

LEY SUPREMA Y DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO* *SUPREME LAW AND HUMAN RIGHTS IN MEXICO*

Ramón ORTEGA GARCÍA**

RESUMEN: En el presente ensayo se defiende la tesis de que los derechos humanos incorporados al ordenamiento jurídico a través de la Constitución, tratados internacionales, jurisprudencia y otras fuentes de origen internacional, constituyen el parámetro supremo que permite calificar la legitimidad de las normas del derecho positivo, a partir del control de convencionalidad *ex officio* desarrollado en varias etapas, las cuales abarcan la interpretación conforme, el juicio de proporcionalidad y la ponderación de derechos.

ABSTRACT: *In this essay I claim that human rights incorporated in the Mexican legal order by means of the Constitution, international treaties, judicial decisions of federal courts and other legal sources, constitute the supreme criteria for qualifying the legitimacy of legal norms through a conventionality process that includes different stages.*

Palabras clave: legitimidad, control de convencionalidad *ex officio*, jerarquías normativas, ponderación, desaplicación de leyes.

Keywords: *Legitimacy, Control of Conventionality, Normative Hierarchies, Balancing, Inapplicability of Laws.*

* Artículo recibido el 15 de agosto de 2013 y aceptado para su publicación el 12 de marzo de 2014.

** Licenciado en derecho por el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Doctor en derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, España. Director del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año XLVII, núm. 141,
septiembre-diciembre de 2014, pp. 965-985.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Ley suprema de los derechos humanos*. III. *Validez y legitimidad*. IV. *El control de convencionalidad*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

A partir de la reforma al artículo 1o. constitucional del 10 de junio de 2011 y de lo resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el expediente Varios 912/2010, todos los jueces del país están obligados a practicar el *control de convencionalidad ex officio* conforme a los distintos criterios establecidos por la propia SCJN y otros tribunales del Poder Judicial de la Federación. Entre tales criterios destaca la tesis P. LXVIII/2011(9a.), la cual determina cómo estará constituido el *parámetro* que servirá para llevar a cabo dicho control. Transcribo a continuación la tesis señalada:

Décima época. Registro 160526. Pleno. Tesis aislada. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro III, diciembre de 2011, tomo 1. Materia: constitucional. Tesis: P. LXVIII/2011 (9a.), p. 551[TA]; PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. El mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente. El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte. Pleno. Varios 912/2010. 14 de julio de 2011. Mayoría de siete votos; votaron en contra: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Mario Pardo Rebolledo con salvedades y Luis María Aguilar Morales con salvedades. Ausente y Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. Encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio.

El Tribunal Pleno, el 28 de noviembre en curso, aprobó, con el número LXVIII/2011(9a.), la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a 28 de noviembre de 2011.

En este ensayo me propongo articular y sustentar teóricamente lo expuesto en la tesis transcrita. Defenderé que el conjunto de derechos humanos contenidos en la Constitución, en los tratados internacionales de los que México es parte y en las normas de fuente internacional señaladas *supra*, constituyen el *criterio supremo de legitimidad* de las normas del ordenamiento jurídico mexicano. Voy a llamar a este criterio o conjunto de criterios “Ley Suprema”, y defenderé que cualquier norma sin demérito de su jerarquía, para ser *legítima* dentro del ordenamiento, tiene que respetar los derechos humanos de la Ley. Si una norma en particular no satisface esta condición, aunque haya sido dictada por el órgano competente y conforme al procedimiento establecido, *carece de legitimidad*.

Por otro lado, y como corolario de este primer argumento, sostendré que la legitimidad de una norma se expresa mediante juicios que afirman que la norma es legítima (o ilegítima) dependiendo de si es compatible o no con la Ley Suprema. Llamaré al enunciado que declara que una norma es legítima (o ilegítima) de acuerdo con esa Ley: «juicio de convencionalidad». También distinguiré dos clases fundamentales de juicios de convencionalidad: los positivos y los negativos. Un juicio de convencionalidad positivo afirma que cierta norma es legítima en tanto que respeta la Ley Suprema; en contraste, un juicio de convencionalidad negativo asegura que la norma es ilegítima porque vulnera los derechos humanos de la propia Ley. Argumentaré que todo juicio de convencionalidad, positivo o negativo, es resultado de un *control de convencionalidad* que se desarrolla en varias etapas y que involucra la interpretación, tanto de la Ley Suprema en cuanto parámetro de legitimidad de las normas del ordenamiento jurídico, como de la norma individual cuya legitimidad está siendo determinada; pero también implica el uso del juicio de proporcionalidad en sentido amplio y la ponderación de derechos humanos. Más adelante me he de referir a este control de convencionalidad o legitimidad.

Mi exposición la desarrollaré de la siguiente manera: comenzaré hablando de la Ley Suprema como criterio o parámetro de legitimidad de las normas del ordenamiento jurídico (§2). Luego examinaré el concepto de legitimidad de las normas del derecho y la naturaleza de los juicios de convencionalidad (§3) y finalizaré analizando el control de convencionalidad de las normas (§4).

