



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 30, enero-junio 2014

THE *KIOBEL* PRECEDENT AND ITS EFFECTS  
ON UNIVERSAL JURISDICTION AND THE BUSINESS  
& HUMAN RIGHTS AGENDA: A CONTINUATION  
TO “A HUMAN RIGHTS FORUM IN PERIL?”

Humberto CANTÚ RIVERA\*

I. INTRODUCTION

The United States Supreme Court issued on 17 April 2013 an important precedent that served as a culmination to the well-known case brought by Esther Kiobel and other Nigerian plaintiffs against the oil giant Shell, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*<sup>1</sup> This case, on which large hopes were deposited by human rights activists worldwide to become a beacon of hope in relation to the involvement of corporations on human rights abuses, saw the plaintiffs file a civil case before U.S. federal courts under the Alien Tort Statute (ATS) for the alleged aiding & abetting by Shell of the Nigerian military in the commission of crimes against humanity, torture and arbitrary arrest and detention. This statute, passed in 1789 as part of the First Judiciary Act, sets forth that U.S. district courts have “original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.”<sup>2</sup>

The issue of corporate responsibility for human rights violations, including their participation through aiding and abetting, saw lower courts divided

\* Ph.D. Candidate and Associate Researcher at the Research Center on Human Rights and Humanitarian Law (CRDH) of Université Panthéon-Assas Paris II, France.

<sup>1</sup> Opinion, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, Case 10-1491 (Supreme Court, 17 April 2013).

<sup>2</sup> 28 U.S.C. § 1350.

on the existing framework under international law in this regard. While the Court of Appeals of the Second Circuit dismissed the case under the premise that customary international law does not recognize corporate liability, the Supreme Court granted *certiorari* to hear the case. A first hearing was held on 28 February 2012, to analyze the question if corporations were immune from tort liability for violations of the law of nations. However, in a rare decision, the Supreme Court ordered the parties on 5 March 2012 to provide supplemental briefing on whether and under what circumstances the Alien Tort Statute allows courts to recognize a cause of action for violations of the law of nations occurring within the territory of a sovereign other than the United States. Thus, a second hearing was held on 1 October 2012.

This note will analyze the opinion delivered by the Supreme Court in April 2013, and make some comments on the reasoning used by the Justices while treating the questions of extraterritoriality and corporate responsibility under international law. As well, some ideas will be discussed on the immediate effects the *Kiobel* precedent has already had in ongoing cases before U.S. courts, and some insight will be provided on what this decision may mean for the business & human rights movement. This note is a continuation to the comment<sup>3</sup> that appeared in the last issue of this law review, and thus they are to be read together for a full understanding and context of the *Kiobel* case.

## II. THE *KIOBEL* OPINION: EXTRATERRITORIALITY AND CORPORATE RESPONSIBILITY UNDER INTERNATIONAL LAW

The opinion of the Supreme Court, written by Chief Justice Roberts, dealt primarily with the question of the extraterritorial reach of the Alien Tort Statute, which was the underlying argument that was used by the Court to decide the case. In this sense, the Supreme Court unanimously determined that “the presumption against extraterritoriality applies to claims under the ATS, and... nothing in the statute rebuts that presumption.”<sup>4</sup> To

<sup>3</sup> Cantú Rivera, Humberto Fernando, “Recent Developments in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum: An Important Human Rights Forum in Peril?*”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 28, January-June, 2013, at 243-254.

<sup>4</sup> Opinion, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, Case 10-1491, at 13 (Supreme Court, 17 April 2013).

arrive to this conclusion, the Supreme Court relied primarily on their recent *Morrison*<sup>5</sup> precedent, which stated that a clear indication of extraterritorial reach must be present in the jurisdiction-granting statute in order for its domestic law to be applicable to actions occurred outside the territorial boundaries of the United States. This presumption against extraterritorial application of the law, a canon of statutory interpretation, thus limits the reach of American law and the jurisdiction of its courts,<sup>6</sup> allowing them to govern domestic actions primarily, and only when the facts of the case touch and concern the territory and interests of the United States with sufficient force the presumption may be displaced in favour of jurisdiction.<sup>7</sup>

The *Kiobel* precedent considered several questions to arrive to its conclusion. Section II of the opinion, for example, dealt with issues of domestic interpretation of the Alien Tort Statute, where the Supreme Court set forth that Congress must make an explicit declaration —within its text— that any given law is meant to have extraterritorial effects for it to overcome the presumption against extraterritoriality. As well, the high court made a clear statement that lower courts must be cautious not to generate domestic clashes with the Executive and Legislative branches, in charge of foreign policy, nor create international tension with other sovereign States, while adjudicating cases with clear or probable foreign policy implications.

Section III of the opinion saw the Supreme Court analyze the text, history and purpose of the ATS, trying to observe from its context the possibility of its conception as a legal instrument aimed at having extraterritorial effects. However, the analysis made by the Justices did not find any concluding evidence in favour of granting an extraterritorial application to the statute. In this guise, the Court again touched upon the lack of a clear indication of extraterritorial application of the Alien Tort Statute, without which the presumption against extraterritoriality would be applicable. In relation to its history, the Court recognized that at the time when the statute was enacted, three main offenses to the law of nations were recognized, namely the violation of safe conducts, the infringement of the rights of ambassadors, and piracy. While the Court argued that the first two don't necessarily happen

<sup>5</sup> Opinion, *Morrison et al. v. National Australia Bank Ltd. et al.*, Case 08-1191 (Supreme Court, 24 June 2010).

<sup>6</sup> Opinion, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, Case 10-1491, at 6 (Supreme Court, 17 April 2013) [“The principles underlying the presumption against extraterritoriality thus constrain courts exercising their power under the ATS”].

<sup>7</sup> *Id.* at 14.

abroad, it recognized that piracy normally takes place outside the territorial boundaries of any state; nevertheless, it considered that a claim against pirates does not entail transcendent direct foreign policy consequences, and thus was not on equal ground as other causes of action.

Finally, while considering the possible purpose of the ATS in 1789, Chief Justice Roberts stated that there was no indication that the statute was passed to make the US a uniquely hospitable forum for the enforcement of international norms. Thus, the Court concluded in section IV that “[o]n these facts, all the relevant conduct took place outside the United States. And even where the claims touch and concern the territory of the United States, they must do so with sufficient force to displace the presumption against extraterritorial application.”<sup>8</sup> The judgment of the Court of Appeals—which had dismissed the case based on the inexistence of corporate liability under customary international law—was therefore affirmed, and the claim against Shell was barred.

