposición jurídica que en un sistema legal confiere poderes legislativos, es decir, poderes para crear otras disposiciones jurídicas. García Castillo, Tonatiuh, *Consideraciones en torno a la relación de dos sistemas jurídicos no independientes: derecho internacional/ derecho nacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 122.

jurídicas individuales, y se pasa por alto la identidad de norma jurídica y obligación jurídica, considerando la obligación jurídica como un objeto distinto de la norma jurídica”.⁶³

Los jueces, al interpretar, guían el significado de la ley en el caso particular que les ocupa, lo que les lleva a hacer el papel del legislador.⁶⁴ Este papel en el desentrañamiento de la ley ha causado desde siempre sorpresa; es interesante recordar que la palabra interpretación viene del latín *interpretatio*, en cuyo término la raíz *pret*, que volvemos a encontrar en *priest* o *prêtre*, recuerda la antigua y fuerte influencia de la voluntad sacerdotal en nuestra disciplina.⁶⁵

Los dos principios que la reforma establece son, por un lado, el principio de interpretación conforme, que significa cumplir al mismo tiempo con la Constitución y los tratados; por el otro, el principio de dar mayor peso a la interpretación que más favorezca a la persona. La inclusión de tales principios favorecerá que las autoridades, pero sobre todo los tribunales nacionales, den una interpretación armónica evitando muchas antinomias; por otro lado, otra norma que favorece todo el sistema de derechos humanos en su coherencia es la de aplicar la norma que resulte más benéfica para la persona.

Con estas dos normas interpretativas damos nacimiento a un verdadero sistema de derechos humanos. Un sistema sólo puede entenderse identificando sus elementos y las relaciones entre éstos. Los elementos de un sistema adquieren calidad de tales solamente si se les considera relacionamente. Kelsen señala por ejemplo que “es imposible entender la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una regla aislada”.⁶⁶

⁶³ Kelsen, Hans, *Teoría...*, cit., p. 140.

⁶⁴ Blondel, Jean, “Introducción al estudio comparativo de los gobiernos”, *Revista de Occidente*, Madrid, 1972, p. 506; Tamayo y Salmerón, Rolando, “Algunas consideraciones sobre la interpretación jurídica (con especial a la interpretación constitucional)”, *Revista del Colegio de Abogados de la Plata*, Buenos Aires, año XV, julio-diciembre de 1973, núm. 31, pp. 25-65; Kurland, Philip B., “Curia Regis: Some Comments on the Divine Right of Kings and Courts «to say what the law is»”, *Arizona Law Review*, 1981, vol. 23, núm. 2, 1981; Grant, J. A. C., “La legislación judicial y la jurisdicción de los tribunales federales: un estudio comparado de los Estados Unidos, Argentina y México”, *Los cambios constitucionales*, México, UNAM, 1977, pp. 19-21.

⁶⁵ Margadant S., Guillermo F., *El derecho privado romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea*, México, Esfinge, 1983, p. 55.

⁶⁶ Kelsen, Hans, *Teoría...*, cit., p. 3.

Cuando un órgano del sistema legal emite una ley, realmente sólo crea una parte de la disposición jurídica; las otras partes de la disposición legal relevante han sido creadas en otros tiempos y quizá por otros cuerpos legislativos. La observación de que muchas leyes contribuyen al contenido de una institución ha sido calificada como la contribución más importante del pensamiento de Bentham.⁶⁷

3. Obligación *pro derechos humanos* por parte de las autoridades del Estado. Incorporación al sistema legal nacional de ciertos principios de la teoría general internacional de derechos humanos (artículo 1o.).

Se incorpora al sistema legal mexicano la obligación de las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de acuerdo con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Sin embargo, por lo avanzado de esta disposición, la misma tiene el problema de que petrifica dichos principios y no incorpora todos los que son; hubiera sido mejor señalar que las autoridades deben respetar los derechos humanos de acuerdo con los principios en la materia aceptados internacionalmente, sin embargo dicha expresión es difícil de pensar en el soliloquio del sistema legal mexicano.

El principio de la universalidad de los derechos humanos y el de no discriminación son la piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos. El derecho internacional de los derechos humanos plantea que son inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición, de manera que todos los Estados tienen el deber, independientemente de sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos.

Los derechos humanos también son inalienables. No deben suprimirse, salvo en determinadas situaciones y siguiendo las debidas garantías procesales.

Todos los derechos humanos son también derechos indivisibles, interrelacionados e interdependientes. El avance de uno facilita el avance de los demás. De la misma manera, la privación de un derecho afecta negativamente a los demás.

⁶⁷ Raz, Joseph, *The Concept...*, cit., p. 71.

El principio de no discriminación es también total en el derecho internacional de derechos humanos, al ser un principio transversal. El principio se aplica a toda persona en relación con todos los derechos humanos y las libertades, y prohíbe la discriminación sobre la base de una lista no exhaustiva de categorías como sexo, raza y color, y así sucesivamente. El principio de la no discriminación se complementa con el principio de igualdad.

4. Incorporación del principio de reparación (artículo 1o.).

Un punto medular para el sistema legal mexicano es que la reforma incorpora el principio de derecho internacional de la reparación, y es medular porque en nuestro sistema legal muchas violaciones no tienen remedio legal.

En efecto, en derecho internacional el incumplimiento a un deber jurídico da lugar al surgimiento de la *responsabilidad*. Ésta surge porque el incumplimiento del *deber jurídico* ocasiona una *injuria* que puede tener lugar en dos vertientes:

I) *Injuria indirecta*: afectación al sistema legal en virtud de que se ha dado incumplimiento a un *deber jurídico* reconocido por dicho sistema, y

II) *Injuria directa*: afectación al titular del *derecho reflejo*. Dicha afectación, dependiendo de la naturaleza del *derecho reflejo* puede ser *erga singulum*, si el deber jurídico se debe *vis a vis* un acreedor identificable, o *erga omnes*, cuando el deber jurídico se debe a más de un miembro de la comunidad jurídica.

Es importante no confundir un simple daño con una injuria, el primero se da en el mundo fenoménico, el segundo en el mundo nouménico y puede darse el caso de *damnum sine injuria*.⁶⁸

⁶⁸ La Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana ha señalado que “Debe distinguirse entre *perjuicio* o interés jurídico como condición para la procedencia del juicio de garantías y el *perjuicio económico* sufrido por un individuo o conjunto de individuos en virtud de la realización del acto reclamado, perjuicio este último que no es suficiente para la procedencia del juicio de garantías, pues bien pueden afectarse económicamente los intereses de un sujeto o grupo de individuos, y no afectarse su esfera jurídica...”. INTERÉS JURÍDICO, CONCEPTO DE, PARA LA PROCEDENCIA DEL AMPARO, Séptima Época, vol. 64, p. 68, Amparo en revisión 994/57. Ventas y Propaganda, S. A., 4 de abril de 1974, mayoría de 9 votos, ponente Rafael Rojina Villegas.

