

La ***Reforma Constitucional***

de **Derechos Humanos**

como fruto del

Neoconstitucionalismo

y como **Paradigma** en el
Fortalecimiento de la Democracia



Ángel Durán Pérez

Eréndira N. Ramos Vázquez

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE DERECHOS HUMANOS COMO FRUTO DEL NEOCONSTITUCIONALISMO Y COMO PARADIGMA EN EL FORTALECIMIENTO DE LA DEMOCRACIA

HUMAN RIGHTS CONSTITUTIONAL REFORM AS A RESULT OF NEOCONSTITUTIONALISM AND AS A PARADIGM IN STRENGTHENING MEXICAN DEMOCRACY¹

Ángel DURÁN PÉREZ²

Eréndira Nohemí RAMOS VÁZQUEZ³

SUMARIO: *I.* Introducción. *II.* El neoconstitucionalismo y su relación con la Democracia. *III.* La protección de los derechos humanos como pilar fundamental de la Democracia Constitucional. *IV.* La reforma constitucional de derechos humanos como fruto del neoconstitucionalismo y como paradigma en el fortalecimiento de la democracia. *V.* Retos y perspectivas. *VI.* Consideraciones finales. *VII.* Fuentes consultadas.

RESUMEN: La reforma constitucional de derechos humanos de junio de 2011 se encuentra inmersa dentro del derecho constitucional contemporáneo, también conocido como neoconstitucionalismo. En este estudio se sostiene que dicha reforma es un fruto de ese nuevo constitucionalismo, así como el tránsito que se experimenta hacia una plena democracia constitucional en los términos del teórico Luigi Ferrajoli. Del mismo modo, se plantean los retos y perspectivas implica para el Estado Mexicano su entrada en vigor.

PALABRAS CLAVE: Reforma constitucional, democracia constitucional, derechos humanos, neoconstitucionalismo.

¹ Escrito en mayo de 2012. Publicado en el Num. 10, Vol. 1, Año 2012 (segundo semestre) de la revista *Justicia Electoral*, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

² Magistrado Numerario del Tribunal Electoral del Estado de Colima. Estudios de doctorado por el Instituto Internacional del Derecho y del Estado. Maestría en Derecho Comercial y de la Empresa por la Universidad Panamericana. Licenciatura en Derecho por la Universidad de Colima.

³ Auxiliar proyectista del Tribunal Electoral del Estado de Colima. Licenciada en Derecho por la Universidad de Colima.

ABSTRACT: The constitutional reform of human rights June 2011 is immersed in contemporary constitutional law, also known as neoconstitutionalism. This study argues that the amendment is a result of the new constitutionalism, and the transit to experienced to full constitutional democracy in terms of theoretical Luigi Ferrajoli. Similarly, faced the challenges and prospects for the Mexican State means entry into force.

KEY WORDS: Constitutional reform, constitutional democracy, human rights, neoconstitutionalism.

I. Introducción

El Estado de Derecho ha sufrido importantes transformaciones dentro de los cuales se circunscribe el Estado Constitucional de Derecho como reacción al Estado Legal de Derecho. El primero encuentra su nacimiento en la segunda posguerra como producto de un conciencia profunda del daño atroz que se puede hacer a la dignidad humana en nombre de la Ley. Como consecuencia de lo anterior surge una nueva manera de concebir la teoría constitucional dando como resultado lo que hoy conocemos como neoconstitutionalismo; un movimiento jurídico que centraliza la protección y garantía integral de la dignidad humana con una nueva manera de leer las constituciones, lectura en la que se denota un fuerte contenido de eticidad y moralidad.

Esta obra se sostiene que la reforma constitucional de derechos humanos de diez de junio de 2011 ha permitido que la democracia del Estado Mexicano se vea grandemente fortalecida, pues la misma es un producto de la nueva teoría neoconstitucionalista en la que la atención se centra en la protección y garantía de los derechos vitales haciendo que el mismo transite a una sólida "democracia constitucional" en términos ferrajolianos.

II. El Neoconstitutionalismo y su relación con la Democracia

Para desarrollar y comprender a cabalidad el objetivo planteado en esta investigación, resulta necesario, en primer término, describir la naturaleza de la visión neoconstitucionalista del derecho así como la estrecha relación que guarda ésta con el fortalecimiento del Estado Constitucional Democrático.

En primer término, el nuevo derecho constitucional o neoconstitucionalismo surge como reacción al constitucionalismo gestado en las revoluciones liberales de Inglaterra, Francia y Estados Unidos de América en los siglos XVII y XVIII; mismos en los que imperó el Estado Legalista del Derecho, del cual el doctor Nieto (Santiago Nieto 2002, 31) desprende los siguientes elementos: la idea de la soberanía popular ejercida por medio de la representación en el Parlamento, la división de poderes, la supremacía del Parlamento, la expedición de códigos omnicomprendivos como técnica legislativa y como control del poder judicial que fungían como instrumentos de regulación del poder.

En esta tesitura, nos resulta ágil exponer el neoconstitucionalismo o el nuevo derecho constitucional con la metodología usada por el doctor Barroso (Barroso 2008, 17), ya que el mismo presenta la teoría en comento como producto de un conjunto de transformaciones del Estado y del derecho constitucional que pueden circunscribirse dentro de un "marco histórico", con la formación del estado constitucional de derecho a lo largo de la segunda mitad del siglo XX; un "marco filosófico", con preeminencia en el post-positivismo con la centralidad de los derechos fundamentales y con una reaproximación entre derecho y ética; y, por último, en un "marco teórico", por los cambios que incluyen el carácter vinculante de la Constitución, la expansión de la jurisdicción constitucional y el desarrollo de una nueva dogmática de interpretación constitucional.

Así, dentro del marco histórico encontramos que el neoconstitucionalismo tiene sus inicios como producto de una profunda transformación en las constituciones europeas, y de la actividad jurisdiccional que los tribunales constitucionales hacen de las mismas, después de la Segunda Guerra Mundial. Dentro de este contexto resalta la importancia de la constitución alemana de 1949⁴ por ser la primera con características que se separaban del constitucionalismo tradicional, así como la labor argumentativa que hizo de la misma el Tribunal Constitucional Federal, instaurado en 1951. En segundo término, se encuentra el caso de la constitución italiana de 1947, y su

⁴ La Constitución alemana de 1949 o Ley Fundamental de Bonn establece, por vez primera, las diferencias entre "Ley" y "Derecho"; y es el derecho el que antecede, excede y controla a la Ley. Así las nuevas constituciones reconocen bajo el rótulo, implícito o explícito, los principios, valores, fines o derechos humanos y, consecuentemente, se encomienda a los tribunales constitucionales que velen por aquel *higher law* prevalezca sobre todos los intentos de su violación a través del resto de las normas infracosntitucionales (Vigo 2008, 404).

respectiva Corte Constitucional de 1956; y, posteriormente, la Constitución portuguesa de 1976 y la española de 1978.

Con los acontecimientos jurídicos antes descritos el denominado Estado de Derecho Legal (donde el principio de legalidad primaba sobre el principio de constitucionalidad) sucumbe ante la nueva concepción de la Constitución y la influencia de ésta sobre las instituciones contemporáneas; del mismo modo, se experimentó una fuerte aproximación del constitucionalismo con las ideales democráticos formando una nueva forma de organización política que se denomina de diferentes maneras: Estado Democrático de Derecho, Estado Constitucional de Derecho o Estado Constitucional Democrático (Barroso 2008, 2).

Con los ordenamientos citados se inicia una transición de la concepción de la Constitución como una carta política con preeminencia del Parlamento, a una concepción en la que se considera la supremacía de la Constitución y su aplicación directa por la labor jurisdiccional, con especial relevancia de los tribunales constitucionales. Complementando lo anterior, el doctor Carbonell expresa de esa nueva tendencia constitucional de la siguiente manera (Carbonell 2010, 162):

Se trata de constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos sino que contienen altos niveles de normas "materiales" o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además de que estas constituciones contienen amplio catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco muy renovado de relaciones entre el Estado y los ciudadanos, sobre todo por a profundidad y el grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos.

Así descrita la parte histórica, entramos al desarrollo del marco filosófico que envuelve a la teoría neoconstitucionalista; expresando, en primer término, que en el centro de la misma se encuentra la conexión entre el Derecho y la Moral existente por la inclusión de los derechos fundamentales en la Constitución, como pilares en la protección de la dignidad humana, mismos que asumen una actuación de limitantes al Estado; dicha tendencia jurídico-constitucional ha sido denominada como post-positivismo haciendo una diferenciación con el positivismo que imperó en Europa desde la revolución francesa hasta la segunda posguerra.

De la validez, eficacia y justicia de la norma jurídica el positivismo jurídico sólo se ocupaba de la primera, dejando a la sociología jurídica y a la filosofía o la ética las dos restantes, respectivamente; contrario a lo anterior, el neoconstitucionalismo impregnado de la teoría jurídica del post-positivismo, se ocupa de los tres rubros de estudio, antes citados. Es decir, se experimenta una renuncia al formalismo jurídico, al

legicentrismo, al legalismo, al iusnaturalismo extremo, transitando a una redefinición integradora en la que la norma además de ser "válidamente" dictada, sea "justa" porque respete y proteja los derechos fundamentales, y sea "eficaz" porque ellos estén garantizados en la práctica. Por lo tanto, ahora la "vigencia" de la norma es entendida como el hecho de que simplemente ha sido dictada por las autoridades públicas produciendo sus respectivos efectos jurídicos; mientras que "validez" jurídica la debida protección de los derechos humanos de los ciudadano (Santiago 2008,10).

Con esas precisiones esenciales, se desprende que tanto el iusnaturalismo como el positivismo⁵ comienzan a experimentar un acercamiento, en el sentido de que ambos en su forma pura resultan con poca utilidad para resolver las complejidades de la sociedad contemporánea. Lo anterior porque el iusnaturalismo posee un alto grado metafísico y el positivismo presenta un exceso de formalismo. En esa tesitura, nos comenta Barroso (Barroso 2008, 5):

El post-positivismo va más allá de la legalidad estricta sin olvidarse del derecho actual, intenta hacer una lectura moral del derecho sin la necesidad de hacer uso de categorías de orden metafísico. Aunado a lo anterior, la interpretación y aplicación del ordenamiento tendrán que inspirarse en una teoría de la justicia sin la aceptación de activismo o personalismos, en especial los judiciales; también se incluye a los principios como normas y la definición de sus relaciones con los valores y las reglas, el resurgimiento de la razón práctica y la argumentación jurídica, la formación de una nueva hermenéutica constitucional, el desarrollo de una teoría de derechos fundamentales con base en la dignidad humana. En ese ambiente se promueve la reaproximación entre el Derecho y la Filosofía.

La Constitución, argumenta Santiago (Santiago 2008, 11), con sus principios y valores, así como su función política y jurídica, y no la ley formal en su frío deber ser, pasan a ser el centro de la reflexión jurídica de la teoría del neoconstitucionalismo. Así, el nuevo constitucionalismo incorpora, positiviza y formaliza las exigencias del derecho natural, movilizándolo, permitiendo su crítica interna, incorporando en su seno una teoría de la justicia, fundada en los derechos humanos (Capeletti 1986, 45).

Finalmente, siguiendo la metodología planteada para el desarrollo de este apartado, entramos a la descripción del marco teórico de la teoría de la "constitucionalización del derecho" o nuevo derecho constitucional; en este contexto, resalta el carácter vinculante que posee la Constitución así como una nueva forma de interpretarla. En esta línea, el Poder Judicial toma un papel trascendente en su desenvolvimiento, pues en éste, principalmente, es en quien se deposita la labor

⁵ Su decadencia se encuentra íntimamente relacionada del nazismo en Alemania y el fascismo en Italia, regímenes que promovieron la barbarie basándose en la protección conferida por la legalidad, o mucho más emblemáticamente con el juicio de Nuremberg. De ahí que con el fin de la Segunda Guerra Mundial resurgiera el toque iusnaturalista con los valores y la ética (Barroso 2008, 4-5).

interpretativa de la misma, dando como resultado un alto dinamismo al Derecho por el mantenimiento de una labor activista que tutela a plenitud los derechos humanos. Al respecto el doctor Carbonell (Carbonell 2010, 162-163) expone que:

Los jueces constitucionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo. Entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de derecho (a través de la *drittwirkung*), el principio *pro personae*, etcétera. Además los jueces se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con "valores" que están constitucionalizados y que requieren de una hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos. y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el juez constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre del propio juzgador. A partir de tales necesidades se genera y recrea una serie de equilibrios nada fáciles de mantener.

Por su parte Prieto Sanchís (Sanchís 2005, 131-132) destaca a su vez cinco características que definen el neoconstitucionalismo: a) El predominio de los principios sobre las reglas. b) El empleo frecuente de la técnica de la ponderación en detrimento de la subsunción. c) La presencia relevante y activa de los jueces por encima de los legisladores. d) El reconocimiento del pluralismo valorativo en oposición a lo que sería una homogeneidad ideológica, y e) El constitucionalismo invasivo que penetra en todas las áreas del derecho.

De igual manera el doctor Alfonso Santiago (Santiago 2008, 18), expone algunas de las doctrinas jurídicas a las que más han acudido y desarrollado los jueces y autores partidarios del neoconstitucionalismo:

a) carácter operativo de los derechos constitucionales y los reconocidos en los tratados internacionales; b) utilización del principio *pro homine* para escoger las normas que mayor tutela y protección otorguen a los derechos de las personas; c) análisis intensivo de razonabilidad por parte de los jueces, especialmente en materia de "libertades preferidas"; d) máxima protección del derecho a la privacidad y a la autonomía personal; e) máxima tutela del derecho a la igualdad que se transforma en derecho a la no discriminación y surgimiento de las denominadas "categorías sospechosas," con una clara presunción de inconstitucionalidad; f) surgimiento de los denominados derechos sexuales; g) efectivización de los derechos sociales; h) protección judicial de derechos colectivos; i) vasto desarrollo de la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión; j) obligatoriedad de seguir las pautas jurisprudenciales establecidas por

los tribunales internacionales; k) ejercicio del control de "convencionalidad", es decir, de su adecuación a los principios y las normas del derecho internacional de los derechos humanos, y no sólo de constitucionalidad de las normas internas, por parte de los jueces nacionales; l) flexibilidad y distintas clases de sentencias que pueden dictar los tribunales constitucionales: formulación de recomendaciones, fijación de plazos para la mejora y adecuación a las exigencias constitucionales. Estas medidas permiten la coordinación de las funciones de los tribunales constitucionales con las de los otros poderes. Se trata de las denominadas sentencias aditivas y exhortativas.

En este orden expositivo, resulta de gran relevancia tener presente que a la par de esta metamorfosis del derecho interno neoconstitucionalista, se observa un fuerte influjo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; ya que este ordenamiento jurídico ubica a la persona humana como sujeto del derecho internacional y provoca que haya una redefinición de la soberanía de los Estados. Es por ello que es cada vez más común encontrar en las constituciones que su catálogo de protección de los derechos humanos se encuentra enriquecido con el reconocimiento expreso que hacen de los tratados internacionales en el corazón de las mismas; situación jurídica a la que Ferrer Mac-Gregor (Mac-Gregor 2010, 24) denomina la "constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos". Tal situación se ha convertido en uno de los elementos que caracteriza a las constituciones contemporáneas que a lo largo de esta aparatado nos hemos referido.

En las apuntadas condiciones, el nuevo constitucionalismo con su centralidad en los derechos fundamentales y con el papel protagónico que desempeña el Poder Judicial (sin olvidar tanto el poder legislativo como el ejecutivo también realizan su labor al respecto) fortalece significativamente los sistemas con democracias representativas, pues la labor se enfoca, según Aharon Barak (Barak 2009, 2-28) en "cerrar la brecha entre el derecho y la sociedad y proteger a la Constitución y a la democracia misma"; es decir, la integridad del reciente Estado de Derecho Constitucional.

Así, la democracia en la nueva dinámica constitucional ya no es concebida con definiciones meramente procedimentales, sino que además se le adhieren características sustanciales que establecen la centralidad de la protección de los derechos fundamentales; siendo este tópico del que nos ocuparemos a continuación.

III. La protección de los derechos humanos como pilar fundamental de la Democracia Constitucional

Como fue ampliamente expuesto, la teoría del neoconstitucionalismo está circunscrita al denominado Estado Constitucional de Derecho, mismo que posee un sistema democrático constitucional de carácter representativo, en el que la protección de la dignidad humana a través de un amplio catálogo de derechos fundamentales y su correspondiente protección a través de garantías bien definidas, se antoja como pilar fundamental de las sociedades contemporáneas.

Aunado a lo anterior, Luigi Ferrajoli (Ferrajoli 2008, 28-32), sostiene un modelo de democracia, al que llama democracia constitucional, que surge de una transformación radical de paradigma acerca del papel del derecho desarrollado en los últimos cincuenta años; transformación que se percibe con posterioridad a la derrota del fascismo y del nazismo. El doctor Ferrajoli no denomina a esta nueva dinámica del Derecho constitucional como neoconstitucionalismo, ya desarrollado en supralíneas, sin embargo, tal paradigma obedece a la teoría antes descrita. De hecho, se le considera como uno de los grandes teóricos de la misma, aunque algunos rasgos de su teoría diverjan de algunos puntos que son esenciales en la teoría de ese nuevo derecho constitucional.⁶

De esta manera, las definiciones de democracia de la vieja guardia teórica no responden a los cambios vertiginosos que experimentan día con día las sociedades que se desenvuelven al abrigo de un sistema democrático constitucional; en este sentido, Ferrajoli llama la atención completa del mundo académico internacional con su democracia constitucional, la incluye el respeto de los derechos humanos como elemento sustancial de una verdadera democracia, no haciendo alusión a la mera concepción procedimental de la misma, entendida como la facultad del ciudadano para elegir a sus representantes de manera periódica. Así, en la que se ha mencionado es la obra de su vida, el respetable académico italiano puntualiza lo siguiente (Ferrajoli 2007, 96):

La democracia constitucional, o la constitución democrática, consiste pues no sólo en la representatividad política de las funciones de gobierno y en la separación de las de garantía, sino también en el conjunto de las normas que limitan y vinculan el ejercicio de los poderes públicos a la garantía de los derechos vitales de todos. No es sólo un método de decisión basado en el ejercicio de los derechos políticos y de los derechos civiles de autonomía establecidos por sus normas formales de reconocimiento. Es además un conjunto de normas sustantivas que definen, como su razón social, la esfera de lo "indecidible que" o "que no": de lo que a la autonomía política y civil les está prohibido decidir, como garantía de los derechos de

⁶ Respecto de esas divergencias resulta interesante y enriquecedor el análisis que Prieto Sanchís realiza de su magna obra: *Principia Iuris*. (Sanchís 2010, 273-310).

libertad, y de lo que es obligatorio decidir, como garantía de los derechos sociales. En suma, está dotada, además de la dimensión formal asegurada por un conjunto de reglas del juego, también de la dimensión sustancial de la que depende la calidad del juego democrático. El constitucionalismo democrático consiste precisamente en la conjunción de ambas dimensiones, una basada en la legitimación política de las instituciones de gobierno y otra en la legal de las instituciones de garantía, cuyo nexo de medio a fin equivale al nexo de racionalidad instrumental que pone a la racionalidad formal asegurada por la primera al servicio de la racionalidad sustancial diseñada por la segunda.

Con esta definición de la democracia quedan atrás las viejas acepciones de la misma, que unánimemente fue compartida por Kelsen, Bobbio, Schumpeter, Popper, Dahl, Waldron y Sartori. Acepciones todas de naturaleza formal donde se ponen en relieve únicamente los procedimientos adecuados para garantizar la voluntad de la ciudadanía, o sea, sólo el quién (el pueblo o sus representantes) y el cómo (la regla de mayoría) de las decisiones, sin importar los contenidos, cualesquiera que ellos sean (Erbetta 2009, 34).

Si se prescindiera de los límites de carácter sustancial la propia democracia se encontraría en peligro, pues a través de métodos "democráticos" (simplemente establecidos por la mayoría) ha sido posible suprimir los derechos políticos, el pluralismo político, la división de poderes, la representación; todo un sistema de democracia política. Baste recordar el fascismo italiano y el nazismo alemán (Ferrajoli 2011, 33-39).

Sin duda, los derechos humanos ocupan el centro de la democracia contemporánea o, como la denomina Ferrajoli, la democracia constitucional al implementar su protección en todo un engranaje constitucional. "Sin estos derechos no podemos tener una verdadera democracia". Si se retirasen estos derechos de la democracia, ésta pierde toda su esencia; se convertiría en un elemento completamente vacío (Barak 2009, 22). Así, con este contexto neoconstitucionalista es labor de los jueces proteger y sostener los derechos humanos en colaboración de los poderes legislativo y ejecutivo.

IV. La reforma constitucional de derechos humanos como fruto del neoconstitucionalismo y como paradigma en el fortalecimiento de la democracia

Con las precisiones apuntadas hasta el momento, nos ha sido posible dilucidar que el Derecho ha experimentado cambios realmente trascendentes a partir de la segunda posguerra, donde los ordenamientos jurídicos poseen características o elementos del todo diferenciados del constitucionalismo de la época moderna, o del Estado de Derecho Legal. Nuestra realidad actual se encuentra inmersa en un cúmulo de circunstancias de carácter jurídico, político y económico de gran complejidad en el que el Estado de Derecho Constitucional con una gran tendencia a la concepción de democracia de carácter ferrajoliano, centraliza sus esfuerzos en la máxima protección y garantía de la dignidad humana. El neoconstitucionalismo se posiciona, pues, como una teoría concatenada a la naturaleza misma del Estado Constitucional de Derecho.

El Estado Mexicano entra en la nueva dinámica constitucionalista con la reforma realizada a su Constitución el diez de junio de 2011 (D.O.F. 10 de junio 2011), pues esta posee los elementos esenciales que caracterizan a las ampliamente descritas "neoconstituciones". Con esta precisión, podemos mencionar, entonces, que en los primeros tres párrafos del artículo primero se encuentra la columna vertebral de esta paradigmática reforma, el cual resulta de utilidad sea descrito con todas sus letras:

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

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

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

De las líneas anteriores se desprenden características de fuerte influencia neoconstitucional, a saber:

a) La "constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", con el reconocimiento expreso que se hace de los derechos fundamentales que se encuentren inmersos en los tratados internacionales de los que México forme parte.

b) El control difuso de la constitucionalidad y de la convencionalidad.

c) La implementación de la interpretación normativa conforme a la Constitución y los tratados internacionales que forman parte de ella, y bajo los principios *pro personae*, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Con estas grandes líneas, la Constitución Mexicana, establecida desde diez de junio de 2011, se ha sometido a lo que Guastini (Guastini 2001, 155-164) denomina la plena "constitucionalización del ordenamiento jurídico" (neoconstitucionalismo); proceso jurídico que significa, en descripción del mismo autor, "un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una constitución extremadamente invasora, entrometida, capaz de condicionar tanto a la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos así como las relaciones sociales. Dicha constitucionalización no es un proceso bipolar (verdadero o falso), sino que se puede ir dando conforme cada ordenamiento vaya reuniendo algunas características."

Las condiciones necesarias para dicho proceso son las siguientes: a) Incorporación de una Constitución rígida, que incluye los derechos fundamentales. b) La garantía jurisdiccional de la supremacía constitucional. c) La fuerza vinculante de la Constitución, que no es un conjunto de normas programáticas, sino preceptivas. d) La sobreinterpretación de la Constitución, ya que se le interpreta de manera extensiva y se deducen de ella sus principios implícitos. e) La aplicación directa de las normas constitucionales, que también se aplican a las relaciones entre particulares. f) La interpretación conforme a la Constitución de las leyes y normas inferiores. g) Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas.

Todos y cada uno de los elementos de un proceso de constitucionalización del derecho, en términos de Ricardo Guastini, son cubiertos por la multicitada reforma constitucional de derechos humanos. Tal situación equivale a decir que México, como se ha apuntado en varias ocasiones, le ha dado la tan esperada bienvenida a la teoría del neoconstitucionalismo. Lo anterior porque:

a) El Estado Mexicano cuenta con una *constitución rígida*, pues cuenta con principios en lo que no puede ser modificada de manera sencilla.

b) El artículo primero establece expresamente que los derechos humanos deberán ser plenamente "*garantizados*" por todo el engranaje estatal, dentro de los que se encuentra el Poder Judicial.

c) Se establece ampliamente la *fuerza vinculante de la Constitución* al establecerse como obligatorios todos y cada uno de los artículos de la misma, pues, como bien lo dice

el doctor Carbonell (Carbonell 2010, 167), "tradicionalmente no se consideraban como vinculantes las normas programáticas (derechos sociales) o los principios; estos ahora ya no se conciben como simples programas de acción política o catálogo de recomendaciones a los poderes públicos."

d) Se experimenta una *sobreinterpretación de la Constitución* pues ahora todas las autoridades se encuentran obligadas a interpretar la misma de manera extensiva, con base en principios explícitos en implícitos; así, con esta sobreinterpretación, siguiendo a Guastini (Guastini 2001, 160), "no quedan espacios vacíos de (o sea, libres del) derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada por una u otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de la legitimidad constitucional."

e) En la misma se establece que "la influencia del derecho constitucional se extiende, desde esta perspectiva, tanto a su objeto tradicional de regulación que son los poderes públicos, sus competencias y sus relaciones con los particulares, como a las diversas ramas del derecho privado, que también se ven condicionados por los mandatos constitucionales, entre los cuales destacan las normas constitucionales que establecen los derechos fundamentales (Carbonell 2010, 168).

f) *La aplicación directa de la norma constitucional* se establece con el control difuso de la constitucionalidad y la convencionalidad a la que se encuentran obligados a implementar todas las autoridades, con especial relevancia las jurisdiccionales. Aspecto que resalta a la vista por la implicación del mismo, ya que con él los jueces de todos los niveles (locales, estatales, federales) se encuentran facultados a realizar dicho control.

g) Se cuenta con la *interpretación conforme de las leyes*, lo cual significa no precisamente una interpretación de la Constitución, sino de la interpretación de la Ley. Al respecto resulta didáctica la cita que hace Carbonell (Carbonell 2010, 169) de Javier Jiménez Campo cuando menciona que " la interpretación conforme se da cuando , al tener un juez la posibilidad de aplicar a un caso concreto la interpretación X1 de una ley o la interpretación X2, opta por la que sea más favorable para cumplir de mejor forma con algún mandato constitucional. Desde luego, la interpretación conforme también significa que ante una interpretación de la ley que vulnera el texto constitucional u otra interpretación de la misma ley que no lo vulnera, el juez prefiere esta última."

h) Por último, *la influencia de la Constitución en las relaciones políticas*, se encuentran sometidas al mandato constitucional y bajo los límites de los derechos fundamentales.

Como puede verse, algunos de los elementos descritos ya eran parte de nuestro sistema constitucional, pero otros tantos, los que han permitido el cambio al neoconstitucionalismo, no lo eran. Con lo anterior percibimos que el nuevo documento constitucional cobra una vida que hasta la fecha multicitada no había sido experimentada por el sistema jurídico mexicano, situación que la eleva a completo paradigma en el fortalecimiento integral del Estado Constitucional de Derecho, del mismo modo se da el paso que faltaba para una verdadera "democracia constitucional" con sus elementos formal y sustancial, justo como Ferrajoli lo establece de forma magistral.

V. Retos y perspectivas

Sin duda, como lo señala el profesor argentino Luis Rodolfo Vigo (Vigo 2006, 412) estamos de acuerdo en el nuevo derecho constitucional contemporáneo; sin embargo es necesario advertir, que ante la entrada en vigor de la reforma constitucional en cita el día 10 de junio de 2011 en México, se vive un nuevo paradigma constitucional, y como consecuencia una revolución, en el entendimiento del derecho en su parte formal y material, que incide, en todas las funciones del Estado y más aún en aquellas, directas al ejercicio profesional de los poderes públicos y en especial en la educación del derecho.

Ante ello, es necesario advertir, que no es tarea fácil, pues al inicio como todas las cosas, es difícil, sin embargo el sistema jurídico mexicano, le debe dar la bienvenida a esta nueva forma de ver y aplicar el derecho en México; no obstante, señalar que depende de los poderes públicos, la comunidad jurídica y la académica principalmente, la obligación de hacer eficaz y eficiente, el objetivo primordial del gesto legislativo en transitar al ejercicio pleno del Estado de derecho constitucional de nuestro país, pues nos encontrábamos rezagados en comparación con otros países en América Latina y más aún de Europa.

Ahora bien, existen algunas preocupaciones de los constitucionalistas y advertencias a la vez, para que al transitar al estado de derecho constitucional pleno, se eviten la existencia de activismo institucional y personal de quienes operan este nuevo sistema, como podría ser: a) El activismo judicial b) Una interpretación excesiva e inadecuada de los principios y valores establecidos en la constitución c) Devaluación de la actividad de los poderes ejecutivo y legislativo d) El empoderamiento de los jueces e) La idealización personal en la interpretación de la Constitución f) La moralización excesivo del derecho g) La falta de equilibrio entre poderes legislativo,

ejecutivo y judicial h) El debilitamiento de las instituciones públicas i) La excesiva aplicación de la jurisprudencia j) La politización de la justicia k) La falta de seguridad jurídica como producto de la interpretación judicial l) La abstracción del derecho m) El debilitamiento del Estado; entre otros.

Por otra parte, la misma doctrina constitucional ha señalado que para evitar que esto suceda y en realidad lograr un equilibrio que haga eficaz el objetivo del legislador al haber llevado a cabo la reforma constitucional en cita, es necesario replantear e integrar como medidas preventivas las siguientes: a) alta responsabilidad judicial, profesional y democrática b) buena argumentación jurídica al resolver el caso concreto c) conocer y aplicar el derecho progresivo con base en el precedente d) cultura eficaz y eficiente de la interpretación constitucional e internacional e) ética en la función pública del juez f) ética en la función de los poderes públicos legislativo y ejecutivo g) humanización e integración de los poderes públicos con perspectiva de protección a los derechos humanos h) capacitación y mejora constante de los integrantes de los poderes públicos i) políticas públicas de respeto a los derechos humanos j) cultura de patriotismo y nacionalismo k) medidas de autocontrol judicial l) fortalecimiento integral de las funciones del Estado, y de las reglas que éste debe respetar en los derechos humanos.

Un reto importante que se tiene, para hacer efectiva la reforma constitucional del 10 junio 2011, pues si se logra la consolidación de todos estos retos y perspectivas encaminadas a cumplir el objetivo de la referida reforma, México estará transitando hacia la consolidación de un sistema democrático representativo conforme los cánones de nuestra norma máxima, por ello, es necesario, seguir con paso firme y con un sentido democrático, las reglas de ética profesional en el ejercicio del encargo, que debe cumplir un juez constitucional.

La reforma constitucional en cita, es un evento trascendente para la vida democrática mexicana, en ésta, por primera vez, de manera material, todas las autoridades del país al llevar a cabo su función, tiene la ineludible obligación, de que al estar frente a una norma que contenga derechos humanos, debe interpretarla en sentido amplio, sin importar de que sea aplicado por autoridad judicial, administrativa o de cualquier otra índole, hoy día, todas las autoridades sin importar la materia o grado, están obligadas a llevar a cabo su función conforme a los principios y valores que establece la Constitución.

Todas las autoridades en el ámbito de su competencia, coadyuvarán al cumplimiento efectivo del fin de la reciente reforma constitucional de 10 junio 2011, es una tarea importante, que sin duda tendrá efectos inmediatos a corto, mediano y largo plazo, quizá con algunos desaciertos pero, estamos iniciando hacia una travesía que con

toda seguridad estaremos cultivando una cultura del respeto a los principios y valores que establece la Constitución; ante ello, los resultados serán alentadores, pues estamos frente al inicio verdadero, de tomar en cuenta, que el Estado, se convertirá en un guardián permanente del respeto de los derechos humanos, logrando así, un avance en la defensa del principio de la democracia en México.

No se debe tener temor, al activismo judicial del que ya se ha hablado, y que éste ante la inexperiencia de antecedentes, puede desquiciar como lo dice Rodolfo Vigo de manera esquizofrénica el sistema jurídico; debemos aprender de la historia en el sentido de que tanto el ejecutivo como el legislativo han aplicado el poder de manera muy característica, el primero de ellos en el siglo XX y el segundo en el siglo XIX, sin embargo, ambos terminaron llevando a cabo su función de manera excesiva con una flagrante violación a los derechos humanos; ante ese exceso, es que hoy surge la necesidad de que el poder judicial sea quien retome los valores de la justicia y las aplique bajo un criterio de razonabilidad en equilibrio.

Esto significa, que ante toda actuación del poder público a través del ejercicio judicial, debe lograr un equilibrio entre los poderes del Estado, que juntos logren una sinergia judicial y funcional para beneficio del conglomerado que habitan en el Estado, pues es el objetivo de toda democracia constitucional.

Ante la ferviente necesidad de transitar al ejercicio pleno de la democracia constitucional moderna, México se perfila hacia una nueva conceptualización del derecho y éste como mejor mecanismo de encontrar armonía y paz social que tanto anhela, basados principalmente en las corrientes neoconstitucionalistas que han dado resultado desde la mitad del siglo XX hasta la actualidad, ante ello como principal motivo para hacer efectivo el derecho humano, que sirve como centro de regulación en los estados democráticos.

Una vez consolidada la reforma constitucional en nuestro país, tanto el poder legislativo como el ejecutivo, irán positivizando, con un criterio democrático acorde a la Constitución su función, esto facilitará y coordinará, las acciones de los tres poderes políticos en México, el legislativo emitiendo leyes acordes al principio democrático que establezca la carta magna, el ejecutivo se encargará de ejecutarlas y el poder judicial de aplicarlas; al lograr este estado; es cuándo podremos establecer la consolidación de la reforma constitucional publicada el 10 junio 2011.

No debemos olvidar, que el Estado mexicano es una República Federal, sin embargo podríamos pensar, que como cada una de las entidades federativas, que conforman la Federación, es autónoma independiente en cuanto su régimen jurídico interior, éstas, podrían obstaculizar su objetivo, sin embargo, cuando se aprobó la reforma constitucional en cita, fueron enviadas a cada una de las partes federadas,

logrando que la éstas, las aprobaran, como consecuencia, no existe resistencia por parte de ellas para la aplicación de manera progresiva e inmediata.

Así pues, los jueces de cada Estado, deben estar cautos y prudentes, pero confiados a la vez de ejercer los nuevos retos, del nuevo constitucionalismo ante esta nueva era; así como las instituciones educativas en la formación de los nuevos abogados del siglo XXI, sin duda instituciones protagonistas en el ejercicio y aplicación del derecho moderno en México.

VI. Consideraciones finales

Del cuerpo de la presente investigación desprendemos los siguientes puntos conclusivos, a saber:

El neoconstitucionalismo es producto de profundas transiciones del Estado de Derecho, surge como una reacción al legicentrismo del Estado Legal de Derecho tomando al post-positivismo como teoría filosófica conciliadora de las formas puras del iusnaturalismo y el positivismo. El nuevo derecho constitucional implementa una lectura moralista o eticista del Derecho en la que los principios inmersos en los derechos fundamentales garantizan y protegen de manera integral a la dignidad humana.

Ese Estado de Derecho Constitucional que abraza las nuevas teorías de la constitución, se encuentra íntimamente relacionado con la consolidación de un Estado Democrático, pero no de cualquier democracia, sino de la que además del elemento formal de la misma, se encuentre el elemento sustancial en el que los derechos humanos se levantan como límites en el actuar del poder del Estado. Luigi Ferrajoli define de esta manera a su democracia constitucional, marcando un hito internacional por la construcción de la misma. La democracia hoy en día ya no se puede concebir sin la protección y garantía de los derechos vitales.

En este contexto, la reforma constitucional de derechos humanos de diez de junio de 2011, se pone acorde con la teoría constitucionalista al implementar, principalmente, a través de su paradigmático artículo primero, la constitucionalización del Derecho Internacional de los derechos Humanos, el control difuso de la constitucionalidad y la convencionalidad especialmente de los miembros del Poder Judicial; así como la implementación de los principios de "interpretación conforme" y *pro personae*, así como los que caracterizan la naturaleza de los derechos humanos.

Sin duda, México tiene un gran reto para ser efectiva la reforma constitucional que recién acaba de llevar a cabo en 2011, y tendrá que llevar a cabo varias acciones para su consolidación, entre ellos, el apoyo de todas las autoridades estatales y federales, especialmente las académicas en la formación del abogado del siglo XXI, así como evitar el activismo judicial personal e institucional, y como reto fundamental, lograr el equilibrio entre los poderes tanto estatales como federales; la consolidación del sistema constitucional moderno, sin duda convertirá al Estado como guardián permanente de la protección de los derechos humanos de los habitantes del Estado mexicano, y esto ayudará a cumplir con el Instituto Democrático moderno del presente siglo.

VII. Fuentes consultadas

Barak, Aharon. 2009. *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Barroso, Luis Roberto. 2008. *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho: el triunfo tardío del derecho constitucional en Brasil*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

Capeletti, Mauro. 1986. "¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la justicia constitucional". *Revista Español de Derecho Constitucional*.

Carbonell, Miguel. 2010. Neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. En *El canon neoconstitucional*, coords. Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, 161-171. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011.

Erbetta, Daniel. 2009. *Luigi Ferrajoli: paradigmas de la democracia constitucional*. Buenos Aires: Ediar.

Ferrajoli, Luigi. 2008. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, Luigi. 2011. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Trotta.

Ferrajoli, Luigi. 2007. *Principia Iuris. Teoría del Derecho y de la Democracia*. Vol. 2 de *Teoría de la democracia*. España: Trotta.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. 2010. Voto razonado en Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. Párr. 29. Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Gil Rendón, Raymundo. 2011. "El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales." *Quid Iuris* 12 (enero-marzo): 43-61.

Guastini, Riccardo. 2001. *Estudios de teoría constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM y Fontamara.

Nieto Castillo, Santiago. 2002. *La interpretación de los órganos electorales*. México: Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política.

Sanchís Prieto, Luis. 2010. Principia Iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional. En *El canon neoconstitucional*, coords. Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo, 273-310. Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Sanchís Prieto, Luis. 2005. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. En edición Miguel Carbonell, *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta.

Santiago, Alfonso. 2008. Neoconstitucionalismo. Conferencia presentada en la *Sesión Privada del Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, 3 de abril de 2008, Argentina. ANCMYP, <http://www.ancmyp.org.ar/nosotros.asp?menu=HOME> (consultada el 2 de mayo de 2012).

Vigo, Rodolfo Luis. 2008. Constitucionalización y neoconstitucionalismo: riesgos y prevenciones. En *La ciencia del derecho procesal constitucional. estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T. VI, interpretación constitucional y jurisdicción electoral*, coords. Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, 403-451. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.

La **Reforma Constitucional**
de **Derechos Humanos**
como fruto del
Neoconstitucionalismo

y como **Paradigma** en el
Fortalecimiento de la Democracia

El Estado de Derecho ha sufrido importantes transformaciones dentro de los cuales se circunscribe el Estado Constitucional de Derecho como reacción al Estado Legal de Derecho. El primero encuentra su nacimiento en la segunda posguerra como producto de una conciencia profunda del daño atroz que se puede hacer a la dignidad humana en nombre de la Ley. Como consecuencia de lo anterior surge una nueva manera de concebir la teoría constitucional dando como resultado lo que hoy conocemos como neoconstitucionalismo; un movimiento jurídico que centraliza la protección y garantía integral de la dignidad humana con una nueva manera de leer las constituciones, lectura en la que se denota un fuerte contenido de eticidad y moralidad.

Esta obra sostiene que la reforma constitucional de derechos humanos de diez de junio de 2011 ha permitido que la democracia del Estado Mexicano se vea grandemente fortalecida, pues la misma es un producto de la nueva teoría neoconstitucionalista en la que la atención se centra en la protección y garantía de los derechos vitales haciendo que el mismo transite a una sólida "democracia constitucional" en términos ferrajolianos.



Ángel Durán Pérez

Eréndira N. Ramos Vázquez