The Supreme Court of the United States, while being cautious in its approach to this case, left aside some interesting arguments and questions involving extraterritoriality and corporate liability for participation in human rights violations. For example, the Court determined that the extraterritoriality issue was the deciding factor in *Kiobel*, crafting an argument in relation to the inapplicability of the Alien Tort Statute to torts committed outside of the United States, based on the premise that it would be applying its laws beyond its borders and risking foreign policy implications. Nevertheless, the Supreme Court itself had already recognized in its *Sosa* precedent that the Alien Tort Statute was of a strictly jurisdictional nature,<sup>9</sup> thus not extending the laws of the United States—at least those of a substantive nature—beyond its territorial confines. In this sense, two important aspects should have been considered: first of all, the predecessor of the International Court of Justice, the Permanent Court of International Justice (PCIJ), determined in its emblematic 1927 *Lotus* judgment the existence of a presumption of permissibility<sup>10</sup> that would allow States to enact laws with extraterritorial

<sup>8</sup> *Id.*

<sup>9</sup> Opinion, *Jose Francisco Sosa v. Humberto Alvarez-Machain et al.*, Case No. 03-339, at 18 (Supreme Court, 29 June 2004).

<sup>10</sup> *The Case of the S.S. “Lotus”* (France v. Turkey), Judgment, Permanent Court of International Justice, 7 September 1927, at 19 [“Far from laying down a general prohibition to the effect that States may not extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory, [international law] leaves

reach, even those of a substantive nature, unless a specific prohibition bars such application.<sup>11</sup> This permissibility rule set forth by the PCIJ left for States to determine the way in which they enforce international law, establishing through its *dictum* an important characteristic: international law provides the substantive, conduct-regulating rule (normally a prohibition), while domestic law determines the procedures and remedies that would see that international rule applied.<sup>12</sup> However, through its bar of the *Kiobel* case on the premise of the presumption against extraterritoriality, the Supreme Court would not have only gone against this important international precedent, but also against its own case law, particularly the *Charming Betsy* canon,<sup>13</sup> which stipulates that U.S. courts shall construe its laws in conformity with international law.

In the second place, allowing American courts to hear foreign-cubed cases under the ATS would only imply that they are acting as a decentralized enforcer of international law through universal jurisdiction, given that the conduct that is being regulated would derive directly from international law and not arise from domestic law.<sup>14</sup> Also, since the action that is being adjudicated derives directly from the law of nations, it would be substantively in force everywhere around the globe, even more so if the case involves customary international law —applicable to every State— and not treaty law, which may be limited by the express consent of every single country. In this sense, even though the Supreme Court correctly interpreted that the conduct-regulating rule derives from international law and the ATS

them in this respect a wide measure of discretion which is only limited in certain cases by prohibitive rules...]. See also Stigall, Dan E., “International Law and Limitations on the Exercise of Extraterritorial Jurisdiction in U.S. Domestic Law”, *Hastings International & Comparative Law Review*, vol. 35:2, 2012, at 323-382, especially 331 on the effects of the *Lotus* judgment; and Bernaz, Nadia, “Enhancing Corporate Accountability for Human Rights Violations: Is Extraterritoriality the Magic Potion?”, *Journal of Business Ethics*, vol. 4, November 2012, at 18.

<sup>11</sup> Sloss, David, “*Kiobel* and Extraterritoriality: A Rule without a Rationale”, *Maryland Journal of International Law*, vol. 28, Issue 1, at 242.

<sup>12</sup> Colangelo, Anthony J., “*Kiobel*: Muddling the Distinction between Prescriptive and Adjudicative Jurisdiction”, *Maryland Journal of International Law*, vol. 28, Issue 1, 2013, at 70 [...international law itself doesn’t care about how it is conceptualized or implemented within any given domestic legal system... that’s a matter for a nation’s internal law, not international law].”

<sup>13</sup> Opinion, *Murray v. Schooner Charming Betsy* (Supreme Court, 1804).

<sup>14</sup> Colangelo, Anthony J., “The Alien Tort Statute and the Law of Nations in *Kiobel* and Beyond”, *Georgetown Journal of International Law*, vol. 44, 2013, at 1334.

would be its mean of domestic enforcement, the substantive character of the norms that would be adjudicated in *Kiobel* should impede the application of a presumption against extraterritoriality. Thus, if the norm was already applicable both in Nigeria and the United States because of its character as a customary rule of international law, and given that the ATS is recognized as a jurisdictional statute, federal American courts would not be extending the reach of their laws in any way, but merely enforcing international law in a manner compliant with the *Lotus* dictum (international law) and its own *Charming Betsy* canon (domestic law).<sup>15</sup>

In relation to the question of corporate liability under customary international law and its dismissal by the Court of Appeals of the Second Circuit that knew of the *Kiobel* case prior to the granting of *certiorari* by the Supreme Court, other questions appear. The Court of Appeals determined to dismiss *Kiobel* on the grounds that international law does not generally recognize corporate liability for violations of the law of nations;<sup>16</sup> to arrive to this conclusion, the Court made an examination of the position of international treaties, courts—basically of international criminal tribunals—and the work of publicists. In this sense, it argued that the ICTY and the ICTR, for example, did not have jurisdiction over legal persons, which it interpreted as a sign of an inexistent corporate liability under international law, a position that was repeated when reviewing the Rome Statute of the International Criminal Court, which also doesn't provide for jurisdiction over legal persons.

In relation to treaties, the Court of Appeals argued that no treaty related to the protection of human rights expressly impose obligations on corporations, which is also a sign of the inexistence of corporate liability under international law. And in relation to the work of publicists, it noted that there is an important disagreement in scholarly writing as to the extent of

<sup>15</sup> *Id.* at 1331-1332, 1340 [“The Supreme Court has explained that courts can consider “context” in determining the geographic scope of statutes. Here the context is that the statute authorises application of international, not domestic, law, and the relevant canon of construction is *Charming Betsy*, under which courts construe ambiguous statutes in conformity with international law].

<sup>16</sup> Opinion, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, Case No. 06-4800-cv, 06-4876-cv (Court of Appeals of the Second Circuit, 17 September 2010). See however Circuit Judge Pierre Leval's separate opinion, in which he sets forth why he believes the Court of Appeals erred in its reasoning, despite his joining of the judgment. Also, *cf.* Leval, Pierre N., “The Long Arm of International Law: Giving Victims of Human Rights Abuses Their Day in Court”, *Foreign Affairs*, vol. 92, no. 2, March-April 2013, at 16-21.

the development of a customary rule that establishes corporate liability for human rights violations. While it holds true that looking at the statutes and case law of international tribunals or at the work of publicists would only be a sterile effort, for corporate liability has not been determined through such avenues in the case of tribunals, nor there is common consensus among scholars, a more interesting approach would be to look at international treaties. Some of them, particularly in the field of international crimes, have determined not to define who the perpetrator of an international crime may be, but rather what the prohibited conduct is: in this sense, treaties such as the Genocide Convention don't categorize the possible offenders, but rather exclude their identification in favor of a wider approach.<sup>17</sup> As Dodge explains, "Corporations generally have no immunity under international law, much less benefit from a trans-substantive rule of non-liability that even states do not enjoy."<sup>18</sup> While it would be inconvenient to generalize the fact that some treaties make this apparently deliberate choice not to set out an exhaustive list of the subjects that may be held liable for certain international crimes, it could certainly add to the notion that corporations may be found liable under international law for gross human rights violations.