II. LEY SUPREMA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por “ley suprema” entiendo una categoría normativa que constituye el criterio supremo de carácter *axiológico* con el cual se califica la legitimidad de las normas positivas del ordenamiento jurídico. Está formada por el conjunto total de los derechos humanos incorporados al ordenamiento vía la Constitución, los tratados internacionales sobre la materia de los que México es parte, la jurisprudencia de la SCJN y demás fuentes reconocidas en la tesis de este órgano jurisdiccional. El contenido de esa ley, el conjunto de los derechos humanos, se identifica extensionalmente, por enumeración. En un momento determinado, digamos, la ley suprema es el conjunto de los derechos humanos [DH₁, DH₂, DH₃, DH_{4...}] y así sucesivamente. Por lo regular, quien realiza el control de convencionalidad de la norma no toma en cuenta el listado completo de derechos humanos, sino sólo una pequeña parte. Porque para llevar a cabo este control, el órgano judicial identifica los derechos humanos *en juego*, dependiendo del contenido de la norma que califica. De suerte que es decisión de dicha autoridad ampliar o estrechar el parámetro de legitimidad, siempre dentro de los márgenes constituidos por la totalidad de los derechos humanos de la ley suprema.

Señalé que dicha ley es el criterio supremo *axiológico* de legitimidad jurídica. Como tal, se encuentra en una posición jerárquicamente superior respecto de cualquier norma positiva, incluida la Constitución. Sin embargo, esta idea podría causar desconcierto pues parece ser contraria al principio de *supremacía constitucional*. En el siguiente apartado explicaré que en este punto no sólo no hay contradicción alguna, sino que además es perfectamente posible defender tanto la primacía de la ley suprema, como la supremacía constitucional al interior del ordenamiento jurídico. Para ello será preciso examinar los distintos tipos de jerarquías entre normas o jerarquías normativas.

1. *Jerarquías normativas*

Una idea ampliamente aceptada entre los juristas es la de que el derecho constituye un sistema de normas ordenadas jerárquicamente; es decir, estratificadas o dispuestas en diversos niveles o estratos. Sin embargo, las relaciones jerárquicas entre normas son de diferente naturaleza. Simplifi-

cando mucho las cosas, diríase que hay al menos cuatro tipos de jerarquías normativas:¹

1. *Jerarquía formal o estructural*. Es la que se presenta cuando una norma regula la producción de otra, estableciendo quién o quiénes son competentes para ello. La primera es una norma de competencia y se dice que ella es jerárquicamente superior a la que se dicta en ejercicio de esa competencia. Por ejemplo: la norma de la Constitución contenida en el artículo 73, que regula la producción de normas generales por parte del Congreso de la Unión, sería formalmente superior a las leyes que el Congreso dictara en ejercicio de esa competencia legislativa. Del mismo modo, la norma constitucional, expresada en el artículo 89, fracción I, que confiere al titular del Ejecutivo Federal competencia para proveer a la exacta observancia de las leyes en la esfera administrativa, sería una norma formalmente superior a los reglamentos emitidos en ejercicio de esa facultad.
2. *Jerarquía material*. Se dice en este sentido que una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la primera prevalece sobre la segunda en caso de que entre ellas surja un conflicto lógico; es decir, un conflicto que nace porque las diversas normas establecen soluciones normativas distintas e incompatibles para un mismo caso. Normalmente, la señalada jerarquía formal entre dos normas implica su jerarquía material, esto es, la norma que regula la producción de otra prevalece sobre ésta en caso de que una y otra se contradigan. Así, por ejemplo, la Constitución, que regula la producción de las normas generales, prevalece sobre las leyes del Congreso cada vez que entre ellas se suscita un conflicto lógico.²

¹ En este punto sigo a Ferrer Beltrán, Jordi y Rodríguez, Jorge Luis, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2011, pp. 135-146. También, sobre el tema de jerarquías normativas, véase Guastini, Riccardo, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Turín, Giappichelli, 2001, pp. 91-95; *id.* *La sintassi del diritto*, Turín, Giappichelli, 2011, pp. 237-252; y Pino, Giorgio, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato Costituzionale*, Il Mulino, 2010, pp. 40-50.

² Esto no sucede en los regímenes de constituciones flexibles, pues en ellos las normas de rango legislativo están subordinadas estructural —aunque no materialmente— a las

3. *Jerarquía lógica*. De acuerdo con este tipo de jerarquía, una norma es superior a otra cuando la primera versa sobre la segunda. Es el caso de las normas de aplicación, esto es, aquellas que establecen el deber de aplicar otras normas, pues las primeras son superiores en sentido lógico a las segundas, y también es el caso de una norma derogatoria y la derogada, donde aquélla es lógicamente superior a esta última. Merece la pena advertir que la jerarquía formal es un supuesto específico de la jerarquía lógica, pues la norma que regula la producción de otra u otras, *necesariamente* ha de referirse a estas últimas.
4. *Jerarquía axiológica*. Se dice que entre dos o más normas hay una jerarquía axiológica cuando una de ellas expresa un valor superior a las demás. Esto puede suceder porque la norma axiológicamente superior está constituida por valores éticos o principios de justicia que dan forma sustancial a una parte del ordenamiento jurídico o a todo. La jerarquía axiológica entre dos normas implica el reconocimiento de una jerarquía material entre ellas que hace prevalecer a la que se considera axiológicamente superior en caso de conflicto, pues de otro modo no tendría sentido decir que a una de las normas se le reconoce un valor superior frente a la otra.

