



**UNIVERSIDAD MICHOACANA
DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**

TESIS
**CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y RESTRICCIONES
CONSTITUCIONALES EN SEDE INTERNA**

QUE PRESENTA:

ROCIO GUADALUPE QUIÑONES ANDRADE

PARA OBTENER EL GRADO DE:

MAESTRA EN DERECHO
Con opción en Procesal Constitucional

DIRECTOR DE TESIS:

DOCTOR EN DERECHO FRANCISCO JAVIER IBARRA SERRANO

Morelia, Michoacán, diciembre del 2014

RESUMEN.

El control de convencionalidad es un tema aún reciente en nuestro país, que, aunque ha sido por demás tratado en los últimos años, su ejercicio práctico sigue siendo un tema cambiante y controvertido. Es por esto, que en este trabajo se encuentra una perspectiva del control de convencionalidad analizado en primer lugar, desde el derecho internacional de los derechos humanos, y posteriormente, mediante la incorporación de esta obligación por el Estado mexicano a su sistema jurídico interno.

De esta forma el control de convencionalidad es visto como una obligación previa a la reforma constitucional de junio de 2011, aunque sin negar que en definitiva este acontecimiento terminó por reforzar este medio de control en tratándose de derechos humanos. Esta idea se refuerza con la comparación sobre la recepción de los tratados sobre derechos humanos entre España y México, con lo que se contrasta la realidad práctica de la aplicación de los derechos humanos de fuente internacional.

Además es importante señalar que el control de convencionalidad ha sufrido varios cambios en la práctica jurídica mexicana desde la reforma en comento hasta el día de hoy, y muestra de eso es la controvertida contradicción de tesis 293/2011, resuelta por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de nuestro país.

La culminación de este trabajo consiste precisamente en el análisis crítico de esta sentencia así como de los votos particulares que realizaron los Ministros, preguntándose si se limitó el principio pro persona al prohibir ejercer este medio de control sobre restricciones constitucionales y con ello, la columna vertebral del control de convencionalidad.

Palabras clave: Control de convencionalidad, principio pro persona, restricciones constitucionales

ABSTRACT

The control of compliance is still a recent issue in our country, which, although it has been addressed in recent years, its practical exercise remains a changing and controversial topic. That is why; in this work I present a perspective conventionality control. First, analyzed from the international law of human rights, and later, by incorporating this obligation by the Mexican State to its domestic legal system.

Thus the control of compliance is seen as a prior obligation to constitutional reform of June 2011, although not denying that ultimately this event eventually reinforces this form of control in the case of human rights. This idea is reinforced by the comparison of the human rights treaty between Spain and Mexico; therefore, the practical reality of implementing international human rights is contrasted.

It is also important to note that the control of compliance has undergone several changes in the Mexican legal practice since the reform in question until today, and shows that the issue is contradictory argument 293/2011, determined by the Supreme Court of justice of our country.

The culmination of this work consists precisely in the critical analysis of this judgment and of the dissenting ministers who performed in the case, questioning if the principle pro person was limited by prohibiting the exercise of this form of control through constitutional constraints and with that the main issue of conventionality.

Keywords: Control of conventionality, pro persona principle, constitutional restrictions

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	V
CAPÍTULO 1	
DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	1
1.1. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	1
1.2. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO	3
1.2.1. Los tratados internacionales	4
1.2.2. La costumbre internacional	9
1.2.3. Principios generales del derecho, decisiones judiciales y doctrina.	10
1.3. VINCULACIÓN ENTRE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO INTERNO	11
1.3.1. Dualismo	12
1.3.2. Monismo	14
1.3.3. Tesis coordinadoras.....	15
1.4. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS....	17
1.5. OBLIGACIONES INTERNACIONALES EN RELACIÓN A LA FIRMA DE TRATADOS.	22
1.6. <i>CORPUS JURIS</i> INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	30
1.7. DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.	33
1.8. CREACIÓN DE SISTEMAS INTERNACIONALES Y REGIONALES DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS.....	34
1.8.1. Sistema Universal de Protección a los Derechos Humanos	36
1.8.2. Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos	45
1.8.3. Sistema Europeo de Derechos Humanos	49
1.8.4. Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	53

