

REVISIÓN CRÍTICA DEL CONSTITUCIONALISMO EN EL ESTADO MEXICANO

CRITICAL REVIEW OF THE MEXICAN STATE CONSTITUTIONALISM

ADRIÁN POLANCO POLANCO¹

Universidad Nacional Autónoma de México

Resumen: Actualmente ha surgido un nuevo paradigma constitucional en el Estado Mexicano, en el cual se patentó la actitud activista por parte del poder judicial para realizar un control de conven-

¹ Licenciado en Derecho, titulado con mención honorífica, por la Universidad Nacional Autónoma de México; Maestro en Derecho, titulado con mención honorífica, por la Universidad Nacional Autónoma de México; actualmente se encuentra estudiando Maestría en Derecho Procesal en la Universidad Nacional del Rosario Argentina; se ha desempeñado como Profesor de Asignatura, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; es Miembro Adherente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal; Miembro del Colegio de Profesores de Derecho Fiscal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; Miembro del Colegio de Profesores de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México Miembro del Consejo Consultivo- Evaluador Externo de la Revista de Investigación Jurídica Avances, de la Facultad de Derecho y CC. PP de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrel de Cajamarca, Perú; ha dirigido múltiples tesis y participado como jurado de licenciatura y posgrado en diversas instituciones tanto públicas como privadas; cuenta con múltiples artículos publicados de los que destacan: «Prolegómenos del Estado Actual del Derecho Probatorio en México», ensayo con el que obtuvo el Primer Lugar, en el primer concurso de ensayo para profesores procesalistas, convocado por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, por conducto del Seminario de Derecho Procesal de la misma institución; ha sido asesor jurídico de Magistrado del Tribunal Electoral del Distrito Federal, así como del Tribunal Federal Electoral; imparte y diseña cursos de actualización para servidores públicos federales; ha participado como ponente en diversos congresos internacionales en materia procesal, en países como Argentina, Colombia, México, Perú. Correo electrónico: polanco_adrian@hotmail.com

cionalidad *ex officio*, es claro que dicho redil provoca que se siguen cometiendo los viejos errores de la ciencia procesal; las nociones primitivas y hartamente superadas de contienda y conflicto de intereses, son la base de todo proceso jurisdiccional de cognición contencioso, se sigue afirmando que la prueba procesal tiene como fin encontrar la verdad y el utilitarismo provoca que se deje de aplicar las normas procesales y con ello se viole el Derecho Humano de debido proceso, para salvaguardar los Derechos Humanos, vaya paradoja.

Palabras clave: Control de convencionalidad; Control de constitucionalidad; Garantía; Derecho fundamental; Control *ex officio* de convencionalidad; Sistema; Autopoiesis.

Abstract: It has now emerged a new constitutional paradigm in the Mexican state where the activist attitude on the part of the judiciary is patented for control of conventionality *ex officio*, it is clear that the fold causes are still making the old mistakes of science procedural, primitive and full of strife and overcome conflict of interest, based on notions are all contentious judicial process cognition, it still claims that the procedural test, intended to find the truth and utilitarianism causes the discontinuation of procedural rules and thus the human right to due process was violated, to safeguard human rights, go paradox.

Keywords: Control of compliance; Control of constitutionality; Warranty; Fundamental right; Check *ex officio* of conventionality; System; Autopoiesis.

Recepción original: 02/06/2014

Aceptación original: 30/06/2014

Sumario: I. Nota Introductoria. II. Planteamiento del problema. III. El nuevo modelo de protección de Derechos Humanos establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. IV. Criterios Establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto a la protección de los Derechos Humanos. V. Control de Convencional *ex officio*, su interpretación por el Poder Judicial Mexicano. VI. Control de convencionalidad su aplicación. VII. Consideraciones en torno a la aplicación del nuevo constitucionalismo en México. VIII. Conclusiones.

I. NOTA INTRODUCTORIA

Para analizar el nuevo constitucionalismo en el Estado Mexicano, es necesario señalar en primer lugar, que la palabra constitucionalis-

mo, tienen muy diversos significados en su aplicación práctica y dogmática, en virtud que no existe un consenso entre la comunidad jurídica que interpreta y aplica las normas, principios y directrices constitucionales y la sociedad que resiente la aplicación de los llamados Derechos de Derechos Humanos; en segundo lugar, resulta claro que el estudio que se realiza en México, tanto en las Universidades como en la sede judicial, de la figura jurídica de los Derechos Humanos en el contexto del sistema jurídico mexicano, se limita a un simple repertorio de temas no unificados aún del todo.

En este ensayo se seguirá un método *dialéctico*, en el cual se esbozará una hipótesis aplicada al aspecto procedimental de la aplicación de los Derechos Humanos, bajo el control de convencional interno *ex officio*, es decir, se pretende establecer un modelo elemental que sirva de guía para el razonamiento judicial en la aplicación del control de convencionalidad interno *ex officio*, que se realice en los procesos jurisdiccionales contenciosos, es por ello que tomaremos en cuenta en campo procesal que existe en la actualidad en México, en toda su variedad y desorden, a continuación, se propondrá un modelo unificador que permita la aplicación fáctica de la valoración de la aplicación del control de convencionalidad indicado, teniendo siempre como faro la validez lógico formal de la decisión procesal, asimismo empleare la *contrastación deductiva de teorías*, para poder determinar la falsabilidad de las conclusiones obtenidas por el procedimiento anterior, es decir, la naturaleza jurídica del proceso jurisdiccional cognitivo contencioso, como una relación comunicativa, sistémica y auto determinante, en virtud de su propia clausura operativa, considerando que con ello se permite sentar las bases de una teoría constitucional integral que se apegue al contexto internacional y a los fines del proceso.