Another important point in this regard that was not considered by any of the courts involved in the *Kiobel* litigation is the work of the former Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie. While he expressly stated in his Guiding Principles on Business and Human Rights<sup>19</sup> that corporations only have a responsibility to respect human rights, he also made clear that they may be held liable under international criminal law for their participation in gross human rights violations amounting to international crimes.<sup>20</sup> It is not to be taken lightly the fact that his work was

<sup>17</sup> Dodge, William S., "Corporate Liability Under Customary International Law", *Georgetown Journal of International Law*, vol. 43, 2012, at 1048 ["Article IV (of the Genocide Convention) provides who shall be punished, not who shall not be punished, and its purpose was to confirm that the prohibition against genocide applies to both government officials and private persons"].

<sup>18</sup> *Id.* at 1047.

<sup>19</sup> UN Doc. A/HRC/17/31, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, 21 March 2011.

<sup>20</sup> UN Doc. A/HRC/4/35, *Business and Human Rights: Mapping International Standards of Responsibility and Accountability for Corporate Acts*, 19 February 2007, at 9, 15 ["Indeed, corporate responsibility is being shaped through the interplay of two

endorsed unanimously by the Human Rights Council, a validation that can only show the extent to which States agree on his position regarding corporate responsibility. While outside of the scope of this note,<sup>21</sup> the approval by the Human Rights Council and the community of States represented therein of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights, as well as the subsequent dissemination and application at international, regional and national levels by multiple actors, States and organizations could in time help to shape the formation of a customary norm of international law in this regard, and are proof of a movement that may have profound implications for the business & human rights agenda in the near future.

An interesting approach which may well show the future road for claims brought under the Alien Tort Statute was the proposal made by Justice Stephen Breyer in his concurring opinion. While Justice Breyer and the female members of the Court agreed on the judgment of the Supreme Court<sup>22</sup> in *Kiobel* but not in its opinion, he laid out a test describing the factors he would consider to determine if American courts have jurisdiction for violations of the law of nations that took place outside of the territorial boundaries of the United States. In this sense, a more neutral approach to the question of extraterritorial jurisdiction was used; Breyer thus proposed that American courts would have jurisdiction under the Alien Tort Statute if the tort occurs on American soil, if the defendants are of American nationality, or if the defendant's conduct affects an American national interest. Nevertheless,

developments: one is the expansion and refinement of individual responsibility by the international ad hoc criminal tribunals and the ICC Statute; the other is the extension of responsibility for international crimes to corporations under domestic law. The complex interaction between the two is creating an expanding web of potential corporate liability for international crimes, imposed through national courts.” However, he also states a different view in the human rights realm: “In conclusion, it does not seem that the international human rights instruments discussed here currently impose direct legal responsibilities on corporations”]. See also Ruggie, John G., “*Kiobel* and Corporate Social Responsibility”, 4 September 2012, available at [http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/KIOBEL\\_AND\\_CORPORATE\\_SOCIAL\\_RESPONSIBILITY%20\(3\).pdf](http://www.hks.harvard.edu/m-rcbg/CSRI/KIOBEL_AND_CORPORATE_SOCIAL_RESPONSIBILITY%20(3).pdf).

<sup>21</sup> For a more profound insight on the “hardening” of soft law, see Cantú Rivera, Humberto Fernando, “Recent Developments in Extraterritoriality and Soft Law: Towards New Measures to Hold Corporations Accountable for their Human Rights Performance?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014 (Forthcoming).

<sup>22</sup> Breyer considered in his concurring opinion that in *Kiobel*, the parties and the relevant conduct lacked sufficient ties to the United States. Concurring Opinion of Justice Stephen Breyer, joined by Justices Ginsburg, Kagan and Sotomayor, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, Case 10-1491, at 14-15 (Supreme Court, 17 April 2013).



given that the facts in *Kiobel* didn't have a strong connection to the United States and the accusation was not of a crime perpetrated by the defendants but rather a matter of aiding and abetting, the Justices joined the judgment of the Supreme Court. Some life still remains in the Alien Tort Statute,<sup>23</sup> although the *Kiobel* precedent drastically limited its possibilities to continue being a legal remedy available to victims of human rights abuses worldwide.<sup>24</sup> In this sense, only future lawsuits will clear the scenario under which corporations—which are not yet granted immunity under the Alien Tort Statute by a definite reading of the United States Supreme Court—may be brought to justice for contributing to negative human rights impacts, if at all.

### III. THE EFFECTS OF THE *KIOBEL* PRECEDENT WITHIN U.S. JURISDICTION

The *Kiobel* opinion immediately became an important precedent and potentially a setback for the human rights movement. While the effects this Supreme Court decision will have at the international level cannot be fully grasped until more jurisprudential developments start to appear, it certainly marked a victory for foreign corporations doing business in the United States, generally putting them outside the reach of American courts and of the Alien Tort Statute.

<sup>23</sup> Concurring Opinion of Justice Anthony Kennedy, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, Case 10-1491, at 1 (Supreme Court, 17 April 2013), where he states that the presumption against extraterritoriality may yet be elaborated in future cases, and that there are some open questions regarding the reach and interpretation of the Alien Tort Statute.

<sup>24</sup> Some propose that the near-death of the ATS can actually be a beneficial situation for the human rights movement worldwide, since that would force activists to focus on the root of the problem—a matter of domestic policy and implementation of international standards—instead than on granting small-scale palliatives to those with enough resources to access US courts. *Vid.* Moyn, Samuel, “Why the Court Was Right About the Alien Tort Statute: A Better Way to Promote Human Rights”, *Foreign Affairs*, 2 May 2013, accessed on 18 November 2013 at <http://www.foreignaffairs.com/articles/139359/samuel-moyn/why-the-court-was-right-about-the-alien-tort-statute> [“Far better would be to move on to other ways of protecting human rights—less centered on courts, less rushed for a quick fix, less concerned with spectacular wrongs to individuals and more with structural evils, and less disconnected from social movements abroad. And there are also better ways to protect humanity in the age of powerful multinational corporations, notably regulatory schemes that connect far more clearly to the originally welfarist meaning of human rights.”]

Within the American judicial system, it had direct effects in two cases so far. The first one, *Sarei et al. v. Rio Tinto, PLC et al.* before the Court of Appeals for the Ninth Circuit, was a case brought under the Alien Tort Statute on allegations that the operations of the Rio Tinto mining group on the island of Bougainville, in Papua New Guinea, had resulted in many deaths following demonstrations and uprisings in the late 1980s that were appeased with the use of military force. The context, which allegedly involved the aiding and abetting of Rio Tinto in the military operation against the demonstrators, was similar to the facts in *Kiobel*. Nevertheless, Rio Tinto did have important operations in North America, which could bring it before American jurisdiction since personal jurisdiction was not disputed.<sup>25</sup>

The District Court that knew of the case held that the claim for racial discrimination, crimes against humanity, genocide and war crimes was dismissed, based on three considerations: first, that the court lacked jurisdiction because claims arose outside of the territorial boundaries of the United States. Second, that the claims were inadmissible because they were brought against corporations; and third, that aiding and abetting liability is outside the scope of international law. The Court of Appeals, however, decided to analyze those jurisdictional issues raised by the District Court.