CAPÍTULO 2

RECEPCIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. PERSPECTIVA COMPARADA ESPAÑA-MÉXICO.	63
2.1. PANORAMA ACTUAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO EUROPEO Y SU REPERCUSIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL.	65
2.2. ARTÍCULO 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, ¿CLÁUSULA DE UNA REAL Y AMPLIA APERTURA CONSTITUCIONAL?	74
2.3. DUDH Y TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS COMO PUNTO DE PARTIDA PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVIDAD ESPAÑOLA.	84
2.4. DERECHO INTERNO VS DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. ¿EXISTE EN ESPAÑA UNA JERARQUIZACIÓN AL RESPECTO?	88
2.5. LA COMPATIBILIDAD DEL DERECHO INTERNO CON EL INTERNACIONAL. ELEMENTO INDISPENSABLE PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.	94
2.6. TEDH, INTÉRPRETE ÚLTIMO DEL CEDH. OBLIGATORIEDAD DEL CUMPLIMIENTO DE SUS SENTENCIAS POR ESPAÑA.	99
2.7. RECEPCIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO. ¿EXISTE ALGÚN MECANISMO ESPECIAL PARA SU REALIZACIÓN?	113
2.8. CONCLUSIONES. COMPARACIÓN DEL CASO ESPAÑOL CON EL MEXICANO.	125

CAPÍTULO 3

“CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN EN EL ESTADO MEXICANO.”	140
3.1. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO. ¿UN NUEVO PARADIGMA A PARTIR DE LA REFORMA DE 2011?	141
3.2. ORIGEN DE LA OBLIGATORIEDAD DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD PARA EL ESTADO MEXICANO.	146
3.3. ¿SE INCORPORARON SOLO LOS DERECHOS CONTENIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES AL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD O TAMBIÉN LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS?	156

3.4. CARACTERÍSTICAS DEL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO.	163
3.4.1. Reconocimiento de derechos humanos en lugar de otorgamiento de garantías, cláusula de apertura constitucional y la ampliación del catálogo de derechos humanos.....	165
3.4.2. Cláusula de Interpretación conforme	171
3.4.3. Principio <i>pro persona</i>	175
3.4.4. Aplicación <i>ex officio</i> del control de convencionalidad por parte de todas las autoridades dentro del ámbito de sus competencias.....	176
3.4.5. Inaplicación de la norma	181
3.5. PRINCIPALES CRITERIOS INTERPRETATIVOS EMITIDOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA DÉCIMA ÉPOCA	183

CAPÍTULO 4

ANÁLISIS Y CRÍTICA DE LA DECISIÓN DE LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011 DE LA SCJN. ¿AVANCE O RETROCESO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS?.....	200
4.1. EL INSÓLITO EXPEDIENTE VARIOS 912/2010. EL ANTECEDENTE FUNDAMENTAL DE LA CONTRADICCIÓN DE TESIS.....	202
4.2. CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/11.....	208
4.2.1. Antecedentes del caso.....	209
4.2.2. Constitución Federal, tratados internacionales sobre derechos humanos, derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que México es parte, jurisprudencia nacional e interamericana. ¿Formación de un bloque o lucha jerárquica?	212
4.2.3. Reformas constitucionales sobre derechos humanos. Fundamento invocado por la SCJN para sustentar que solo los derechos convencionales eleven su jerarquía.	222
4.2.4. Jerarquía constitucional de los derechos contenidos en los tratados internacionales de los que México sea parte. Su viabilidad práctica.	225
4.2.5. Catálogo de derechos humanos de fuente nacional y convencional como parámetro del control de regularidad	

constitucional. ¿Limitación al control de convencionalidad o cambio de tecnicismo jurídico?	229
4.2.6. Aun supremacía constitucional, sobre todo y ante los derechos humanos de fuente convencional.	237
4.2.7. Jurisprudencia de la CIDH. ¿Vinculante con excepción de condenas sobre restricciones constitucionales?	250
4.2.8. ¿Dónde quedó el control de convencionalidad?	254
4.2.9. Votos particulares de la resolución. ¿Aclaratorios o contradictorios?.....	261
4.3. A MODO DE CONCLUSIÓN, PANORAMA ACTUAL DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES; EL EPÍLOGO DE LA HISTORIA.....	283
CONCLUSIONES.....	289
GLOSARIO.....	300
FUENTES DE INFORMACIÓN	302

INTRODUCCIÓN

En este trabajo el lector podrá encontrar una perspectiva sobre el control de convencionalidad planteada desde el derecho internacional de los derechos humanos y no, desde el derecho constitucional, por lo cual este mecanismo es analizado de forma primordial, como una obligación internacional y posteriormente se aterriza en territorio nacional.