Para realizar los parámetros indicados debemos en primer lugar, extraer conclusiones de los muy diversos estudios hechos del control de convencionalidad interno *ex officio*, por medio de la deducción lógica, estas conclusiones iniciales serán comparadas entre sí y con otros enunciados pertinentes, como lo son las diversas teorías que han tratado de explicar nuestro tema tratado desde el enfoque argumentativo del Derecho, con el sólo objeto de hallar las relaciones lógicas que existan entre ellas, para ello seguiremos el siguiente procedimiento: a) la comparación lógica de las conclusiones unas con otras, realizando un contraste de la coherencia interna del sistema. b) el estudio en forma lógica de la teoría, con el objeto de determinar su carácter, como teoría empírica, c) enseguida realizaremos la comparación con otras teorías, para poder determinar si la teoría propuesta

constituye un avance científico, y d) por último contrastamos de modo empírico las conclusiones que pueden deducirse de ella, de este modo se permitirá descubrir hasta qué punto las nuevas conclusiones propuestas, satisfacen los requerimientos de la práctica.

Con base en el procedimiento indicado, se pretende realizar una correcta demarcación de nuestro objeto de estudio, que permita proporcionar un criterio que distinga entre las ciencias empíricas y los sistemas metafísicos, para ello emplearemos a la falsabilidad como criterio de demarcación.

La pregunta que se pretende contestar con estas consideraciones teóricas, inquietan el pensamiento procesal actualmente en el Estado Mexicano, es decir, ¿El trato actual que se le brinda a la naturaleza del proceso jurisdiccional cognitivo contencioso, en cuanto a los Derechos Humanos y su ponderación bajo el criterio de control de convencionalidad interno *ex officio*, ocasiona que las decisiones definitivas de los tribunales, violen los criterios de validez y vigencia garantistas? Esta interrogante ha sido motivo de los más diversos estudios y a su vez de las más contradictorias respuestas.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Actualmente tanto en México como en la mayoría de los Estados de Latinoamérica, existe la fundamentación discursiva de que la función estatal consiste en salvaguardar los Derechos Humanos, como función primordial de todos los miembros del poder; pero si analizamos con cuidado dichos discursos, nos encontraremos que no es nada nuevo, el supuesto control y garantía de la constitucionalidad y vigilancia de los Derechos Humanos siempre ha sido parte de la fundamentación del aparato de Estado.

Este movimiento ideológico del Derecho lo podemos llamar la teoría dominante, que ha estado en ese estatus desde principios del siglo pasado, y actualmente pretende regresar con nuevos bríos, dicha teoría tiene dos partes: Dworkin (2002) «... la primera es una teoría sobre lo que es el derecho; dicho de manera más informal, es una teoría sobre las condiciones necesarias y suficientes para que una proposición de derecho sea válida. Ésta es la teoría del positivismo jurídico...» (p. 31) el positivismo utilitarista a ultranza es la teoría que se enseña en las Facultades de Derecho, se usa a Kelsen como faro rector, para interpretar las normas jurídicas y el sistema jurídico, pero es raro quien ha leído detenidamente a Kelsen y más raro aun quien

aplica sus postulados en la práctica, sin embargo se utiliza esta primera parte de la doctrina dominante como sustento dogmático e ideológico de la protección de los Derechos Humanos, Dworkin (2002) «La segunda es una teoría sobre lo que debe ser el derecho y sobre cómo deben ser las instituciones legales conocidas. Tal es la teoría del utilitarismo, que sostiene que el derecho y sus instituciones han de servir al bienestar general y a nada más.» (p. 31) Desde mi punto de vista en esta parte de la doctrina dominante se crea la justificación de la protección de los Derechos Humanos, ya que en virtud de la protección del bien común, se comente las mayores injusticias, que son justificadas y calificadas de legales por los Tribunales, tanto locales como constitucionales.

Lo que realmente acontece en México, es que los tribunales han interpretado de un modo distorsionado su deber de velar por los Derechos Humanos, ya que se está aplicando un control de convencionalidad *ex officio*, y dicha actividad se realiza generalmente en los procesos jurisdiccionales cognitivos contenciosos, en los cuales podemos afirmar que siempre que se realiza se beneficia a una de las partes.

Parece claro que los Derechos Humanos, son innatos a los hombres y no requieren del reconocimiento expreso por un tratado internacional o por la norma constitucional nacional, este es el principal problema de la teoría dominante no justifica de modo sistémico cómo es posible que un juez, aplicando un control de convencionalidad *ex officio*, vele, investigue, pondere sobre la protección de algún Derecho Humano, aunque la parte a la que le beneficie no lo haya hecho valer, ni solicitado su protección, y a su vez violente el Derecho Fundamental de debido proceso, que se encuentra reglamentado en la mayoría de las constituciones de los Estados Democráticos.