Los cuatro criterios de ordenación jerárquica descritos pueden aplicarse separadamente respecto de las normas de un mismo ordenamiento. Pero es probable que el resultado de aplicar alguno de esos criterios no sea coincidente con el resultado que se obtenga de la aplicación de otro criterio. Por ejemplo, la norma que deroga a otra, según se dijo, es lógicamente superior a ésta, pero no lo es en sentido formal, pues la primera no establece la competencia para dictar la segunda. Y es posible que la norma derogatoria tampoco sea materialmente superior a la norma derogada, pues el contenido de una y otra puede ser diferente. Véase otro ejemplo: el principio de autonomía de la voluntad respecto de las normas del derecho que regulan los contratos y otros actos jurídicos es axiológicamente superior a tales normas, pero no lo es en ningún otro sentido, ni formal, ni material, ni lógico. Un ejemplo más: la jurisprudencia que determina cómo ha de interpretarse una ley es superior a ésta desde el punto de vista

normas constitucionales sobre la legislación. *Cfr.* Guastini, Riccardo, *La sintassi del diritto*, *cit.*, p. 241.

lógico, pues se refiere a ella, pero no lo es si se toma en cuenta algún otro criterio.

2. *Superioridad axiológica de la ley suprema y supremacía constitucional*

Si lo que antecede es correcto, entonces creo que puede ofrecerse una explicación adecuada de la ordenación jerárquica que existe entre la ley suprema y el conjunto de normas positivas del derecho mexicano. Sostengo que aquélla es *axiológicamente* superior a las segundas, pues los derechos humanos que la constituyen, en cuanto derivan de principios de justicia y de valores éticos, informan a todo del ordenamiento sin excepción, irradiando de moralidad a las normas y calificando su legitimidad. Esta jerarquía axiológica produce tres efectos que merece la pena tomar en cuenta:³

1. La ley suprema constituye el fundamento, la justificación, la *ratio* de las normas positivas y éstas, a su vez, son o deberían ser vistas como concreciones de *esa ley*.
2. Las normas positivas deben interpretarse para adecuarlas a los derechos humanos de la ley suprema, lo cual se consigue mediante el empleo de técnicas como la *interpretación conforme*, y
3. Si una norma del derecho positivo estuviera en contradicción con la ley suprema, entonces sería ilegítima y *como tal*, debería ser desaplicada o declarada nula.

El primer aspecto supone que la ley suprema da forma sustancial a todo el ordenamiento jurídico, determinando su contenido. Digamos que los derechos humanos de la ley producen un efecto invasor en el derecho, lo irradian y lo moralizan. Habría un ordenamiento jurídico *revalorizado*, es decir, impregnado del valor que le confieren los derechos humanos.

El segundo de los aspectos se refiere a la exigencia de que la norma jurídica en cuestión (aunque sería más preciso hablar de la disposición jurídica como enunciado de la norma) se interprete para hacerla congruente o conforme con los derechos humanos de la ley. Si esto no fuera posible y la norma resultara incompatible con ella, entonces debería ser desaplicada o anulada, según el caso.

³ *Ibidem*, pp. 243 y 244.

Y el tercer aspecto señalado puede ser visto justamente como la consecuencia natural de que la norma que se califica resulte ilegítima: el sistema entonces contempla algún tipo de remedio que puede ser la desaplicación de esa norma, su derogación o su enmienda.

Merece la pena recalcar que la jerarquía axiológica entre la ley y las normas positivas del derecho implica una ordenación jerárquica material, lo cual quiere decir que la ley suprema también es materialmente superior a tales normas positivas. Por eso, aquélla prevalece sobre las últimas en caso de conflicto. Así sucede incluso con las normas constitucionales. Toda norma constitucional tiene que ser conforme a los derechos humanos contenidos en aquella ley o, de lo contrario, corre el riesgo de ser considerada ilegítima y, por lo mismo, susceptible de enmienda. Un caso especialmente interesante es el arraigo, previsto en el artículo 16 constitucional, que viola el derecho a la libertad personal reconocido en la propia Constitución, en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en otras fuentes internacionales. Por ello, a la luz de la ley suprema, la norma constitucional sobre el arraigo sería ilegítima y, en cuanto tal, debería ser enmendada.

Por lo demás, si se asume la primacía axiológica y material de la ley suprema respecto de las normas positivas del derecho mexicano, entonces podría haber dudas de si ello atenta contra el principio de supremacía constitucional. Sin ánimo de adentrarme de lleno en este tema, he de decir que las dudas son infundadas. La Constitución ha sido y sigue siendo la norma jerárquicamente suprema del ordenamiento jurídico mexicano, si bien en un sentido estrictamente formal y lógico, así como en un sentido material, *invariablemente*.

La Constitución es, en efecto, formalmente superior a todas las normas del derecho positivo porque es ella la que establece los modos de producción de tales normas (siendo también, por ende, lógicamente superior a éstas). Así sucede de igual modo con relación a los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que México es parte: la Constitución está por encima de ellos (desde este punto de vista formal) dado que establece quiénes son competentes para suscribirlos y ratificarlos, y en esto no hay ninguna diferencia entre tratados internacionales sobre derechos humanos y tratados internacionales sobre otras materias. Pero la Constitución también es materialmente superior a ese conjunto de tratados *dado que, siempre y en todos los casos*, si se produce un conflicto lógico entre un tra-

tado internacional (*incluso sobre derechos humanos*) y la Constitución, entonces debe prevalecer esta última.⁴

III. VALIDEZ Y LEGITIMIDAD

La ley suprema es el parámetro de legitimidad de las normas del derecho positivo. Sostengo que la legitimidad de una norma jurídica es algo distinto a su validez. Legitimidad y validez las he de considerar como propiedades diferentes de las normas jurídicas. Me referiré primero al concepto de validez, uno de los más controvertidos de la teoría del derecho.