Se comienza por brindar al lector un panorama general del derecho internacional de los derechos humanos, sobre todo por lo que ve a sus características y principios, como son el *pacta sunt servanda*, *pro persona* y la no invocación del derecho interno como excusa del incumplimiento de un tratado.

También se analizan las principales tesis existentes sobre vinculación del derecho internacional y los sistemas jurídicos nacionales, lo cual, para el tema tratado es fundamental, ya que se estudian las diferentes posturas que existen al respecto, en cuanto a la jerarquía que debe tener el derecho internacional respecto del nacional.

Posteriormente, se tratan las obligaciones que se adquieren con la firma de los tratados y el nivel de compromiso de los Estados en el cumplimiento de las mismas y partiendo de la obligatoriedad en su cumplimiento se entra en el tema de los sistemas de protección internacional y regional que han sido creados con el fin de regular el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los países mediante la firma de tratados internacionales sobre derechos humanos.

Ya analizada la importancia de derecho internacional de los derechos humanos, se realiza una doble comparación. Por un lado entre la recepción de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México. En esta parte del estudio se analizarán las cláusulas de apertura constitucional al derecho

internacional de los derechos humanos, contenidas en las Constituciones de estos dos países y se hace una comparación de su aplicación práctica.

De manera primordial se analizan las obligaciones que estos dos países ha reconocido con base en la firma de tratados internacionales y como las llevan a la práctica en territorio nacional. Además también se analiza el nivel de efectividad que han tenido los derechos convencionales en cada uno de estos países; si el control de convencionalidad se lleva a la práctica y qué características tiene en cada territorio.

Por otro lado, se analiza la manera en la que estos países reciben la jurisprudencia internacional de los organismos de protección a los derechos humanos a los cuales se encuentran supeditados. Sobre todo en lo que ve al TEDH y la CIDH, Tribunales internacionales que se encargan de la protección regional de los derechos humanos, a los que se encuentra supeditada España y México respectivamente, aunque existen algunos otros tribunales internacionales que se mencionan tangencialmente. En esta comparación se analizan sus características y elementos en los que se podría mejorar de manera sustancial.

También se estudian los mecanismos mediante los cuales se cumple con las condenas internacionales en ambos países, realizando un análisis crítico al respecto para concluir finalmente de qué manera pudieran colaborar ambos sistemas jurídicos, el español y el mexicano, para mejorar sus mecanismos de protección de los derechos humanos, tanto nacionales, como convencionales.

A continuación se analiza el control de convencionalidad llevado a cabo por nuestro país, así como las causas por las cuales este mecanismo de protección de los derechos convencionales es de aplicación obligatoria, de dónde derivó y cuáles son sus principales características de aplicación, tanto en general, como aquellas creadas por la SCJN mediante su jurisprudencia.

Se realiza también un análisis sobre la viabilidad de la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos y de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en otras materias al bloque de constitucionalidad o bien, solo de los derechos convencionales, así como las consecuencias de esta incorporación. Este análisis concluye con el estudio de los principales criterios creados por la SCJN respecto a la aplicación del control de convencionalidad a partir de la décima época en los que se señala la manera en la que se debe aplicar este medio de control así como los supuestos que deben existir para poder hacerlo.

En la parte final de este trabajo, se hace un análisis crítico sobre la decisión de la SCJN de la contradicción de tesis 293/2011, en la que las reglas de aplicación del control de convencionalidad fueron cambiadas e incluso limitadas para señalar que los derechos humanos de fuente constitucional y convencional reconocidos por México mediante la firma de tratados internacionales forman un mismo *“parámetro de control de regularidad constitucional”* siempre y cuando la Constitución no prevea una restricción al respecto, en cuyo caso prevalecerá el texto constitucional.

