

**Lo que quisiera que la Corte hiciera por mí:  
lealtad constitucional y justicia dialógica en la aplicación de la CT 293/2011**

Francisca Pou Giménez

**I. La Corte ante el rompecabezas de la declaración de derechos**

La reforma de derechos humanos de junio de 2011 y el cambio interpretativo operado por la Suprema Corte (en adelante, la Corte) en julio del mismo año respecto de la arquitectura de nuestro sistema de justicia constitucional ha tenido a la comunidad jurídica del país enfrascada en una larga discusión. Esta discusión, orientada a esclarecer los contornos de la nueva constitución mexicana de los derechos, se ha desarrollado por desgracia en términos muy técnicos, con continuas alusiones a nociones poco entendibles para el ciudadano común, lo cual ha proyectado sobre la reforma un halo de intensa “complejidad” que —sin eliminarlo, por fortuna— ha constreñido su potencial transformador durante estos primeros años.

Además del texto de la Constitución, esta discusión tiene como referencia central la línea de decisiones en las que la Corte ofrece su interpretación de la nueva declaración constitucional de derechos, en cuyo contexto la Contradicción de tesis 293/2011 (en adelante, la CT 293) juega un papel central. En la CT 293, como es sabido, el Pleno de la Corte intenta construir una postura común que ponga fin a los problemas de inseguridad jurídica derivados de las distintas interpretaciones a que había dado lugar lo sentado en el Varios 912/2010 —un caso que, por su naturaleza procesal, no sentaba técnicamente un precedente de obligatoria observancia— y que se hicieron especialmente visibles durante la discusión de la Acción de inconstitucionalidad 155/2007 y se reflejaron en el distinto modo de fallar los casos en la Primera y la Segunda Salas durante 2012 y 2013. Tres son las tesis nucleares de la CT 293: a) que los derechos humanos protegidos en los tratados y los protegidos en la Constitución no se relacionan entre sí en términos jerárquicos y constituyen en su conjunto el “parámetro de regularidad constitucional” que deberá integrarse viendo siempre por el mayor beneficio a la persona; b) que, no obstante lo anterior, cuando exista en la

---

· Departamento de Derecho, ITAM.

Constitución una restricción expresa a los derechos deberá estarse a lo que ésta disponga; y c) que los criterios contenidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), tanto los derivados de casos de los que México fue parte como del resto, es vinculante —no meramente orientadora—, siempre que resulte el criterio más favorable para la persona.

No obstante el propósito unificador y clarificador que la Corte quiso imprimirle, la CT 293 es una resolución de nuevo compleja, y el debate sobre su alcance y sus exactas implicaciones revela importantes desafíos. Como he sugerido en otro lado, y sin afán de desmerecer el esfuerzo de los Ministros por tratar de converger en torno a una plataforma común, creo que una caracterización general del criterio en ella sentado debería destacar —al menos— que es incompleto, vago, inestable y juristocéntrico<sup>1</sup>.

El criterio es *incompleto* porque precisa la posición de las fuentes primarias y secundarias de derecho interamericano —y no todas ellas, pues nada dice de las resoluciones de la Comisión ni de las Opiniones Consultivas de la Corte— sin proporcionarnos guía alguna acerca del valor jurídico de muchos otros documentos y actos jurídicos de DIDH. El criterio es *vago* porque se construye sobre la noción de “restricción expresa” a los derechos, cuando —como ha señalado acertadamente Sánchez Gil— esta noción remite a un universo de previsiones amplísimo, algunas de las cuales no admiten el tipo de aplicación automática que la Corte parece tener en mente cuando enuncia el criterio, ni parecen estar en el centro de ningún problema de disparidad entre fuentes internas y externas<sup>2</sup>. El criterio es, además, *inestable* porque abriga agudas tensiones internas que hacen probable lo que en teoría se quería a toda costa evitar: la reapertura en un futuro cercano de la discusión de fondo sobre la composición del “parámetro de regularidad constitucional”; hay una tensión abierta entre el imperativo de hacer prevalecer las restricciones expresas y el de dar carácter vinculante a toda la jurisprudencia de la Corte IDH, y una relación muy complicada entre el criterio que declara que las fuentes internas y externas están en la misma posición jerárquica y deben seleccionarse con vistas al beneficio mayor de la persona, y

---

<sup>1</sup> Véase Pou Giménez 2015 b. En ese texto propongo visualizar metafóricamente la CT 293 como una frágil e inestable vasija mesoamericana (en alusión a sus tres sub-criterios: las vasijas tradicionales de la zona de Mesoamérica tienen, como es sabido, forma trípode), desarrollo los rasgos arriba mencionados y planteo algunas de las direcciones hacia las que podría evolucionar y estabilizarse.

<sup>2</sup> Rubén Sánchez Gil 2014, pp. 333-344.

el que estipula que las restricciones expresas de la Constitución “tradicional” en todo caso prevalecerán. Y el criterio es adicionalmente *juristocéntrico* porque nos hace depender intensivamente de lo que en cada caso la Corte determine que resulta de combinar, con el ojo puesto tanto en el pro persona como en el pro restricción expresa, el texto de la Constitución con el de un número indeterminado de tratados y la jurisprudencia de la Corte IDH, ofreciendo un grado de orientación *ex ante* exiguo acerca de la identidad y la extensión de la lista de derechos que van a contar para la resolución de casos concretos.

En este artículo deseo identificar una característica adicional del criterio de la CT 293: que es *contemporizador*. ¿Qué quiero decir con esto? Me refiero a que, con la buena intención de hacer una interpretación sistemática, “integradora”, y de mostrar así lealtad a la Constitución —a la totalidad de lo que la Constitución dice— la Corte acaba legitimando lo que no debería prestarse a legitimar: la existencia de contradicciones e incoherencias flagrantes dentro del conjunto de fuentes y previsiones que hacen parte de nuestra Constitución de los derechos y que generan innumerables distorsiones, entorpeciendo diariamente su aplicación efectiva. El debate público en torno a la AI 155/2007 (caso Yucatán), haciendo *avant la lettre* el tipo de ejercicio que después la CT 293 canoniza, o en torno al ADR 1250/2012 (caso arraigo) muestran cómo la Corte hace un esfuerzo titánico por mostrar que, bien vistas y aplicadas, las distintas fuentes de la Constitución de los derechos convergen en una misma solución. Los ministros más comprometidos con la versión pro-derechos de la CT 293, en particular —los que votaron a su favor a condición de que las “restricciones expresas” se interpretaran en cada caso con vistas a maximizar la protección de la persona— se esfuerzan todo lo posible por minimizar la distancia entre las limitaciones constitucionales y la garantía convencional de los derechos.

Como argumentaré, sin embargo, quizá mostrar una verdadera lealtad a la nueva Constitución mexicana de los derechos exige aplicar los criterios de la CT 293/2011 de un modo distinto. Se trataría, en los casos en los que se enfrentan previsiones específicas de los tratados y de la Constitución claramente contrastantes, no de minimizar o amortiguar o, cuando sea posible, invisibilizar las incoherencias, sino de ayudar a hacer patente su existencia, desarrollar el contenido y las implicaciones de lo que está en juego, e incluir en la sentencia un llamado a los poderes Ejecutivo y

Legislativo a ajustar los ingredientes internos del bloque —reformando la Constitución, para alinearla con lo dispuesto en los tratados, o de algún otro modo—. Con independencia de si al final la Corte opta por declarar la constitucionalidad, la inconstitucionalidad o la interpretación conforme, la idea sería que usara su “expertise” institucional en materia de garantía de los derechos para mostrar las incoherencias a los poderes que tienen en sus manos la reforma de la Constitución, y que los invitara a tomar acción respecto de ellos.