1. Validez

La validez es un término polisémico en el discurso de los juristas. Hay al menos dos sentidos de validez muy distintos entre sí que se predicen de las normas del derecho en lo individual: validez como pertenencia y validez como aplicabilidad. En el primer sentido se dice que una norma es válida si pertenece a un determinado sistema jurídico.⁵ A su vez, una norma N pertenece a un sistema jurídico X, o bien cuando ha sido dictada por la autoridad competente para hacerlo (criterio de legalidad), o bien cuando se deriva lógicamente de otra norma que a su vez pertenece a X (criterio de deducibilidad).⁶ El segundo sentido de validez, por el contra-

⁴ Al respecto es interesante repasar la Contradicción de Tesis 293/2012, resuelta por el Pleno de la SCJN el 3 de septiembre de 2013.

⁵ Omitiré profundizar en la conocida distinción entre sistema jurídico y orden jurídico; el primero entendido como un conjunto de normas referido a un punto en el tiempo que cambia de identidad cada vez que una norma nueva es introducida al sistema o una norma del sistema es expulsada de él; mientras que el orden jurídico es concebido como una secuencia temporal de sistemas jurídicos cuya identidad está determinada por el hecho de que todos comparten la misma Constitución material. Al respecto, véase Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, "Sobre el concepto de orden jurídico", en *id.*, *Análisis lógico y derecho*, prólogo de Georg H. von Wright, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 393-407; Bulygin, Eugenio, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", *Doxa* (9), 1991, pp. 257-279; y Moreso, José Juan y Navarro, Pablo Eugenio, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 40 y ss.

⁶ Caracciolo, Ricardo A., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 57 y ss.

rio, hace alusión a la aplicabilidad de una norma.⁷ Se dice que una norma es aplicable cuando el juez tiene el deber (o la facultad o autorización) de aplicarla a un determinado caso. Este deber lo establece una norma de aplicación que también es una norma jurídica positiva. Merece la pena advertir que una norma que no pertenece al sistema jurídico en el momento en que el juez debe resolver el caso, digamos, porque ya fue derogada, puede no obstante ser válida en el sentido de ser aplicable, siempre que haya una norma de aplicación que así lo determine. Lo mismo ocurre cuando una norma de aplicación de un sistema ordena al juez aplicar normas de un derecho extranjero, que por definición no pertenecen al sistema del juez. Un ejemplo aún más claro es el de las normas inconstitucionales. Una norma contraria a la Constitución porque fue dictada por una autoridad que no tenía competencia para ello carece de validez, esto es, no pertenece al sistema jurídico en cuestión, pero podría ser aplicable mientras su nulidad no sea declarada por el tribunal constitucional. De ahí que pertenencia y aplicabilidad de una norma sean dos cosas bien distintas. Para efectos de este trabajo, sólo adoptaré el concepto de validez como pertenencia y afirmaré que una norma válida es aquella que pertenece al sistema jurídico por haber sido dictada con arreglo a otra norma de ese sistema, o por ser una consecuencia lógica de cierta norma que a su vez forma parte de él.

2. *Legitimidad*

¿Qué hay de la legitimidad de una norma? ¿Cómo se relaciona la noción de pertenencia con la de legitimidad? En esencia, por legitimidad de una norma jurídica entiendo su correspondencia con algún valor o grupo de valores supremos; dicha correspondencia depende de que el contenido de la norma sea compatible (conforme, congruente, etcétera) con esos va-

⁷ Los teóricos del derecho suelen distinguir entre aplicabilidad externa e interna. La primera refiere el hecho de que una norma es aplicable a un caso cuando otra norma de ese sistema impone a los jueces u otros órganos el deber de aplicarla a su respecto. La segunda, en cambio, refiere el hecho de que una norma regula un determinado caso, es decir, que éste cae dentro de su campo de aplicación. Véase Bulygin, Eugenio, “Tiempo y validez”, en Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, cit., pp. 195-214; y Sucar, Germán, *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008, pp. 423 y ss.

lores; es decir, la legitimidad es el resultado de comparar el contenido de la norma con el conjunto de valores que da forma sustancial al derecho. En este sentido, la legitimidad de la norma es algo distinto a su validez. Una norma es válida —como dije— si pertenece a un sistema jurídico determinado. No obstante, aunque válida, la norma puede ser ilegítima si vulnera los valores supremos del sistema. Por ende es lógicamente posible hablar de normas jurídicas válidas pero ilegítimas o de “derecho jurídicamente ilegítimo” (como dijera Ferrajoli), sin que esto sea un oxímoron.⁸

En el contexto del derecho mexicano, el conjunto de valores y principios de justicia supremos que permitirían calificar la legitimidad de una norma vendría dado por los derechos humanos de la Ley Suprema. Si una norma jurídica individual contradijera esos derechos, la norma sería ilegítima (aunque pudiera ser válida, en el sentido de pertenecer al ordenamiento jurídico). Cuando esto ocurre, el sistema prevé tres posibles remedios: la eliminación de la norma, su desaplicación en el caso concreto

⁸ Hablar de “derecho jurídicamente ilegítimo” no es un oxímoron en el Estado constitucional de derecho, donde se produce una divergencia deóntica entre validez y vigencia, es decir, entre el deber ser interno (o en el derecho) y el ser de las normas jurídicas. Debido a esta divergencia, Ferrajoli asegura que una norma infra-constitucional puede ser vigente, aunque inválida, si no llegara a cumplir las condiciones sustanciales de validez estipuladas en la Constitución. Para este autor, la validez es una propiedad de las normas que depende de que satisfagan los criterios de contenido estipulados en las constituciones rígidas y que no son otros que los derechos fundamentales. Véase Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo y teoría del derecho: respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso”, en varios autores, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, pp. 167-216. Cabe mencionar que el término “oxímoron” es utilizado por Manuel Atienza, en “Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico”, *ibidem*, pp. 133-165.