Regarding the issue of extraterritoriality, the Court of Appeals held that when enacting the Alien Tort Statute, Congress intended to provide jurisdiction for certain violations of international law that took place outside of the United States, and that there were no indications to the contrary; as well, it mentioned that there was no extraterritorial bar applicable to the facts in *Rio Tinto*.<sup>26</sup> On corporate liability, the Court stated that the ATS, its language and its legislative history did not exclude corporate liability from its scope, which would then provide them with jurisdiction over the defendants.<sup>27</sup> Finally, the Court determined that the ATS does not bar aiding and abetting liability, thus ordering that the dismissal of the claims for genocide and war crimes was reversed, and that the case was to be remanded to the district court for proceedings on such claims.<sup>28</sup>

What was an apparent provisional victory for the plaintiffs turned out to be just a temporary relief, when in 22 April 2013, the Supreme Court or-

<sup>25</sup> Opinion, *Sarei et al. v. Rio Tinto, PLC et al.*, Case No. 02-56256, at 19334 (Court of Appeals for the Ninth Circuit, 25 October 2011).

<sup>26</sup> *Id.* at 19339.

<sup>27</sup> *Id.* at 19341.

<sup>28</sup> *Id.* at 19380.

dered the decision of the Court of Appeals to be vacated and remanded for further consideration in light of the *Kiobel* precedent. After another round of consideration, the majority of the Court of Appeals determined to affirm the judgment of dismissal by the District Court.<sup>29</sup> Thus, the first victim of the presumption against extraterritoriality were the plaintiffs in the case, which then saw upheld an indirect presumption against corporate liability under the Alien Tort Statute.

A second case which is now being considered before the United States Supreme Court is *Bauman et al. v. DaimlerChrysler AG et al.* Considered to be the continuation to *Kiobel* because of the facts of the case and its history in the lower courts, it was granted *certiorari* by the Supreme Court after a judgment of the Court of Appeals saw DaimlerChrysler AG (DCAG) subjected to personal jurisdiction in California under the Alien Tort Statute and the Torture Victims Protection Act through its American subsidiary, Mercedes-Benz USA (MBUSA), a decision that was deemed “reasonable, fair and just” given the importance of the Californian market to the German vehicle company.<sup>30</sup>

The plaintiffs in the case, 22 Argentinean residents, alleged that one of DaimlerChrysler AG’s subsidiaries, Mercedes-Benz Argentina, collaborated with State authorities and security forces to kidnap, detain, torture and kill plaintiffs during the military dictatorship in Argentina. Initially, the District Court that heard the case dismissed the claim for lack of jurisdiction, since there was no agency between the German DCAG and its American subsidiary MBUSA, and because exercise of jurisdiction in California would be unfair and unreasonable to the foreign parent corporation based on the activities of its U.S. subsidiary.

On 28 August 2009, the Court of Appeals upheld the District Court judgment, stating that it did not have personal jurisdiction over DCAG;<sup>31</sup> however, it granted a rehearing to the plaintiffs on 06 May 2010, withdrawing its 2009 opinion.<sup>32</sup> In a rare turnaround, the Court of Appeals then determined on May 18, 2011 that DCAG was subject to personal jurisdiction,<sup>33</sup> reversing the

<sup>29</sup> Order, *Sarei et al. v. Rio Tinto, PLC et al.*, Case No. 02-56256, at 4 (Court of Appeals for the Ninth Circuit, 28 June 2013).

<sup>30</sup> Opinion, *Bauman et al. v. DaimlerChrysler Corporation et al.*, Case No. 07-15386 (Court of Appeals for the Ninth Circuit, 18 May 2011).

<sup>31</sup> *Id.*, 28 August 2009.

<sup>32</sup> *Id.*, 6 May 2010.

<sup>33</sup> *Id.* at 6560 (18 May 2011) [“DCAG was subject to personal jurisdiction in Califor-

judgment of the District Court and remanding the case for further proceedings. A rehearing was denied on 9 November 2011,<sup>34</sup> which thus paved the way for DaimlerChrysler AG to request certiorari to the Supreme Court.<sup>35</sup>

Before briefly reviewing the questions before the Supreme Court in *Daimler*, it is important to note that the analysis made by the Court of Appeals had some interesting arguments that may contribute to the determination of a corporate human rights responsibility within the domestic context. To exercise general jurisdiction over a defendant, a court must find that a cause of action does not arise out of or relate to the foreign corporation's activities in the forum State.<sup>36</sup> In *Bauman*, the Court of Appeals examined whether its granting of general jurisdiction over DCAG in California respected the constitutional Due Process clause; to determine it, the Court relied on two tests: agency and control.

In relation to the agency test, the examination was in relation to the importance of services provided by the subsidiary. The panel determined that a subsidiary acts as an agent if the parent company would perform the service itself if it had no representative to act for them.<sup>37</sup> As well, the control test aimed at considering if the parent company controls substantial aspects of its subsidiary's operations.<sup>38</sup> After analyzing its conclusions from both tests, the Court determined that DCAG effectively controlled MBUSA, which acted as its agent, focusing then on pondering if the courts in California would constitute a fair and reasonable forum to DaimlerChrysler AG. Since Germany—according to the Court—apparently wouldn't recognize a human rights action against corporate defendants, and Argentinean law had established a statute of limitations of two years and three months, where no redress against corporations for their actions during the military dictatorship could be granted, the Court of Appeals determined that Daimler AG could therefore be sued in California for alleged human rights violations committed in Argentina by an Argentinean subsidiary against Argentine residents.

nia through the contacts of its subsidiary MBUSA. We hold that MBUSA was DCAG's agent, at least for personal jurisdiction purposes, and that exercise of personal jurisdiction was reasonable under the circumstances of this case"].

<sup>34</sup> *Id.*, 9 November 2011.

<sup>35</sup> *Daimler AG v. Bauman et al.*, Case No. 11-965 (Supreme Court).

<sup>36</sup> Opinion, *Bauman et al. v. DaimlerChrysler Corporation et al.*, Case No. 07-15386, at 6574 (Court of Appeals for the Ninth Circuit, 18 May 2011).

<sup>37</sup> *Id.* at 6578.

<sup>38</sup> *Id.* at 6583.

The question before the Supreme Court, which granted a hearing on this case barely a few days after issuing its *Kiobel* opinion at the request of Daimler AG, is whether it violates due process for a court to exercise general personal jurisdiction over a foreign corporation based solely on the fact that an indirect corporate subsidiary performs services on behalf of the defendant in the forum State.