Parece que el este nuevo paradigma constitucional en México, trae más problemas de los que pretende solucionar, es decir el discurso institucional y estatal, nos dice que se está velando por la protección de los Derechos Humanos, sin embargo hoy más que nunca existe una inconformidad monstruosa por la actividad del Estado, que se ha dedicado a satisfacer los cotos de poder de la clase dominante, hace más de tres siglos Voltaire (2010) señaló de modo magistral:

Donde el peligro y la ventaja son iguales, cesas el asombro y hasta la compasión se debilita; más si un padre de familia inocente es entregado a las manos del error, o de la pasión, o del fanatismo; si el acusado no tiene más defensa que su virtud; si los árbitros de su vida no corren más peligro al degollarle que el de equivocarse; si pueden matar impunemente con una sentencia, entonces se alza el clamor público, cada cual teme

por sí mismo, se ve que nadie tiene a salvo su vida ante un tribunal erigido para velar por la vida de los ciudadanos, y todas las voces se unen para pedir venganza. (p. 81)

En México por un lado, se reforma el artículo primero constitucional para garantizar el respeto y protección de los Derechos Humanos, y por otro se legisla figuras tan perversas que ni en la peor época del nazismo se presenciaron, sólo como ejemplo tenemos la Ley de Extinción de Dominio para el Distrito Federal², el Arraigo³ como medida constitucional, la descripción del tipo penal de Delincuencia organizada⁴, que son fijados por la misma Constitución Federal, violando tratados internacionales, y perfeccionadas en su perverso fin por las normas secundarias.

Es claro que el discurso de la protección de los Derechos Humanos, con base al ideal del utilitarismo y del positivismo dogmático de la idea dominante se ha convertido en la idea hegemónica, en virtud a las decisiones institucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, misma que revisare en el siguiente punto, hay que ser intolerantes con las ideas hegemónicas aún más si las mismas se basan en el utilitarismo, Zizek (2010) «... cualquier concepto ideológico de apariencia o alcance universal poder ser hegemonizado por un contenido específico que acaba [ocupando] esa universalidad y sosteniendo su eficacia» (p. 13) es decir el discurso del nuevo constitucionalismo mexicano sirve de soma para dar la apariencia de un mundo feliz, y ha dado resultados, recientemente el 10 de diciembre de 2013, la ONU, le otorgó un reconocimiento a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por su labor en la promoción y protección de los Derechos Humanos, un hecho inédito, ya que nunca se le había dado dicho reconocimiento a un Tribunal, ahora sólo falta que los ciudadanos mexicanos le den el reconocimiento al Poder Judicial, en su labor diaria.

III. EL NUEVO MODELO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS ESTABLECIDO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

En la República Federal Mexicana, producto de las presiones internacionales, con fecha diez de junio de dos mil once se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el cual se reformó, entre

² Artículo 22 constitucional.

³ Artículo 16 constitucional.

⁴ Artículo 16 constitucional.

otros, el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La reforma en comento consistió sustancialmente, en el reconocimiento de los derechos humanos que les asisten a los individuos e impuso al Estado Mexicano la obligación de velar por su protección, respeto y garantía; por lo menos eso fue lo que el Estado explico en la exposición de motivos de la reforma.

De tal modo, el texto del artículo 1 Constitucional, en la parte que interesa, quedó redactado en los términos siguientes:

«Artículo 1. 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. (...).»

La protección de los Derechos Humanos a través del sistema jurisdiccional en México, cuenta con una amplia tradición, dada la existencia de un instrumento jurídico e históricamente ha tenido una gran influencia en el sistema jurídico mexicano, que es el proceso de amparo.

Ahora bien, se establece en el discurso la intención del órgano reformador de la Constitución Federal de garantizar que los Derechos Humanos contemplados por los instrumentos internacionales tengan una aplicación eficaz y directa, que contribuyan al máximo a mejorar y desarrollar la idea de dignidad humana.

Es claro que en la reforma se incorpora expresamente en el artículo 1.º de la Constitución Federal el principio de interpretación de los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, conocido como «*pro personae*» o «*pro homine*» que indica que los Derechos Humanos deben ser interpretados favoreciendo la protección más amplia posible, e interpretando del modo más estricto posible las normas que los menoscaban que deriva del artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esta nueva forma de reglamentar los derechos humanos en México pone en evidencia la voluntad Estatal de asegurar, en los más amplios términos, el goce de los derechos fundamentales y que las limitaciones a ellos sean concebidas restrictivamente, de conformidad con el carácter excepcional que la Constitución y los tratados internacionales les atribuyen, pero el fin utilitario de esta reforma tiene un trasfondo que no se alcanza a ver a simple vista, porque esta encuadrado por el humo del discurso de los Derechos Humanos.

En consecuencia, se nos ha indicado que en el análisis de fondo que se haga por parte del Estado, siempre en esa clase de casos, deberá tenerse en cuenta la limitación y afectación a los derechos fundamentales con base en alguna finalidad legítima, sino que deberá velarse por su protección más amplia.

IV. CRITERIOS ESTABLECIDOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

A partir de la reforma Constitucional antes indicada la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha emitido diversos criterios de observancia obligatoria para ir normando el criterio de los Jueces respecto de la protección de los Derechos Humanos, como ejemplo tenemos la resolución emitida en el expediente Varios 912/2010, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitió los siguientes criterios:

«Control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad. De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los Derechos Humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de Derechos Humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a pre-

ferir los Derechos Humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior.

Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los Derechos Humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como si sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.»⁵

Con los diversos criterios que estableció la Corte podemos concluir válidamente, que actualmente en México se ha abandonado el anterior postulado que impedía el control difuso de la constitucionalidad, ya que anteriormente existía opiniones de la Corte en el sentido que solamente los Tribunales Federales podían realizar control de constitucionalidad, únicamente cuando actuaban como Tribunales Constitucionales, con lo cual se tenía un control concentrado de la Constitución.

