

C A P Í T U L O

6

LA REFORMA Y LA LEGISLACIÓN

Implicaciones en el ámbito legislativo: acción y omisión

Antes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, en principio y según la doctrina tradicional, el Poder Legislativo estaba obligado a mantener la coherencia material del sistema jurídico, para lo cual tenía como único parámetro los derechos contenidos en la Constitución.¹ La jurisprudencia había confirmado esa tesis al reconocer a los tratados internacionales en un plano jerárquico inferior al de la Constitución. De esta manera, se mantenía una concepción piramidal de la jerarquía normativa y solamente se ubicaba a los derechos constitucionales como parámetro de validez frente al legislador secundario (cuadro 7).²

Este sistema obligaba a los legisladores a desarrollar el ordenamiento jurídico de acuerdo con los principios fundamentales contenidos exclusivamente en la Constitución. Cuando realizaba una reforma constitucional que incorporaba un nuevo derecho o modificaba alguno ya existente, el Poder Legislativo sólo tenía la obligación de adecuar la legislación

¹ En principio, porque la obligación del Estado mexicano de adecuar el derecho interno frente a los estándares internacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos existía desde el 3 de febrero de 1981, fecha en que ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que adoptó esta obligación en virtud de su artículo 2, como se explica más adelante.

² Hans Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución. (La justicia constitucional)*, México, IJ/UNAM, 2001, pp. 22, 52-53. Véase, por ejemplo, la tesis resultante del amparo en revisión 1475/98, de noviembre de 1999: Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución federal (Suprema Corte de Justicia de la Nación, Época: novena, Instancia: Pleno, Tipo: tesis aislada P. LXXVII/99, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, p. 46).

secundaria relacionada con la materia, con la finalidad de garantizar que ésta fuera congruente con la nueva configuración del derecho constitucional. Independientemente de que hubiera algún precepto o estándar internacional que pudiera desarrollar al derecho de manera más amplia, según esta tradición, las autoridades legislativas (al igual que las judiciales y las administrativas) restringían su labor de adecuación normativa al marco constitucional.

CUADRO 7

Jerarquía normativa

Anterior a la reforma (piramidal)*	Posterior a la reforma (de bloque)
Constitución Tratados internacionales Leyes generales, federales y locales (Cada fuente subordinada al escalafón superior).	Normas de derechos humanos constitucionales y convencionales integradas en un bloque: Constitución, tratados internacionales, leyes generales, federales y locales, reglamentos, circulares pueden prevalecer siempre que signifiquen la norma más favorable para la persona.
Tipo de jerarquía vertical y descendente.	Se rompe el sistema de jerarquía piramidal para dar paso a la prevalencia del bloque de derechos. Se habla de una <i>jerarquía por contenidos</i> .

* Construcción interpretativa de la última interpretación, resultado de la tesis: Tratados internacionales. Son parte integrante de la ley suprema de la unión y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales. Interpretación del artículo 133 constitucional. En esta tesis se señala: "La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlas, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario *pacta sunt servanda*, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional". Suprema Corte de Justicia de la Nación, Época: novena, Registro: 172650. Instancia: Pleno. Tipo: tesis aislada P. IX/2007, en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXV, abril de 2007, p. 6.

Con la reforma constitucional, en primer lugar se incorpora como nuevo parámetro de máxima jerarquía a las normas contenidas en los tratados internacionales en materia de derechos humanos de los que México es parte. Con ello coloca a estas normas en el mismo nivel que tienen las normas de derechos de carácter constitucional. De manera paralela, se reconoce la obligación de garantías genéricas que el Estado mexicano adopta frente a este nuevo régimen de derechos; la obligación que todas las autoridades tienen de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, con los deberes correlativos de las garantías específicas de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a estos derechos.

Este cambio incorpora de manera directa la regla que ya se encontraba en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y que vinculaba con anterioridad al Estado mexicano, pero que en la práctica había sido relegada e incumplida.³ Así que es correcto decir que la nueva norma de inclusión de las normas de derechos humanos (artículo 1º constitucional) incorpora como obligación primaria de carácter constitucional la de armonizar la legislación secundaria a los estándares internacionales (artículo 2 de la CADH), en virtud de que éstos se integran de manera automática al nuevo bloque de derechos. Esto supone una obligación de adecuar el derecho interno al derecho convencional mediante la supresión o incorporación de normas.