During oral argument on 15 October 2013, some interesting issues were raised. Justice Kennedy asked to Daimler's attorney if the creation of a subsidiary would not mean that the parent corporation avails itself of jurisdiction, particularly more so if the parent company was of dual nationality (German and American at the time when the conduct happened).<sup>39</sup> Justice Ginsburg, on the other hand, asserted that the legal thought on issues of jurisdiction has changed enormously since 1898, when the Court resolved a case (*Barrow Steamship Company v. Kane*) of general jurisdiction that also involved foreign corporations and their subsidiaries in the United States.<sup>40</sup> Hints of how the Supreme Court may rule in *Daimler AG* were provided by both Justices Breyer and Ginsburg: Breyer, for instance, suggested the case may be sent back for consideration in light of the Supreme Court's *Goodyear*<sup>41</sup> and *Kiobel*<sup>42</sup> precedents—dealing with the issues of general jurisdiction over foreign corporations and the presumption against extraterritoriality, respectively—, thus setting a double standard to be overcome if courts are to have jurisdiction over foreign corporate defendants. Justice Ginsburg also pointed to the fact that *Goodyear* established a benchmark as to where corporations may be sued: either at its place of incorporation, or at its principal place of business.<sup>43</sup> While the Supreme Court will not decide this case until mid-2014, it is possible that it may look to reduce even further

<sup>39</sup> Transcript of the hearing, *Daimler AG v. Bauman et al.*, Case No. 11-965, at 13 (Supreme Court, 15 October 2013).

<sup>40</sup> *Id.* at 32. This affirmation, however, seems somehow incoherent in light of the *Kiobel* precedent; could the Court not have asked the same question in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*? While it is true that in *Kiobel* there was no American subsidiary involved (which would touch and concern the territory of the United States with more force than just a representation office), the apparent departure in the reasoning is notorious.


<sup>41</sup> Opinion, *Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. et al. v. Brown et ux., Co-Administrators of the Estate of Brown, et al.*, Case 10-76 (Supreme Court, 27 June 2011).

<sup>42</sup> Opinion, *Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum et al.*, Case 10-1491 (Supreme Court, 17 April 2013).

<sup>43</sup> Opinion, *Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. et al. v. Brown et ux., Co-Administrators of the Estate of Brown, et al.*, Case 10-76, at 7 (Supreme Court, 27 June 2011).

the scope of the Alien Tort Statute, as well as the exercise of jurisdiction over foreign corporate defendants,<sup>44</sup> while at the same time trying to define a clearer picture of when a civil action by an alien for a tort, committed in violation of the law of nations, may be actionable before American courts.

#### IV. FINAL REMARKS

As the United States Supreme Court clearly expressed in its *Kiobel* precedent, the American Congress would need to legislate in order for its courts to have jurisdiction over extraterritorial human rights abuses. The same would be required for them to find jurisdiction over corporations, given the inexact wording and little history known in relation to the Alien Tort Statute, and the perpetual indefiniteness of customary international law. The *Kiobel* ruling limited to a great extent the use of the Alien Tort Statute. An opportunity for the United States Supreme Court to define what type of actions “touch and concern the territory of the United States” is before them; however, it may yet again incline to maintain a conservative stance on the issue of corporate responsibility for human rights abuses, shying away from an international trend that is polarized on this issue, but that appears to be in desperate need for guidance and leadership. 

<sup>44</sup> Despite the fact that the German Institute for Human Rights, Germany’s national human rights institution (NHRI) in accordance with the UN Paris principles, contended that Germany is not a reasonable alternative forum (which would comply with the *Good-year* precedent on where a corporation may be sued). This position is due to the fact that courts in Germany would apply *lex loci damni*, substantive law that was applicable at the place where the wrong was committed. In this sense, German courts would apply Argentinean substantive law as it was in force when the abuses were committed; such law (Argentine Civil Code) refuses to recognize these types of claims, while also having a strict statute of limitations that would effectively bar claims against the German parent company arising out of human rights abuses. In addition, procedural obstacles would also be present, such as language and litigation costs, which are extremely high for non-European plaintiffs. Another important point argued by the German NHRI is the fact that when claims were filed, Daimler was jointly headquartered and continuously and systematically doing business in the United States: “In substance, this is a case of United States courts exercising jurisdiction over a United States company for the conduct of one of its subsidiaries abroad.” It must be noted also that Germany did not object to the exercise of jurisdiction over Daimler Ag. *Cfr.* Brief of *Amici Curiae* German Institute for Human Rights and Other German Legal Experts in Support of Respondents, *Daimler AG v. Bauman et al.*, Case No. 11-965, at 3-13 (Supreme Court, 26 August 2013).



Revista Mexicana de Derecho Constitucional  
Núm. 30, enero-junio 2014

## LA PRIMACÍA EN LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES POR LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS EN MÉXICO

Jaime Fernando CIENFUEGOS SORDO\*

### I. INTRODUCCIÓN

Actualmente nos encontramos operando en un nuevo paradigma constitucional derivado de las modificaciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformada por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, en materia de derechos humanos.

Dicha reforma ha establecido en el texto constitucional, especialmente en su artículo 1o., diversas obligaciones que deben ser observadas por todas las autoridades del país, de cualquier nivel y dentro del ámbito de su competencia.<sup>1</sup>

Sin embargo, como resultado de los atrasos y atavismos jurídicos que han imperado en nuestro país, principalmente en la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación, se obstaculiza la realización efectiva de algunos de los mandatos ahí establecidos, sobre todo en lo que respecta a la administración pública, quienes al amparo del principio de legalidad se abstienen de proteger los derechos humanos consagrados tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte.

\* Alumno del Programa de Doctorado en Derecho Constitucional y Gobernabilidad de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

<sup>1</sup> Algunos de los principales cambios que trae consigo el artículo 1o. constitucional son la incorporación del principio de interpretación conforme, así como el principio *pro persona*, mismos que se encuentran establecidos en el segundo párrafo de dicho precepto constitucional.

El presente estudio comienza con la influencia del Estado liberal de derecho en la administración pública y, en consecuencia, el sometimiento de este último al principio de legalidad; en el segundo apartado se realizará un recorrido por las posturas expresadas por los juristas mexicanos del siglo XX en torno a la posibilidad de que las autoridades administrativas realicen un control de constitucionalidad, para finalmente expresar nuestra postura, la cual se encuentra fundamentada en el nuevo paradigma constitucional en el que nos encontramos operando.

## II. ESTADO *LIBERAL* DE DERECHO Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La idea de que las autoridades administrativas deben someterse a lo que dice la ley, sin importar que ésta haya sido declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es una consecuencia del paradigma positivista que ha subsistido en el orden jurídico mexicano.

Respecto a lo anterior, es importante recordar la idea de “Estado *liberal* de derecho” en oposición al Estado constitucional de derecho. Como nos recuerda el jurista italiano Gustavo Zagrebelsky, al citar la exposición del derecho administrativo de Otto Mayer, el Estado liberal se caracteriza:

...por la concepción de la ley como acto deliberado de un Parlamento representativo y se concreta en: *a)* la supremacía de la ley sobre la administración; *b)* la subordinación a la ley, y sólo a la ley, de los derechos de los ciudadanos, con exclusión, por tanto, de que poderes autónomos de la administración puedan incidir sobre ellos; *c)* la presencia de jueces independientes con competencia exclusiva para aplicar la ley, y sólo la ley, a las controversias surgidas entre los ciudadanos y entre éstos y la administración del Estado.<sup>2</sup>

Como se puede apreciar, en el Estado liberal de derecho nos encontramos ante una supremacía de la ley, propia del paradigma positivista, donde las autoridades administrativas no podrían, bajo ninguna circunstancia, cuestionar o rechazar la aplicación de la misma.