El incumplimiento del *deber jurídico* ha cobrado muchos nombres: ilícito, delito, entre otros. En derecho internacional se denomina “hecho ilícito”, pues el vocablo “hecho” busca evitar confusiones respecto de la intención del autor, ya que la violación a una norma jurídica muchas veces no requiere de la intención misma del sujeto activo.⁶⁹

El *nexum* creado por el *deber jurídico* y el *derecho reflejo* es independiente de la relación jurídica que nace del incumplimiento del *deber jurídico*. Así, en el sistema jurídico internacional se ha dicho que

la esencia de un hecho ilícito internacional descansa en la no conformidad de la conducta actual de un Estado con la que debió haber adoptado para cumplir una particular obligación internacional. Tal conducta da lugar al nacimiento de nuevas relaciones legales que se agrupan bajo la denominación común de responsabilidad internacional.⁷⁰

La independencia de las obligaciones surgidas con motivo del incumplimiento del *deber jurídico*, su distinción con la *responsabilidad* ha sido establecida en distintos sistemas jurídicos. En efecto, una vez que la responsabilidad ha tenido lugar como resultado de la presencia del hecho ilícito, aquélla no se ve afectada por la desaparición de la obligación que se violó. Así, la Corte Internacional de Justicia, discutiendo la defensa del Reino Unido en el sentido de que el Mandato sobre Camerún del Norte había llegado a su fin, y por lo tanto cualquier violación al mismo no podía ser ya reclamada dijo: “una acción de reparación no llega a su fin por la terminación del Mandato”.⁷¹

¿Toda violación a un deber legal genera responsabilidad? La respuesta es sí, pero en diferente grado. En el sistema jurídico internacional se ha dicho que “cualquier violación de un Estado de cualquier obligación, cualquiera que sea su origen [*costumbre, tratado, principio general de derecho*], da lugar a responsabilidad estatal”.⁷² La situación es clara cuando la *injuria* es directa y *erga singulum*. Pero ¿qué hay de *injuria* directa *erga omnes*, o simplemente *injuria* indirecta?

⁶⁹ Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility*, Cambridge, Cambridge University, p. 80.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 124.

⁷¹ *Northern Cameroons*, Preliminary Objections, ICJ, 1963, p. 35.

⁷² *Rainbow Warrior*, Nueva Zelanda-Francia, 1987, RIAA, vol. XX, p. 217.

Todo incumplimiento de un *deber jurídico* al generar, al menos la injuria indirecta, debe dar lugar al surgimiento de responsabilidad. Nuevamente, el derecho internacional, calificado de sistema jurídico horizontal, ha sostenido la existencia de responsabilidad por injuria indirecta.

La idea de que es deber del Estado obedecer ciertas reglas de conducta hacia otros Estados, surge del hecho de que es un miembro de la comunidad internacional y de que dicha comunidad está gobernada por reglas de derecho: la responsabilidad resultante por el fallo de obedecer estas reglas es una consecuencia directa de este deber.⁷³

La *responsabilidad* que surge del incumplimiento de un *deber jurídico* implica la creación de nuevas relaciones jurídicas. En un sistema jurídico tan simple y llano como el internacional, el responsable tiene, al menos, el deber jurídico de:

I) *Cesar y no repetir el incumplimiento* del deber jurídico primario;⁷⁴

II) *Reparación* por la injuria ocasionada.⁷⁵

Cesación y no repetición son parte importante en la restauración de la relación legal afectada por el incumplimiento del deber jurídico, y nor-

⁷³ “Responsabilidad de los Estados por daños causado en su territorio a personas o propiedad extranjera”. League of Nations Document, C. 75. M. 69, 1929, *AJIL*, vol. 24, Issue 1, enero de 1930, p. 48.

⁷⁴ La Corte Internacional de Justicia ha dicho por ejemplo: “una situación ilegal no puede permanecer sin consecuencia”, refiriéndose a la ilegalidad de la presencia de Sudáfrica en Namibia después de la terminación del Mandato que hizo el Consejo de Seguridad, agregando “Sudáfrica siendo responsable, tiene la obligación de ponerle un fin. Los Estados miembros de las Naciones Unidas están obligados a reconocer la ilegalidad e invalidez del acto y abstenerse a brindar apoyo o asistencia y abstenerse de establecer relaciones contractuales con Sudáfrica en casos en los que actúe a nombre de Namibia”; concluyendo: “la terminación del Mandato y la declaración de ilegalidad de la presencia de Sudáfrica son oponibles a todos los Estados en el sentido de impedir *erga omnes* la legalidad de una situación que se mantiene en violación al derecho internacional”, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of SA in Namibia SWA n/w SC res 276 (1970)*, ICJ, 1971.

⁷⁵ Comentando sobre los sucesos de la toma de la embajada de los Estados Unidos por estudiantes y el apoyo subsiguiente del gobierno de Irán a tales hechos, la Corte Internacional de Justicia dijo: “la acción requerida por el derecho general internacional [como contrapuesto al derecho internacional particular generado por tratados] a Irán era que hiciera todo esfuerzo para llevar la flagrante violación a un final rápido, reestablecer el *status quo* y ofrecer reparación por el daño”. *US Diplomatic and Consular Staff in Tehran Case (Hostages Case)*, *US vs. Iran*, ICJ, 1980, p. 68.

malmente los sistemas jurídicos buscan que la situación prevista por el sistema legal se restaure.

La reparación, por su parte, puede cobrar multitud de formas. En derecho internacional, la restitución⁷⁶ es la forma primaria de reparación,⁷⁷ pero puede ser el caso de que la misma sea imposible y entonces opera la compensación (*damages*).⁷⁸ En algunos sistemas jurídicos la reparación puede incluir castigo, por ejemplo pago de daños ejemplares; mientras que en otros sistemas legales como el derecho internacional no los incluye.

La responsabilidad que surge ante el incumplimiento de un *deber jurídico* se genera por ministerio de ley, es decir, no tiene que ser pactada ni se deriva de la relación jurídica generada por el *deber jurídico* y el *derecho reflejo*. De igual manera, las obligaciones del responsable existen con independencia de que se ejerza o no la facultad de exigir dicha responsabilidad. En este sentido es que la Corte Permanente de Justicia Internacional señalaba:

Es un principio de derecho internacional y más aún, un concepto general de derecho que cualquier violación a un acuerdo implica la obligación de reparación. La reparación es el complemento indispensable de una falla en aplicar una convención, y no hay necesidad de que esto sea establecido en la convención misma.⁷⁹

5. Prohibición de discriminación motivada por preferencias de tipo sexual. Transición de los conceptos de hombre, individuo a persona (artículo 1o.).

⁷⁶ Remedio por el cual el afectado es regresado a la situación prevaleciente antes del incumplimiento o puesto en la posición en que estaría si el mismo no se hubiera dado.

⁷⁷ “El principio esencial contenido en la noción de acto ilegal —principio que parece estar establecido por la práctica internacional y en particular por las decisiones de los tribunales arbitrales— es que la reparación debe, tanto como sea posible, limpiar las consecuencias del acto ilegal y restablecer la situación que hubiera, con toda probabilidad, existido si dicho acto no se hubiese cometido. Restitución en especie y sino es posible pago de una suma correspondiente al valor de la restitución en especie”, *Chorzow Factory Case, Germany vs. Poland*, Indemnity, Corte Permanente de Justicia Internacional, 1928, Judgment 13, p. 47.

⁷⁸ Indemnización monetaria por los daños sufridos.

⁷⁹ *Chorzow Factory Case, Germany vs. Poland*, Indemnity, Corte Permanente de Justicia Internacional, 1928, Judgment 13, p. 29.

A lo largo de la reforma se sustituyeron conceptos que nos dicen sobre qué teoría se llevó a cabo la misma; en particular, los vocablos de hombre e individuo pasaron a ser sustituidos por el de persona.