Asimismo, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 259/2011, emitió la siguiente Jurisprudencia:

Tesis jurisprudencial 18/2012 (10.^a) control de constitucionalidad y de convencionalidad (reforma constitucional de 10 de junio de 2011). Mediante reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se modificó el artículo 1.º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, rediseñándose la forma en la que los órganos del sistema jurisdiccional mexicano deberán ejercer el control de constitucionalidad. Con anterioridad a la reforma apuntada, de conformidad con el texto del artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, se entendía que el único órgano facultado para ejercer un control de constitucionalidad lo era el Poder Judicial de la Federación, a través de los medios establecidos en el propio precepto; no obstante, en virtud del reformado texto del artículo 1.º constitucional, se da otro tipo de control, ya que se estableció que todas las autoridades del Estado Mexicano tienen obligación de respetar, proteger y garantizar los Derechos Humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el propio Estado Mexicano es parte, lo que también comprende el control de convencionalidad. Por tanto, se concluye que en el sistema jurídico

⁵ Localización: Décima Época, Instancia: Pleno Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Libro III, Diciembre de 2011 Tomo 1 Página: 535, Tesis: P. LXVII/2011(9a.), Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional.

mexicano actual, los jueces nacionales tanto federales como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los Derechos Humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales, con la limitante de que los jueces nacionales, en los casos que se sometan a su consideración distintos de las vías directas de control previstas en la Norma Fundamental, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de normas generales, pues únicamente los órganos integrantes del Poder Judicial de la Federación, actuando como jueces constitucionales, podrán declarar la inconstitucionalidad de una norma por no ser conforme con la Constitución o los tratados internacionales, mientras que las demás autoridades jurisdiccionales del Estado Mexicano sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

Ahora bien, del examen de los anteriores criterios de su precedente y de la Jurisprudencia transcrita, se advierte que el Alto Tribunal de la Nación, ha establecido como lineamientos obligatorios para todos los juzgadores de México las siguientes obligaciones:

a) Se reconoce expresamente la competencia contenciosa de la corte interamericana de derechos humanos y de sus criterios vinculantes orientadores.

b) Siempre que el Estado Mexicano sea parte en un proceso ante la competencia de la Corte Interamericana, la sentencia que de por terminado dicho proceso, adquiere la calidad de definitiva e inmutable, por tratarse de una instancia internacional, que ha interpelado a la República Mexicana.

c) Ningún órgano del Estado Mexicano puede evaluar la decisión emitida por la Corte Interamericana, ni cuestionar la competencia de la misma, sino sólo limitarse a su cumplimiento en la parte que les corresponde y en sus términos.

d) La jurisprudencia de la Corte Interamericana que deriva de las sentencias en donde el Estado Mexicano no figura como parte, tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorecedor a la persona, de conformidad con el artículo 1.º constitucional, que establece el principio *pro persona*.

e) Los jueces nacionales, tienen la obligación de observar los Derechos Humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

f) Es también obligación de los jueces observar los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorecedor y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger.

g) Los Jueces deberán llevar a cabo un Control de convencionalidad «*ex officio*» en un modelo de control difuso de constitucionalidad.

La Suprema Corte Justicia de la Nación, ha interpretado que este nuevo enfoque constitucional, le impone una nueva obligación a los jueces nacionales, ya que al ser parte del aparato del Estado, tienen el deber de velar por el exacto cumplimiento de los Derechos Humanos, en México, y con ello lograr que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos, en virtud de los tratados suscritos por el Estado Mexicano.

En otras palabras, el Poder Judicial de México, ha considerado interpretando la reforma constitucional y los argumentos que le dieron origen que tiene el deber de ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

En esta tarea, el Poder Judicial debe 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.

V. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO*, SU INTERPRETACIÓN POR EL PODER JUDICIAL MEXICANO

Lo primero que cabe cuestionarse es ¿Cómo se debe ejercer un control de convencionalidad *ex officio*? La pregunta es de vital importancia en virtud de que la aplicación de los parámetros fijados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, son tan ambiguos que en la práctica y el diario resolver de los jueces del Poder Judicial Mexicano, se convierte en un salvo conducto para que se sentencie de modo arbitrario bajo el argumento que se deja de aplicar tal o cual artículo del Código Procesal que rige el proceso que se insta, porque el Juez al momento de realizar el accertamiento considera que dicho artículo es contrario a la Constitución o a algún tratado internacional, lo cual es claro se traduce en una incertidumbre jurídica, sin parangón, que

contribuye cada día más al descontento social y la desconfianza en los impartidores de justicia.

El control de constitucionalidad del Estado Mexicano es *sui generis*, ya que hasta ahora y derivado de una interpretación jurisprudencial, el control de constitucionalidad se había ejercido de manera exclusiva por el Poder Judicial Federal mediante los mecanismos de amparo, controversias y acciones de inconstitucionalidad, conocidos como mecanismos directos de control de constitucional y reglamentados de manera particular por diversos artículos de la Constitución Federal⁶.

Existe otro medio de control directo de la constitucionalidad, mismo que se adicionó mediante reforma constitucional de primero de julio de dos mil ocho, en el sexto párrafo del artículo 99 de la Constitución Federal, otorgándole la facultad al Tribunal Electoral de aplicar las leyes sobre la materia electoral contrarias a la Constitución.