La distinción entre validez y legitimidad que propongo me parece preferible a la que suele establecerse entre *validez formal o existencia* y *validez material o sustantiva*. Siguiendo a Ángeles Ródenas, esta segunda distinción puede explicarse de la siguiente manera: “La validez formal se emplea para referirse a una serie de requisitos relativos a las formas y procedimientos para la producción de resultados institucionales, así como a la competencia del órgano del que emanan. En cambio, el término validez material o sustantiva es usado para designar la compatibilidad del contenido del acto o la norma con lo dispuesto en normas superiores”, *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2012, pp. 63-66. Me parece que el empleo de la dicotomía validez formal-validez material tiene el grave inconveniente de que en un momento dado, una misma norma jurídica puede ser válida e inválida, lo que no deja de ser paradójico y contraintuitivo.

o su enmienda. El primero, si se trata por ejemplo de una ley *federal*, corresponde exclusivamente al Poder Judicial de la Federación (SCJN, TCC, TUC, JD) cuando estos órganos declaran la nulidad de la norma en el marco del control concentrado de constitucionalidad (acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo); el segundo es la opción que le corresponde a los jueces ordinarios del país al ejercer los controles de constitucionalidad y de convencionalidad difusos (artículos 1o. y 133 de la Constitución), y el tercero es el “remedio” que aplica el Constituyente Permanente cuando la ilegitimidad se atribuye a una norma constitucional, pues entonces la norma no puede ser declarada nula; sólo es susceptible de *enmienda* mediante el procedimiento previsto por la propia Constitución.

3. *Juicios de convencionalidad*

He dicho que la legitimidad (o ilegitimidad) de una norma jurídica se expresa mediante juicios de convencionalidad. Un juicio de convencionalidad puede ser positivo o negativo. Es positivo si afirma que una norma jurídica cualquiera es legítima porque respeta los derechos humanos de la Ley Suprema; en cambio, es negativo si afirma que la norma es ilegítima porque los vulnera. Voy a sostener que todo juicio de convencionalidad, positivo o negativo, es esencialmente un *juicio de valor*. Este juicio emana del *control de convencionalidad* de la norma que se examina y cuyo desarrollo consta de varias etapas que involucran tanto la interpretación de cláusulas abiertas y flexibles, como la ponderación de derechos humanos. Lo que importa resaltar es que en todas estas operaciones juegan un papel preponderante las valoraciones del intérprete. En este aspecto difieren los juicios de convencionalidad de los juicios de validez; éstos son juicios de hecho y no de valor. El enunciado que afirma que una norma es válida, en cuanto pertenece a un sistema jurídico X, es un enunciado que describe un hecho o una serie de hechos, a saber: que la norma ha sido dictada por alguien con el poder de hacerlo según el propio sistema X; en este sentido, el enunciado puede ser verdadero o falso. Pero el juicio que afirma que una norma es legítima (o ilegítima) no describe nada en absoluto. Más bien fija la posición del intérprete frente al problema de si la norma individual que se califica es o no legítima. Como ya dije, esto depende de un control de convencionalidad formado por una serie de pasos en los que

tienen mucho peso las valoraciones del intérprete. En efecto, quien aplica el control de convencionalidad se ve obligado a interpretar los derechos humanos de la ley suprema (en cuanto parámetro de legitimidad de las normas) y tales derechos suelen expresarse mediante cláusulas abiertas que emplean conceptos valorativos e indeterminados y que hacen que el intérprete tenga que recurrir a la argumentación moral para dotarlos de contenido. Pero el control de convencionalidad también comprende otras operaciones que suponen juicios valorativos: me refiero al *test* de proporcionalidad y a la ponderación de los derechos. Todos estos factores hacen que el juicio de convencionalidad sea —en esencia— un juicio de valor.

IV. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Como dije, todo juicio de convencionalidad puede ser visto como resultado de un *control de convencionalidad* practicado principalmente por un órgano jurisdiccional. Aquí presentaré un modelo de este tipo de control basándome en la propuesta sobre el control constitucional de las leyes de Aharon Barak,⁹ antiguo presidente de la Suprema Corte de Israel (1995-2006). Adaptaré dicho esquema al caso mexicano y sostendré que el control de convencionalidad se desarrolla en las tres etapas siguientes:¹⁰

1. La primera consiste en examinar si la disposición legal (digamos, la disposición de una ley emitida por el Congreso) limita algún derecho humano estipulado en la ley suprema. Para llevar a cabo ese examen, el tribunal (constitucional u ordinario) tiene que in-

⁹ Véase Barak, Aharon, *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 611.

¹⁰ Este modelo de control dividido en tres etapas es más robusto que el oficial, tal como ha sido establecido por la Corte mexicana en la tesis: “Pasos a seguir en el control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos”, registro 160525, Décima Época, Pleno, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro III, diciembre de 2011, t. 1, tesis: P. LXIX/2011 (9a.), p. 552. De acuerdo con este criterio, el control de convencionalidad *ex officio* se desarrolla en las tres etapas siguientes: la interpretación conforme en sentido amplio, la interpretación conforme en sentido estricto y la inaplicación de la ley. Las dos primeras etapas señaladas por la Corte (interpretación conforme en sentido amplio y en sentido estricto) yo las incluyo en la primera fase del control de convencionalidad, mientras que la tercera etapa sobre la inaplicación de la ley, para mí representa una última fase remedial de dicho control.

interpretar tanto el enunciado relevante de la ley suprema, como la disposición legal supuestamente restrictiva del derecho humano en cuestión. El tribunal, entonces, debe elegir aquella interpretación de la disposición legal que sea coherente con el contenido de la ley suprema. En esto consiste propiamente la *interpretación conforme*. Si fuera posible ofrecer una interpretación coherente con la ley suprema, entonces el control terminaría aquí y el juicio de convencionalidad sería positivo. Pero si ello no fuera posible y la disposición legal tuviera un efecto restrictivo sobre el derecho humano estipulado en la ley, entonces el control tendría que continuar a la siguiente etapa.