Sobre esta transformación terminológica podemos señalar que constituye un cambio valorativo más que sustancial. En efecto, en la teoría jurídica liberal se contraponen dos conceptos: derecho subjetivo *vs.* derecho objetivo. Esta distinción pretende ubicar al derecho subjetivo como trascendente al derecho objetivo establecido por la comunidad jurídica. La idea es una institución que ponga un límite insuperable a la configuración del contenido del sistema jurídico positivo; en esta lógica, el “sujeto de derecho” se concibe como independiente, en su existencia, al derecho objetivo; como portador de un derecho subjetivo que quizás no sea menos, sino más “derecho” que el derecho objetivo mismo, lo cual ha servido fundamentalmente para proteger la institución de la propiedad privada de su posible eliminación por el sistema legal. A este respecto, Ihering sostuvo: “apropiándome la cosa, le imprimo el sello de mi personalidad; cualquier ataque dirigido a ella, me hiere a mí, porque mi propiedad soy, como que la propiedad no es más que la periferia de la personalidad extendida a una cosa”.⁸⁰ Esta ideología de la subjetividad jurídica es también la base de la teoría jurídica de la autonomía de la voluntad.

A partir de este esquema, la teoría jurídica construyó el concepto de “persona”, o “sujeto de derecho”. Para la teoría tradicional el hombre como concepto filosófico es anterior a “persona jurídica”, la persona es el hombre vestido de juridicidad, dotado de derechos.

Tal estrategia para definir la persona jurídica resultó problemática desde el primer momento, pues inmediatamente se apreció que en un sistema jurídico no nada más los hombres sino otros “entes” —como los municipios y las asociaciones— pueden ser catalogados en cuanto personas jurídicas. Tratando de corregir, la teoría jurídica redefinió a la persona como cualquier ente “portador” de derechos y obligaciones jurídicas. Si es el caso que el hombre sea el portador de éstos se habla de “persona física”; si son otros entes se llama “persona jurídica”. En esta lógica se dijo que la persona jurídica es en realidad una persona “artificial”, un concepto auxiliar construido por la ciencia del derecho.

⁸⁰ Ihering von, R., *La lucha por el derecho*, trad. de Adolfo Posada, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1881, p. 53.

Un análisis más tranquilo nos lleva a concluir que la llamada “persona física” también es una construcción artificial de la ciencia jurídica. En efecto, la persona física “no es el hombre que tiene derechos y obligaciones, sino la unidad (concepto nouménico) de derechos y obligaciones cuyo contenido es el comportamiento de un hombre”.⁸¹

En efecto, los elementos de un sistema jurídico, las disposiciones jurídicas,⁸² no son entidades objetivamente dadas, sino construcciones del intelecto humano, intelecto que produce conceptos y otras estructuras con significado a partir de la ayuda del lenguaje que soporta el razonamiento y el discurso.⁸³ Es importante señalar que esta visión de las disposiciones jurídicas es completamente consistente con la distinción kantiana entre fenómenos y nouómenos, ambos concebidos como objetos del intelecto humano en cuanto pensados y no como la contraposición entre el mundo de las cosas y las ideas,⁸⁴ y si bien las disposiciones jurídicas pueden ser consideradas nouómenos, ello es muy lejano a considerarlas entes vivientes en un mundo platónico.

Concebir al derecho como idea nos permite pensar en los sistemas legales en tanto redes de densidad infinita que conectan relaciones jurídicas. Una relación jurídica constituye así un patrón de potencialidad en el cual las personas y situaciones pueden ser ubicadas. El derecho forma una ma-

⁸¹ Kelsen, Hans, *Teoría...*, cit., p. 183.

⁸² Disposición jurídica o disposición legal son utilizados indistintamente en el cuerpo de este escrito.

⁸³ Weinberger, Ota, “The Expressive Conception of Norms: An Impasse for the Logic of Norms”, *Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford, Clarendon Press-Paulson, Stanley, 1998, p. 415.

⁸⁴ Discutiendo si existen conocimientos más allá de toda experiencia, es decir *a priori*, Kant define al fenómeno *Phaenomenon* como el “concepto sensible de un objeto”. Cfr. Kant, Immanuel, *Crítica de la razón pura*, México, Porrúa, 1982, pp. 100, 110, 147 y ss.

El fenómeno kantiano (*concepto de un objeto*) debe distinguirse del *objeto* mismo; pues los fenómenos (*phaenomena*) son “los objetos sensibles en cuanto pensados” y la realidad (*realitas phaenomenon*) “lo que en la intuición empírica corresponde a la sensación”.

Kant contrapone al *fenómeno*, los *nouómenos* y sostiene que ciertos conceptos, como Dios o libertad, surgen del entendimiento no basado en la experiencia, sino de una “intuición... no sensible (*como coram intuitu intellectuali*)” Estos conceptos son llamados “*Noumena (intelligibilia)*... los fenómenos no son más que representaciones... Pero en lo que se refiere a la causa por la cual, no siendo satisfactorio el sustrato de la sensibilidad, se han añadido además de los *fenómenos*, los *nouómenos* que sólo el entendimiento puro puede pensar... *nouómeno*... significa tan sólo el pensamiento de algo en general, en el cual hago abstracción de toda forma de la intuición sensible...”.

triz que identifica personas y situaciones en forma abstracta, como idea. La red de relaciones jurídicas constituye una “realidad legal” paralela a la “realidad social” y cada posible aspecto de esta última tiene un segundo significado en la primera.⁸⁵

En este sentido se ha dicho que

el acontecimiento externo.... es un trozo de la naturaleza... El acontecimiento en cuestión logra su sentido específicamente jurídico, su significación propia en derecho, a través de una norma que se refiere a él con su contenido... La norma funciona como un esquema de explicitación... el enunciado de que un acto de conducta humana situado en el tiempo y el espacio es un acto de derecho (o un acto contrario a derecho) es el resultado de una explicación específica, a saber, una explicación normativa.⁸⁶

El concepto de “persona física” es por tanto sólo una construcción jurídica y, como tal, difiere por completo del concepto de hombre como definición biológica, antropológica o filosófica, la llamada “persona física” es también una “persona jurídica”.

Lo anterior es más claro si se reconoce que históricamente los regímenes jurídicos no han otorgado personalidad a todo ser humano. El mismo derecho moderno hasta hace muy poco otorgó personalidad a las mujeres; y el romano, que nadie duda en calificarlo como tal, no tuvo el menor empacho en establecer que el esclavo no era persona jurídica sino simple *res parlante*.⁸⁷

⁸⁵ Allot, P., “The Concept of International Law”, *European Journal of International Law*, 1999, p. 36. Esta realidad jurídica paralela posee su propia lógica, y se estudia por lo que se ha denominado la dogmática jurídica, definida como el oficio intelectual que sigue ciertos cánones reconocidos, el metalenguaje del derecho, el conjunto de reglas, conceptos y definiciones que nos permiten una “lectura jurídica” del derecho mismo, es decir que se lee el derecho no en forma literal sino que a través de la jurisprudencia dogmática se analiza el material, se ponderan argumentos, se verifica su consistencia con el propósito de determinar el derecho aplicable a una situación de hecho. Esta jurisprudencia o esquema de interpretación opera de manera dogmática: sus doctrinas no se hacen explícitas ni se justifican, *cfr.* Berman, Harold J., “The Origins of Western Legal Science”, *Harvard Law Review*, March, Cambridge Mass, 1977, vol. 90, núm. 5.