En concreto, el Poder Legislativo tiene dos obligaciones directas: realizar una especie de revisión retrospectiva para depurar la legislación existente y efectuar una acción prospectiva de creación normativa. La primera obligación se debe pensar como un proceso de depuración legislativa de la legislación secundaria (anterior a la reforma constitucional sobre derechos humanos). La segunda, como un proceso de creación legislativa concordante con el nuevo estándar de control del bloque de derechos (posterior a la reforma constitucional).⁴

Esto va acorde con los estándares internacionales establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), que exigen tanto la supresión de normas contrarias a los derechos humanos como la expedición de otras que desarrollen y permitan la observancia efectiva de éstos.⁵

³ En el segundo capítulo de este libro se reproduce el texto del artículo 2 de la CADH.

⁴ La jurisprudencia de la Corte IDH ha considerado que la obligación relativa al artículo 2 de la CADH tiene una vertiente de supresión de normas que contravengan a la Convención u obstaculicen o desconozcan sus derechos, así como otra vertiente positiva, de expedición de normas que vuelvan efectivos sus derechos. Véanse, por ejemplo, los casos de *La Cantuta vs. Perú*. Fondo reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C núm. 162, párrs. 171-172; *Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C núm. 52, párr. 207.

⁵ Sergio García Ramírez y Mauricio Iván del Toro Huerta, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y transformaciones*, México, Porrúa-UNAM, 2011, pp. 186-187.

El primer proceso de armonización legislativa, entonces, impone un deber de depuración de las leyes existentes para expulsar –por la vía legislativa– aquellas normas que entran en contradicción con las normas en materia de derechos humanos. En concreto, se trata de la abrogación o derogación de disposiciones legislativas inconstitucionales o inconventionales por causas sobrevinientes. El cuadro 8 ilustra este tema.

CUADRO 8
Ejercicio de depuración legislativa

	Paso 1	Paso 2	Paso 3*	Paso 4
Ejemplo en abstracto	El legislador identifica la ley que será sometida a revisión.	El legislador identifica los parámetros constitucionales y convencionales de revisión.	El legislador realiza el contraste de los parámetros de revisión con la norma secundaria preexistente.	Después de realizar una interpretación conforme, el legislador determina si la norma debe ser derogada, modificada o mantenida.
Ejemplo en concreto	El Congreso del estado x revisa el Código Penal local, en el que la calumnia y la difamación están tipificadas como delitos.	Se identifican los derechos involucrados (derecho a la honra y libertad de expresión).	La disposición se contrasta con el estándar de la Corte IDH, que establece la inconventionalidad de disposiciones que limitan la libertad de expresión por la vía penal.	Al identificar que existe incompatibilidad entre la legislación penal vigente (difamación y calumnia), constata su inconventionalidad y procede a derogar o sustituir la(s) norma(s).

* Es en este momento cuando los legisladores deberán llevar a cabo el control de constitucionalidad y convencionalidad de la legislación correspondiente.

Esto vale tanto para la legislación federal como para la local, lo que implica que la obligación de depuración legislativa corresponde a todos los poderes legislativos en el país, así como al Congreso de la Unión. Esto supone, idealmente, una revisión completa de la legislación interna para detectar aquellas disposiciones que son inconstitucionales e inconventionales por sí mismas (en abstracto), sin que sea necesaria su aplicación a casos concretos.

Esta obligación legislativa es anterior a las obligaciones del Poder Judicial sobre la revisión judicial de la legislación secundaria. Primero, porque los procedimientos de creación y producción legislativa corresponden en principio e idealmente a los representantes de la voluntad popular,⁶ por lo que la revisión judicial debe ser posterior y subsidiaria. Pero, además, porque es necesario dotar de claridad legislativa a los principios constitucionales en materia de derechos humanos. Con ello, además de generarse certeza legal, se reduce la indeseable discrecionalidad judicial.