2. Habiendo constatado que la disposición legal impone una restricción al derecho humano, el tribunal tiene que revisar la proporcionalidad de dicha medida. Si el tribunal concluye que la medida restrictiva es proporcional, entonces el control termina aquí y el juicio de convencionalidad es positivo. Pero en caso contrario, es decir, si la ley que impone la restricción al derecho humano no superara el *test* de proporcionalidad, el juicio sería negativo y el control debería continuar hasta la tercera y última etapa.
3. Cuando existe la certeza de que el derecho humano es afectado de manera desproporcionada por la disposición de ley, el tribunal debe aplicar el remedio previsto para estos casos por el propio derecho. Como dije, ese remedio puede consistir en: *anular* la norma que es contraria a la ley suprema y, por tanto, ilegítima; *desaplicarla* en el caso concreto o *enmendarla*.

En lo que resta de este trabajo me ocuparé del desarrollo sucinto de cada una de estas etapas del control de convencionalidad.

1. *Primera etapa del control de convencionalidad: la interpretación conforme*

Lo que se conoce como interpretación conforme o adecuadora (*adequatrice*) constituye la primera fase del control de convencionalidad. ¿Cómo se desarrolla? Aquí presento este modelo *ad hoc* dividido en los tres pasos siguientes:¹¹

¹¹ Sobre la interpretación conforme véase Kuhlen, Lothar, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, trad. de Nuria Pastor Muñoz, Madrid-Barcelona-Buenos

Primero. El tribunal adjudica sentido al enunciado de la ley suprema. Este enunciado puede admitir diversas interpretaciones que implican una elección valorativa por parte del intérprete, sobre todo porque en él se incluyen conceptos morales cuyo significado es incierto o indeterminado.

Segundo. Habiendo elegido alguna interpretación plausible del enunciado de la ley suprema, el tribunal tiene que justificarla con apoyo en la argumentación; es decir, tiene que proveer razones o argumentos para avalar el resultado interpretativo que adjudica a la ley.

Tercero. El tribunal, entonces, interpreta la disposición legislativa, que también admite diversas interpretaciones; sin embargo, en este caso, la elección del significado que haga el tribunal va a estar guiada por el principio de interpretación conforme. Ello supone que el tribunal tendrá que elegir aquella interpretación que resulte compatible con el significado que antes obtuvo de interpretar el enunciado de la ley suprema (descartando obviamente las que sean incompatibles). Si hubiere más de una interpretación conforme, el tribunal deberá elegir aquella que fuere más protectora o más garantista, por decirlo de algún modo.

Si no fuera posible ofrecer una interpretación del enunciado de la norma legal compatible con la ley suprema, entonces habría necesidad de continuar a la segunda etapa del control de convencionalidad.

Aires, Marcial Pons, 2012, pp. 159. Este autor distingue entre interpretación conforme e interpretación orientada a la Constitución. En palabras suyas: “Una norma *ha de ser interpretada conforme a la Constitución* cuando existen varias posibilidades interpretativas de las cuales por lo menos una conduce a la *conformidad* de la norma a la Constitución, y por lo menos otra, a la *inconstitucionalidad* de la norma. Para este caso el mandato de la interpretación conforme a la Constitución indica que no hay que escoger ninguna de las variantes interpretativas inconstitucionales, sino una de las que son conformes a la Constitución... De la interpretación conforme a la Constitución se ha de distinguir la *interpretación orientada a la Constitución*. El mandato de la interpretación orientada a la Constitución exige tener en cuenta las previsiones jurídico-constitucionales relevantes a la hora de elegir entre diversas variantes interpretativas *conformes a la Constitución*. Ello puede inclinar la balanza hacia una determinada interpretación, aunque no tiene por qué hacerlo... la clase de interpretación orientada a la Constitución hace las veces de un *principio* que puede tener mayor o menor importancia en la ponderación entre varias posibilidades interpretativas. En cambio, el mandato de interpretación conforme a la Constitución tiene la estructura de una *regla*, puesto que obliga estrictamente a rechazar las posibilidades interpretativas inconstitucionales a favor de las que son conformes a la Constitución”, pp. 24 y 25.

2. Segunda etapa del control de convencionalidad: el juicio de proporcionalidad

En esta segunda fase, el tribunal tiene que comprobar si la medida legislativa que afecta al derecho humano en cuestión cumple o no el *test* de proporcionalidad. Barak divide esta prueba en cuatro requisitos:¹²

1. La medida debe servir a un propósito idóneo (*proper purpose*);
2. Tiene que haber una conexión racional entre la medida y el propósito que persigue (*rational connection*);
3. La medida debe ser necesaria en tanto no hay otras soluciones alternativas que sirvan para obtener el mismo propósito con un menor grado de afectación al derecho (*necessary means*); y
4. Tiene que haber una relación proporcional entre el margen de la importancia social del beneficio de alcanzar el propósito idóneo, por un lado, y el margen de la importancia social de prevenir la afectación al derecho, por el otro (*proportionality stricto sensu or balancing*).