<sup>2</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 9a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2009, p. 23.



De esta forma, Estado liberal de derecho y Estado legislativo de derecho son expresiones intercambiables; este último “se afirmaba a sí mismo a través del *principio de legalidad*”,<sup>3</sup> mismo que expresa la idea de la ley como “acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento...”<sup>4</sup>

Bajo este contexto, es indudable que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al hacer prevalecer el principio de legalidad en la actuación de las autoridades administrativas, se vio influida por el paradigma positivista, mismo que predominó durante el Estado *liberal* de derecho y que resulta contrario al Estado constitucional de derecho, lo cual trae como consecuencia que las autoridades administrativas, escudándose en el principio de legalidad, se consideren facultadas para violar los derechos fundamentales de las personas.

### III. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

Debemos recordar que no es la primera vez que se plantea una cuestión de esta índole, ya que, como nos recuerda el tratadista Jorge Carpizo,<sup>5</sup> este tema fue discutido ampliamente por la doctrina mexicana como resultado de una ponencia presentada por Gabino Fraga, quien en 1942 mantuvo su posición en el sentido de que el Poder Ejecutivo puede dejar de aplicar una ley si la considera inconstitucional. A continuación presentamos algunas de las principales tesis para concluir con nuestra postura.

#### 1. *Tesis Fraga*

Fraga afirmaba que a pesar de que el Ejecutivo está obligado a ejecutar las leyes que expida el Congreso, no es posible que esta obligación se refiera a leyes inconstitucionales por los siguientes motivos:

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> Véase, al respecto, Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, 8a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 27.

- 1) Porque sería absurdo pensar que la propia Constitución obliga a ejecutar leyes que la contradigan.
- 2) Porque para poder desobedecer la Constitución por una ley secundaria opuesta a ella sería necesario texto expreso en la norma fundamental que lo permitiera. Y esto sería tanto como afirmar que ese orden jurídico no existe y que el único poder que está obligado a respetar la Constitución es el Legislativo, en tal forma que si éste no cumple, los otros poderes se encuentran exonerados de dicha obligación.<sup>6</sup>

Compartimos en lo general las propuestas de Gabino Fraga; sin embargo, no compartimos el criterio según el cual las autoridades administrativas pueden desaplicar una norma que consideren inconstitucional, lo anterior es así en virtud de que se estaría contrariando el principio de división de poderes al facultar al Ejecutivo para revisar los actos emitidos por el Poder Legislativo.

## 2. Tesis de Antonio Martínez Báez

Contrario a dicha postura podemos encontrar la opinión de Antonio Martínez Báez, quien manifestó que “el Poder Ejecutivo, por su estructura particular y posición política, no está capacitado para estimar inconstitucional una ley del Congreso, sino que debe necesariamente ejecutarla”.<sup>7</sup>

Este criterio es radicalmente contrario al expresado por el ministro Gabino Fraga; sin embargo, como más adelante expresaremos, tampoco compartimos dicha opinión, ya que bajo ciertas condiciones es posible la desaplicación de una norma inconstitucional por parte del Poder Ejecutivo.

## 3. Tesis de Felipe Tena Ramírez

Para el tratadista Felipe Tena Ramírez,<sup>8</sup> frente al Poder Legislativo, la autoridad administrativa no puede rehusarse a ejecutar una decisión —ley o

<sup>6</sup> *Idem.*

<sup>7</sup> Martínez Báez, Antonio, “El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la inconstitucionalidad de leyes”, *Revista Nacional de Jurisprudencia*, núm. 13-14, p. 258 disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx>.

<sup>8</sup> Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 40a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 539.

decreto— formalmente correcta, con apoyo en la supremacía de la Constitución, por considerar inconstitucional aquella decisión, ya que se rompería el equilibrio de poderes.

Valga en contra de la presente postura expresada por el constitucionalista Tena Ramírez lo antes expresado, en el sentido de que a partir de las reformas constitucionales de 2011 existen las condiciones idóneas en nuestro ordenamiento jurídico para que el Poder Ejecutivo desaplique normas inconstitucionales bajo ciertas condiciones.

#### 4. *Tesis de Jorge Carpizo*

Por su parte, el doctor Jorge Carpizo,<sup>9</sup> al emitir su opinión respecto al tema, manifiesta que la tesis Fraga tiene un gran fondo de verdad pero que a pesar de todas las restricciones puede resultar peligrosa. Dicho tratadista tampoco se encuentra de acuerdo con la tesis jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues en los casos en que una ley es notoriamente anticonstitucional la autoridad administrativa no la debe ejecutar; asimismo, manifiesta el citado tratadista que dicho control de constitucionalidad de las leyes debe ser realizado por autoridades con facultades de decisión.

Una postura más cercana a la que nosotros exponemos es la de don Jorge Carpizo, para quien la facultad de abstenerse de ejecutar una ley corresponde a las autoridades administrativas con facultades de decisión. Sin embargo, no compartimos el criterio según el cual esa decisión se debe tomar en presencia de una “ley notoriamente inconstitucional”, es decir, que así sea considerada por la misma autoridad administrativa.

De las anteriores consideraciones podemos destacar que el debate sobre el papel que debe desempeñar la autoridad administrativa respecto de una norma que considera inconstitucional comenzó en México a mediados del siglo XX con interesantes posturas a favor y en contra por parte de grandes constitucionalistas de la época, prevaleciendo de manera obligatoria la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sentido de impedir el examen del control de constitucionalidad a las autoridades administrativas.

<sup>9</sup> Carpizo, Jorge, *op. cit.*, pp. 30 y 31.

#### IV. NUESTRA POSTURA

##### 1. *La jurisprudencia como norma jurídica y la primacía<sup>10</sup> en su aplicación*

Consideramos que el nuevo paradigma constitucional en el que opera el orden jurídico mexicano establece la obligación de todas las autoridades, incluyendo las administrativas, de proteger y garantizar los derechos humanos contenidos en nuestra carta magna, y por consiguiente, en caso de conflicto, preferir aquellas normas que ofrezcan una protección más amplia a los particulares.

El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece lo anterior en los siguientes términos:

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

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

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

Del precepto antes transcrito se desprende el principio *pro persona*; entre los objetivos de dicho principio se encuentra el de “señalar la norma aplicable en caso de antinomias, y con independencia de su posición jerárquica”.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Para José de Jesús Gudiño Pelayo, primacía significa preferencia y no jerarquía, como lo consideran otros autores. Véase Gudiño Pelayo, José de Jesús, “Lo confuso del control difuso de la Constitución”, en Castro y Castro, Juventino V. (coord.), *Estudios en honor de Humberto Román Palacios*, México, Porrúa, 2005.

<sup>11</sup> Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio

De lo anterior se extrae que en caso de colisión entre dos normas jurídicas se debe preferir aquella que ofrezca una protección más amplia de los derechos humanos.

Por su parte, el párrafo segundo del artículo 1o. constitucional hace referencia a normas, sin especificar si se trata de normas constitucionales, legales o incluso la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, situación por la cual le resulta aplicable el principio *pro persona*.