La misma idea ha sido desarrollada y respaldada por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos al considerar necesario contar con leyes redactadas de manera precisa y clara para evitar los márgenes de discrecionalidad de los intérpretes de la CADH, en particular cuando se trate de restricciones a derechos humanos. Esto significa reconocer la importancia de contar con leyes que encaucen la interpretación y eviten la arbitrariedad judicial.⁷

La segunda dimensión de la adecuación legislativa se refiere a la creación legislativa, y significa que todas las autoridades legislativas –federales y locales– están obligadas a crear leyes: a) que no contradigan lo que señala el bloque de derechos; b) que desarrollen los derechos y las garantías de éstos.⁸ Para ello es deseable contar con mecanismos de control de la legislación *ex ante* en el proceso legislativo.

Lo primero se enmarca en la idea de la llamada *maximización legislativa*, que consiste en que los legisladores, como representantes democráticos, deben crear una legislación que alcance los estándares más altos de derechos humanos, anticipándose a la labor judicial. Con ello, la función legislativa activaría uno de los principios fundamentales de todo Estado de derecho: el principio de legalidad.

La acción de maximización está relacionada con el control *ex ante* de la legislación, que significa que el proceso de creación legislativa idealmente debería anticiparse por

⁶ Arend Lijphart, *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*, Barcelona, Ariel, 2004, p. 210. Lógica sustentada en el principio democrático en el cual las decisiones más importantes de la vida política de una sociedad deben residir en los representantes de ésta, donde los órganos legislativos también funcionan como órganos garantes de la Constitución. Esta primera idea estaría complementada con la revisión judicial de manera posterior.

⁷ Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de noviembre de 2005, serie C núm. 135, párr. 79; Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de julio de 2004, serie C núm. 107, párr. 120; Corte IDH, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2004, serie C núm. 111, párr. 72. A); Corte IDH, Caso Tristán Donoso vs. Panamá. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de enero de 2009, serie C núm. 193, párr. 117. Al respecto, véase también el capítulo V: “Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en el *Informe anual 1994* de la CIDH (Washington, 17 de febrero de 1995).

⁸ Esta segunda característica atiende al principio de progresividad de los derechos humanos, reconocido también por el artículo 1º constitucional.

La facultad reglamentaria que lleva a cabo el Poder Ejecutivo es una tarea materialmente legislativa de la que se derivan normas abstractas, generales e impersonales. Esto justifica la obligación de realizar el control de convencionalidad al ejercer esta facultad y vale para todas las autoridades administrativas.

una suerte de control de constitucionalidad y convencionalidad preventivo para anticipar y evitar el control *ex post* a cargo del Poder Judicial. Esta labor podría ser realizada por el propio Poder Legislativo (por ejemplo, la comisión del ramo) o quedar a cargo de los organismos autónomos de derechos humanos. Lo importante es evitar y prevenir la aprobación de leyes secundarias con vicios de validez al afectar derechos. Estos procesos, sumados a la depuración de la legislación que precede a la reforma, permitirían contar con un ordenamiento jurídico coherente con el nuevo bloque de derechos. Al ser realizado esto por el Poder Legislativo, se reducirían las tensiones entre el legislador democrático y los órganos jurisdiccionales de control. Ello, además, porque la precisión legislativa de los alcances de los derechos reduciría la discrecionalidad judicial.⁹

Facultad reglamentaria y normas técnicas

La reforma constitucional sobre derechos humanos modificó sustancialmente la forma en la que deben desarrollar sus funciones las autoridades del Estado. El tema del Poder Ejecutivo tiene particular interés, ya que en éste confluyen dos aspectos que ayudan a entender las nuevas obligaciones de acuerdo con el artículo 1º constitucional, particularmente en relación con el artículo 2 de la CADH en materia de adecuación jurídica.