Este último paso es la ponderación propiamente dicha. Es lo que Alexy llama “juicio de proporcionalidad en sentido estricto” o “ley de ponderación”. Barak se refiere a ella como *Basic Rule of Balancing*, y la formula de la siguiente manera: “The more important it is to prevent marginal harm on the constitutional right, and the higher the probability such harm will occur, then the marginal benefit to the public interest (or to the protection of other persons’ rights) required to justify such limits should be more socially important, more urgent, and more probable”.¹³

Barak reconoce que su propuesta en torno a la proporcionalidad difiere de la de Alexy en varios puntos importantes. Uno de ellos incide justamente sobre los términos de la llamada *Basic Rule of Balancing*. Mientras que en la teoría de Alexy la regla de ponderación compara la importancia del propósito que la medida legislativa busca obtener con el daño o afectación infligidos al derecho humano, Barak cree que debe ponderarse la importancia del propósito que persigue la medida legislativa contra la importancia de prevenir la afectación al derecho humano. Por lo tanto, la

¹² Barak, Aharon, *Proportionality... op. cit.*, cap. 6, pp. 131-174.

¹³ *Ibidem*, p. 11.

principal diferencia entre los dos modelos radica en los elementos que integran la ecuación de ponderación.

3. *Tercera etapa del control de convencionalidad: la fase remedial*

Suponiendo que la medida legislativa no supere los cuatro requisitos del *test* de proporcionalidad, el tribunal deberá aplicar el remedio previsto por el propio derecho. Para decirlo brevemente, si el órgano que realiza el control de convencionalidad es el tribunal constitucional (en nuestro caso la SCJN, aunque también los TCC, TUC y JD en el marco de los mecanismos de control concentrado), el remedio consistirá en la declaración de nulidad de la norma legal; si es un tribunal ordinario el que realiza dicho control, el remedio será la desaplicación de la norma. Y si es una norma constitucional la que vulnera los derechos humanos de la ley suprema, el remedio consistirá en su enmienda o reforma. De estos tres remedios, me interesa más hacer algún comentario relacionado con la *desaplicación* de las normas.

En términos muy generales, la desaplicación de leyes¹⁴ (*disapplicazione delle leggi*) es pensada como una operación lógica que permite resolver un conflicto normativo —una antinomia— desaplicando una de las normas, esto es, suspendiendo su aplicación en el caso concreto, y aplicando en su lugar otra norma o principio jerárquicamente superior. Dicho con otras palabras, habiendo dos normas provenientes de dos ordenamientos superpuestos que entre sí se contradicen, la llamada desaplicación consistiría, primero, en suspender la aplicación para el caso individual de la norma perteneciente al ordenamiento inferior (desaplicarla propiamente) y, segundo, aplicar en su lugar la norma emanada del ordenamiento más amplio.¹⁵ Lo que esto significa —en realidad— es que la antinomia entre dos normas de diferente nivel se resuelve aplicando el viejo y conocido criterio de *lex superior*, lo cual nos conduce nuevamente al tema de las jerarquías.

¹⁴ Me baso en el libro de Italia, Vittorio, *La disapplicazione delle leggi*, Milán, Giuffrè Editore, 2012, p. 92.

¹⁵ Dice Italia, Vittorio, “Quando si deve risolvere un singolo caso, e vi sono due norme entrambe vigenti che stabiliscono due discipline diverse, non si procede all’abrogazione di una delle due norme, ma alla sospensione ed alla disapplicazione di una norma, ed all’applicazione al suo posto dell’altra norma di grado superiore, ed il più delle volte questa norma è costituita da un principio, cioè da una norma importante, riassuntiva, che contiene in sé il nucleo di altre norme dipendenti”, *ibidem*, p. 6.

He dicho que la ley suprema es axiológicamente superior a todas las normas del ordenamiento jurídico y que esta jerarquía axiológica implica a su vez una jerarquía material. Esto significa que la ley suprema prevalece o se aplica en lugar de otras normas jurídicas positivas cuando se produce un conflicto entre ellas. En caso de que una norma —luego de haberse sustanciado el control de convencionalidad— sea calificada de ilegítima por ser contraria a la ley suprema, entonces —si el control de convencionalidad lo llevó a cabo un juez ordinario— la aplicación de esa norma en el caso concreto es suspendida (la norma es desaplicada), y en su lugar es aplicada la ley suprema, en cuanto “norma” axiológica y materialmente superior.

Vittorio Italia ha puesto de manifiesto algunos peligros que comporta la *desaplicación* de normas generales. El principal tiene que ver con la falta de certeza jurídica que genera pues en el caso individual el juez desaplica una de estas normas, digamos, una ley, y obtiene la conclusión de su silogismo usando otra norma o principio general que estima superior. Pero la norma que el juez desaplica no es eliminada: ni se anula ni se deroga. Más bien su aplicación queda suspendida, conservando intacta su vigencia. Por eso nada impide que otro juez la aplique en casos similares o idénticos. Dice Italia:

In tutti questi casi, quindi, il giudice, invece di essere soggetto alla legge, sceglie e crea lui stesso la legge o il principio che deve essere applicato al posto dell'atto o del regolamento disapplicato. Ciò costituisce un indubbio motivo di incertezza giuridica, viola la separazione delle funzioni giurisdizionale e legislativa, e si ha un “turbamento” nella gerarchia delle fonti, che non è più stabilita dal legislatore, ma che è modulata dal giudice. Questo ultimo può —nella “scalinata” delle norme e dei principi— scegliere quella norma o quel principio che appaiono —alla sua sensibilità e discrezionalità— più adatti per la soluzione del caso concreto.¹⁶

En resumidas cuentas, la desaplicación de leyes comporta dos problemas. Uno es el ya mencionado: la norma es desaplicada en el caso individual pero no pierde su vigencia; de ahí que sea perfectamente posible que otro juez la use en un caso similar o idéntico. Ello atenta —como es obvio— contra la igualdad y la certeza en la aplicación de la ley: la norma

¹⁶ *Ibidem*, p. 15.

es aplicada en un caso y en otro no. Aquí está el primer problema. El segundo es que el juez elige discrecionalmente la norma que aplica en lugar de la que desaplica. Pero, ¿qué garantiza que el juez no se equivoque en su elección? ¿Puede más el juez que el legislador democrático? Este segundo problema impacta de lleno sobre la democracia y la división de poderes, dos piedras angulares del Estado constitucional de derecho. Ambos desafíos merecen una respuesta puntual de la que no puedo ocuparme en este ensayo; sólo me he limitado a enunciarlos.

V. CONCLUSIONES

En las páginas que anteceden he querido dar sustento teórico a la tesis de la SCJN sobre el parámetro para el control de convencionalidad *ex officio* transcrita desde el comienzo. Eso me ha llevado a defender las siguientes ideas fundamentales:

1. Los derechos humanos reconocidos en la Constitución, en los tratados internacionales de los que México es parte y en las demás fuentes señaladas por la SCJN, constituyen el *criterio supremo de legitimidad* de las normas del derecho positivo mexicano. Este criterio lo llamo “ley suprema”.
2. Toda norma jurídica positiva debe respetar la ley suprema. Si no lo hiciere, la norma sería ilegítima. La *legitimidad* es un concepto relacional: depende de que la norma en cuestión sea conforme al contenido de la ley suprema.
3. La ley suprema es axiológica y materialmente superior a toda norma jurídica, incluida la Constitución.
4. A su vez, la Constitución es formal y lógicamente superior a todas las demás normas del ordenamiento jurídico, incluidos los tratados internacionales sobre derechos humanos y otras materias.
5. La Constitución también es materialmente superior a los tratados internacionales sobre derechos humanos. *Esto significa que aquélla prevalece sobre los tratados en caso de conflicto, siempre y en todos los casos.* Ello es así desde que la SCJN resolvió la Contradicción de Tesis 293/2011, el 3 de septiembre de 2013.
6. Antes de que la SCJN sentara este criterio, existía la posibilidad de que la norma convencional se aplicara en lugar de la Constitución

si la primera ofrecía una protección más amplia al individuo, de conformidad con el principio *pro persona*. Pero tras aquella polémica decisión, la Constitución y las restricciones que ella establece tienen que prevalecer invariablemente.

7. Por lo demás, he dicho que el juicio que afirma que una norma jurídica positiva es conforme o no a la ley suprema, esto es, legítima o ilegítima, es un *juicio de convencionalidad*.
8. El juicio de convencionalidad es resultado de un *control de convencionalidad* dividido en varias etapas sucesivas. Todas involucran las valoraciones del tribunal que lleva a cabo el control. Por eso, el juicio de convencionalidad es, en esencia, un *juicio valorativo*.
9. Las etapas del control de convencionalidad son tres: en la primera, el tribunal realiza una *interpretación conforme* de la disposición legal para adecuar su contenido con el de la ley suprema; en la segunda, el tribunal comprueba que la disposición legislativa (siempre que su significado no haya podido adecuarse al de la ley) es proporcional, esto es, supera el *test de proporcionalidad*; y en la tercera (la cual se sigue sólo en caso de que la norma que expresa la disposición no sea proporcional), el tribunal aplica el remedio previsto por el derecho para combatir dicha norma.
10. La *desaplicación* de la norma positiva que vulnera los derechos humanos de la ley es uno de esos remedios. La desaplicación la lleva a cabo un tribunal ordinario (el cual carece de facultades para anular o derogar la norma legal con efectos generales) y consiste en suspender la aplicación de la norma violatoria (desaplicarla propiamente) y en aplicar en su lugar la ley suprema. Pero la figura de la desaplicación de leyes entraña serios problemas que invitan a reflexionar más en la conveniencia de adoptarla.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio “Sobre el concepto de orden jurídico”, en *id.*, *Análisis lógico y derecho*, prólogo de Georg H. von Wright, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ATIENZA, Manuel, “Sobre Ferrajoli y la superación del positivismo jurídico”, en Varios autores, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.

- BARAK, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
- BULYGIN, Eugenio, “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, *Doxa* (9), 1991.
- , “Tiempo y validez”, en ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, prólogo de Georg H. von Wright, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- CARACCILO, Ricardo A., *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.
- FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo y teoría del derecho: respuesta a Manuel Atienza y José Juan Moreso”, en varios autores, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008.
- FERRER BELTRÁN, Jordi y RODRÍGUEZ, Jorge Luis, *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2011.
- GUASTINI, Riccardo, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Turín, Giappichelli Editore, 2001.
- , *La sintassi del diritto*, Turín, Giappichelli, 2011.
- ITALIA, Vittorio, *La disapplicazione delle leggi*, Milán, Giuffrè Editore, 2012.
- KUHLEN, Lothar, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, trad. de Nuria Pastor Muñoz, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2012.
- MORESO, José Juan y NAVARRO, Pablo Eugenio, *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- PINO, Giorgio, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato Costituzionale*, Il Mulino, 2010.
- RÓDENAS, Ángeles, *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2012.
- SUCAR, Germán, *Concepciones del derecho y de la verdad jurídica*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2008.