La propuesta que desarrollo en este artículo, de modo preliminar, no es por tanto declarar la inconstitucionalidad de algunos fragmentos de la Constitución —una opción acogida, como veremos, por algunas cortes del mundo— sino entender y aplicar la CT 293 en clave “dialógica”, proyectando sobre la administración de nuestro bloque de derechos elementos y maneras de hacer propias de los modelos de justicia constitucional que privilegian la producción de cierto tipo de diálogo entre legisladores y jueces constitucionales. Mientras que los sistemas identificados como dialógicos en el derecho comparado exploran las virtudes del diálogo en el ámbito del control de constitucionalidad de la ley, en este texto exploraremos su virtualidad respecto de la integración del bloque constitucional de derechos. Tal y como sugeriré, la Corte proveería por esa vía una valiosa herramienta para denunciar el doble discurso de los representantes políticos y pedirles cuentas, sin rebasar los límites institucionales clásicos de la justicia constitucional: usando medios de control débiles, y con un apoyo firme en los mandatos generales de garantía de los derechos incluidos en el artículo 1º de la Constitución y en los tratados de derechos humanos.

La argumentación se organiza del siguiente modo. En la Sección II recordaré algunos de los rasgos de nuestro texto constitucional, entre los que destacan la complejidad, la extrema heterogeneidad y la existencia de contradicciones internas, y sugeriré que respecto de ellos los criterios de la CT 293 tienen una naturaleza contemporizadora, lo cual conlleva riesgos y límites que quedan ilustrados en las discusiones de la Corte sobre casos concretos. En la Sección III me detendré en una posible respuesta a este estado de cosas —declarar la inconstitucionalidad de partes de la Constitución misma—, como hacen algunas cortes, y argumentaré que el rechazo de la Corte mexicana de esta opción le da amplio margen político para intentar en su lugar el tipo de intervención dialógica que este artículo propone. En la Sección IV me referiré brevemente a los fundamentos

de los sistemas dialógicos de justicia constitucional y a las posibilidades que abren y sugeriré las ventajas en términos democráticos que se obtendrían si la Corte decidiera enfrentar la heterogeneidad interna del bloque por esta vía. Cerrarán unas breves conclusiones (V).

## **II. Incoherencias constitucionales y contemporización judicial**

Con 98 años de edad y tras más de 500 reformas, la Constitución mexicana es un conjunto extremadamente heterogéneo de previsiones. De los 206 decretos de reforma constitucional aprobados desde 1920, 69 (un 33%) han sido aprobados en los últimos quince años<sup>3</sup>. Y las reformas en materia de derechos representan el porcentaje más abultado dentro de ese conjunto: aproximadamente 29 decretos (un 42%)<sup>4</sup>.

Durante muchos años, estas reformas añadieron derechos siguiendo una dinámica de cambio “al por menor”, gota a gota, por así decirlo, sin que ello tuviera un impacto en la arquitectura normativa general de la Constitución. En el 2011, por el contrario, se hizo una verdadera reforma “al por mayor”, pues se incorporaron no solamente los extensos paquetes de derechos listados en los tratados, sino también un conjunto de previsiones de largo alcance sobre su interpretación y garantía, lo cual además potenció —aunque la reforma no incluya una referencia expresa sobre ello— las consecuencias cotidianas de la integración de México en varios sistemas supranacionales de garantía de derechos, en particular el interamericano. Del catálogo de derechos que ha quedado después de todo ello debemos destacar su impresionante amplitud, la ya mencionada apertura a las fuentes internacionales, la inclusión de conceptos y herramientas de última generación —como el principio pro persona, las obligaciones estatales de respeto, protección y garantía, o el deber de reparar integralmente las violaciones— pero también los efectos de un patrón de cambio centrado en la acumulación, no en la sustitución ordenada, y una consiguiente heterogeneidad técnica, valorativa e ideológica enorme<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Los “decretos de reforma constitucional” agrupan las reformas constitucionales aprobadas en un mismo acto y momento determinado del tiempo. El impacto reformador de cada decreto es muy variable: a veces tocan una palabra, a veces muchos artículos; a veces la reforma se acota a un tema, a veces cubre varios.

<sup>4</sup> Tomo los datos del conteo que hice en Pou Giménez 2014, que cubre de enero de 1997 a diciembre de 2012. La palabra “aproximadamente” es necesaria por la imposibilidad de delimitar unívocamente lo que es una reforma “sobre derechos” versus una reforma en otra materia.

<sup>5</sup> Desarrollo más estos rasgos en Pou Giménez 2014 y 2015a.

Nuestra alberca de derechos es muy heterogénea, en primer lugar, desde la perspectiva técnica, porque en ella conviven modelos muy distintos de plasmación constitucional de derechos: algunos artículos estipulan detalladamente las condiciones en las cuales las autoridades pueden proceder en ciertas hipótesis que afectan a los derechos —un cateo, una detención, un registro domiciliario—mientras otros, como es regla general en los textos más modernos, se refieren al valor o principio sustantivo que el derecho protege, adoptando un fraseo abstracto; algunos artículos encuentran una contraparte en la parte de división territorial de poderes y tratan al derecho como una materia competencial, otros no; algunos parecen englobar la totalidad de una determinada preocupación sustantiva en un solo artículo mientras que otros —la igualdad por ejemplo— están tratados fragmentariamente en diferentes artículos o partes de ellos. Más en general, existe claramente una diferencia importante en la manera de acercarse a la consagración formal de los derechos en los tratados y en el texto “tradicional”.

Pero además es muy heterogénea en términos de contenido. En materia de derechos de los extranjeros, por ejemplo, la Constitución afirma en un lado que “[los extranjeros] gozarán de los derechos humanos y garantías que otorga esta Constitución” (art. 33, párr. 1) mientras en otros (arts. 8, 9, 11, 27, 33) coarta de manera frontal derechos tan básicos como la libertad de expresión o la libertad personal<sup>6</sup>. Los mexicanos por naturalización, de modo similar, se encuentran perdidos en el terreno que media entre una condición que uno imaginaría esencialmente igual a la del resto de mexicanos (uno esperaría que no haya ciudadanos de distintas clases) y unas previsiones constitucionales que los excluyen de una extensa cantidad de puestos políticos y profesionales, incluidos los más altos puestos en la Legislatura y el Ejecutivo, la Administración y la Judicatura federal<sup>7</sup>. La regulación de los derechos la libertad e

---

<sup>6</sup> El art. 8 niega a los extranjeros el derecho de petición; el art. 9 les niega el derecho de reunión para tomar parte en los asuntos políticos del país lo tienen solo los ciudadanos; el art. 11 habla todavía de “extranjeros perniciosos” y designa a las autoridades administrativas, no judiciales, como las competentes para decidir sobre su derecho de estar y circular en el país conforme a la normativa migratoria; el art. 27, por su parte, prohíbe a los extranjeros tener dominio directo a menos de 100 km de la frontera y 50 km del mar y condiciona la adquisición de dominio sobre tierras, aguas o la obtención de concesiones de minas o aguas al criterio graciable del Estado para aquellos que se hayan comprometido previamente a ser tratados como nacionales respecto de ellos; el art. 33, por su parte, prevé la expulsión administrativa de los extranjeros, con garantías procedimentales muy acotadas, aludiendo a su “detención”, y de nuevo usa una cláusula indeterminada desalentadora que reitera que los extranjeros “no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país”.

<sup>7</sup> Los ciudadanos por naturalización no pueden ser, por ejemplo, Senadores (art. 58), Diputados (art. 55), ministros de la Corte (art. 95, I), magistrados electorales (art. 99), miembros del Consejo de la Judicatura (art. 100), jueces de los Estados (art. 116, III), Presidentes de la República (art. 82, I), secretarios del

integridad personal y garantías de debido proceso en los artículos 16-20 es, por poner otro ejemplo, una espesura bastante impenetrable de previsiones que hacen muy difícil esclarecer el estatuto jurídico de los sujetos involucrados (policías, agentes del ministerio público, personas sometidas a detención o registro...) y provocan frecuentes perplejidades en cuanto a su modo de articulación mutua y con la regulación que de los mismos hacen los tratados.

Es dudoso, con todo, que la heterogeneidad en sí misma pueda considerarse un problema grave. En cierto modo, la pluralidad valorativa e ideológica interna es algo natural, casi definitorio, de las constituciones contemporáneas. ¿No es la Constitución con frecuencia un punto de encuentro pactado entre visiones políticas e ideológicas muy distintas, y los derechos fundamentales, en particular, mandatos de optimización de valores y estados de cosas que valoramos en abstracto pero que están naturalmente destinados a entrar en conflicto en los casos concretos? ¿No es lidiar con la pluralidad normativa una de las implicaciones centrales de la tarea de administrar la Constitución? Por supuesto que es así. Lo que ocurre con el bloque de derechos mexicano, sin embargo, es que contiene no solo normas principales con condiciones de aplicación abiertas que se precisarán en cada caso según su peso abstracto y concreto, y normas que operan como excepciones de otras —en ese sentido podrían tomarse algunas de las previsiones sobre derechos de los extranjeros o de los ciudadanos naturalizados— sino también previsiones vertidas en normas con forma de regla (con condiciones de aplicación acotadas) que remiten a soluciones específicas distintas para las mismas hipótesis y están destinadas a chocar de modo frontal, y normas que más que exceptuar otras lo que hacen es negarlas, y normas que crean tanta confusión que uno se ve orillado a concluir que desvirtúan, en lugar de complementar o acotar, lo establecido en otras partes de la declaración de derechos. Voy a identificar a modo de ejemplo tres de estos escenarios.

El primero es el que protagonizó la AI 155/2007, el caso Yucatán. En ese caso, una ley estatal instaba a imponer la pena de trabajos a favor de la comunidad en ciertas hipótesis relacionadas con el incumplimiento de obligaciones por parte de personas designadas como tutoras y preveía su imposición por simple autoridad administrativa, no por un

---

Despacho (art. 91)... La Ley Orgánica del Poder Judicial por su parte les prohíbe ser Jueces de Distrito (art. 106 LOPJ), Magistrados (art. 108 LOPJ) y secretarios de magistrados (art. 107 LOPJ).

juez. Aunque cuando esa ley se dictó la Constitución preveía que el trabajo a favor de la comunidad debía ser decretado por autoridad judicial, una reforma al art. 21 en julio de 2008 pasó a permitir que lo decretara la autoridad administrativa (ante incumplimientos de los “reglamentos gubernativos y de policía”). Los artículos 6.2 y 6.3 de la CADH, el artículo 8.3 del PIDCP y los artículos 1 y 2 del Convenio 29 de la OIT Relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio, en contraste, apuntan que sólo se salvan de ser considerados “trabajos forzados” aquellos decretados por un *juez* después del procedimiento judicial correspondiente.

Un segundo caso es el de la institución que en México se llama “arraigo”, respecto del cual se contraponen las previsiones del párr. 8 del artículo 16 (y las del art. 11° transitorio de la reforma del 2008 sobre procedimiento penal acusatorio) con las de los artículos 7° de la CADH en cuanto a los derechos del detenido y, por la vía de efectos, las del artículo 5° de la CADH, que consagra el derecho a la integridad personal y la protección contra la tortura. Mientras que la CADH establece que las personas detenidas deben ser informadas inmediatamente de las razones y cargos que se elevan contra ellas y les da derecho a exigir que un juez controle las condiciones de la detención y revise la seriedad de las acusaciones<sup>8</sup>, el arraigo, a pesar de ser autorizado por un juez, es la reclusión de una persona en un inmueble designado por el Ministerio público antes de que se hayan formulado cargos contra él. Esta detención puede ser de hasta 40 días, u 80 en casos relacionados con delincuencia organizada. El arraigo no respeta los estrictos tiempos de puesta a disposición del juez, ni las garantías relacionadas con el derecho a conocer, defenderse y presentar elementos contra los cargos —pues se trata de un largo período que se concede al Ministerio Público, sin supervisión judicial, precisamente para “encontrar” elementos que permitan en un momento futuro fincar esos cargos, y no ofrece protección efectiva contra el riesgo de sufrir tortura.

Y un tercer caso es el que enfrenta la ominosa “regla del 38” de la Constitución con el artículo 23 de la CADH<sup>9</sup>. La fracción segunda del artículo 38 prevé la privación de los derechos políticos (todos los derechos enumerados en el artículo 37, no solamente el voto) para las personas sujetas a proceso por pena que pueda acarrear privación de

---

<sup>8</sup> Los párrs. 2 a 5 del art. 7 CADH establecen las condiciones de la detención.

<sup>9</sup> Tomo la expresión “regla del 38” de un artículo de Luis Efrén Ríos Vega (Ríos Vega 2010a; véase también 2010b y 2014).

libertad. Por el contrario la CADH establece que el derecho al voto activo y pasivo (no todos los derechos políticos alcanzados por el 38 CPEUM) podrán reglamentarse (no negarse) “exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”. Es claro entonces el contraste entre la regla del 38, que expulsa de la ciudadanía a las personas que —a veces con motivos y otras por la voluntad arbitraria de las autoridades—están sujetas a proceso, y el 23 CADH, así como el apartado b del artículo 20 de la Constitución misma, que consagra el derecho a la presunción de inocencia del imputado<sup>10</sup>.

La CT 293 nos invita a contemplar estas dispares previsiones normativas como compatibles hasta el límite de lo que sea posible. Cuando no lo es, nos da unas reglas de solución de conflicto: hacer prevalecer las “restricciones constitucionales expresas”, con todo y respetar, en cualquier caso, la fuerza vinculante de los criterios contenidos en las sentencias de la Corte IDH —aun si ello resulta en algunas ocasiones incompatible con lo anterior...—. Los criterios asumen y “normalizan” un estado de cosas y proveen una serie de reglas que presentan la operación del sistema como fácil y nítida. Sin duda sintiendo el apoyo del intenso peso que tiene en el canon judicial el principio de interpretación sistemática, la CT 293, sin evidenciar mayor estrés frente a las “singularidades” de la declaración de los derechos en su estado actual, proyecta un mensaje general de sistematicidad y coherencia.

El modo en que la Corte ha encarado los casos en los que estaban en juego las previsiones anteriores ilustra, sin embargo, los desafíos que en realidad lleva implícitos la receta de “mezcla naturalmente optimizadora” prescrita por la CT 293. En un caso sobre la regla del 38 resuelto en 2008, la Corte tuvo que resolver la contradicción de criterios entre un Tribunal Colegiado que, apelando al DIDH, había estimado inaplicable la restricción de los derechos políticos a las personas no condenadas, y otro que hizo prevalecer la regla constitucional. En una argumentación muy endeble que parece querer presentarse como una especie de solución pro persona *avant la lettre*, la Corte resuelve que la privación del derecho del voto se aplicará sólo a los procesados que estén privados de libertad, por las dificultades físicas o logísticas para votar en su

---

<sup>10</sup> Otros casos: artículo 123 B dice que ciertos funcionarios públicos no son reintegrados aunque su despido sea improcedente. Ministros de culto tienen los derechos políticos específicamente restringidos.

caso, que no se dan en el caso de procesados en libertad<sup>11</sup>. Se trata claramente de un intento de “mezcla naturalmente optimizadora” de resultados muy pobres, que nos invita a preguntar, con todo, en qué podría terminar un caso similar resuelto ahora después de lo sentado en la CT 293 —cómo alcanzaríamos un resultado mejor honrando los parámetros y el espíritu de “normalidad constitucional” dentro de los cuales la CT 293 nos insta a contemplar estos casos—.

En la AI 155/2007 —resuelta en el 2011—, el caso que abordaba las normas de Yucatán sobre sanciones consistentes en trabajos comunitarios, la Corte hizo prevalecer lo establecido en los tratados. Constatadas las diferencias entre las fuentes nacionales y las internacionales concluyó que, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 1, el parámetro de regularidad debía quedar integrado por la norma más protectora, que es la del tratado<sup>12</sup>. Aunque no quedó escrito en la sentencia, en la discusión pública del caso se hizo un poderoso énfasis en la necesidad de hacer una “interpretación de la Constitución conforme a los tratados”, que de cualquier modo, en el caso concreto, no acaba traducándose en una amalgama de los dos regímenes sino en la aplicación de la regla proveniente del DIDH. De nuevo, habría que preguntar qué significaría amalgamar en este caso, si lo resolviéramos con la CT 293 en la mano. ¿Dejar la imposición de la sanción en manos de la autoridad administrativa pero garantizando la aplicación de garantías y procesos propios del actuar de los jueces?

Algo así proponía el proyecto de sentencia preparado por el ministro Ortiz Mena en el caso del arraigo federal, el ADR 1250/2012, que resolvía la antinomia mediante un ejercicio de interpretación conforme en sentido estricto. Este proyecto fue rechazado y sustituido por una declaración de constitucionalidad “pelona”, sin condiciones<sup>13</sup>. De modo similar al caso Yucatán (pero ahora haciendo prevalecer la norma de fuente interna, la “restricción constitucional expresa), al final la promesa “unificadora” de la CT 293 acaba tomando concreción en un resultado difícil de anticipar, a la vista de los términos abstractos.

---

<sup>11</sup> Véase la CT 6/2008-PL, resuelta por el Pleno el 26 de mayo de 2011. El tema había sido tocado con anterioridad en la CT 29/2007 (de la Primera Sala), y en las AAI 33/2009 y 34 y 35/2009.

<sup>12</sup> Véase la AI 155/2007, resuelta en sesión pública de 7 de febrero de 2012.

<sup>13</sup> Véase el ADR 1250/2012, resuelta en sesión pública de 14 de abril de 2015.

Si el voluntarismo por parte de la Corte de proclamar que no existen problemas graves de cara a la integración del parámetro de regularidad constitucional —disimulando las vergüenzas, contemporizando con las incoherencias del poder de reforma— no acaba de funcionar, a la vista de los resultados de la aplicación de los criterios de la CT 293) ¿qué otra cosa podría hacer la Corte? ¿Qué debe hacer una Corte suprema frente a una Constitución tan incómoda? ¿Qué actitud tomar ante un artículo primero que incorpora a la Constitución, con la técnica del “bloque”, previsiones que entran en abierto conflicto con previsiones específicas del texto constitucional preexistente? En la sección que sigue, antes de desarrollar una propuesta propia, revisaremos una práctica que muchas cortes actuales han desarrollado para hacer frente a este tipo de situaciones: declarar inconstitucionales ciertas partes de la Constitución. No es este, sin embargo, como veremos, el camino por el que la Corte mexicana ha apostado, ni es la única alternativa viable a la CT 293.

### **III. El control judicial de la Constitución en México: dos opciones**

Como es sabido, los jueces constitucionales contemporáneos no solamente han reforzado enormemente su posición respecto a los otros poderes del Estado, sino que se encargan de un abanico de tareas mucho más amplio que en los sistemas kelsenianos o difusos tradicionales. En un trabajo que mapea los rasgos de diseño institucional de las altas cortes de América Latina, Frosini y Pegoraro incluyen en el inventario de funciones tareas como el ejercicio del juicio político, el control de constitucionalidad de los partidos políticos, la iniciativa legislativa o los nombramientos de los titulares de una variedad de órganos estatales<sup>14</sup>. Además, y aunque para reconstruir esta particular competencia a menudo es necesario ir más allá de lo que dicen expresamente los textos, un número importante de Cortes ejercen también la siguiente atribución: revisar la constitucionalidad de la constitución.

Como destaca Gary Jacobsohn, el derecho constitucional actual ha dejado de lado la idea de que hablar de una “constitución inconstitucional” es algo así como pretender hablar de una biblia no bíblica —una contradicción en los términos—<sup>15</sup>. Por el contrario, existe una interesante práctica comparada sobre el tema, con importantes

---

<sup>14</sup> Frosini y Pegoraro 2008, p. 51.

<sup>15</sup> Jacobsohn 2006, pp. 460-462.

aportes de las Cortes del Sur Global —las de la India, Sudáfrica, Colombia— y un debate doctrinal interesante que ilumina las diferentes aristas de la práctica: la diferencia entre control de regularidad procedimental y control de contenido, las diferentes teorías con las que uno puede acercarse judicialmente al ejercicio de uno u otro; la importancia, desde el punto de vista normativo, de que existan o no vías para que los poderes mayoritarios “contesten” a este tipo de sentencias; la diferencia que hace que la Constitución autorice formalmente ese control o no lo haga, etcétera<sup>16</sup>.

En México, la Corte ha ido cerrando una puerta tras otra al control judicial de las reformas constitucionales, que en estos momentos no admite ni por vicios de procedimiento ni por vicios de contenido. Así, en las controversias constitucionales sobre la reforma indígena de 2002 (veáse, por ejemplo, la CC 82/2001), la Corte dijo que en esa vía procesal no estaba en posibilidad de revisar ni la regularidad sustantiva ni la procedimental de las reformas. Por lo que hace a las acciones de inconstitucionalidad —control abstracto—, la Corte dijo en las AAI 168/2007 y 169/2007 (falladas en 2008) que los vicios procedimentales de las reformas tampoco podían ventilarse en esa vía. En cuanto al amparo, la Corte estableció en las sentencias “Camacho Solís” (AARR 2996/96 y 1334/98) que la regularidad procedimental podía ser revisada, aunque no detectó la existencia de violación alguna de esa clase en el caso concreto. Pero cuando abordó, más recientemente, la saga del llamado “amparo de los intelectuales” —en cuyo contexto, como se recordará, un grupo de líderes de opinión argumentaban que las nuevas previsiones constitucionales sobre financiamiento de las campañas políticas violaban su libertad de expresión— cambió de criterio: en un primer momento (AARR 186/2008, 552/2008) dijo que los argumentos que denunciaban defectos procedimentales y sustantivos no eran “evidentemente inadmisibles”, pero finalmente, en un caso posterior, acabó decretando que no pueden ser examinados (AR 488/2010).

La auto-restricción de la Corte mexicana es algo paradójica en un país con reformas constitucionales continuas, donde modificar la carta magna es parte de la dinámica política ordinaria. Cuando la Corte de la India desarrolló en los años 60-80 sus doctrinas sobre control judicial de la Constitución, lo hizo en respuesta a una dinámica de reforma desaforada en cuyo contexto Indira Gandhi trataba de impulsar su programa político por

---

<sup>16</sup> Sobre el tema véase por ejemplo, además del artículo citado en la nota anterior, Jackson 2013, Bernal Pulido 2013, Levinson 1995, Del Arenal 2010.

todos los medios —incluido el de aprobar reformas constitucionales que declaraban que ciertos artículos eran irreformables, o que inmunizaban expresamente ciertas previsiones de la posibilidad de ser invalidadas por la Corte<sup>17</sup>—. Existe a buen seguro una correlación entre la aceptabilidad del control judicial de la Constitución, que es siempre delicado, y la posibilidad de los poderes mayoritarios de “responder” a la Corte que lo ejerce mediante la aprobación de una nueva reforma constitucional. Dada la enorme flexibilidad *de facto* que ha mostrado tener la Constitución mexicana, incluso ahora que la pluralidad política impide a los partidos grandes reformarla por sí solos, la idea de control judicial de la Constitución tenía aquí muchos puntos para no considerarse descabellada.

Pero por supuesto hay razones tanto normativas como estratégicas que pueden dar sentido a la decisión de la Corte de preferir no ejercerlo. Normativamente, los peligros del anti-mayoritarismo del poder judicial se proyectan con especial intensidad cuando los jueces examinan las normas que representan el pacto político fundante, producto de un agente que se entiende conceptualmente supra-ordenado respecto de los jueces —el “poder constituyente constituido” o poder de reforma—. Y lo es más todavía respecto de constituciones que no tienen cláusulas pétreas (irreformables), como no las tiene la mexicana, y que no otorgan explícitamente a la Corte esa competencia. Además, la Corte mexicana no tiene un largo recorrido en las ligas del constitucionalismo sustantivo que aspira a limitar de modo efectivo el poder, y tiene sentido que prefiera usar su energía argumental para resolver los casos dentro de los parámetros normales, en lugar de embarcarse en la siempre complicada tarea de desarrollar las bases teóricas y dogmáticas necesarias para involucrarse en el control de regularidad de las reformas constitucionales. Estratégicamente, además, la Corte puede ser sensible a la idea de que, no dando el paso, se ahorra la erosión quizá inmensa que supondría ejercerlo —sobre todo tomando en cuenta sus profundas divisiones internas en este momento— y aumenta su capital político. Auto-restringiéndose en este campo, la Corte fortifica su posición dentro del sistema político en relación con los otros poderes y obtiene un margen de maniobra que puede utilizar por la vía interpretativa/adjudicativa, en el cotidiano ejercicio de sus competencias ordinarias.

---

<sup>17</sup> Jacobsohn, op. cit., pp. 470-476.

La Corte mexicana, en definitiva, tiene en su cuenta bancaria institucional el crédito que le confiere su impecablemente restringida posición en cuanto a la revisión de regularidad de las reformas constitucionales. ¿Pero hay alguna manera, distinta a la ejemplificada por la tortuosa experiencia interpretativa reciente en torno al artículo 1º, ahora condensada en los criterios de la CT 293, de usar este crédito? ¿Hay espacio entre la opción más radical, con costos que a la Corte mexicana parece de momento no querer asumir, consistente en declarar inconstitucionales artículos como el que consagra el arraigo federal, y la opción de plegarse literalmente a lo que hay, consagrarlo bajo las supuestas exigencias del criterio de interpretación sistemática, y ofrecerse voluntaria a pagar los altos costos que ello le traslada?<sup>18</sup> ¿Existe alguna tercera vía que, sin pasar por declarar inconstitucional la constitución (o los tratados), no traslade tantos costos tampoco a los ciudadanos, que ven cómo la virtualidad transformadora de la reforma de derechos humanos queda coartada por la falta de voluntad política de los legisladores para eliminar partes de la Constitución pre-existente que son incompatibles con ella?

A mi juicio este espacio intermedio existe y la Corte debería usar su capital y margen de maniobra dentro del sistema para explorarlo. En un contexto en el que ciertas incoherencias internas extremas de la Constitución la meten en tantos problemas e hipotecan tanto el ejercicio exitoso de su responsabilidad central —asegurar la vigencia de los derechos en México—, la Corte debería ser más creativa y asertiva e invitar al legislador, cuando se ve confrontada con casos en cuyo contexto las restricciones expresas se revelan incompatibles con las no-restricciones expresas de los tratados, a reaccionar frente a ellas. Se trataría de seguir fallando casos como los de Yucatán o el del arraigo domiciliario sin alterar la premisa constitucional que le viene dada, como hasta ahora —esto es, no se declararían inválidas ninguna norma y se aplicarían las reglas de prevalencia sentadas en la CT 293— pero ello vendría acompañado de una problematización discursiva explícita de esa premisa. Se podría continuar incluso aplicando el triple criterio sentado en la CT 293, pero se aplicaría bajo protesta, habiendo señalado antes el tipo de dificultades a las que, de manera tan imperfecta, este criterio intenta enfrentar. Sería una aplicación “protestante” de la Constitución, en lugar

---

<sup>18</sup> Pues la imagen de los ministros discutiendo de manera recurrente, en términos terriblemente abstractos, rompiéndose la cabeza (por eso hablé de “rompecabezas” en el título de la sección I) para tratar de disolver en algún grado las complejidades de la administración del bloque, cambiando de criterio, firmando votos y más votos para tratar de precisar su posición, siendo incoherentes después en los casos concretos con los criterios sentados en abstracto... es una imagen dolorosa que muestra a la Corte inserta en una dinámica institucional fallida.

de la aplicación “contemporizadora” representada por la CT 293, que normaliza y perdona el actuar inconsecuente del poder de reforma.

A mi juicio, este “llamado” a los otros poderes no sería, creo, más que una consecuencia natural y directa del cumplimiento de las responsabilidades institucionales básicas de la Corte. La Corte tiene un apoyo normativo inmediato para hacerlo en las obligaciones generales de respetar, promover, proteger y garantizar los derechos listadas en el artículo 1º de la Constitución, así como en las obligaciones generales respecto de los derechos que abren también los listados de los tratados internacionales. En el contexto del Sistema Interamericano en particular, los jueces son autoridades estatales particularmente interpeladas, tanto en su papel de posibles centros de generación de responsabilidad internacional como, y sobre todo, garantes de la eficacia de los derechos de la Convención, dada la evolución hacia los parámetros de un sistema de control difuso de convencionalidad<sup>19</sup>.

Pero es verdad que no porque algo sea posible —porque exista el espacio ganado, porque haya margen institucional para ello— es automáticamente una buena idea. ¿Por qué debería la Corte querer señalar al poder Ejecutivo y Legislativo los problemas que causan ciertos estados de cosa dentro de la Constitución, en lugar de simplemente, con la pulcra cobertura del criterio de interpretación sistemática, mostrar al mundo, en cada caso concreto, su azarosa receta del día —i.e., el producto de combinar, según la inclinación del Pleno, la aplicación de los tres sub-criterios de la CT 293? A mi juicio, si la Corte no lo hace —como ahora es el caso— se pierde la oportunidad de desencadenar una dinámica muy valiosa desde la perspectiva democrática que pondría al menos algo de presión sobre las ramas electas que, en el campo de los derechos, incurren en un inaceptable “doble discurso”. Que la Corte se animara a hacerlo permitiría articular una dinámica de petición de cuentas y generaría un debate público sobre asuntos constitucionales altamente saludable. Y con el tiempo, la dinámica de

---

<sup>19</sup> Para un análisis que muestra cómo el Sistema Interamericano ha reemplazado los principios clásicos de relación entre los sistemas nacionales y los sistemas internacionales de derechos humanos, resumidos en el “principio de subsidiariedad”, por unos que pivotan en torno a lo que llama “principio de integración”, en cuyo contexto los jueces interamericanos y los jueces internos tienen un papel directo central en la operación del sistema (versus otras autoridades estatales) en el marco de una relación entre fuentes de derecho internas y externas, véase Dulitzky 2015. Véase igualmente en Ferrer-MacGregor 2011 un desarrollo del sistema de articulación entre el “control concentrado de convencionalidad”, ejercido por la Corte IDH, y el “control difuso de convencionalidad”, ejercido por todos los jueces nacionales en el marco de sus competencias.

intercambio de argumentos entre jueces y poder legislativo podría hacer evolucionar nuestro bloque de constitucionalidad hacia un conjunto mucho más coherente y funcional a la protección efectiva de los derechos. O esto es lo que sugeriré en el apartado que sigue.

#### **IV. La aplicación de la CT 293 en clave dialógica y el refuerzo de la democracia**

Como he anunciado, a mi juicio, al aplicar los criterios de la CT 293, la Corte mexicana debería adoptar una actitud explícita en cuanto a la existencia de incoherencias constitucionales agudas, desarrollar sus aristas, y explicar las razones por las cuales supervisar e impulsar la vida jurídica y política sobre su base es un emprendimiento cuasi-imposible. Al aplicar los criterios de la CT 293, la Corte debe —de modo constructivo, sin avasallar, con prudencia epistémica— desarrollar el análisis de lo que causa problemas para la protección efectiva de los derechos —sea una tensión frontal entre reglas, sean las oscuridades que colman el tratamiento de ciertos derechos, sea la circularidad en la que termina, en el contexto del artículo 1º, la mezcla del principio pro persona con la alusión en otro párrafo a que el ejercicio de los derechos “no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”—, e invitar a los poderes públicos a hacer algo destinado a aminorar o erradicar esos problemas.

Para enmarcar adecuadamente la evaluación de la propuesta, es bueno recordar brevemente el tipo de contribuciones que esperamos que los jueces constitucionales hagan en nuestros sistemas democráticos. Desde hace años, los autores justifican el relevante papel de los jueces constitucionales en las democracias actuales apelando a la naturaleza compuesta de la idea de “democracia constitucional”, en cuyo contexto los límites al poder de las mayorías y la idea de precondiciones de la decisión democrática—encapsulados conjuntamente en la idea de los derechos — juegan un papel central. En una democracia *constitucional*, los componentes mayoritarios y no mayoritarios tienen la misma relevancia estructural. Y como ha sido destacado, por su posición y su diseño institucional, las cortes parecen ser las instituciones que, comparativamente, tienen mayores posibilidades de asegurar adecuadamente que el equilibrio entre componentes mayoritarios y no mayoritarios se mantenga. Como

sintetiza impecablemente Ferreres cuando reconstruye lo que llama “el “esqueleto justificativo del control judicial de constitucionalidad”<sup>20</sup>, concedemos a los jueces el poder de extraer las implicaciones de los principios que queremos que tengan supremacía en la comunidad política porque parecen tener el tiempo y el aislamiento necesarios para desplegar una tarea intelectual que exige la construcción de doctrinas y teorías coherentes y duraderas (Bickel);<sup>21</sup> porque el diseño institucional de la adjudicación los deja especialmente bien situados para evaluar opciones políticas a la luz de los principios, del mismo modo que un inspector de calidad está especialmente entrenado para detectar vicios en los productos que supervisa (Sager)<sup>22</sup>; y porque el deber de los jueces de responder las preguntas argumentadas elevadas por las partes los convierte en instancias particularmente apropiadas para explorar las exigencias de la razón pública en términos defendibles bajo el principio de universalidad (Fiss)<sup>23</sup>. Como otros autores han destacado, la aplicación judicial de la constitución puede hacer más inclusiva la deliberación pública sobre temas de política pública y los derechos<sup>24</sup>. Y como se ha subrayado en el debate sobre la judicialización de los derechos sociales — muy enérgico en América Latina— incluso en el terreno de la política pública donde las mayorías deben retener márgenes amplios, la intervención judicial puede resultar esencial para sacar de la inacción a las frecuentemente cooptadas legislaturas, corregir infra o supra-inclusiones normativas, forzar la inclusión de temas en la agenda política o impulsar dinámicas jurídico-políticas con el potencial de transformar significados sociales pre-existentes<sup>25</sup>.

En estricta conexión con lo anterior, en el derecho constitucional contemporáneo se discute incansablemente qué teoría de la interpretación debería orientar a los jueces al fallar los casos para que su contribución al sistema se mantenga dentro de los márgenes normativos esperados. Para muchos, el núcleo del debate gira, como es sabido, en torno a la posibilidad de identificar una manera de interpretar la Constitución que, sin diluir en demasía la fuerza de la Constitución, sea al mismo tiempo suficientemente sensible a los profundos desacuerdos que tiene la gente en torno al contenido y las implicaciones

---

<sup>20</sup> Ferreres 2009, pp. 32-33.

<sup>21</sup> Bickel 1962, pp. 25-26

<sup>22</sup> Sager 2004.

<sup>23</sup> Fiss 2003, pp. 11-12.

<sup>24</sup> Friedman 2009, Ferejohn y Pasquino 2010.

<sup>25</sup> Gauri y Brinks 2008, Sabel y Simon 2004, Abramovich 2007, 2009, Rodríguez Garavito 2011.

de los derechos y conceda un espacio suficiente a los poderes mayoritarios para plasmar su visión acerca de lo que la garantía de esos derechos exige o implica.

Los sistemas de justicia constitucional que se llaman dialógicos dan un paso adicional porque se asientan sobre la idea de que, para que la contribución de las Cortes sea óptima desde la perspectiva democrática, es necesario que el cauce procedimental y decisorio que rige el examen de constitucionalidad de las leyes —y no sólo las teorías interpretativas que los jueces usan al ejercerlo— dé a los poderes mayoritarios que las dictaron la posibilidad de hacer valer o ver prevalecer su opinión, frente a la de la Corte, respecto de su compatibilidad o incompatibilidad con la Constitución. Estos sistemas intentan combinar las ventajas institucionales de las cortes para la identificación y el encuadre de las cuestiones constitucionales de principio con el reconocimiento de que las legislaturas merecen tener un lugar preeminente en la conversación interinstitucional en la que se definen sus contornos e implicaciones. Apuestan por el enriquecimiento que implica la intervención de los jueces en nombre de la Constitución, pero evitan darles la última palabra sobre el status de la legislación.

Un sistema paradigmáticamente dialógico es el canadiense. Lo dialógico del sistema se basa en la llamada cláusula “no obstante” del artículo 33 de la Carta de Derechos y Libertades de 1982, que permite al legislador federal o provincial insistir en la validez y la vigencia de las normas por él dictadas, aunque la Corte Suprema las haya declarado inconstitucionales. La cláusula tiene una vigencia de cinco años, renovable por otros cinco, y se puede invocar también preventivamente<sup>26</sup>. Se entiende que la decisión acerca de invocar o no la cláusula genera debate y consideración seria de la Constitución en sede legislativa, y que complementariamente, el que la Corte constitucional sepa que su sentencia puede ser bloqueada de ese modo la hace argumentar y decidir con especial sensibilidad respecto de la visión del legislador cuyos productos normativos evalúa. También el sistema británico, después de la aprobación de la Ley de Derechos Humanos de 1998, se cuenta entre los sistemas dialógicos. En un país tan ajeno al control judicial de constitucionalidad como es el Reino Unido, la obligación de velar por la eficacia del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ratificado por el país, se tradujo en la posibilidad de que un conjunto de altas cortes emitieran una “declaración de

---

<sup>26</sup> Aunque bajo esta modalidad, el potencial dialógico de la institución disminuye mucho. Agradezco a J. Luis Hernández Macías la charla sobre este punto.

incompatibilidad”, que puede impulsar (o no) al parlamento a emprender reformas legislativas para alinear el ordenamiento nacional con el Convenio<sup>27</sup>. También se considera dialógico cierto estilo de confección de los resolutivos por parte de las Cortes constitucionales, específicamente aquel por el cual se suspende por un período de tiempo la declaración de invalidez de las normas impugnadas, dando a los poderes públicos la posibilidad de pensar y ponderar las vías de acción que permiten superar los problemas de constitucionalidad, en lugar de forzar el tipo de actuación precipitada en que podrían sentirse obligados a incurrir para solventar los efectos del vacío inmediato que produce una declaración de invalidez; en otras ocasiones, las Cortes deciden y declaran valideces e invalideces, pero dejan la jurisdicción abierta y diseñan un proceso dialogado y participativo de ejecución de la sentencia<sup>28</sup>.

Estas modalidades suelen denominarse agrupadamente “control judicial débil” (“weak-form judicial review”, en inglés)<sup>29</sup>, que de forma abarcadora incluiría entonces todas las dinámicas institucionales e interpretativas que evitan lo que caracteriza el “control judicial fuerte” (“strong-form judicial review”): la declaración de invalidez de las normas dictadas por el legislador democrático, que representa la entrega a los jueces de la última palabra sobre su constitucionalidad —pues el legislador democrático sólo puede responder a esa invalidación reformando la Constitución, lo cual en la mayoría de países (pero no en México) es demasiado difícil como para ser considerada una posibilidad realista de—. Por descontado, adoptar un sistema dialógico o alguno de sus rasgos no implica acabar con las preguntas teóricas y prácticas clásicas sobre el control de constitucionalidad, sino ceder el espacio a otras; será necesario evaluar, por ejemplo, qué tan verdad es que un determinado sistema consigue efectivamente que el legislador se tome en serio la garantía de los derechos si la sentencia “dialógica” no le pone obligaciones perentorias, cómo hay que definir a los individuos, grupos y poderes públicos que tendrán derecho a participar en el diálogo inter-orgánico, o cómo articular

---

<sup>27</sup> Para un análisis normativamente denso de los diferentes sistemas dialógicos, véase Linares 2006, cap. 4 (quien subraya, en todo caso, las limitaciones de todos estos sistemas desde una perspectiva preocupada por su contribución al desarrollo de prácticas de democracia deliberativa). Para una colección de discusiones recientes sobre el tema, véase Gargarella 2014, quien analiza el impacto de estos sistemas en el constitucionalismo desde una perspectiva histórico-normativa en Gargarella 2015. Sobre el carácter dialógico del sistema canadiense véase, en especial, Kent Roach 2004 y 2007, Hogg y Bushell 1997 y Hogg, Bushell y Wright, 2007. Sobre las evoluciones dialógicas en países sin tradición de control de constitucionalidad, véase Gardbaum 2013.

<sup>28</sup> Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco 2010, Rodríguez Garavito 2011.

<sup>29</sup> Tushnet 2008 y 2011.

la posición de los litigantes en el caso concreto con los otros involucrados en el seguimiento de la respuesta que el legislador da (o no) a los jueces.

No veo por qué los principios de operación y justificación de los sistemas dialógicos no podrían aplicarse con provecho al ámbito de las relaciones entre derecho internacional y derecho interno en escenarios como el mexicano. En este caso, el entendimiento dialógico del ejercicio de jurisdicción no serviría para determinar el status de una norma o acto del poder legislativo o del poder ejecutivo bajo ciertas premisas jurídicas —esto es, a la vista del parámetro de regularidad constitucional— sino que se usaría para la conformación de las premisas jurídicas mismas, en el plano de la integración del parámetro de regularidad constitucional en materia de derechos. Por supuesto, la Corte tiene que alcanzar en los casos que enfrenta alguna conclusión: debe resolverlos, de modo que no se puede limitar a exponer los problemas de integración de la premisa jurídica relevante en el caso y pasar la bola al legislador. La idea es que incluya en el razonamiento, o en el diseño general de la decisión, un desarrollo sobre el problema, y que continúe resolviendo el caso como buenamente pueda conforme a los criterios de la CT 293 —como hace ahora—.

El entrenamiento y la especial posición de las cortes para ayudar a articular la conversación sobre el significado de la Constitución a que nos hemos referido antes ayudarían en esta ocasión a obtener un entendimiento más completo de lo incluido en nuestro pacto político básico y a señalar, respetando los amplios márgenes para la pluralidad que son propios de una constitución, en qué puntos parece haber claras anomalías. Como debe ocurrir siempre en un tribunal constitucional, sería una actuación presidida por la idea de lealtad a la Constitución. Pero contra lo que parecen asumir —de buena fe— los ministros de la Corte mexicana en estos momentos, esa lealtad no se traduciría en una asunción acrítica de los ingredientes normativos que la componen, sino en la expresión del tipo de problematización en que inevitablemente acabará, en algunas ocasiones, un ejercicio interpretativo que se los tome verdaderamente en serio. Los ministros entenderían que guardar lealtad a la Constitución implica hacer un intento por salvarla de aporías extremas que la convierten en un chiste —además de fuente permanente de problemas para jueces y ciudadanos—. Así como, en cumplimiento de la obligación general de garantizar los derechos, las cortes pueden instar a los poderes mayoritarios a que emprendan reformas que armonicen las leyes ordinarias con la

constitución, una aplicación “protestante” de la CT 293 podría entenderse como la única manera de mostrar lealtad a la Constitución entendida como un documento cuya dignidad y relevancia merecen verla libre de anomalías agudas.

En su versión más minimalista, la Corte se limitaría a señalar, en algún punto de la *argumentación* de la sentencia, las razones por las cuales una particular incoherencia, obscuridad o laguna constitucional resultan problemáticas —por ejemplo, la imposibilidad de mostrar lealtad simultánea a las distintas previsiones constitucionales sobre el derecho al voto de las personas privadas de libertad—. En una versión más intensa, la Corte llevaría el mensaje a los *resolutivos*, instando a los poderes mayoritarios a darle una contestación explícita dentro de ciertos plazos, adoptando medidas que los incentiven a considerar la cuestión —aunque no sea la amenaza de invalidación, si las (justificadas) prevenciones contra el control judicial de la Constitución se mantienen—. Tanto en un caso como en el otro, la acción de la Corte identificaría un punto de máxima relevancia política y jurídica y facilitaría el desarrollo de un debate público sobre el mismo. Ciudadanos y poderes públicos tendrían la oportunidad de pronunciarse, primero, acerca de si realmente existe el problema —se podría llegar a la conclusión de que hay un “falso positivo” y que el problema identificado por la corte es sólo aparente; y con el proceso de debatir si es el caso, ya se habrá ganado mucho en términos de comprensión de la Constitución—, y segundo, acerca del modo de hacerle frente. Y se discutiría qué tipo de intervención sería procedente: si la modificación de la Constitución o la denuncia del tratado incompatible con ella, aunque es de esperar que una conciencia de las amplias consecuencias políticas y jurídicas de desvincularse en el plano internacional conviertan esta segunda opción en algo bastante remoto.

Que la Corte se comprometiera con este tipo de ejercicio contribuiría a algo que está, creo, en el centro de los anhelos de la ciudadanía mexicana: pedir cuentas a los políticos, con algún grado de efectividad, por lo que hacen o dejan de hacer. En el país en el que, a pesar de la dimensión de los problemas, nunca pasa nada, lo que me gustaría que la Corte hiciera por mí —y quizá no estoy sola— es ayudarme a pedir al menos una explicación a los que son en teoría mis representantes políticos, en un contexto en el que prácticamente nunca las dan, y respecto de algo con lo que resulta especialmente difícil confrontarlos: el contenido de la Constitución. Como hemos

reseñado antes, en los últimos quince años los legisladores mexicanos —aunque muchas de las iniciativas vienen del Ejecutivo— se han dedicado a reformar continuamente la Constitución, y en particular a aumentar la declaración de los derechos en todas las dimensiones posibles, algo que, dada la coyuntura del país, quizá sólo puede explicarse pensando que las aprobaban porque no se las tomaban en serio: porque asumían que por esa vía ganaban legitimidad ante los ciudadanos de modo rápido, sin tener que asumir costos, dada la deferencia tradicional de los jueces para con los poderes políticos y la ausencia, en general, de prácticas de constitucionalismo normativo fuerte. Así, no ha importado demasiado —casi nada— si, al impulso de la reforma continua, la Constitución acababa diciendo “A” y “no A” al mismo tiempo, ni ha importado que nadie en el poder legislativo dedicara el tiempo necesario a la — intelectualmente demandante y políticamente poco rentable— operación de armonización interna de los contenidos de la Constitución.

La buena noticia es que para México ha llegado el momento de que los jueces hagan realidad los derechos frente a los poderes públicos y los fuercen a ser conscientes de las consecuencias de sus actos. Si se encontrara además una manera de hacerlos, si no responsables en sentido fuerte, al menos conscientes, de las irresponsabilidades que se han permitido en la confección de la Constitución, no veo por qué deberíamos tener motivos para el lamento. Aquí resulta relevante traer a colación nuevamente el particular patrón de cambio constitucional que ha tenido y sigue teniendo México: un patrón en el que reformar la Constitución, a pesar de su notable rigidez formal de derivado de la fórmula del artículo 135, y a pesar de las condiciones de pluralidad política que imperan en las ramas electas estatales y federales, es un emprendimiento relativamente sencillo. La proyección de una intervención dialógica de la Suprema Corte sobre la Constitución misma, y no sobre una norma con rango de ley, no sería en México algo tan llamativo como podría serlo en otros países —no sería algo políticamente inasumible—. Y uno tendría entonces motivos para esperar que, con el tiempo, la interacción entre legisladores, jueces y ciudadanos desembocara en una Constitución más eficaz y más digna de recibir nuestras más comprometidas lealtades.

## **V. Conclusiones**

La reforma de derechos humanos de 2011 ha provocado un amplio debate sobre las relaciones entre Cortes —proyectando al centro de la popularidad académica temas como el del “diálogo jurisprudencial” entre Cortes nacionales e internacionales, la articulación entre control de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad o los alcances del control difuso— y un amplio debate también sobre el sistema de fuentes del derecho —donde se ha prestado una inmensa atención a los criterios de resolución de conflictos de normas y a los modelos de relación entre derecho nacional e internacional—.

La reforma no ha generado, por el contrario, ningún debate identificable acerca de la responsabilidad directa de los poderes mayoritarios (legislativo, ejecutivo) en la integración de la normativa constitucional fundacional —en la factura del texto constitucional tal y como lo tenemos ahora—. Ciudadanos y comunidad jurídica parecen creer que es suficiente buena noticia que se haya añadido a la Constitución lo que se ha añadido —los derechos de los tratados, el principio pro persona, etcétera— y centran sus esfuerzos en potenciar la efectividad de los nuevos derechos en el despliegue de la actividad de todos los poderes públicos, con un especial énfasis en construir canales y prácticas capaces de garantizarlos adecuadamente.

Las contradicciones internas que alojadas en la amalgama de lo nuevo con lo anterior, sin embargo, ponen muchas piedras en el camino que hay que transitar para alcanzar esta plena garantía. En este artículo he articulado una propuesta que aspira a dinamizar nuestra mirada sobre las posibilidades y alcances de nuestra constitución de los derechos. La propuesta es extremadamente minimalista porque no plantea —aunque por supuesto tampoco la niegue— la sustitución del criterio de la CT 293 por ninguna de sus posibles alternativas, sino que se limita a recomendar una modalidad de aplicación de los criterios que contiene. La modalidad sigue la filosofía de los modelos dialógicos de justicia constitucional, en cuyo centro está la idea de que la responsabilidad central de las cortes es instar a los poderes mayoritarios a emprender acciones necesarias para la eficacia de la constitución, sin ponerlos en la encrucijada marcada por una declaración de invalidez de las normas que emiten.

A mi juicio, reemplazar una aplicación de la CT 293 que contemporiza con las inconsistencias agudas del poder de reforma por una aplicación protestante de la misma

es un matiz que puede hacer la diferencia, y que tendría algo de profundamente promisorio desde la perspectiva democrática, pues permitiría vehicular con efectividad reclamos ciudadanos básicos sin coartar —sino, por el contrario, avivando y enriqueciendo— el debate público en torno a temas iusfundamentales.

## Referencias bibliográficas

Abramovich, Víctor (2007): “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 9, Número especial, abr 2007, pp. 9-33.

(2009): “El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales”, in Víctor Abramovich y Laura Pautassi (comps.) (2009), *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudio de casos*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.

Bernal Pulido, Carlos (2013): “Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine”. *International Journal of Constitutional Law* 11(2), pp. 339-357.

Bickel, Alexander (1962): *The Least Dangerous Branch*. New Haven, Conn: Yale University Press.

Del Arenal Urueta, Patricia (2010): “El procedimiento de reforma constitucional a la luz de los principios de la democracia deliberativa: una alternativa para su control en sede judicial”. Tesis de licenciatura, ITAM, México.

Dulitzky, Ariel (2015): “An Inter-American Constitutional Court? The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”, *Texas International Law Journal* No. 50 (1), pp. 45-93.

Ferejohn, John y Pasquale Pasquino (2010): “The Countermajoritarian Opportunity”, *Journal of Constitutional Law*, Vol. 13, Núm. 2, dic. 2010, pp. 353-395.

Ferreres Comella, Víctor (2009): *Constitutional Courts and Democratic Values*. New Haven, Conn: Yale University Press.

Fiss, Owen (2003): *The Law as It Could Be*. New York: New York University Press.

Frosini, Justin y Lucio Pegoraro (2008): “Constitutional Courts in Latin America: A Testing Ground for New Parameters of Classification?” en *Journal of Comparative Law*, vol. 3, No. 2, pp. 39-63.

Gardbaum, Stephen (2013): *The New Commonwealth Model of Constitutionalism*. Cambridge: Cambridge University Press.

Gargarella, Roberto (ed.) (2014): *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI.

\_\_\_\_\_ (2015): “We the people Outside the Constitution”: The Dialogic Model of Constitutionalism and the System of Checks and Balances” (manuscrito no publicado, en poder de la autora).

Gauri, Varun y Daniel Brinks (eds.) (2008): *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*. New York: Cambridge University Press.

Hogg, Peter y Allison Bushell (1997): “The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures” (Or Perhaps the Charter Isn’t Such A Bad Thing After All)”. *Osgood Hall Law Review* vol. 35, pp. 75-124. Hay traducción española en Gargarella 2014.

Hogg, Peter, Allison Bushell Thornton y Wade Wright (2007): “Charter Dialogue Revisited—Or Much Ado about Metaphors”. *Osgood Hall Law Review* Vol. 45 (1), pp. 1-65.

Jackson, Vicki (2013): “Reformas constitucionales inconstitucionales: una mirada a la teoría constitucional y el constitucionalismo transnacional”, en Restrepo Saldarriaga, Esteban, *Libertad de expresión. Entre tradición y renovación*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

Jacobsohn, Gary Jeffrey (2006): “An unconstitutional constitution?” *International Journal of Constitutional Law*, No. 4 (3) (jul 2006), pp. 460-487.

Levinson, Sanford (ed.) (1995): *Responding to Imperfection. The Theory and Practice of Constitutional Amendment*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press.

Linares, Sebastián (2006): *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*. Madrid: Marcial Pons.

Pou Giménez, Francisca (2014): “Las reformas en materia de derechos fundamentales”, en María Amparo Casar e Ignacio Marván (coords.), *Reformar sin mayorías*. México: Taurus.

\_\_\_\_\_ (2015a): “Constitucionalismo nuevo, viejo y desatado: el caso de México”, en Daniel Bonilla Maldonado (ed.), *El constitucionalismo en América*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores (en prensa).

\_\_\_\_\_ (2015b): “La Contradicción 293/2011: una frágil e inestable vasija mesoamericana” (en prensa).

Ríos Vega, Luis Efrén (2014): *Rehabilitación del sufragio. El debate de la condena condicional*. Serie Comentarios a las Sentencias del Tribunal Electoral. Vertiente Salas Regionales, N° 23. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

\_\_\_\_\_ (2010a): “La “regla del 38: reglas, modelos, soluciones”. Manuscrito en poder de la autora.

(2010b): “El derecho al sufragio del presunto delincuente. El caso Facundo”. *Justicia Electoral* 6 (dic), pp. 293-338.

Roach, Kent (2004): “Dialogic Judicial Review and Its Critics”. *Supreme Court Law Review*, Vol. 23 (2d), pp. 49-104.

\_\_\_\_\_ (2007): “Sharpening the Dialogue Debate: The Next Decade of Scholarship”. *Osgood Hall Law Journal*, Vol. 45, Num. 1, pp. 169-191.

Rodríguez Garavito, César y Rodríguez Franco, Diana (2010): “Un giro en los estudios sobre derechos sociales: el impacto de los fallos judiciales y el caso del desplazamiento forzado en Colombia”, en Pilar Arcidiácono, Nicolás Espekjo Yaksic y César Rodríguez Garavito (eds.), *Derechos sociales: justicia, política y economía en América Latina*. Bogotá: Siglo del Hombre - Universidad de los Andes.

Rodríguez Garavito, César (2011): “Beyond the Courtroom: the Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights in Latin America.” *Texas Law Review*, Vol. 89, pp. 1669-1698.

Sabel, Charles y William Simon (2004): “Destabilization Rights: How Public Litigation Succeeds”, 117 *Harvard Law Review*, pp. 1015-1101.

Sager, Lawrence G. (2004): *Justice in Plainclothes. A Theory of American Constitutional Practice*. New Haven: Yale University Press.

Sánchez Gil, Rubén (2014): “Notas sobre la contradicción de tesis 293/2011”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* No. 21, ene-jun, pp. 333-344.

Tushnet, Mark (2008): *Weak Courts, Strong Rights*. Princeton: Princeton University Press.

\_\_\_\_\_ (2011): “The rise of weak-form judicial review”, en Rosalind Dixon y Tom Ginsburg (eds.), *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.