Al igual que las autoridades de los poderes Judicial y Legislativo, las del Poder Ejecutivo deben encauzar sus actos a la luz de estos parámetros. Además, como lo ha establecido la Corte IDH, todos los poderes, en todos los niveles de gobierno, están vinculados por las obligaciones convencionales incluidas en el tratado internacional en cuestión, como parte de su deber internacional de cumplir de buena fe con estos compromisos.¹⁰

Tal como sucede con el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo se encuentra obligado a realizar este tipo de control *ex officio* entre las normas que emite en sede administrativa y las de la CADH. En palabras de la Corte IDH:

⁹ Lijphart, *Modelos de democracia...*, p. 214; Aharon Barak, *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, México, SCJN, 2008; Rodolfo Vázquez, "Justicia constitucional y democracia. La independencia judicial y el argumento contramayoritario", en SCJN, *Tribunales constitucionales y la consolidación de la democracia*, México, SCJN, 2007, pp. 208-209; Kelsen, *La garantía jurisdiccional de la Constitución...*, pp. 81-82.

¹⁰ Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de 20 de marzo de 2013, párrs. 59 y 62, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf>.

66. Así, en varias sentencias la Corte ha establecido que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

[...]

69. Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.

[...]

72. De tal modo, el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones

procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad.¹¹

No se debe perder de vista que la facultad reglamentaria del Poder Ejecutivo corresponde a una tarea materialmente legislativa de la que se derivan normas abstractas, generales e impersonales. Esto justifica la obligación de realizar el control de convencionalidad al ejercer esta facultad y vale para todas las autoridades administrativas. La obligación opera en dos sentidos: primero, al momento de elaborar un nuevo reglamento, porque deberá cumplir con los parámetros del bloque de derechos y se deberá realizar el control de convencionalidad *ex ante*; segundo, en el momento de aplicar un reglamento las autoridades administrativas deberán interpretar sus disposiciones de conformidad con el bloque de derechos.

Las reflexiones anteriores pueden extenderse al caso de las “normas técnicas” emitidas por instancias que son formalmente administrativas, pero que, al precisar normas legales, al igual que los reglamentos, tienen carácter materialmente legislativo. Esto, de nuevo, siguiendo el desarrollo interpretativo de la Corte IDH, la cual ha sido clara en la extensión de los efectos que tienen las obligaciones genéricas de respetar y garantizar, al señalar lo siguiente:

103. En cumplimiento de dicha obligación, los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación *de jure* o *de facto*. Esto se traduce, por ejemplo, en la prohibición de emitir leyes, en sentido amplio, de dictar disposiciones civiles, administrativas o de cualquier otro carácter, así como de favorecer actuaciones y prácticas de sus funcionarios, en aplicación o interpretación de la ley, que discriminen a determinado grupo de personas en razón de su raza, género, color, u otras causales.¹²