Además se analizan también uno a uno, los votos particulares llevados a cabo por siete de los ministros con el fin de resaltar la diferencia de criterios que tiene cada uno de ellos y que, aunque solo uno de ellos votó en contra de la resolución, realmente todos tenían opiniones encontradas.

Finalmente y a manera de conclusión se señala un panorama general del probable futuro del control de convencionalidad y de la protección a los derechos humanos de fuente convencional, planteada desde la óptica nacional, internacional y en virtud de todo el contenido de este trabajo.

El fin último que se persigue, mediante la narración de este trabajo, es llegar al interés del lector por la protección de los derechos humanos de fuente

convencional e introducirlos en un doble panorama de protección, nacional e internacional, para de esta manera plantear que ambos sistemas pueden ser armónicos y no contradictorios entre sí, y que el ejercicio del control de convencionalidad en sede nacional, no hace más que proteger los derechos humanos que el Estado mexicano se ha obligado a reconocer a sus habitantes.

CAPÍTULO 1

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

1.1. DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Con el fin de introducirnos en el derecho internacional de los derechos humanos, es preciso primero saber de dónde deriva este. Por lo tanto analizaremos en primer lugar qué es el derecho internacional público y como que se relaciona con la materia de nuestro estudio.

La disciplina del derecho internacional público se ha creado como una forma de regular los actos que realizan los Estados, en su calidad de entes soberanos, que han tenido algún tipo de alianza o de convenio con diversos fines, ya sean estos de guerra, de paz, ayuda comunitaria o de derechos humanos, entre otros.

Las relaciones internacionales de los Estados y de estos con los organismos internacionales son reguladas por el derecho internacional público. Sin embargo, se debe hacer una clara diferenciación entre el derecho internacional público y el privado, y distinguirlos plenamente con el fin de conocer el campo de aplicación exacto en que se desarrolla la presente investigación.

En primer lugar cuando nos referimos a derecho internacional privado y las cuestiones que éste regula, podemos decir que reglamenta el tráfico externo, principalmente en cuanto a los conflictos de las reglamentaciones internas de los Estados, tal como lo expresa Espinar Vicente:

El derecho internacional privado se configura como el conjunto de normas y principios que cada ordenamiento particular establece para dotar de una regulación especial a los supuestos de tráfico externo. La construcción de este sistema exige el recurso a una

*metodología propia. Su positivización y aplicación es particularmente dependiente de la realidad social y jurídica del momento histórico que se considere.*¹

Es primordial reiterar que para que exista una relación jurídica que deba ser regulada por el derecho internacional privado deben existir dos elementos fundamentales. El primero, que haya una relación jurídica privada y el segundo, que las personas que intervienen en la misma pertenezcan a un ordenamiento jurídico diferente, es decir, que exista una relación de extranjería en donde deban prevalecer las normas que rigen al derecho internacional privado como fin para dirimir el conflicto.²

Ahora bien, el derecho internacional público se encuentra compuesto por normas muy distintas, cuya vinculación se refiere -como su nombre lo indica- a ámbitos públicos de la sociedad que conciernen a los habitantes de todos los países y que les pueden afectar de manera directa, cuestiones claro está, que pertenecen al ámbito del derecho público y que se regulan de manera internacional.

Al respecto Loreta Ortiz Ahlf señala que el derecho internacional público se puede definir como *“aquella rama del derecho que regula el comportamiento de los Estados y demás sujetos atípicos mediante un conjunto de normas positivizadas por los poderes normativos peculiares de la comunidad internacional”*.³ Esta definición aunque interesante me parece redactada en un sentido bastante amplio, pues de ella solo se puede extraer que se regula la conducta de los Estados, sin embargo, no establece del todo la materia del derecho internacional público, por lo que para esclarecer esta situación me referiré a sus fuentes.

¹González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, *Derecho Internacional Privado. Parte general*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010, p. 21.

²*Ibidem*, p. 28.