⁸⁶ Kelsen, Hans, *Teoría pura...*, *cit.*, p. 17.

⁸⁷ Los esclavos pertenecían a las *res Mancipi*, y se ubicaban como bienes al lado de bueyes y animales preciados, cuya venta estaba sujeta a la solemnidad de la mancipación, Sohm, Rodolfo, *Instituciones de derecho privado romano (historia y sistema)*, trad. de Wenceslao

Si un “ente” tiene personalidad jurídica no significa que primero es “ente” y luego adquiere carácter jurídico al dotarle de derechos y obligaciones. Esto es duplicar sin necesidad las cosas, y generar hipóstasis, el “ente jurídico” es ese conjunto de derechos y obligaciones que se atribuyen. Al expresar que un “ente” es sujeto de una obligación jurídica se alude a que una conducta determinada de éste es contenido de una obligación estatuida por el sistema jurídico.⁸⁸

Así, cuando se dice que una sociedad (caso típico de las llamadas personas jurídicas) entra en transacciones legales, o tiene derechos y deberes que el sistema legal le confiere o impone; tales juicios son, como todo enunciado jurídico, una figura del lenguaje. Los actos y omisiones de dicha sociedad necesariamente son de los seres humanos. El problema consiste en establecer con precisión dichos actos y omisiones de los seres humanos y explicar por qué pueden ser interpretados como propios de la sociedad en cuanto sujeto de derecho.

El derecho por tanto puede ser entendido como una matriz que ubica personas y situaciones en forma ideal, y que su función normativa pretende llevar el comportamiento humano real a dicho estado ideal. La idealidad generada de ninguna manera duplica (es imposible) a la realidad, ni lo pretende. A la idealidad jurídica no le importa normar todo acto humano, como puede ser el ver la salida del sol o el soñar. A la idealidad normativa le importa guiar ciertos actos de los hombres bajo ciertas circunstancias. Pensemos en un hombre que sea juez. La naturaleza de juez no es consustancial a la de ese hombre, sino accidental, es decir, no todo acto de dicho hombre, como comprar una cerveza, puede ser atribuido a la figura de juez, aunque tanto la compraventa como el dictar sentencia sean actos regulados por el sistema legal.

Así pues, los actos de los hombres son atribuidos por la idealidad normativa a ciertas figuras: comprador, vendedor, homicida, director de una compañía, defraudador, diputado del pueblo, juez, padre, hijo, heredero, policía, fiscal. En todos estos casos el hombre que se ubica en los supuestos ideales, que en muchas ocasiones puede ser el mismo ser humano pero con diferente uniforme, actúa como órgano del sistema jurídico. Los órga-

Roces, México, Editora Nacional, 1975, p. 91; Petit, E., *Tratado elemental de derecho romano*, México, Editora Nacional, 1951, pp. 65 y 141.

⁸⁸ En este sentido Kant sostenía que “*persona* es el sujeto cuyas acciones son susceptibles de *imputación*”, Kant, Immanuel, *Crítica de la... cit.*, p. 24.

nos del sistema legal llevan a cabo una función (deber, facultad, potestad) prevista por dicho sistema, al ejecutar dicha función dan vida al sistema legal.

Así las cosas, la reforma, al incorporar el concepto de persona, está en línea con la idea romántica de que los derechos humanos son anteriores al sistema legal y puede resultar muy emotiva pero complica innecesariamente las cosas. En efecto, antes nuestros tribunales ya habían reconocido que las personas morales en cuanto entes de derecho privado eran sujetos de garantías individuales,⁸⁹ pero ¿qué sucederá con la reforma?

Respecto al principio de no discriminación por razones de preferencia sexual, pues ésta simplemente es una especie de la no discriminación en general, por lo que en realidad es un cambio inocuo.

⁸⁹ PERSONAS MORALES OFICIALES. PUEDEN OCURRIR EN DEMANDA DE AMPARO CUANDO ACTÚAN COMO PERSONAS DE DERECHO PRIVADO, PERO NO CUANDO PRETENDEN DEFENDER ACTOS QUE EMITIERON EN SU CARÁCTER DE PERSONAS MORALES DE DERECHO PÚBLICO. Es de explorado derecho que el juicio constitucional tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad pública que violen las garantías individuales; y que éstas, como derechos subjetivos públicos, sólo se otorgan a las personas físicas o morales y no a las autoridades; y aun cuando el artículo 9o. de la Ley de Amparo establece que las personas morales oficiales pueden ocurrir en demanda de amparo, es claro que se refiere a los intereses jurídicos del Estado cuando actúa como persona de derecho privado, pero se excluye el acceso al juicio constitucional a éste cuando pretende defender sus actos que emitió en su carácter de persona moral de derecho público, porque entonces ese es acto de autoridad, en tanto que se produce de manera unilateral e imperativa. Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito. Amparo directo 228/94, Oficial Mayor de gobierno del estado de Chiapas y coag. 21 de abril de 1994, unanimidad de votos, ponente Mariano Hernández Torres, secretario Luis Armando Mijangos Robles. Amparo directo 906/94, Oficial Mayor de gobierno del estado de Chiapas y coag. 26 de enero de 1995, unanimidad de votos, ponente Mariano Hernández Torres, secretario Noé Gutiérrez Díaz, amparo directo 172/96. Rafael E. Solórzano Penagos en su carácter de síndico municipal del Consejo Municipal Electoral de San Cristóbal de las Casas, Chiapas. 3 de mayo de 1996, unanimidad de votos, ponente Roberto Avendaño, secretario Manuel de Jesús Cruz Espinosa. Amparo directo 984/95, secretario de Hacienda del Estado de Chiapas, 23 de mayo de 1996, unanimidad de votos, ponente Ángel Suárez Torres, secretario Víctor Alberto Jiménez Santiago. Amparo directo 504/97, José Francisco Molina Moreno, delegado de Hacienda del estado de Chiapas, 30 de abril de 1998, unanimidad de votos, ponente Juan Manuel Alcántara Moreno, secretario Noé Gutiérrez Díaz. Véase *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. IX, febrero de 1992, p. 202, tesis I.1o.A.17 K, de rubro, “IMPROCEDENCIA DEL AMPARO PEDIDO POR PERSONAS MORALES OFICIALES CUANDO ACTÚAN CON EL CARÁCTER DE AUTORIDAD”, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, IX, enero de 1999, p. 729, tesis XX.1o.J/57, jurisprudencia, materia común.

6. Respeto a los derechos humanos como fin de la educación (artículo 3o.).

La comunidad internacional ha mostrado extrema preocupación por las manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y nacionalismo agresivo, así como las constantes violaciones a los derechos humanos, por la intolerancia religiosa, el recrudecimiento del terrorismo, factores todos que ponen en peligro la paz y la democracia, y constituyen obstáculos para el desarrollo.

Parece haber acuerdo mundial de que es necesaria la formación de personas que hagan suyo el fomento de la paz, los derechos humanos y la democracia de conformidad con la letra y el espíritu de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos. El 16 de febrero de 2012, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la resolución 66/137 mediante la cual emitió la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Educación y Formación en materia de Derechos Humanos, su importancia no puede soslayarse.

El camino parece ser de largo plazo y no se vislumbra otra opción duradera sino la que mediante políticas educativas se fomente el entendimiento, la solidaridad y la tolerancia entre los individuos y entre los grupos étnicos, sociales, culturales y religiosos.

La educación debería abarcar valores como la paz, la no discriminación, la igualdad, la justicia, la no violencia, la tolerancia y el respeto de la dignidad humana. Una educación de calidad basada en un enfoque de derechos humanos significa que éstos se aplican a lo largo y ancho del sistema educativo y en todos los contextos de aprendizaje.

Con la modificación constitucional, los planes y programas de estudio en todos los niveles educativos deberán facilitar un cambio de cultura generacional donde los ciudadanos tengan sensibilización, conocimientos, capacidades, aptitudes y actitudes favorables a una cultura universal de los derechos humanos y sus principios, con el fin de prevenir sus violaciones, gozar sus derechos, ejercerlos y defender y respetar los de los demás.

7. Ampliación de la competencia del sistema *ombudsman* (artículo 102).

Cuando se creó la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se dice que le preguntaron a Fidel Velazquez su opinión, y entre balbuceos dijo que estaba bien siempre y cuando no conociera de asuntos laborales. Ya descansando el defensor de la clase obrera ha llegado el tiempo de que la Comisión conozca de dicha materia. Esto generará que en materia de trabajo, los *ombudsman* tengan un amplio campo de competencia respecto a actuaciones de las autoridades laborales, de gran importancia en la defensa de los derechos humanos de los trabajadores: empleo, orientación y asesoría, seguridad e higiene, capacitación y adiestramiento, inspección, fijación y protección del salario y reparto de utilidades, vivienda, registro de sindicatos y sus directivas. Un punto interesante a analizar es el artículo 7o. de la Ley Federal del Trabajo, que discriminatoriamente señala que en un establecimiento no puede haber más del 10% de trabajadores extranjeros.⁹⁰

8. Principio de autonomía constitucional de todos los organismos que componen el sistema *ombudsman* (artículo 102).

Aunado a la ampliación de la competencia de los órganos que integran el sistema *ombudsman*, se garantiza constitucionalmente la plena autonomía de tales órganos autónomos de derechos humanos de las entidades federativas.

Con la inclusión de este principio se obliga a las entidades federativas a que doten de plena autonomía a dichos organismos, lo que significa un

⁹⁰ La reflexión no puede reducirse a discriminación. En derecho migratorio existen dos principios que se contradicen, por un lado la potestad estatal de decidir quién entra y quién no al país. Por otro lado, el *ius migrandi*, o derecho humano a migrar. Un *ius migrandi* limitado por la soberanía está siendo actualmente cuestionado. Vitale, Ermanno, *Ius migrandi. Figuras de errantes a este lado de la cosmópolis*, Barcelona, Melusina, 2006. Por otro lado, además del argumento soberano, también existe la discusión de si el migrante desplaza trabajadores en los mercados laborales o bien genera incrementos en la demanda agregada. Esta discusión se basa en dos visiones económicas, crecimiento endógeno *vs.* crecimiento exógeno, modelos de sustitución de importaciones *vs.* modelos de economías abiertas, modelos keynesianos *vs.* modelos liberales. Iturbe-Ormaetxe, Íñigo, “Efectos económicos de la emigración”, *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*, Valencia, núm. 6, febrero de 2002, pp. 61-74. Ninguna de las dos discusiones, la soberana y la económica, están saldadas.

avance muy importante, sobre todo de cara a aquellos estados en donde eran apéndices del Poder Ejecutivo local (*v. gr.* Estado de México y Guerrero), lo que dificultaba considerablemente el cumplimiento de su función.

En cuanto a reformas procedimentales tenemos:

a) Procedimiento y parámetros para la solicitud de asilo y refugio (artículo 11).

Nuestro sistema legal reconoce tres figuras de protección internacional que se complementan: refugio, protección complementaria y asilo. Es muy importante no confundirlas por lo que debemos comentar sobre ellas.

El artículo 1o. de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Convención de 1951) define al refugiado como aquella persona que

debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

La conclusión tercera de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, señaló que se hacía necesario extender el concepto de refugiado, de forma que además de los elementos de la Convención de 1951, se considerara como refugiados a

las personas que han huido de sus países por que su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público.

El artículo 42, fracción VI, de la antigua Ley General de Población, adoptó la definición ampliada de refugiado de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984; la actual Ley de Migración hace lo propio así como la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria.

En cuanto a la protección complementaria encontramos sus antecedentes en la Conclusión 103 del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2005), misma

que recomendó el uso de formas complementarias de protección para particulares necesitados de protección internacional que no reunieran las condiciones para ser reconocidos como refugiados en virtud de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, o de otros instrumentos regionales como la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984.

La misma Conclusión 103 del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (2005) afirma que las obligaciones en virtud de tratados internacionales pertinentes, que prohíben la devolución, cuando sean aplicables, constituyen importantes instrumentos de protección para personas que no cumplen con la definición de refugiado y pide que los Estados respeten el principio de no devolución.

Por otro lado, el numeral 8 del artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispone que en ningún caso, sin restringir el supuesto a la figura del refugiado, un extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal está en riesgo de violación a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social o de sus opiniones políticas. Esta norma se vincula con el derecho a la vida consagrado en el artículo 4o. de la misma Convención, y el derecho de integridad personal y prohibición de tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes establecido en el artículo 5o. de la Convención multimencionada.

Entre las normas que prohíben la devolución de los extranjeros a sus países —aunque no cumplan con los umbrales para ser considerados refugiados— tenemos por ejemplo el artículo 3o. de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984; los artículos 6o. y 7o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; y el artículo 37(a) de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

De esta forma, México otorga protección complementaria cuando las autoridades competentes no han reconocido: a) la condición de refugiado de un solicitante; o b) la condición de asilado de un solicitante; pero que no obstante: I. Existe una directriz del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR) en el sentido de no devolver a dicho extranjero a su país de nacionalidad o de residencia habitual, o II. El extranjero disfruta de los derechos contenidos en otras normas nacionales o internacionales que prohíben la devolución del solicitante, incluyendo,

inter alia, el artículo 3o. de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984; los artículos 4o., 5o. y 22(8) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 1969; los artículos 6o. y 7o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; y el artículo 37(a) de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Por lo que respecta al asilo⁹¹ debemos señalar que la figura fue establecida en México en 1824, cuando nuestro país firmó un tratado de amistad con Colombia por medio del cual se intercambiaron perseguidos políticos. Hoy día esta figura se decanta en nuestra Constitución en la prohibición de celebrar tratados para extraditar reos políticos.

El asilo puede ser “territorial” o “diplomático”. El primero es concedido por las autoridades migratorias del Estado en su propio territorio cuando el extranjero arriba huyendo por motivos políticos de su país; un caso famoso de asilo territorial en México es el de León Trotsky. El diplomático es concedido por el Estado en su sede diplomática o en un barco detenido en las costas del Estado a cuya jurisdicción intenta sustraerse el individuo. En el asilo diplomático se requiere de la calificación del delito en la sede diplomática del país asilante,⁹² no se concede asilo por delitos comunes ni por terrorismo, el delito tiene que ser político.

El asilo es una práctica latinoamericana que se consolidó en las Convenciones sobre Asilo de 1928 y 1933. Esta práctica no ha sido reconocida por el mundo anglosajón y europeo, pues sostienen que los verdaderos Es-

⁹¹ Para un muy buen análisis en la materia véase Imaz, Cecilia, *La práctica del asilo y del refugio en México*, México, Proterillos Editores, 1995, pp. 142.

⁹² El caso paradigmático a nivel internacional es el de Víctor Raúl Haya de la Torre, líder de la organización Alianza Popular Revolucionaria Americana. El asunto tiene lugar como consecuencia de una orden de arresto contra Haya de la Torre, peruano, después del infructuoso golpe de Estado en Perú del general Manuel Odría en octubre de 1948. Colombia le otorga asilo diplomático y pide un salvoconducto a Perú para poder sacarlo del país; Colombia alega que tiene competencia para calificar si el delito es político o no para propósitos del asilo. Colombia también sostuvo que el asilo era una costumbre peculiar a América Latina y que era vinculante para Colombia. La Corte Internacional de Justicia sostuvo que la carga de la prueba de uso constante y uniforme como expresión del derecho de un Estado a otorgar asilo y la obligación de respetarlo del Estado territorial, debería ser probada por Colombia. En este caso, la Corte señaló que no existía una práctica constante de calificación de la ofensa, y si existía en la región, Perú siempre la había repudiado por lo que no le vinculaba. *Haya de la Torre Case*, ICJ 1951.

tados democráticos tienen suficientes protecciones para los seres humanos por lo que no se requiere el asilo.

Un punto importante que diferencia el asilo del refugio es que en el primero no existe una obligación del Estado para otorgarlo, mientras que en el segundo sí existe un compromiso internacional. El primero se ejerce soberanamente, el segundo es vinculante.

b) Derechos humanos no suspendibles y nuevo procedimiento en la materia (artículo 29).

¿Los derechos humanos son otorgados o reconocidos por el sistema legal mexicano? Si deben suspenderse, ¿existe un límite a dicha suspensión? Cuando se trataba de garantías era claro que los derechos del hombre no se podían suspender, pero que en casos donde la patria peligrara, las garantías otorgadas para la protección de los derechos del hombre sí podrían suspenderse.⁹³

El artículo 27 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos señala que en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.⁹⁴

No se autoriza la suspensión de los siguientes derechos: derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; derecho a la vida; derecho a la integridad personal; prohibición de la esclavitud y servidumbre; principio de legalidad y de retroactividad; libertad de conciencia y de religión; protección a la familia; derecho al nombre; derechos del niño; derecho a

⁹³ Carpizo, Jorge, *Los derechos humanos:..., cit.*, p. 34.

⁹⁴ De manera similar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966, señala en el primer párrafo de su artículo 4o. que “En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social”.

la nacionalidad, y derechos políticos, ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

Con la reforma se pretende alinear el sistema legal mexicano con el compromiso de la Convención.

Por lo que hace al procedimiento los cambios cualitativos son: *i*) el establecimiento de que las medidas adoptadas durante la suspensión, una vez superada ésta, quedarán sin efecto; *ii*) el establecimiento de autorización por parte del Congreso para tomar las medidas necesarias; *iii*) proporcionalidad respecto del peligro observando legalidad, racionalidad, publicidad, no discriminación y proclamación; *iv*) control *ex post* por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de la constitucionalidad y validez de las medidas

c) Derecho de audiencia en el procedimiento de expulsión de extranjeros (artículo 33).

Hemos visto en otro trabajo⁹⁵ que el actual régimen de extranjería es producto de dos factores: a) la intervención real e imaginaria del México conquistado,⁹⁶ y b) la victoria del ala conservadora sobre la liberal⁹⁷ que todo mexicano lleva en el corazón.⁹⁸

⁹⁵ García Castillo, Tonatiuh, “El estatus de extranjería en México. Propuestas de reforma migratoria”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, num. 133, 2012, pp. 55-91.

⁹⁶ No es casual que las primeras normas migratorias de este país refieran a la facultad de expulsión de extranjeros: “Decreto de gobierno: medidas para la seguridad de la República del 23 de diciembre de 1824”, y “Ley de expulsión de españoles del 20 de diciembre de 1827”, *Compilación histórica de la legislación migratoria en México 1821-2002*, 3a. ed., México, Secretaría de Gobernación-Instituto Nacional de Migración, 2002, pp. 23 y 27.

⁹⁷ “...la modernidad hizo acto de presencia... [en el México recién independiente]... con la introducción de las ideas ilustradas entre un grupo reducido de la intelectualidad criolla. Su penetración fue lenta y difícil... sobre todo, por la desconfianza que inspiraban en cuanto incompatibles con las creencias religiosas profesadas hasta por los espíritus más progresistas. A este respecto fue necesario recurrir a distingos y sutilezas eclécticas que acabaron por purgar a las ideas modernas de su peligrosidad, particularmente en el orden de los intereses sociales y políticos”. O’Gorman, Edmundo, *México, el trauma de su historia*, México, UNAM, 1977, p. 23.

⁹⁸ Esta lucha entre las dos visiones del México es perenne a lo largo de toda nuestra historia. “La pretensión común a ambos proyectos de buscar el bienestar de la población y el progreso del país, pronto da paso a profundas diferencias cuando se ponen bajo examen los objetivos que privilegian de manera concreta y las estrategias que seleccionan para alcanzarlos”. Cordera, Rolando y Tello, Carlos, *México, la disputa por la nación, perspectivas y opciones del desarrollo*, México, Siglo XXI, 1981, p. 13.

A raíz de la independencia de México se dan diversas normas que buscan fortalecer la autonomía del nuevo país. Así, por ejemplo, se faculta “al gobierno expeler del territorio de la República a todo extranjero cuando lo juzgue oportuno”.⁹⁹ Esta facultad general fue complementada tres años después por una ley que expulsó a los españoles capitulados conforme los tratados de Córdoba mientras España no reconociera la independencia de México,¹⁰⁰ y una posterior que estableció que los españoles que no salieran de territorio mexicano serían doblemente castigados, primero mediante un encierro de seis meses en una fortaleza y luego mediante su embarque.¹⁰¹

Cabe subrayar que la facultad de expulsión de extranjeros desde un principio incorporó tanto a aquellos que estuvieran legales en el país como a los ilegales. En el caso de internación y estancia regular lo único que se requería es que el supremo gobierno calificara como perjudicial al orden público la permanencia del extranjero en particular.¹⁰²

Así, estas normas que nacieron con nuestro país han permanecido. Por un lado se tiene la figura de la deportación que obedece a violaciones migratorias como actividades no autorizadas, ingreso irregular o el exceder el tiempo de estancia permitida; y, por el otro, la expulsión, aunque el extranjero no haya violado ninguna norma migratoria. La primera figura la aplica el Instituto Nacional de Migración y la segunda la Dirección General de Gobierno de la Secretaría de Gobernación, obedecen a causas distintas y se sustancian de forma diferente.

En el ámbito internacional la expulsión sin violación migratoria y sin audiencia previa siempre fue vista como un exceso despótico del gobierno mexicano que viola derechos adquiridos. Así, de conformidad con el artículo 22.6 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, el Estado mexicano debe observar que “el extranjero que se halle legalmente en el territorio... sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una

⁹⁹ “Decreto de gobierno: medidas para la seguridad de la República, 23 de diciembre de 1824”, numeral 1, *Compilación histórica de la legislación migratoria en México 1821-200*, cit., p. 23.

¹⁰⁰ “Ley de expulsión de españoles, 20 de diciembre de 1827”, artículos 1o. y 15, *ibidem*, p. 27.