Es claro que actualmente nos encontramos ante un cambio diametral del control de la constitucionalidad de nuestro país, ya que ahora el artículo primero constitucional indica de modo claro que todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los Derechos Humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado Mexicano, sino también por los Derechos Humanos contenidos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se entiende en la doctrina como el principio «*pro persona*».

Lo que implica que estos mandatos contenidos en el artículo 1.º constitucional, deben leerse de modo sistemático con lo establecido por el diverso artículo 133 de la Constitución Federal, para determinar de qué modo y en qué circunstancias se puede realizarse el nuevo control de convencionalidad, lo cual claramente será distinto al control concentrado que tradicionalmente operaba en México.

Los criterios marcados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como máximo intérprete de la Constitución, indican de modo claro que este control de convencionalidad consiste en que los jueces están obligados a preferir los Derechos Humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aún a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior;

⁶ Las vías de control de constitucionalidad directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

en tanto que, si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los Derechos Humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 107 y 105 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia, siempre de realicen el control de convencionalidad.

Ahora bien, el mecanismo para el control de convencionalidad *ex officio* en materia de Derechos Humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no podría entenderse un control, si el mismo no parte de un control de constitucionalidad general que se desprende del análisis sistemático de los artículos 1.º y 133 de la Constitución y es parte de la esencia de la función judicial.

El poder judicial, al realizar el control de convencionalidad debe de regirse por los siguientes parámetros:

1. Tomar en cuenta todos los Derechos Humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1.º y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación.
2. Ponderar todos los Derechos Humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte.
3. Analizar los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.

También se advierte de dichos criterios, que esta posibilidad de inaplicación por parte de los jueces del país en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las leyes, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación.

Que de este modo, la jurisdicción judicial mexicana debe realizar este tipo de interpretación del siguiente modo:

- A) Interpretación conforme en sentido amplio.

Se debe interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los Derechos Humanos establecidos en la Constitución y en los tratados in-

ternacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

B) Interpretación conforme en sentido estricto.

Consiste en que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los Derechos Humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

C) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles

Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los Derechos Humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.

Así se reconocen dos grandes vertientes dentro del modelo de control de constitucionalidad en el orden jurídico mexicano que son acordes con un modelo de control de convencionalidad en los términos apuntados.

En primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto.

En segundo término, el control por parte del resto de los jueces del país en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.

Es así, que actualmente el sistema jurídico mexicano, es una mezcla de dos posturas incompatibles desde mi personal punto de vista, ya que se tiene un control concentrado en una parte y difuso en otra y que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, sean los que finalmente fluyan hacia la Suprema Corte, para que sea ésta la que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional.

VI. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD SU APLICACIÓN

El nuevo paradigma en la protección de los derechos fundamentales, en México, tiene como fundamentación ideológica que las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, debe ser considerada como derecho interno; sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que para poder realizar ese tipo de interpretación dependerá de cada caso armonizar ese derecho internacional y el derecho interno.

Esta posición internacional genera dos problemas diferentes: A) la independencia o la interconexión entre ambos sistemas jurídicos, y B) la jerarquía respectiva entre las normas internacionales y las internas.

En el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, su texto puede considerarse derecho interno de conformidad con el texto del artículo primero Constitucional.

Asimismo se le atribuye así carácter de ley nacional, bajo la unánime posición de la jurisprudencia y la doctrina nacional sobre la equiparación de todo tratado con la ley interna cuando es convenido en sus términos por el Estado Mexicano.

Por lo que hace a la cuestión de jerarquía, debe decirse que, establecer cuál norma prevalece en caso de conflicto entre las reglas de Derecho Internacional y las de Derecho Interno, no es regida por el Derecho Internacional sino que depende del Derecho Constitucional de cada país.

Y en esa materia hay grandes diferencias. Hay Estados que acuerdan a las normas internacionales la más alta jerarquía, al punto que pueden incluso modificar las normas de la Constitución; otros equiparan las normas internacionales con las disposiciones de la Constitución; un tercer grupo de países admite que las reglas del Derecho Internacional, aunque no pueden modificar la Constitución, prevalecen sobre las disposiciones legislativas, como es la que ha adoptado el Estado Mexicano.

La elección del sistema que cada Estado adopta en caso de conflicto de normas, son ambas cuestiones regidas por el Derecho Constitucional de cada país y no por el Derecho Internacional.

Existe un concepto que constituye la clave para decidir en qué casos es aplicable la doctrina de la incorporación automática y en qué

otros casos esa doctrina deja de ser aplicable y un acto de transformación (ley programática) se vuelve indispensable⁷.

Este concepto es el de las normas internacionales auto-ejecutivas o ejecutables por sí mismas, un concepto que también desempeña una función clave en caso de conflicto de normas, ya que el conflicto sólo puede producirse si la norma de Derecho Internacional tiene auto-ejecutividad⁸.

Las disposiciones auto-ejecutivas y las razones fundamentales que originan esa noción, han sido elaborados por la doctrina y la práctica del Derecho Internacional con respecto a la aplicación de estipulaciones contenidas en tratados internacionales invocados por un individuo ante un juez o cuando los jueces lo hacen «*ex officio*».

La estipulación de un tratado se considera como ejecutable por sí misma cuando es susceptible de una aplicación inmediata y directa, sin que sea necesaria una acción jurídica complementaria para su implementación o su exigibilidad⁹.