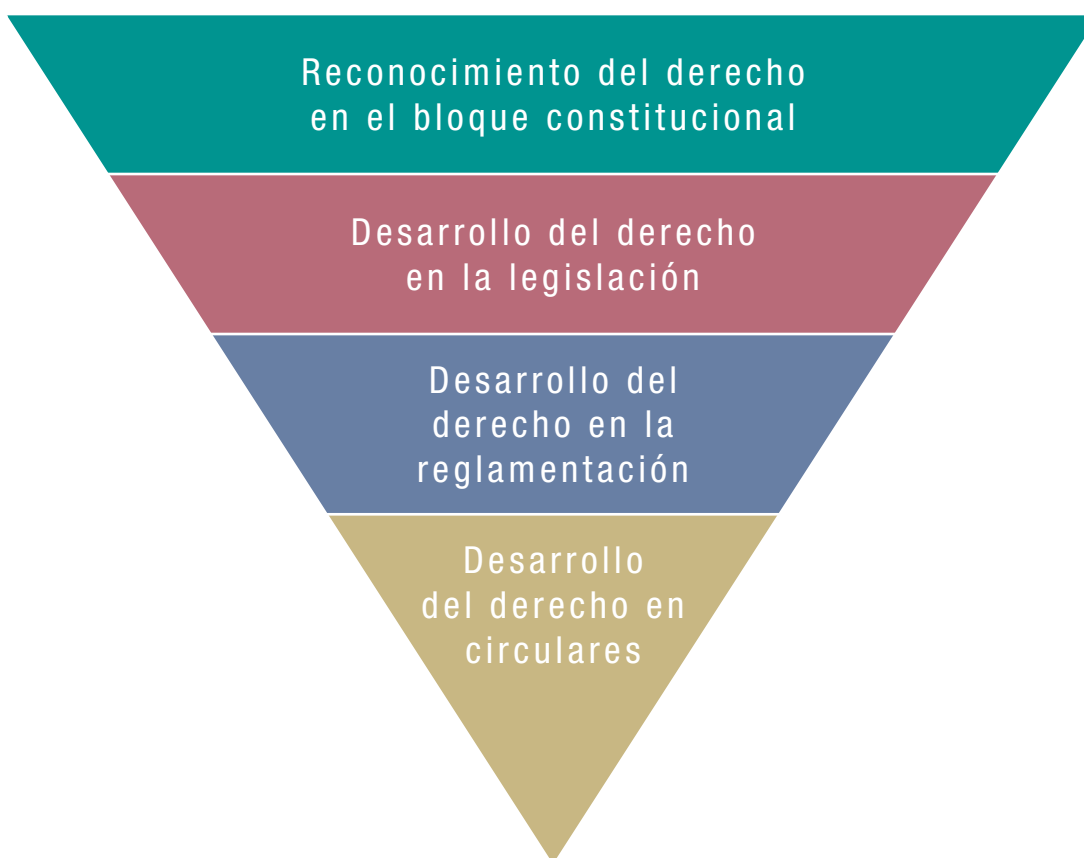
¹¹ *Ibid.*, párrs. 66, 69 y 72.

¹² Corte IDH. Opinión consultiva OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.

Una de las principales consecuencias de la aplicación del control de convencionalidad tanto a la facultad legislativa del Congreso como a las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo es que las leyes no pueden tener un carácter restrictivo de derechos. Por el contrario, el contenido de los derechos humanos expresado en el bloque constitucional se debe ver realizado y, en su caso, ampliado por medio de las leyes secundarias. Esto supone cambiar una práctica cotidiana en los procesos legislativos y reglamentarios, donde los derechos reconocidos en la Constitución sufren una serie de restricciones –pérdida de contenidos– en la regulación posterior, con lo que se forma una especie de triángulo invertido, como se muestra en la figura 4.

FIGURA 4

Restricción de derechos por la vía de la regulación



Por ejemplo, puede suceder que en el nivel constitucional se reconozca el derecho a la salud; que en la ley se especifique que este derecho sólo incluye algunas enfermedades y no cubre las medicinas; que en un reglamento se mencione que en todos

los casos habrá un estudio socioeconómico para identificar la capacidad de pago y que siempre se hará al menos un pago mínimo por cualquier servicio, y, finalmente, que en una circular se especifique que únicamente se contará con instalaciones para prestación del servicio médico en aquellas poblaciones que tengan más de doscientos mil habitantes. Como se puede observar en este ejemplo, los procesos de legislación y reglamentación más que realizar o ampliar el derecho, tendrían como principal objetivo restringirlo. Esto no puede suceder, de conformidad con los principios mencionados en el capítulo 2 de este libro.¹³

¹³ Para un análisis detallado de este tipo de restricción de derechos vía legislativa y reglamentaria en materia de derechos a la salud, no discriminación, intimidad y educación sexual de personas que viven con VIH, colectivo lésbico gay, trabajadoras y trabajadores sexuales, y usuarios de drogas inyectables en América Latina se pueden revisar los siguientes textos: Cecilia Gayet, Daniel Vázquez, Karina Ansolabehere, Javier Bellocq, Lorena Fuentes, Manuel Mancheno *et al.*, *VIH-sida en América Latina desde la perspectiva social*, Brasil, GTZ-Centro Internacional de Cooperación Técnica en HIV/aids, 2008; Cecilia Gayet, Daniel Vázquez y Karina Ansolabehere, “La respuesta al VIH/sida en América Latina desde la perspectiva social. Informe final”, reporte de investigación final del proyecto CICT-GTZ, sección 2130, contrato núm. 81102676, del 2 de abril de 2008.