En consecuencia, es claro que en caso de una colisión entre un precepto legal y la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que declara inconstitucional una ley por violación a los derechos humanos, todas las autoridades, inclusive las autoridades administrativas, en cumplimiento del principio *pro persona* deben aplicar aquella norma que ofrezca la protección más amplia.

El tratadista Miguel Carbonell señala que de dicho precepto queda claro que “las obligaciones de promoción, respeto, protección y garantía de los derechos corren a cargo de todos los poderes, incluso considerando que algún nivel de gobierno tenga obligaciones reforzadas hacia esos derechos”.<sup>12</sup>

Una vez establecidas las obligaciones que se desprenden del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, procedemos al estudio del criterio que prevalece en la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno a la obligatoriedad de su jurisprudencia para las autoridades administrativas. Dicho criterio establece que en el caso de las autoridades administrativas, éstas deben aplicar la ley aun y cuando la misma haya sido declarada inconstitucional por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo cual consideramos provoca una sistematizada violación al Estado constitucional de derecho en perjuicio de todos los gobernados.

Ejemplo de este criterio lo podemos observar en la tesis jurisprudencial 2a./J. 38/2002, visible en la novena época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, de mayo de 2002, t. XV, p. 175, que establece que:

*pro persona* (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución)”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 130.

<sup>12</sup> Carbonell, Miguel, “Las obligaciones del Estado en el artículo 1o. de la Constitución mexicana”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos...*, cit., p. 68.

JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN OBLIGADAS A APLICARLA AL CUMPLIR CON LA GARANTÍA DE FUNDAR Y MOTIVAR SUS ACTOS. La obligación de las autoridades administrativas de fundar y motivar sus actos consiste en citar de manera específica la ley exactamente aplicable al caso, así como en expresar las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto y la adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, y no en citar también la jurisprudencia respectiva, esto es, la obligación de fundar los actos en la ley, no implica hacerlo en la forma en que haya sido interpretada por los órganos competentes del Poder Judicial de la Federación, dado que la jurisprudencia tiene notables diferencias con la ley y no puede ser equiparable a ésta, principalmente porque la jurisprudencia es obra de los órganos jurisdiccionales y la ley del órgano legislativo, es decir, la jurisprudencia no es una norma general y sólo se aplica a casos particulares, conforme al principio de relatividad de las sentencias que rige al juicio de garantías, por lo que resulta erróneo sostener que los actos de las autoridades administrativas sean violatorios del artículo 16 constitucional por no apoyarse en la jurisprudencia que declare la inconstitucionalidad de una ley, habida cuenta que por remisión del octavo párrafo del artículo 94 de la Constitución federal, los preceptos 192 y 193 de la Ley de Amparo establecen con precisión que la jurisprudencia obliga solamente a los órganos jurisdiccionales.

Contradicción de tesis 40/2001-PL. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito y el Primer Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito. 26 de abril de 2002. Cinco votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: José Antonio Abel Aguilar.

Tesis de jurisprudencia 38/2002. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del tres de mayo de dos mil dos.

Para llegar a la conclusión de que las autoridades administrativas no se encuentran obligadas por la jurisprudencia de los órganos del Poder Judicial de la Federación se toman en cuenta las siguientes consideraciones:

- La obligación de fundar los actos en la ley no implica hacerlo en la forma en que haya sido interpretada por los órganos competentes del Poder Judicial de la Federación.
- La jurisprudencia tiene notables diferencias con la ley y no puede ser equiparable a ésta, principalmente porque la jurisprudencia no

es una norma general y sólo se aplica a casos particulares, conforme al principio de relatividad de las sentencias que rige al juicio de garantías.

- Que por remisión del octavo párrafo (ahora décimo) del artículo 94 de la Constitución federal, los preceptos 192 y 193 de la Ley de Amparo establecen con precisión que la jurisprudencia obliga solamente a los órganos jurisdiccionales.

Es en este sentido que la anterior jurisprudencia ha servido de justificación para que las autoridades administrativas apliquen de manera sistematizada preceptos declarados inconstitucionales por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pero sobre todo violatorios de los derechos fundamentales que contempla la Constitución federal y los tratados internacionales firmados por México.

Consideramos que actualmente dicho criterio resulta insostenible, ya que contrario a lo expresado por el precedente emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación la jurisprudencia establecida por dicho tribunal, si bien no tiene el carácter de ley, sí tiene la calidad de norma jurídica y de fuente del derecho en el orden jurídico mexicano y su aplicación sí debe ser preferente en tanto establezca un beneficio mayor para las personas. Así, el tratadista Hans Kelsen,<sup>13</sup> en su *Teoría pura del derecho*, ha establecido que “un tribunal, en especial un tribunal de última instancia, puede estar facultado no sólo para producir con sus sentencias normas obligatorias individuales, válidas para el caso presente, sino también normas generales. Así pasa cuando la sentencia judicial crea un llamado precedente”.

Por otro lado, en lo que respecta al efecto *inter partes* de las sentencias de amparo, dicho argumento resulta irrelevante, ya que al aplicar la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no se le estará negando validez al precepto legal en conflicto, sino que se estará prefiriendo otra norma jurídica cuya protección resulta más amplia para las personas. Es decir que se trata de un conflicto normativo que se resolverá conforme al principio *pro persona*, en el que entre dos normas se va a preferir aquella que otorgue un mayor beneficio, acatando lo establecido en el artículo 1o. constitucional.

<sup>13</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 16a. ed., trad. de Roberto J. Vernego, México, Porrúa, 2009, p. 258.

En relación con el argumento de la tesis, que radica en la idea de que por remisión del octavo párrafo del artículo 94 de la Constitución federal, los preceptos 192 y 193 de la Ley de Amparo establecen con precisión que la jurisprudencia obliga solamente a los órganos jurisdiccionales, a nuestro parecer, del primer precepto constitucional no se desprende de ninguna forma que únicamente la Ley de Amparo deba definir los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia, ya que el mismo sostiene lo siguiente:

Artículo 94. Se deposita el ejercicio del Poder Judicial de la Federación en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y en Juzgados de Distrito.

...

La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución.

Evidentemente, de la transcripción hecha podemos constatar que remite al legislador secundario la obligación de definir los términos en que la jurisprudencia será obligatoria; sin embargo, es importante resaltar que no hay limitación constitucional para que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre inconstitucionalidad de leyes sea obligatoria para las autoridades administrativas, ya que dicha limitación sólo se puede dar de forma expresa.

Al respecto, el tratadista Hans Kelsen expresó claramente que "...la teoría no puede llegar a otro resultado que éste: aquel que ha de ejecutar la norma, ha de examinar y decidir también si es o no regular y, por tanto, ejecutable. Si se estima que esta situación es socialmente dañosa, al legislador corresponde limitarla o suprimirla por completo, si ello es posible".<sup>14</sup>

Ahora bien, no es obstáculo que de los artículos 192 y 193 de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se desprenda la obligación de las autoridades administrativas para acatar la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, ya que no existe una contradicción entre dichos preceptos y el artículo 1o. constitucional, sino una ampliación a la protección de los

<sup>14</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, México, Ediciones Coyoacán, 2004, p. 375.



derechos humanos reconocidos por la ley fundamental, ya que si bien la Ley de Amparo sólo contempla órganos jurisdiccionales, una interpretación *pro persona* debe admitir que las autoridades administrativas prefieran la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que declara inconstitucional un precepto por violación a derechos humanos.