Se habla de auto-ejecutividad cuando la disposición ha sido redactada en tal forma que de ella surge una regla que los tribunales judiciales internos pueden aplicar en un caso dado. La fórmula utilizada por Marshall, célebre Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, es que una norma es ejecutable por sí misma («self-executing») toda vez que opere por sí sin ayuda de una disposición legislativa.

Conforme a las anteriores opiniones, se requieren dos condiciones para que una norma sea auto-ejecutiva: primero, debe ser una norma de la cual sea posible derivar en forma directa un derecho o una pretensión en favor de un individuo que tenga un interés legítimo en la aplicación de la regla en su caso y que comparece ante el juez o el administrador solicitando esa aplicación, o bien que el juez lo advierta y lo haga valer de oficio.

En segundo lugar, la regla debe ser lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente, sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o a medidas administrativas subsiguientes o programáticas.

⁷ Véase «La convención americana de derechos humanos, como derecho interno», Eduardo JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/7/dtr/dtr2.pdf>

⁸ Ídem.

⁹ Ídem.

La existencia en un tratado de una disposición ejecutable por sí misma depende fundamentalmente de la intención de las partes Contratantes. Tal norma existe cuando las partes han tenido la intención de conceder un derecho definido y exigible al individuo que solicita ante el Juez la aplicación de esa norma en su favor o se hace de oficio.

Se ha considerado que la disposición de un tratado es ejecutable por sí misma, a menos que contenga una estipulación expresa de ejecución por medio de una ley o pertenezca a esa categoría excepcional de tratados a los que no se puede, por su propia naturaleza, dar efecto como derecho *ex proprio vigore*.

Desde luego que una materia que por su naturaleza se presta por sí misma a ser ejecutable es la relativa a Derechos Humanos.

Esto no significa que todas las disposiciones de una Convención sobre Derechos Humanos sean ejecutables por sí mismas.

Pues, como ya se apuntó con anterioridad en los apartados correspondientes al identificar la clase de derecho fundamental que se trata de proteger, hay a menudo disposiciones programáticas, especialmente en el campo de los derechos sociales y económicos, que no pueden ser ejecutados sin una acción legislativa del Estado.

Con relación a este punto, de manera destacada el artículo 26 de la propia Convención Americana de Derechos Humanos dispone:

«Capítulo III. Derechos Económicos, Sociales y Culturales

Artículo 26. Desarrollo Progresivo.

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.»

Hay también otros derechos que, debido a su naturaleza, o a la indeterminación normativa de la Convención, carecen de una exigibilidad inmediata y plena en ausencia de normas internas o de otras medidas complementarias, a adoptar por el Estado.

Es el caso de los artículos 13(5), 17(4), 17(5), 19 y desde luego, el que es materia de este estudio 21 (3) de la Convención Americana, cuyos textos reclaman expresamente la existencia de una ley o de medidas complementarias.

Para los demás, la conclusión debe ser en favor del carácter ejecutable por sí mismo de las disposiciones de una convención de esta especie y de su exigibilidad directa e inmediata. Ello es así porque el objeto y razón de ser una Convención de Derechos Humanos, así como la clara intención de sus autores es reconocer en favor de individuos, como terceros beneficiarios, ciertos derechos y libertades fundamentales, y no regular las relaciones entre los Estados partes.

VII. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA APLICACIÓN DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO EN MÉXICO

Una vez que se ha esbozado de manera muy simple el sistema actual de control de convencionalidad del Estado Mexicano, es necesario realizar algunas consideraciones críticas de este nuevo paradigma constitucional, en virtud del cual el Poder Judicial Mexicano, ha empezado a resolver las controversias, ante él planteadas de modo discrecional y arbitrario, sin aplicar las normas procesales previamente establecidas, violando de modo claro los Derechos fundamentales de debido proceso y la seguridad jurídica, es claro que el poder judicial, en virtud de este nuevo criterio de aplicación de los Derechos Humanos sobre las normas procesales, los juzgadores se están convirtiendo en un meta poder del Estado Democrático, ya que pueden invalidar las normas y actos realizados por otros poderes por medio del control de convencionalidad directo y dejar de aplicar lo que no les guste.

Es claro que al no entender la naturaleza epistémica del proceso jurisdiccional contencioso cognitivo, se reglamenta mal, poniendo parches legales y regresando a errores que ya se han cometido, en virtud de este nuevo modelo constitucional, se habla de volver orales a los procesos, o de hacerlos en línea por medio de internet, pero se pierde de vista el objeto del proceso, y se piensa que con una reforma legislativa se puede acabar con los problemas facticos del procedimiento probatorio, en la práctica cada juzgador hace su propio proceso, sin que interese como está reglamentado el mismo en el código y se hace ahora con el auspicio de la Suprema Corte Justicia de la Nación, cada parte interpreta las normas procesales a su gusto para justificar su pretensión, el derecho probatorio es un tópico procesal que ya no se estudia, todo se resuelve con formatos preestablecidos e inmutables, las pruebas se valoran de modo indebido y los Derechos Humanos se han convertido en la justificación perfecta para revivir la inquisición en México, como muestra un botón este es el razonamiento textual de un Juez Federal al resolver una controversia mercantil:

Con base en lo anterior se afirma, que los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones legales en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior y si bien ello no implica expulsar la norma del orden jurídico, sí están obligados a dejar de aplicar las normas internas, dando preferencia a los derechos humanos contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.