³ Ortiz Ahlf, Loreta, *Derecho internacional público*, 3ª ed., México, Oxford, 2011, p. 3.

1.2. FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Cuando se habla de “fuentes”, se pretende denotar el origen de la normatividad internacional, por lo cual debemos tomar como referencia los modos de producción de esta norma a través del tiempo y tomando en cuenta las relaciones internacionales que tienen los países.

Según Matthias Herdegen⁴, las fuentes del derecho internacional público las podemos dividir en fuentes en sentido estricto, que son los tratados internacionales, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho internacional; y en fuentes interpretativas del derecho, que son aquellos instrumentos de apoyo para la interpretación del derecho internacional.

Ortiz Ahlf nos conduce al Estatuto de la Corte Internacional de Justicia,⁵ mismo que realiza un listado de las fuentes del derecho internacional, las cuales son:

- a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.
- b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.⁶

⁴Herdegen, Matthias, *Derecho internacional público*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005, p. 113.

⁵*Idem*.

⁶ Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

A continuación estudiaremos cada una de ellas y la manera en la que se constituyen como fuentes del derecho internacional, así como las obligaciones que adquieren los Estados por su nacimiento.

1.2.1. Los tratados internacionales

Debido a que los Estados manifestaban un amplio interés por los tratados internacionales, su creación fue regulada por la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados concluida en 1969, únicamente por lo que vea los acuerdos entre los Estados. Posteriormente en 1988 se adoptó la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, la cual como su nombre lo indica, reguló las cuestiones no contempladas en la primera Convención.

La primera Convención define a los tratados como *“un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.”*⁷

La segunda los define como *“un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito: i) entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; o ii) entre organizaciones internacionales, ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.”*⁸

⁷ Artículo 2.1, inciso a de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

⁸ Artículo 2.1, inciso a, de la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales.

A pesar de que existan dos denominaciones general e internacionalmente reconocidas como el concepto de tratado internacional, las dos son válidas ya que aunque se refieren a un mismo acto, es decir, la creación de un acuerdo internacional, las partes son distintas e igualmente reguladas por la misma disciplina.

Los tratados internacionales tienen un proceso especial de creación, Loretta Ortiz Ahlf señala que su realización consta de varias etapas igualmente importantes en su consecución, las cuales son⁹:

- a) **Negociación.** Esta etapa comienza con la discusión de los Estados u organismos internacionales a fin de culminar con las cláusulas de un tratado y que con ellas estén de acuerdo todos los firmantes.
- b) **Adopción del texto.** Este se adopta por unanimidad si son bilaterales; en caso de ser multilaterales, según lo dispongan las partes y en su defecto, por dos terceras partes que se deben encontrar presentes al momento de la votación.
- c) **Autenticación del texto.** En esta etapa el texto es certificado con el fin de que sea la redacción definitiva que corresponda a la Convención.
- d) **Manifestación del consentimiento.** Es el acto mediante el cual las partes se obligan a cumplir con el texto. Los medios de manifestación son la firma, el canje, la ratificación, la aceptación, la aprobación y la adhesión.

Como se podrá observar los tratados internacionales requieren de la intervención de todos los Estados y la manifestación del consentimiento de manera expresa actuando como ente internacional en uso de su soberanía y evidentemente sin ningún tipo de coacción en su adopción.

Cuestión relevante parece que los Estados, al firmar un tratado, en caso de no estar de acuerdo con alguna de las cláusulas acordadas, pueden formular

⁹ Ortiz Ahlf, Loreta, *op. cit.*, nota 3, p. 13.

“reservas” con el fin de que su derecho interno no sea incompatible con el tratado firmado; ahora bien, las únicas limitantes que existen en la creación de estas reservas, es que el Pacto firmado las prohíba expresamente o no se encuentren dentro de las permitidas.¹⁰

Por tal razón, todos los tratados deben cumplirse y causarán efectos jurídicos en el derecho interno de los países parte como si se tratara de una norma creada por el propio Estado. Los tratados deben obligatoriamente cumplirse de buena fe,¹¹ lo que es internacionalmente conocido como el principio *pacta sunt servanda*, y además, una vez que un Estado es parte de un tratado, éste no puede invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado