

¿SON LOS JUECES CONSTITUCIONALES GUARDIANES SUSTANTIVOS?

ARE CONSTITUTIONAL JUDGES SUBSTANTIVE GUARDIANS?

Jesús Ángel Cadena Alcalá*

Resumen

Analizar las cualidades sustantivas del juez constitucional en el constitucionalismo contemporáneo no es una tarea sencilla; sin embargo, representa un estudio de suma importancia y valía para el Estado constitucional de Derecho. La actuación primigenia en la protección integral de normas sustantivas, el efecto reparador *in integrum* ante posibles violaciones y la visión expansiva y maximizadora para una tutela integral de derechos fundamentales, son solo algunos aspectos que renuevan el estatus del juez constitucional.

Por otro lado, la creación de nuevos derechos en la judicatura constitucional a través de la interpretación evolutiva y el actuar interamericano del juez constitucional a partir de la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, son dos elementos distintivos de su conformación contemporánea y de su labor de protección integral por cuanto hace al ejercicio de derechos fundamentales.

Por tanto, es válido presumir que el juez constitucional adquiere un enfoque preferente en los sistemas jurídicos contemporáneos, dado que representa el trascendental

* Maestro en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, especialista en Justicia Constitucional por la Universidad de Castilla La Mancha y en Justicia Constitucional y Tutela de los Derechos Fundamentales por la Universidad de Pisa, Italia. Profesor de la Universidad Nacional Autónoma de México, de diversas universidades en México y de las Casas de la Cultura Jurídica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Actualmente Secretario de Apoyo en la Escuela Judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Fecha de recepción: 17 de febrero de 2020.

Fecha de aceptación: 3 de agosto de 2020.

agente encargado de velar por el cumplimiento irrestricto y efectivo de los derechos, libertades y principios reconocidos en el constitucionalismo contemporáneo

Palabras clave: creación de nuevos derechos, derechos fundamentales, interpretación evolutiva, juez constitucional, garantías de protección, derecho internacional de los derechos.

Abstract

Analyzing the substantive qualities of the constitutional judge in contemporary constitutionalism is not an easy task; however, it represents a study of great importance and value for the constitutional rule of law. The primary action in the integral protection of substantive norms, the reparative effect in integrum before possible violations and the expansive and maximizing vision for an integral protection of fundamental rights, are only some aspects that renew the status of the constitutional Judge.

On the other hand, the creation of new rights in the constitutional judiciary through the evolutionary interpretation and the inter-American action of the constitutional judge on the basis of the constitutionalization of international human rights law are two distinctive elements of its contemporary composition and its work of comprehensive protection in terms of the exercise of fundamental rights.

Therefore, it is valid to assume that the constitutional judge takes a preferential approach in contemporary legal systems since he represents the transcendental agent responsible for ensuring the unrestricted and effective fulfilment of the rights, freedoms and principles recognized in contemporary constitutionalism.

Keywords: *creation of new rights, fundamental rights, evolutionary interpretation, constitutional judge, protection guarantees, international rights law.*

I. Introducción

El presente trabajo tiene por objeto analizar las cualidades esenciales de la figura del Juez constitucional en el constitucionalismo contemporáneo, a razón del reconocimiento de derechos fundamentales causantes de su estatus primigenio y de su calidad de guardián sustantivo de la Constitución.

Diversas interrogantes son las que se pretenden resolver, como ¿quiénes son los jueces constitucionales?, ¿cuál es su labor dentro de la protección efectiva de los derechos fundamentales?, ¿cómo actúan ante un acto de violación al ejercicio de derechos fundamentales? y ¿a qué conlleva su deber de reparación integral?

Sin duda son múltiples y heterogéneos los factores que constituyen la labor de los jueces constitucionales. Sin embargo, un aspecto preponderante es la protección efectiva y eficaz de los derechos fundamentales, reconocidos tanto de manera explícita como implícita en los textos constitucionales.

Dicha protección conlleva un entendimiento no taxativo de las constituciones contemporáneas, ya que además de nutrirse por las normas sustantivas del derecho internacional, es decir, aquellas que *prima facie* reconocen un derecho humano; también se complementan de las interpretaciones que realizan los órganos jurisdiccionales especializados, llámese tribunal constitucional o tribunales supranacionales en materia de derechos humanos, a través de la creación de nuevos derechos o derechos no enumerados.

En ese contexto, es claro que existen diversas tareas u obligaciones a las que se enfrenta el juez constitucional en su quehacer jurisdiccional, todas ellas destinadas a una protección integral de los derechos fundamentales. Por lo que, es importante preguntarnos si el juez constitucional debe concebirse también como un juez interamericano y de qué mecanismos de protección procesal debe allegarse para resolver cuestiones constitucionales-convencionales.

Finalmente, es necesario indicar que el presente texto no pretende construir aseveraciones absolutas, en cambio, lo que busca es dar una aproximación de los factores que en el constitucionalismo contemporáneo sitúan al juez constitucional como el agente preponderante en la protección del ejercicio integral de los derechos fundamentales.

II. El juez constitucional y las garantías de protección al ejercicio de derechos fundamentales

El juez constitucional en el Estado constitucional de Derecho adquirió un papel principal en la protección de los derechos fundamentales; y, por ende, en su deber de protección y reparo ante las eventuales violaciones que se propician por parte de los poderes públicos y privados (doble eficacia de los derechos fundamentales).¹

Si bien, es puntual asumir que las normas de contenido sustantivo constitucional gozan de una aplicación directa, y con ello no demandan *per se* un desarrollo legislativo accesorio para que resulten realizables y exigibles, lo cierto es que requieren de ciertas garantías de protección para su materialización constitucional.

Es así como la efectividad de los derechos fundamentales depende en gran medida de la efectividad de las garantías de protección, formándose una relación de proximidad y necesidad. Bajo esa apreciación es menester cuestionarnos qué son las garantías-protección y cómo actúan en la protección de los derechos fundamentales.

En primera instancia, debemos entender por garantía a los diversos mecanismos implementados por el Estado para satisfacer el pleno ejercicio de los derechos fundamen-

¹ Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018, pp. 83 y 84.

tales. En conjunto, la conformación de deberes, obligaciones, prohibiciones o medios para lograr la satisfacción de los derechos, como bienes constitucionales verdaderamente realizables.²

Luigi Ferrajoli sostiene que las garantías de protección son correlativas a los derechos y a los intereses constitucionalmente establecidos, así como a la separación entre poderes que impidan sus confusiones o concentraciones.³ En tanto que dichas garantías satisfacen el desarrollo integral de los derechos y principios que se reconocen en el orden constitucional y dotan de competencias o atribuciones armonizadas a los poderes públicos para lograr su satisfacción.

Bajo esa impresión, expresamos una diferencia específica entre garantías primarias y secundarias (garantías de protección).

Las garantías primarias consisten en: “las obligaciones y prohibiciones inmediatamente correlativas a los derechos establecidos en las constituciones”,⁴ es decir, son aquellos deberes, prohibiciones u obligaciones que impositivamente propone la Constitución para que sean protegidos por todas las autoridades.

Por su parte, las garantías secundarias se conciben como la reparación judicial de las violaciones a las garantías primarias,⁵ siendo aplicadas por los Jueces constitucionales⁶ para revertir una actividad irregular que propicie un menoscabo en el ejercicio de los derechos fundamentales.

En el mismo tenor, Humberto Nogueira Alcalá puntualizó que las garantías jurisdiccionales se conciben como “la piedra angular de la defensa de los derechos esenciales...”. Sólo cuando existe tal control puede sostenerse la existencia de una protección de los derechos”.⁷ Por tanto, gozan de una naturaleza principal para responder al amparo efectivo de los derechos fundamentales en los Estados constitucionales de Derecho.

Así, caracterizadas las garantías debido a su adecuada clasificación, es preciso preguntarse cómo operan las garantías de protección en el constitucionalismo contemporáneo.

Para dar respuesta al cuestionamiento anterior, es necesario rescatar que las garantías de protección operan como reglas constitucionales, pues son imperativos cerrados que implican un determinado actuar por parte de los poderes públicos para satisfacer la cobertura que ofrecen en los derechos fundamentales (contenido esencial);⁸ y que a su

² Pino, Giorgio, *El constitucionalismo de los derechos. Estructura y límites del constitucionalismo contemporáneo*, Lima, Zela, 2018, p. 94.

³ Ferrajoli, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalista garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid, Trotta, 2014, pp. 56 y 57.

⁴ *Ibidem*, p. 62.

⁵ *Idem*.

⁶ El juez constitucional se aprecia como el agente encargado de la protección y estabilidad de la Constitución, ya sea por ser el encargado para desahogar procesos constitucionales; o bien, porque está sometido a su cumplimiento y observancia, en aras de salvaguardar integralmente su contenido.

⁷ Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y Dogmática de los derechos fundamentales*, cit., p. 121.

⁸ Fernando Silva García menciona que “La noción de contenido esencial guarda íntima relación con el objeto del derecho fundamental: aquello que garantiza. Todo derecho fundamental es un ámbito de plena inmunidad frente a la coacción del Estado o de terceros, con el propósito de asegurar al individuo o a los colectivos en los que se integre una determinada expectativa de conducta. Sólo de ese modo la Constitución garantiza la disponibilidad de los derechos fundamentales para su titular”, véase Silva García, Fernando, *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*, Ciudad de México, Miguel Ángel Porrúa, 2012, p. 19.

vez, son correlativos a las actuaciones del derecho privado, en virtud de la dimensión objetiva (de la Constitución).⁹

La referida protección multidireccional es entendida debido a la titularidad y ámbito de incidencia (supuesto de hecho), en la que se desenvuelve el derecho fundamental, de ahí que exista una vinculación entre el ámbito de exención del derecho y su debida disponibilidad a través de la protección que brinda una garantía de protección.

Ejemplo de ello, es la prohibición —garantía primaria— de discriminación, como elemento de protección preponderante del derecho a la igualdad. Misma que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha establecido que goza de una doble eficacia, como imperativo vinculante tanto en el ámbito público como en las relaciones entre particulares.¹⁰

Otras sentencias que hacen hincapié en esta cobertura de doble funcionalidad para las garantías de protección, son las emanadas del amparo directo en revisión 3886/2013 y del diverso amparo en revisión 338/2012; en donde la Primera Sala de la SCJN denotó la doble eficacia de la garantía primaria prohibitiva para acceder a las comunicaciones privadas (inviolabilidad de las comunicaciones), salvo que exista un conocimiento expreso por parte de su titular¹¹ o medie una orden judicial¹² que permita la obtención de datos almacenados en los dispositivos móviles.

Una clara demostración es la sentencia dictada por el Tribunal Pleno en el expediente varios 1396/2011, donde se refirió que la prohibición de actos de tortura como garantía primaria, vincula a todas las autoridades a su deber de protección efectivo y predominante a razón de salvaguardar el derecho fundamental a la integridad personal, tanto en el ámbito público como en el desarrollo de las relaciones *inter privados*.¹³

Definida su operatividad y ámbito de vigencia entorno a la eficacia *erga omnes* de los derechos fundamentales, es esencial sujetar su actuación con la operatividad por parte del juez constitucional.

Ahora bien, como sabemos, las garantías de protección son vinculantes para los poderes públicos, ya que son los entes encargados de velar por el ejercicio adecuado de los derechos fundamentales; sin embargo, existe una especificidad propia del enfoque primigenio del juez en el Estado constitucional de Derecho. En tesitura de que la aplicación de las garantías secundarias corresponde por excelencia a la función jurisdiccional.

⁹ Los derechos fundamentales tienen efectos *erga omnes*, siendo vinculantes como principios objetivos tanto para las autoridades como para los particulares, por lo que la garantía de su vigencia no se limita a que sean ejercidos por las personas, sino que deben ser asumidos y protegidos por el Estado. *Ibidem, op. cit.*, supra nota 2, pp. 84 y 85.

¹⁰ Tesis aislada XX/2013 de la Primera Sala, de rubro: “DERECHOS FUNDAMENTALES DE IGUALDAD Y DE NO DISCRIMINACIÓN. GOZAN DE EFICACIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XVI, t. I, enero de 2013, p. 627.

¹¹ Tesis: 1a. CCLXXX/2016 (10a.) de la Primera Sala, de rubro: “COMUNICACIONES PRIVADAS. EL HECHO DE QUE UNO DE LOS PARTICIPANTES DÉ SU CONSENTIMIENTO PARA QUE UN TERCERO PUEDA CONOCER SU CONTENIDO, NO IMPLICA UNA TRANSGRESIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL A SU INVOLABILIDAD”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 37, t. I, enero de 2016, p. 363.

¹² Tesis: 1a. CCCXXV/2015 (10a.) de la Primera Sala, de rubro: “COMUNICACIONES PRIVADAS. DEBE EXISTIR UNA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA INTERVENIRLAS, AUN EN CASOS DE INVESTIGACIÓN SOBRE DELINCUENCIA ORGANIZADA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 24, t. I, noviembre de 2015, p. 960.

¹³ Tesis: P. XXIII/2015 (10a.) del Tribunal Pleno, de rubro: “ACTOS DE TORTURA. SU NATURALEZA JURÍDICA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 24, t. I, septiembre de 2015, p. 234.

Con relación a lo descrito cabe preguntarnos ¿cuándo se activa una garantía secundaria?, ¿cuál es la imperiosa finalidad que debe concebir el juez constitucional en su aplicación?, ¿debe preferir una eventual restitución material o formal al derecho fundamental lesionado?

Desde el momento en que existe la disminución en la aplicación de una garantía primaria, y en consecuencia la transgresión al contenido esencial de un derecho fundamental cobra vigencia la aplicación de las garantías secundarias, como mecanismos para exigir y justiciabilizar las actuaciones irregulares o ilícitas por parte de los poderes públicos o privados.

Dividiéndose éstas en garantías ordinarias y constitucionales, mismas que al margen de sus posibles diferencias connaturales buscan en esencia proteger al orden jurídico en su conjunto y con ello la estabilidad del texto constitucional, derrotando al acto, omisión o enunciado normativo que lo contradiga. Es preciso señalar que la Constitución además de proteger derechos subjetivos, tiene una vigencia normativa objetiva que irradia en todo el orden normativo y por ende, sujeta en su actuación a todos los órganos jurisdiccionales con independencia de su función especializada.

Por tanto, la tarea del juez constitucional es y será buscar pormenorizadamente una reparación material al contenido orgánico y sustantivo de la Constitución, cuando éste es lesionado; en aras de establecer la anulabilidad del acto o enunciado normativo que no superó el tamiz de validez y que, por ende, deja de cobrar vigencia y efectos jurídicos. Tratándose de normas sustantivas debe valorar el restablecimiento del contenido esencial del derecho fundamental y la idoneidad de la medida adoptada en sede jurisdiccional; desde luego dicha reparación bajo el criterio *in integrum*.¹⁴

III. El juez constitucional como creador de nuevos derechos fundamentales. Un acercamiento a la Suprema Corte de Justicia de la Nación

La *rematerialización constitucional*¹⁵ que se generó a la culminación de la Segunda Guerra Mundial en la mayoría de los países de occidente y posteriormente en América Latina, representa un hito para una visión renovada del constitucionalismo contemporáneo (internacionalización del derecho constitucional).

¹⁴ Miguel Carbonell sostiene que la “reparación que en cada caso se determine debe ser idónea y congruente. La idea es que las medidas reparatorias sean adecuadas tomando en cuenta el tipo de afectación de que se trate, se determinarán las oportunas medidas reparatorias”, véase Carbonell, Miguel, *El ABC de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, 2a. ed., Ciudad de México, Miguel Ángel Porrúa, 2016, p. 34.

¹⁵ Al respecto Luis Prieto Sanchís sostiene que existe una rematerialización constitucional, esto es, la incorporación al texto no solo de normas formales, de competencia o procedimientos destinados a regular el ejercicio de los poderes y la relación entre los mismos, sino también y sobre todo de normas sustantivas que pretenden trazar límites negativos y vínculos a lo que dichos poderes están en condiciones de decidir legítimamente, véase Prieto Sanchís, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de Filosofía Jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 26.

Dicha renovación vislumbra la conformación de diversos derechos fundamentales reconocidos de manera explícita e implícita, esta última postura (reconocimiento implícito) parte de una cláusula constitucional abierta que comprende el descubrimiento y declaración de ciertas normas sustantivas posterior al lanzamiento de la Constitución y confeccionadas por el juez constitucional.¹⁶

La tesis de los derechos no enumerados presume: 1) un sistema que no se cierra u agota taxativamente y que permite la inclusión de nuevas cláusulas sustantivas derivado de los principios de apertura y elasticidad;¹⁷ y 2) la conformación de esos derechos por obra de la interpretación evolutiva—creativa que realiza el juez constitucional.

Bajo esa tesitura, resulta relevante establecer que la relación entre el juez constitucional y la protección efectiva de los derechos fundamentales, como binomio indisoluble se forja a razón de la necesidad que tiene el Estado de incitar a que no existan actos arbitrarios que pongan en riesgo la permanencia constitucional.

Desde luego que esta posición sitúa al juez constitucional como “la imagen de la confianza social, y de que sigamos teniendo esperanza de recibir justicia cuando se afectan nuestros derechos más preciados”.¹⁸ Tomando en consideración que el accionar de la judicatura constitucional se legitima a través de sentencias coherentes y racionales, así como de la apreciación primigenia que le otorga la sociedad como garante del contenido total de la Constitución¹⁹ y de su control jurídico.²⁰

Bajo esta apreciación: ¿qué papel juega el juez constitucional contemporáneo en una protección total de los derechos fundamentales?

La cuestión planteada implica advertir a dicho agente jurisdiccional no únicamente como un mero ejecutor de la ley²¹ o intérprete de ésta para controlar el poder político del legislador democrático;²² sino que también es indispensable advertir su visión creadora del derecho,²³ que con base en exigencias sociales²⁴ busca actualizar su contenido y cimentar un piso sólido para el desenvolvimiento de los derechos fundamentales.

¹⁶ Sagüés, Néstor Pedro, “Los tribunales constitucionales como agentes de cambio social”, *Diálogo Político*, núm. 4, 2010, p. 9.

¹⁷ Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989, p. 424.

¹⁸ Caballero González, Édgar S., *El diálogo jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con los Tribunales Constitucionales y Regionales*, Ciudad de México, Miguel Ángel Porrúa, 2019, p. 42.

¹⁹ Pérez Tremps, Pablo, *Sistema de Justicia Constitucional*, España, Thomson Reuters, 2010, p. 151.

²⁰ Sagüés, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, Ciudad de México, Miguel Ángel Porrúa, 2013, p. 6.

²¹ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, trad. de Siro García del Mazo, Madrid, General de Victoriano Suárez, t. I, 1906, p. 237.

²² Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, trad. Rolando Tamayo y Salmorán, Ciudad de México, Centro de Estudios Carbonell, 2017, pp. 40 y 41.

²³ María Isabel Lorca Martín de Villodres precisa que la actividad del juez y su desempeño jurisdiccional no se limita a una actividad técnica, deductiva y silogística, sino que también cumple con una visión creadora del derecho. En Lorca Martín de Villodres, María Isabel, “Interpretación jurídica e interpretación constitucional: La interpretación evolutiva o progresiva de la norma jurídica (El derecho como instrumento de cambio social)”, véase Narváez, José Ramón y Espinoza de los Monteros, Javier (coords.), *Interpretación jurídica: modelos históricos y realidades*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 244.

²⁴ Guastini, Riccardo, *Ensayos escépticos sobre la interpretación*, trad. César E. Moreno More, Lima, Zela, 2018, p. 200.

Esta visión que esquematiza la función del juez constitucional se justifica a razón de la evolución en el tiempo y la necesidad de adaptar el contenido de los derechos fundamentales a nuevos desafíos instrumentales. La consolidación de estos caminos (creadores) surgen únicamente por la producción de nuevos derechos, o no enumerados que se enmarcan en el constitucionalismo contemporáneo y que justifican la interpretación como una herramienta de cambio social.

Es así como dicho accionar, denota la apertura hacia un extenso transitar normativo de naturaleza sustantiva, cuyo objetivo se personifica a través de las sentencias constitucionales que dotan de nuevo contenido *prima facie* a los derechos fundamentales.²⁵

Al respecto, la Primera Sala de la SCJN al resolver el amparo directo 6/2008 instituyó el contenido esencial del derecho fundamental no enumerado al libre desarrollo de la personalidad,²⁶ como una libertad residual que contempla las acciones que realizan las personas en el ejercicio de su autonomía personal. Lo anterior conlleva aspectos que en principio, sólo incumben a la persona que busca materializarlos para un beneficio propio.

Dicho asunto analizó la relación de este nuevo derecho fundamental con el diverso a la identidad en sus vertientes personales, sexuales y de género, pues a partir de éstos, el sujeto se proyecta frente a sí mismo y dentro de una sociedad. Esta expresión de la individualidad de la persona influye notoriamente en su proyecto de vida y en todas sus relaciones sociales.

Asimismo, otro caso emblemático es donde la propia Primera Sala al resolver el amparo directo en revisión 1200/2014, creó el derecho fundamental a un nivel de vida adecuado.²⁷ Estableciendo su relación con la obligación de recibir alimentos, así como su doble eficacia de protección, ya que, si bien en un primer momento es exigible al Estado, es evidente que el mismo permea y se encuentra presente en ciertas relaciones que se entablan entre los particulares, especialmente en lo que se refiere a las obligaciones de filiación.

Diversa sentencia emblemática de nuestra SCJN es la que resuelve el amparo en revisión 1368/2015; a partir de la cual, se configuró el derecho fundamental a una vida independiente por parte de las personas con discapacidad.²⁸ Denotando que el contenido esencial de este derecho implica que la persona con discapacidad pueda contar con la

²⁵ Robert Alexy precisó que “Los principios ordena que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas. Por lo tanto, no contienen mandatos definitivos sino sólo *prima facie*”, véase Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1993, p. 99.

²⁶ Tesis: P. LXIX/2009 de la Primera Sala, de rubro: “REASIGNACIÓN SEXUAL. ES UNA DECISIÓN QUE FORMA PARTE DE LOS DERECHOS AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 17.

²⁷ Tesis: 1a. CCCLXI/2014 (10a.) de la Primera Sala, de rubro: “ALIMENTOS. LA OBLIGACIÓN DE OTORGARLOS A CARGO DE LOS ASCENDIENTES, DESCENDIENTES, HERMANOS O PARIENTES COLATERALES HASTA EL CUARTO GRADO DERIVA DE UN PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 11, t. I, octubre de 2014, p. 590.

²⁸ Tesis: 1a. CCCXXV/2015 (10a.) de la Primera Sala, de rubro: “PERSONAS CON DISCAPACIDAD. LA NEGACIÓN DE SU CAPACIDAD JURÍDICA CONSTITUYE UNA BARRERA PARA EJERCER SU DERECHO A UNA VIDA INDEPENDIENTE”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 66, t. II, mayo de 2019, p. 1262.

libertad de elección, la capacidad de control sobre las decisiones que afecten su vida y los mecanismos necesarios para tomar opciones sobre cómo ejercer el control sobre su vida y adoptar las decisiones que le afecten.

Finalmente, en el amparo directo en revisión 2766/2015, la Primera Sala de la SCJN conformó la creación del derecho fundamental a la reproducción asistida,²⁹ como un derecho tanto del hombre como de la mujer a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento de sus hijos. En ese contexto, la decisión de tener hijos a través del empleo de las técnicas de reproducción asistida pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar de una pareja,³⁰ y en la autonomía de la voluntad de las personas.

Con base en las sentencias referidas, es claro que el juez constitucional incorpora a los textos constitucionales derechos no enumerados,³¹ los cuales, pertenecen a la esfera del imperante cambio social que viven los Estados constitucionales de Derecho. Siendo así indispensable, la actualización de las normas de contenido sustantivo —no taxativas— que buscan el establecimiento de derechos y libertades básicas, inherentes e indispensables para las personas.

IV. ¿Quién es el juez constitucional interamericano? Concordancia práctica entre los derechos fundamentales nacionales e interamericanos en el sistema jurídico mexicano

La reforma constitucional del 10 de junio de 2011 incorporó a rango constitucional las normas de fuente internacional que reconocen derechos y libertades para las personas,³² lo que conlleva además de un reordenamiento jurídico; la impresión diferenciada de las funciones que realiza el juez constitucional. La concordancia práctica entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos se debe a la pormenorización sustantiva que ofrece un amplio catálogo de derechos fundamentales para las personas.

²⁹ Tesis: 1a. LXXVI/2018 (10a.) de la Primera Sala, de rubro: “DERECHO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. FORMA PARTE DEL DERECHO A DECIDIR DE MANERA LIBRE, RESPONSABLE E INFORMADA, SOBRE EL NÚMERO Y EL ESPACIAMIENTO DE SUS HIJOS, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 40. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 55, t. II, junio de 2018, p. 957.

³⁰ Tesis: 1a. LXXXVII/2019 (10a.) de la Primera Sala, de rubro: “DERECHO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. LO TIENEN LAS PAREJAS DE MATRIMONIOS HOMOSEXUALES”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 71, t. II, octubre de 2019, p. 1157.

³¹ Los derechos no se agotan con un catálogo escrito, sino que, existen derechos no enumerados o implícitos que deparan hospedaje constitucional, en la medida en que el sistema axiológico sea democráticamente generoso. En Bidart Campos, Germán J., “Los derechos ‘no enumerados’ en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional”, en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 104.

³² Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, Ciudad de México, Miguel Ángel Porrúa, 2009, p. 46.

En ese sentido, la llamada *constitucionalización* del derecho internacional de los derechos humanos³³ propicia la creación de un diálogo de convivencia normativa, a la luz del principio de preferencia sustantiva, así como una convergencia interpretativa³⁴ dentro de la función jurisdiccional.

El impacto que genera la inclusión en el principio de supremacía de las normas sustantivas de fuente internacional conlleva preguntarnos: ¿el juez constitucional se configura ahora en un juez interamericano?

El Pleno de la SCJN al resolver el expediente varios 912/2010,³⁵ precisó que el juez constitucional está vinculado a la aplicación de las normas de fuente internacional que reconozcan un derecho humano, así como a los criterios que al efecto emita la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aplicándolos de la manera más protectora para la persona.

Esa impresión fue complementada por lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011,³⁶ donde el Tribunal Pleno vinculó al juez constitucional a la aplicación de todos los criterios emitidos por la Corte IDH, aunque el Estado mexicano no haya sido parte en el conflicto respectivo, siempre y cuando se observe una interpretación más benéfica o menos restrictiva en atención al principio *pro persona*.

La complementariedad existente a la luz del *principio de interacción*, ha llevado a sostener que la interpretación en sede interamericana también goza de primacía constitucional en el sistema jurídico mexicano, debido a que forma parte integrante del llamado *parámetro de control de regularidad constitucional*.³⁷ En ese sentido, es claro que el juez constitucional también es un guardián interamericano, debido a la integración en sede constitucional del derecho internacional de los derechos humanos.

Sobre esas premisas, es entonces que ¿el juez constitucional realiza un control de constitucionalidad por convencionalidad?

La respuesta a dicha pregunta solo puede contestarse bajo la consideración de que el juez constitucional al encontrarse obligado a respetar los estándares que surgen del sistema interamericano de derechos humanos, debido a que son parte del texto constitucional, debe de realizar una especie de control constitucional por convencionalidad.³⁸

³³ Eduardo Ferrer Mac-Gregor precisa que: “La incorporación de los derechos humanos de fuente internacional al catálogo de los derechos fundamentales en las constituciones nacionales, implica un bloque de constitucionalidad, sirviendo como parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes y demás actos que violen dichos derechos”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica de derecho procesal constitucional comparado*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México-Marcial Pons, 2013, p. 671.

³⁴ “La constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos, abre la posibilidad de un control de convencionalidad ejercicio por los jueces de tribunales nacionales. Dada la interacción entre los órdenes jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección de los derechos humanos”, véase Rubio Mandujano, Saúl, *Control de convencionalidad y convergencia interpretativa*, Ciudad de México, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 63.

³⁵ Sentencia emitida en sesión del 14 de julio de 2011, por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de octubre del mismo año.

³⁶ Resuelta en sesión del 3 de septiembre de 2013, por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 5 de abril de 2014.

³⁷ Tesis: 1a. CCCXLIV/2015 (10a.) de la Primera Sala, de rubro: “PARÁMETRO DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL. SE EXTIENDE A LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA NACIONAL O INTERNACIONAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 24, t. 1, noviembre de 2015, p. 986.

³⁸ Tesis: 1a./J. 18/2012 (10a.) de la Primera Sala, de rubro: “CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD

Este examen de regularidad de un acto, omisión o enunciado normativo a la luz de las normas sustantivas de fuente internacional conlleva enjuiciar al propio texto constitucional en su amplia dimensión, dado el reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos, en términos de los párrafos primero y segundo del artículo 1° de la Constitución General.

Así lo sostuvo nuestro Máximo Tribunal al resolver la contradicción de tesis 350/2013 derivado del planteamiento de constitucionalidad-convencionalidad del artículo 174 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito con relación a la prohibición de usura prevista en el artículo 21.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.³⁹

Por tanto, es claro que el juez constitucional realiza exámenes de control de convencionalidad⁴⁰ en sede nacional, tanto de manera difusa como concentrada,⁴¹ con el fin de garantizar los elementos conformados de nuestro texto constitucional a la luz del *parámetro de control de regularidad constitucional*.

Finalmente, ¿a qué retos se enfrenta el juez constitucional en la aplicación del control de constitucionalidad por convencionalidad?

En el momento en que nuestro máximo tribunal resolvió la contradicción de tesis 293/2011, a la que hemos hecho referencia y dotó innecesariamente de primacía constitucional al texto de nuestra Constitución general y las restricciones expresas al ejercicio de derechos fundamentales que ésta prevé,⁴² complicó totalmente la actividad del juez constitucional respecto de la aplicación y vigencia del derecho internacional de los derechos humanos.

Se asevera lo conducente, porque en caso de que un acto o enunciado normativo guarde relación directa con una restricción expresa de orden constitucional al ejercicio de un derecho fundamental, el juez constitucional únicamente puede tener como *parámetro de validez* lo dispuesto en la Constitución general y en la jurisprudencia que al efecto emita el Poder Judicial de la Federación.⁴³ Cerrando las puertas al control de

(REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011)”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro XV, t. I, diciembre de 2012, p. 420.

³⁹ Tesis: 1a./J. 46/2014 (10a.) de la Primera Sala, de rubro: “PAGARÉ. EL ARTÍCULO 174, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA LEY GENERAL DE TÍTULOS Y OPERACIONES DE CRÉDITO, PERMITE A LAS PARTES LA LIBRE CONVENCION DE INTERESES CON LA LIMITANTE DE QUE LOS MISMOS NO SEAN USURARIOS. INTERPRETACIÓN CONFORME CON LA CONSTITUCIÓN [ABANDONO DE LA JURISPRUDENCIA 1ª./J. 132/2012 (10ª) Y DE LA TESIS AISLADA 1ª.CCLXIV/2012 (10ª)]”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 7, t. I, junio de 2014, p. 400.

⁴⁰ Juana María Ibáñez Rivas, menciona que: “la relevancia del control de convencionalidad ha tenido como correlato un significativo esfuerzo de la Corte Interamericana por precisar su contenido y alcances hasta posicionarlo en el centro de las obligaciones que vinculan a los Estados Parte de la Convención Americana en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.” En Ibáñez Rivas, Juana María, “El control de convencionalidad y la consolidación del *Ius Commune* interamericano”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *et al.* (coords.), *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute, 2017, p. 387.

⁴¹ Tesis: 1a. CCLXXXIX/2015 (10a.) de la Primera Sala, de rubro: “CONTROL CONCENTRADO Y DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. SUS DIFERENCIAS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 23, t. II, octubre de 2015, p. 1647.

⁴² Tesis: P./J. 20/2014 (10a.) del Pleno, de rubro: “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202.

⁴³ Tesis: 2a./J. 38/2016 (10a.) de la Segunda Sala, de rubro: “MIEMBROS DE LAS INSTITUCIONES POLICIALES. LA PROHIBICIÓN

convencionalidad, a la aplicación del criterio de preferencia normativa a la luz del principio *pro persona*⁴⁴ y vedando así la renovación del juez constitucional como agente de protección interamericano.

Así, el reto mayor en la aplicación de la perspectiva interamericana por parte del juez constitucional-interamericano es asumir que las normas de fuente nacional e internacional que reconozcan derechos fundamentales no deben entenderse en términos jerárquicos; en cambio son susceptibles de aplicarse de manera armónica y atendiendo a la interpretación más favorable. En tal sentido, el control constitucional por convencionalidad, tratándose del ejercicio de derechos fundamentales, es un mecanismo procesal no sectorizado, idóneo y necesario para verificar la regularidad de los actos, omisiones o enunciados normativos que pongan en peligro el desarrollo integral del *parámetro de regularidad constitucional*, del cual es guardián por excelencia en sede nacional el juez en su doble vertiente (constitucional-interamericano).

V. Conclusiones

¿Por qué son los jueces constitucionales guardianes sustantivos? Ante el nuevo paradigma de producción sustantiva a nivel constitucional, los jueces constitucionales primigeniamente tienen a su cargo velar por el ejercicio integral de los derechos fundamentales y su defensa adecuada.

¿Qué implica el “deber de reparación integral” de los jueces constitucionales? Presupone que ante un actuar ilícito por parte de los poderes públicos o privados, tienen el deber de restituir formal y materialmente a la persona en el goce y ejercicio del derecho fundamental lesionado, a la luz de los criterios constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos.

Así, la densidad en los aspectos de cambio que representa la función jurisdiccional de los jueces constitucionales, en esencia, debe ser comprendida por el esquema de “protección integral” que supone el “ejercicio integral” de los derechos fundamentales.

Bajo ese contexto, el avance en la concepción del juez constitucional, conlleva no solo concebirlo como un mero ejecutor o anulador de los actos y disposiciones normativas que contravengan el orden constitucional. En cambio, a través de la interpretación evolutiva, también pueden crearse nuevos derechos que se adapten a las circunstancias y exigencias sociales con relación a la fórmula tiempo-constitución.

DE REINCORPORARLOS AL SERVICIO CONSTITUYE UNA RESTRICCIÓN CONSTITUCIONAL NO SUSCEPTIBLE DE REVISIÓN”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, libro 29, t. II, abril de 2016, p. 1204.

⁴⁴ Fernando Silva García y Fernando Gómez Sámano sostienen que las restricciones expresas de orden constitucional y el principio *pro persona* deben de coexistir mutuamente, ya que las restricciones no son objetos metaconstitucionales absolutos que puedan prescindir de la interpretación hermenéutica y con ello vaciar el contenido de los derechos, libertades o garantías consideradas en el parámetro de regularidad constitucional, véase Silva García, Fernando y Gómez Sámano, José Sebastián, “Principio *pro homine* vs. restricciones constitucionales: ¿es posible constitucionalizar el autoritarismo?”, en Carbonell, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, t. IV, pp. 714 y 715.

Este juez constitucional creativo se debe a la correcta protección de los derechos fundamentales que en múltiples ocasiones rebasan al contenido expreso de los textos constitucionales, susceptibles de actualizarse.

Sobre esa premisa, ¿qué posición juega en el constitucionalismo contemporáneo el juez constitucional?; es claro que éste, además de allegarse de nuevos cánones interpretativos (evolutivos), también debe concebirse como un auténtico juez interamericano, pues es el ente encargado de velar por el eficaz ejercicio de los derechos humanos de fuente internacional, los cuales han presenciado un proceso de constitucionalización; posicionándose en una primacía de protección preferente (constitucional).

VI. Bibliografía

- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, 1993.
- BIDART CAMPOS, Germán J., “Los derechos ‘no enumerados’ en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional”, en MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.
- CABALLERO GONZÁLEZ, Édgar S., *El diálogo jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación con los tribunales constitucionales y regionales*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2019.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2009.
- CARBONELL, Miguel, *El ABC de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalista garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid, Trotta, 2014.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Panorámica de derecho procesal constitucional comparado*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México-Marcial Pons, 2013.
- GUASTINI, Riccardo, *Ensayos escépticos sobre la interpretación*, trad. César E. Moreno More, Lima, Editorial Zela, 2018.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, Ciudad de México, Centro de Estudios Carbonell, 2017.
- LORCA MARTÍN DE VILLODRES, María Isabel, “Interpretación jurídica e interpretación constitucional: La interpretación evolutiva o progresiva de la norma jurídica (El derecho como instrumento de cambio social)”, en NARVÁEZ, José Ramón y ESPINOZA DE LOS MONTEROS, Javier (coords.), *Interpretación jurídica: modelos históricos y*

- realidades, México*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas 2011.
- MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, trad. de Siro García del Mazo, Madrid, Editorial General de Victoriano Suárez, 1906, t. 1.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2018.
- PÉREZ TREMPES, Pablo, *Sistema de Justicia Constitucional*, Navarra, Civitas, 2010.
- PINO, Giorgio, *El constitucionalismo de los derechos. Estructura y límites del constitucionalismo contemporáneo*, Lima, Editorial Zela, 2018.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de Filosofía Jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- RIVAS, Juana María “El control de convencionalidad y la consolidación del Ius Commune interamericano”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.* (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina*, Querétaro, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute, 2017.
- RUBIO MANDUJANO Saúl, *Control de convencionalidad y convergencia interpretativa*, México, Tirant Lo Blanch, 2018.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “Los tribunales constitucionales como agentes de cambio social”, *Diálogo Político*, núm. 4, 2010.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2013.
- SILVA GARCÍA, Fernando y GÓMEZ SÁMANO, José Sebastián, “Principio pro homine vs. restricciones constitucionales: ¿es posible constitucionalizar el autoritarismo?”, en CARBONELL, Migue *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. t. IV.
- SILVA GARCÍA, Fernando, *Deber de ponderación y principio de proporcionalidad en la práctica judicial*, México, Miguel Ángel Porrúa, 2012.