Parece ser que no se ha entendido que el Derecho es complicado, complejo y sistémico, estas líneas pretenden hacer evidente la naturaleza del proceso, como comunicativa, autopoiética, para lo cual, estableceremos la clausura operativa que permita su autodeterminación, situación que pretende ser de utilidad para la ciencia procesal, y a su vez para los impartidores de justicia y la sociedad, por cuanto se refiere a la pretensiones de validez de las pruebas procesales y de ese modo terminar con la discrecionalidad judicial, que solo se traduce en incertidumbre para los ciudadanos.

En nuestra opinión, el conflicto de los Derechos Humanos, el proceso y la búsqueda de la verdad y la justicia, como justificación del utilitarismo de la doctrina dominante, consiste en un problema de adquisición de conocimiento, es decir de *epistemología*, ya que es claro que el nuevo constitucionalismo mexicano ha sido construido alrededor de una filosofía que «...se ha vuelto insostenible, y, sin embargo a ella permaneció ligada todavía la vieja Teoría Crítica.»¹⁰ Es claro que el pensamiento jurídico procesal actual en nuestro país, tiene una clara construcción epistemológica, realista, estructuralista- individualista¹¹, transcendental¹², en virtud de esta construcción del conocimiento y a su vez de la realidad, es que se afirma que el proceso jurisdiccional cognitivo contencioso, construye decisiones no verdaderas (verdad formal), a las que llamadas por nuestros códigos como presunciones de verdad¹³, en virtud de la cual, lo dicho y decidido en el proceso se vuelve por arte de magia, en verdad, esta concepción, impacta directamente en el estudio de los Derechos Humanos, que en el proceso, tienen como finalidad (según la doctrina dominante) descubrir la verdad para garantizar su protección, analicemos un segundo, esta

¹⁰ HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa II (crítica de la razón funcionalista)*, Barcelona, Taurus Ediciones, 1992, p. 562.

¹¹ Altamente influenciado por la forma de percibir la sociedad de Max Weber.

¹² Sin duda por una mala interpretación de los postulados filosóficos de Immanuel Kant y Hegel, respectivamente.

¹³ Esta teoría es la más aceptada a nivel mundial, en los países donde su ascendencia jurídica es la romano- francesa, como es el caso de México, es la primera idea que se concibió, para tratar de explicar la naturaleza de la cosa juzgada, podemos afirmar que los romanos lograron impedir que lo resuelto en juicio pudiera nuevamente revisarse.

situación con un ejemplo un poco extremo pero que lo consideramos ideal para los propósitos de estas líneas, recordemos que ocurrió en el proceso de Galileo Galei, que en el año de 1635, fue juzgado por el Tribunal de la Inquisición, por haber cometido el pecado, de postular una doctrina distinta a la aceptada por la Iglesia, en el sentido que es el Sol el centro de nuestro sistema planetario y la Tierra se mueve alrededor de él, una vez sometido a proceso Galileo, en confesión, indica, que abandonaba por completo la falsa opinión de que el Sol era el centro del mundo y permanece inmóvil mientras la Tierra no se halla en el centro y se mueve, con base a esta prueba el Tribunal de la Inquisición, absolvió de su pecado a Galileo, y en su resolución indicó que el Sol gira alrededor de la Tierra, según la teoría de la presunción de verdad, lo declarado por esa sentencia es verdadero formalmente, es decir, *el sol gira en torno a nuestro planeta*, es claro que resulta ilógico tratar de fundamentar que cada vez que se emita un fallo con base a los medios probatorios que obran en el expediente, deba crearse una ficción de verdad, donde lo falso se convierte en cierto, lo negro en blanco, lo grande en pequeño; lo cual no puede sostenerse por ningún argumento lógico o jurídico, en esto, al igual que la teoría de la presunción de verdad, ambas doctrinas, coinciden en que la cosa juzgada es el equivalente de la verdad.

Para alcanzar una epistemología jurídica que realmente merezca tal nombre deben de producirse tres cambios importantes en nuestra percepción del Derecho y de la sociedad: primero, debe pasarse del realismo al constructivismo; segundo de la construcción individual de la realidad a la construcción social; tercero del Derecho como un sistema de norma al derecho como un sujeto epistemológico.¹⁴

Resulta fundamental y necesario cambiar nuestro enfoque del control de convencionalidad interno *ex officio* en el proceso, en primer lugar se debe de abandonar la conceptualización de prueba procesal, que no constituye avance alguno, sin importar el enfoque que se le pretenda otorgar: *acreditación, verificación, comprobación, búsqueda de la verdad real, de certeza, convicción*, etcétera, ya que esta concepción de la prueba ocasiona que las sentencias emitidas en proceso partan de «...la asunción de que el lenguaje no tiene ninguna correlación con la realidad y que no existe conocimiento objetivo de hecho empírico alguno.»¹⁵ Motivo por el cual es imposible que el

¹⁴ TEUBNER, Gunther, *El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global*, trad. Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez-Jara Díez, Lima, 2005, colección, Teoría de sistemas y sistema jurídico, p. 29.

¹⁵ TARUFFO, Michele, *La prueba de los hechos*, 2.^a edición, trad. Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, 2005, colección, Estructuras y procesos, p.33.

Juez, descubra la verdad de los hechos que ante él se presentan, y de ese modo proteger los Derechos Humanos, notemos la contradicción; por un lado se nos indica que la prueba tiene como finalidad descubrir la verdad; y por otro se nos dice que el proceso nunca tiene por objeto descubrir la verdad, sino resolver conflictos intersubjetivos, por medio de una sentencia y con ella garantizar los derechos otorgados por la Constitución y los tratados internacionales.

Una vez sentado lo anterior nos resulta claro que no debemos hablar de control de convencionalidad interno *ex officio*, en el proceso jurisdiccional, sino emplear el término de *razonabilidad procesal*, que tiene menos que ver con el conocimiento o con la adquisición de conocimiento, que con la forma en que los sujetos capaces de lenguaje y de acción hacen uso del conocimiento, resulta claro que el proceso no es una serie de relaciones jurídicas como nos indica la mayoría de los doctrinarios, sino que es un *proceso comunicativo, autopoietico*¹⁶, con la *clausura operativa*¹⁷ que permita su *autodeterminación*¹⁸ y lo vuelva *sistémico*¹⁹.

En el discurso de razonabilidad empleado por las partes para justificar sus aseveraciones procesales y a su vez por el juzgador para comunicar su dicho tiene tres vertientes que pasan desapercibidas generalmente la *argumentación forense como proceso*, trata de reconstruir las condiciones generales de simetría que todo hablante competente tiene que dar por suficientemente satisfechas en la medida en que cree entrar genuinamente en una argumentación²⁰, la *argumentación forense como procedimiento*, se trata de una forma de interacción intraprocedimental, sometida a una regulación normativa legal y discursiva especial, es decir el debate argumentativo, respecto de las pretensiones de validez de los argumentos vertidos entre las partes procesales; y por último la *argumentación como producto*, que tiene como finalidad producir argumentos pertinentes, que convengan, al juzgador y a las partes, en virtud de sus propiedades intrínsecas, con

¹⁶ Afirma que sin clausura operativa no podría darse la autodeterminación.

¹⁷ Enlace selectivo que cualifica los elementos y sólo esto es lo que confiere sentido a que se hable de elementos propios del sistema, de límites del sistema, o de diferenciación

¹⁸ Señala que ninguna estructura que provenga de fuera del sistema puede alertar la reglamentación del mismo.

¹⁹ LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, 2.^a edición, trad. Javier Torres Nafarrate, México, Herder, 2005, pp. 61- 77.

²⁰ Véase HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa I (racionalidad de la acción y racionalización social)*, Barcelona, Taurus Ediciones, 1987, pp. 43-63.

los cuales se pueda desempeñar o rechazar las pretensiones de validez²¹.

En virtud de la naturaleza procesal indicada parece claro que no es compatible el control de convencionalidad interno, que rompe con el equilibrio procesal, la imparcialidad del juzgador y la independencia, y en virtud de dicho control se perpetua y se justifica el utilitarismo de la clase dominante.

Por ello es válido afirmar que nunca y bajo ningún precepto puede un juzgador probar de oficio o dejar de aplicar una norma porque le parece inconstitucional la misma, porque con esa actividad se viola en debido proceso que es un Derecho Humano, y que el mismo nunca se busca su garantía con el fervor debido, ya que es claro que el proceso es el último bastión de la libertad en el actual Estado neoliberal, pero neoconstitucionalista a ultranza.

VIII. CONCLUSIONES

En el Estado Mexicano existe un nuevo modelo de control de constitucionalidad en el que conviven dos tipos de control: el interno y el externo.

La naturaleza del proceso jurisdiccional, es comunicativa, auto-poietica, con clausura operativa que permite su autodeterminación, con pretensiones de validez previamente preestablecidas, de los medios y fuentes de razonabilidad.

Para alcanzar una epistemología jurídica que realmente merezca tal nombre deben de producirse tres cambios importantes en nuestra percepción del Derecho y de la sociedad: primero, debe pasarse del realismo al constructivismo; segundo de la construcción individual de la realidad a la construcción social; tercero del Derecho como un sistema de norma al derecho como un sujeto epistemológico, todo ello con basa a un positivismo critico garantista.

Son las partes y únicamente las partes las que tienen la carga de justificar sus aseveraciones.

Existen límites *de la argumentación procesal*, que son el marco dentro del cual se puede llevar una argumentación, que se condiciona por elementos internos y externos del auditorio, el emitente y el mensaje, que son fijados por la norma procesal.

²¹ Entiéndase por ellas la pertinencia de las razones que exponen un argumento.

La razonabilidad procesal únicamente se presenta con base al acuerdo, que es el convenio entre los participantes de una argumentación que limita el debate, se da con los escritos de demanda y contestación de la demanda, ya que como regla general existe un sistema de *litis* cerrada procesal.

En la actualidad es necesario hablar del sistema de *racionalidad cognitivo-instrumental*, que tiene como base las *pretensiones de validez* de los argumentos vertidos por las partes en el proceso, valorando con ello la pertinencia de las razones que exponen un argumento, con lo cual se produce la *acción comunicativa en la sentencia* como forma de pensamiento que permite una categorización del plexo de la vida social, con la que se puede dar razón de las paradojas de la modernidad y proporcionar decisiones razonables para las partes que intervienen en el proceso, y los tercero que no fueron parte, en virtud del acuerdo argumentativo.

Debemos apuntar por último, que el control de convencionalidad interno *ex officio*, es incompatible con la naturaleza del proceso ya que viola la garantía primaria de primer orden del debido proceso.