¹⁰¹ “Ley sobre de expulsión de españoles, 20 de marzo de 1829”, artículo 5o., *ibidem*, p. 33.

¹⁰² Ley: Facultades del Gobierno por lo Relativo a Expulsión de Extranjeros no Naturalizados, 22 de febrero de 1832.

decisión adoptada conforme a la ley”. Dicha expulsión, según el artículo 8o. de dicha Convención, debe realizarse previa garantía de audiencia, pues se afectan los derechos de los extranjeros.

d) Fortalecimiento al procedimiento de emisión y no aceptación de recomendaciones del sistema ombudsman (artículo 102).

Se fortalece la función del ombudsman de emitir recomendaciones; se suman facultades para presentar denuncias y quejas ante las autoridades a que haya lugar y se obliga moralmente a los servidores públicos a responder las recomendaciones; en caso de no aceptación, los servidores públicos deberán comparecer ante los órganos legislativos para explicar la razón de su negativa. Con ello se respeta la esencia de las recomendaciones (no vinculatorias) pero se dificulta que no sean aceptadas.

e) Ciudadanización del procedimiento para la elección de los titulares de los organismos integrantes del sistema ombudsman (artículo 102).

Aunque ya existe la obligación a cargo de la Comisión de Derechos Humanos del Senado de realizar una “amplia auscultación entre las organizaciones sociales representativas de los distintos sectores de la sociedad, así como entre los organismos públicos y privados promotores o defensores de los derechos humanos”, para la designación del presidente e integrantes del consejo consultivo de la CNDH, la ley secundaria deberá dar alcance y contenido al concepto de “procedimiento de consulta pública”.

Ahora bien, por lo que hace a la elección de los titulares de los órganos de derechos humanos estatales, la reforma importa un cambio sustancial que redundará en el fortalecimiento de tales instituciones, toda vez que hoy en día no existe una homologación de los sistemas de elección al interior de los Estados, lo que en muchas ocasiones ocasiona que tales órganos sean designados por propuesta en terna del gobernador, con designación de la Legislatura (*v. gr.* Guanajuato), o incluso, designación del gobernador y aprobación del Congreso Local (*v. gr.* Guerrero). Lo anterior impacta negativamente en la autonomía de tales órganos.

f) Ampliación de facultades del sistema *ombudsman* en materia de acción de inconstitucionalidad (artículo 105).

Resulta importante recordar que derivado de la acción de inconstitucionalidad 22/2009 promovida por la CNDH, el Pleno de la SCJN determinó que las comisiones nacional y estatales de derechos humanos no podrán promover acciones de inconstitucionalidad en contra de leyes que violan derechos humanos contenidos en tratados internacionales suscritos

y ratificados por México, sino sólo aquellos derechos consagrados en la Constitución.¹⁰³ Esta resolución generó una limitación al ámbito de acción del sistema ombudsman en su tarea de defensa de los derechos humanos, por lo que la reforma no hace sino contravenir lo resuelto por la SCJN a fin de explicitar que este medio de control constitucional también servirá para proteger los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales.

g) Facultad de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de investigar violaciones graves a derechos humanos.

Se deroga el segundo párrafo del artículo 97 constitucional que facultaba a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para investigar violaciones graves a las garantías individuales, adicionando el artículo 102 para que sea la CNDH la que realice investigaciones por violaciones graves a los derechos humanos.

IV. CONCLUSIÓN

La reforma tuvo como telón de fondo varias sentencias de tribunales internacionales. Consecuencia de sus sentencias se estableció que era necesario adecuar el sistema legal mexicano para que las autoridades pudieran cumplir con las obligaciones convencionales que en materia de derechos humanos el país había adquirido. Pero, ¿y el resto de las obligaciones internacionales?

El artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados recoge un concepto fundamental: *ius cogens*, normas imperativas de derecho internacional general que no pueden ser derogadas salvo por otra norma del mismo rango y por lo tanto no admite acuerdo en contrario, de forma que si una norma particular convencional las contradice, la norma

¹⁰³ La acción fue promovida en contra del artículo 1,340 del Código de Comercio reformado en 2008, ya que en dicho numeral se estableció que el recurso de apelación no procede en juicios mercantiles cuando por su monto se ventilen en los juzgados de paz o de cuantía menor, o cuando el monto sea inferior a 200,000 pesos por concepto de suerte principal. La CNDH señaló que dicha reforma violaba el derecho a la tutela judicial efectiva. En *Obiter Dicta*, analizando la legitimación del promovente la Suprema Corte señaló que para el caso de la CNDH dicha legitimación estaba circunscrita a que se tratara de leyes “que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución” y no en los tratados internacionales. ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 22/2009, PROMOVENTE: Comisión Nacional de los Derechos Humanos

convencional resulta nula. Ejemplo de una norma de *ius cogens* es la prohibición del uso de la fuerza.¹⁰⁴

En derecho internacional, como hemos visto, hay normas particulares derivadas de los tratados y normas generales derivadas del derecho consuetudinario, incluidas las normas de *ius cogens*. Las normas particulares son vinculantes *inter alios acta*, las generales son vinculantes *erga omnes*, inclusive en contra de la voluntad de aquel al que se les aplica.

Es muy probable que existan normas de derecho internacional general relativas a derechos humanos derivadas del derecho internacional costumbrista, incluidas *ius cogens*, que México no haya reconocido mediante tratados. ¿Son estas normas obligatorias para nuestro país? ¿Nuestro sistema legal debe reconocerlas y garantizarlas? Si la visión del sistema legal mexicano respecto del derecho internacional es que solamente lo vinculan las normas que libremente ha aceptado mediante tratados, estamos en un problema.

Desde el punto de vista del derecho internacional, las normas de derecho internacional general son oponibles a toda la comunidad jurídica aun en contra de su consentimiento, y su incumplimiento constituye un acto ilegal que implica responsabilidad internacional.¹⁰⁵

Sin duda la reforma es un verdadero avance, un paso sustancial, ya que alinea el sistema legal al derecho internacional convencional, pero hasta ahí se detiene. Todavía estamos lejos de una nueva forma de relación entre el derecho nacional mexicano y el internacional, una donde las simetrías y reciprocidades se rompan y surja la norma jurídica vinculante para todos.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Caso *Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, Nicaragua vs. US*, Jurisdiction and admissibility, ICJ, 1984.

¹⁰⁵ “Cada acto ilegal internacional de un Estado conlleva la responsabilidad internacional de dicho Estado”. Artículo 1o., artículos sobre responsabilidad estatal de la Comisión de Derecho Internacional. Cfr. Crawford, James, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 77.

¹⁰⁶ Habermas, Jürgen, “¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, cit., p. 26.

V. ANEXO

Decreto por el que se reforman y adicionan diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos.

<i>Texto anterior</i>	<i>Texto del proyecto de decreto</i>
	Artículo único.- Se modifica la denominación del capítulo primero del título primero; el 1o. y 5o. párrafos del artículo 1o.; el 2o. párrafo del artículo 3o.; el primer párrafo del artículo 11; el artículo 15; el segundo párrafo del artículo 18; el primer párrafo del artículo 29; el primer párrafo del artículo 33; la fracción décima del artículo 89; el segundo párrafo del artículo 97; el segundo y tercer párrafos del apartado B del artículo 102; y el inciso g) de la fracción segunda del artículo 105; la adición de dos nuevos párrafos, segundo y tercero, al artículo 1o. y recorriéndose los actuales en su orden; un nuevo párrafo segundo al artículo 11, los párrafos segundo, tercero, cuarto y quinto al artículo 29; un nuevo párrafo segundo al artículo 33, recorriéndose el actual en su orden y los nuevos párrafos quinto, octavo y décimo primero, recorriéndose los actuales en su orden, al artículo 102 del apartado B; todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para quedar como sigue:
Título I Capítulo I De las Garantías	Título I Capítulo I De los Derechos Humanos y sus Garantías.
Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.	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.

<i>Texto anterior</i>	<i>Texto del proyecto de decreto</i>
No hay correlativo	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.
No hay correlativo	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, 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.	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.
Artículo 3o... La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia. I a VIII...	Artículo 3o... La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia. I a VIII...

<i>Texto anterior</i>	<i>Texto del proyecto de decreto</i>
Artículo 11. Todo hombre tiene derecho para entrar en la república, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la república, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.	Artículo 11. Toda persona tiene derecho para entrar en la república, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la república, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.
No hay correlativo	En caso de persecución por motivos de orden político, toda persona tiene derecho a solicitar y recibir asilo; por casos de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará su procedencia y excepciones.
Artículo 15. 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 las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano.	Artículo 15. 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.
Artículo 18... El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. ...	Artículo 18... El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. ...

<i>Texto anterior</i>	<i>Texto del proyecto de decreto</i>
Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión y, en los recesos de éste, de la Comisión Permanente, podrá suspender en todo el país o en lugar determinado las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la suspensión se contraiga a determinado individuo. Si la suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará sin demora al Congreso para que las acuerde.	Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el presidente de los Estados Unidos Mexicanos, de acuerdo con los titulares de las secretarías de Estado y la Procuraduría General de la República y con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquél no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.
No hay correlativo	En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

<i>Texto anterior</i>	<i>Texto del proyecto de decreto</i>
No hay correlativo	La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.
No hay correlativo	Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.
No hay correlativo	Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.
Artículo 33. Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el capítulo I, título primero, de la presente Constitución; pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente. No hay correlativo Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.	Artículo 33. Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución. El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención. ...

Texto anterior	Texto del proyecto de decreto
Artículo 89. Las facultades y obligaciones del presidente, son las siguientes: I. a IX.... X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometién-dolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Po-der Ejecutivo observará los siguientes prin-cipios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las rela-ciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacionales; XI. a XX....	Artículo 89... I a IX... X. Dirigir la política exterior y celebrar tra-tados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones in-terpretativas sobre los mismos, sometién-dolos a la aprobación del Senado. En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normati-vos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de con-troversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacio-nales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales;_ XI a XX...
Artículo 97... La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá nombrar alguno o algunos de sus miembros o algún juez de distrito o magis-trado de Circuito, o designar uno o varios comisionados especiales, cuando así lo juz-gue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo fe-deral o alguna de las cámaras del Congreso de la Unión, o el gobernador de algún es-tado, únicamente para que averigüe algún hecho o hechos que constituyan una grave violación de alguna garantía individual. También podrá solicitar al Consejo de la Ju-dicatura Federal, que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal. ...	Artículo 97... La Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá solicitar al Consejo de la Judicatura Fe-deral que averigüe la conducta de algún juez o magistrado federal. ...
Artículo 102. A....	...
B. ...	...

<i>Texto anterior</i>	<i>Texto del proyecto de decreto</i>
Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.	Los organismos a que se refiere el párrafo anterior, formularán recomendaciones públicas, no vinculatorias, denuncias y quejas ante las autoridades respectivas. Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar, a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa.
...	...
Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.	Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales y jurisdiccionales.
El organismo que establezca el Congreso de la Unión se denominará Comisión Nacional de los Derechos Humanos; contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios.	...
No hay correlativo	Las Constituciones de los estados y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal establecerán y garantizarán la autonomía de los organismos de protección de los derechos humanos.

Texto anterior	Texto del proyecto de decreto
La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tendrá un Consejo Consultivo integrado por diez consejeros que serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada. La ley determinará los procedimientos a seguir para la presentación de las propuestas por la propia Cámara. Anualmente serán sustituidos los dos consejeros de mayor antigüedad en el cargo, salvo que fuesen propuestos y ratificados para un segundo periodo.	...
El presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, quien lo será también del Consejo Consultivo, será elegido en los mismos términos del párrafo anterior. Durará en su encargo cinco años, podrá ser reelecto por una sola vez y sólo podrá ser removido de sus funciones en los términos del título cuarto de esta Constitución.	...
Sin correlativo	La elección del titular de la presidencia de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, así como de los integrantes del Consejo Consultivo, y de titulares de los organismos de protección de los derechos humanos de las entidades federativas, se ajustarán a un procedimiento de consulta pública, que deberá ser transparente, en los términos y condiciones que determine la ley.
El presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presentará anualmente a los Poderes de la Unión un informe de actividades. Al efecto comparecerá ante las cámaras del Congreso en los términos que disponga la ley.	...
La Comisión Nacional de los Derechos Humanos conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes en las entidades federativas.	...

<i>Texto anterior</i>	<i>Texto del proyecto de decreto</i>
Sin correlativo	La Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo federal, alguna de las cámaras del Congreso de la Unión, el gobernador de un estado, el jefe de gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas.
Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre: a - k)...	Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: I. De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral y a lo establecido en el artículo 46 de esta Constitución, se susciten entre: a - k)...
... II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: a - f)...	... II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: a - f)...
g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la república, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.	g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

<i>Texto anterior</i>	<i>Texto del proyecto de decreto</i>
... III... ...	... III... ...
	Transitorios
	Primero. El presente decreto entrará en vigor al día siguiente al de su publicación en el <i>Diario Oficial de la Federación</i> .
	Segundo. La ley a que se refiere el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional sobre reparación deberá ser expedida en un plazo máximo de un año contado a partir de la entrada en vigor del presente decreto.
	Tercero. La ley a que se refiere el artículo 11 constitucional sobre el asilo, deberá ser expedida en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto.
	Cuarto. El Congreso de la Unión expedirá la Ley Reglamentaria del Artículo 29 Constitucional en materia de suspensión del ejercicio de los derechos y las garantías, en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto.
	Quinto. El Congreso de la Unión expedirá la Ley Reglamentaria del Artículo 33 Constitucional, en materia de expulsión de extranjeros en un plazo máximo de un año contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto. En tanto se expida la ley referida, este artículo se seguirá aplicando en los términos del texto vigente.
	Sexto. Los casos previstos en el segundo párrafo del artículo 97 constitucional, que estén pendientes de resolución al momento de entrar en vigor la reforma, los continuará desahogando la Suprema Corte de Justicia de la Nación hasta su conclusión.
	Séptimo. En lo que se refiere al apartado B del artículo 102 constitucional y a la autonomía de los organismos locales de derechos humanos, las legislaturas locales deberán realizar las adecuaciones que correspondan en un plazo máximo de un año contados a partir del inicio de la vigencia de este decreto.

<i>Texto anterior</i>	<i>Texto del proyecto de decreto</i>
	Octavo. El Congreso de la Unión adecuará la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en un plazo máximo de un año, contado a partir del inicio de la vigencia de este decreto.
	Noveno. Se derogan todas las disposiciones que contravengan el presente decreto