## 2. *Los recursos administrativos*

La pregunta que debe ser planteada es la siguiente: ¿cómo y en qué momento debe proceder la autoridad administrativa para cumplir con el mandato que establece el artículo 1o. constitucional de garantizar y proteger dentro del ámbito de su competencia los derechos humanos que consagra nuestra ley fundamental, cuando le corresponde aplicar un precepto declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación?

Como habíamos establecido en el apartado anterior, consideramos que para dotar de contenido el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se debe obligar a la autoridad administrativa, bajo ciertas condiciones, a preferir la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de inconstitucionalidad de leyes.

Aquí debemos precisar que de ninguna forma estamos de acuerdo con que una autoridad administrativa ejerza un control ilimitado de constitucionalidad, en virtud de que no le corresponde al Poder Ejecutivo revisar la constitucionalidad de las leyes emitidas por el Legislativo, en tanto que no hay referente constitucional para ejercer dicha atribución.

Sin embargo, debemos recordar lo que establece el artículo 128 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos al determinar que: “Todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen”.

Ahora bien, aquí compartimos la interpretación que del precepto transcrito hace el tratadista Tena Ramírez al establecer que el mismo consagra la defensa subsidiaria de la Constitución respecto a los actos propios, no así en cuanto a los actos de otros poderes.<sup>15</sup>

En este sentido revisten especial importancia los recursos administrativos de los cuales conoce la misma autoridad que emitió el acto o su superior

<sup>15</sup> Tena Ramírez, Felipe, *op. cit.*, p. 551.

jerárquico y cuya función es controlar los actos de la administración (es decir, sus propios actos), ya sea revocándolos o confirmándolos.

Por consiguiente, una autoridad administrativa que conoce de un recurso administrativo que permite la subsistencia de un acto fundado en una ley declarada inconstitucional por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de derechos humanos, estaría a todas luces incumpliendo con el mandato que establece el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su actuación constituiría una inconstitucionalidad por omisión.<sup>16</sup>

Sobre lo anterior, Miguel Carbonell<sup>17</sup> nos recuerda que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su Observación General (OG) 9, señaló que una medida apropiada para proteger los derechos fundamentales consiste en el ofrecimiento de recursos judiciales para proteger esos derechos, pero dentro de dicho término debemos comprender los recursos administrativos, ya que “quienes viven bajo la jurisdicción de un Estado parte tienen la expectativa legítima de que, sobre la base del principio de buena fe, todas las autoridades administrativas, al adoptar decisiones, tendrán en cuenta las disposiciones del Pacto”.

Por otro lado debemos aclarar que el principio de separación de poderes queda a salvo en el sentido de que la autoridad administrativa de ninguna manera estará haciendo un examen de la constitucionalidad de la ley, por lo tanto no estará examinando la constitucionalidad de los actos del Poder Legislativo y tampoco se estarán usurpando atribuciones propias del Poder Judicial, ya que lo único que realizará será la aplicación de una norma jurídica (en este caso una jurisprudencia) que garantiza una protección más amplia a los derechos fundamentales.

Lo que estaría haciendo la autoridad administrativa sería revisar sus propios actos y preferir la jurisprudencia que establece el tribunal constitucional en materia de derechos humanos, a fin de proteger y garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos dentro del ámbito de su competencia, cumpliendo de esta forma con los mandatos contenidos en los párrafos segundo y tercero del artículo 1o. de nuestra carta magna.

Asimismo, se estaría cumpliendo con el principio de supremacía constitucional en virtud del cual no deben prevalecer aquellos actos fundados

<sup>16</sup> Sobre inconstitucionalidad por omisión véase Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “La inconstitucionalidad por omisión”, en Manili, Pablo Luis (coord.), “*Marbury vs. Madison*”. *Reflexiones sobre una sentencia bicentenario*, México, Porrúa, 2011, p. 88.

<sup>17</sup> Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 81.

(indebidamente) en preceptos inconstitucionales, y más teniendo en cuenta que así fue determinado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Lo anterior es así porque de otra forma se le estaría permitiendo a las autoridades administrativas que subsistan su actos aun y cuando sean contrarios a la Constitución, fundándose en preceptos ya declarados inconstitucionales jurisprudencialmente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y peor aún, en detrimento de los derechos fundamentales consagrados en el texto constitucional.

## V. CONCLUSIONES

*Primera.* El nuevo paradigma constitucional, y específicamente el artículo 1o. constitucional, obliga a todas las autoridades del país, inclusive las administrativas, a proteger y garantizar los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

*Segunda.* La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación es una norma jurídica y una fuente de derecho en el orden jurídico mexicano, por consiguiente es susceptible de entrar en conflicto con otras normas jurídicas, como son las leyes.

*Tercera.* Las autoridades administrativas se encuentran facultadas por el artículo 1o. de la Constitución Política a preferir aquellas normas jurídicas que ofrezcan una mayor protección a las personas, cumpliendo de esta forma con el principio *pro persona*. En este caso, cuando una autoridad administrativa debe aplicar un precepto legal que fue declarado inconstitucional por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por violar derechos fundamentales, se encuentra en presencia de un conflicto normativo y debe aplicar el principio *pro persona*.

*Cuarta.* Únicamente las autoridades administrativas que conozcan de los recursos encargados de controlar su propia actuación o la de sus inferiores jerárquicos se encuentran obligadas a aplicar la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia sobre inconstitucionalidad de leyes en materia de derechos humanos para controlar sus propios actos, ya que dichos recursos constituyen una medida apropiada para garantizar los derechos fundamentales de las personas.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- CABALLERO OCHOA, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución)”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- CARPIZO, Jorge, *Estudios constitucionales*, 8a. ed., México, Porrúa, 2003.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “La inconstitucionalidad por omisión”, en MANILI, Pablo Luis (coord.), “*Marbury vs. Madison*”. *Reflexiones sobre una sentencia bicentenaria*, México, Porrúa, 2011.
- GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, “Lo confuso del control difuso de la Constitución”, en CASTRO Y CASTRO, Juventino V. (coord.), *Estudios en honor de Humberto Román Palacios*, México, Porrúa, 2005.
- KELSEN, Hans, *Teoría general del Estado*, trad. de Luis Legaz Lacambra, México, Ediciones Coyoacán, 2004.
- , *Teoría pura del derecho*, 16a. ed., trad. de Roberto J. Vernego, México, Porrúa, 2009.
- MARTÍNEZ BÁEZ, Antonio, “El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la inconstitucionalidad de leyes”, *Revista Nacional de Jurisprudencia*, núm. 13-14, disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/237/60a/60a16.pdf>.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 40a. ed., México, Porrúa, 2004.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 9a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2009. 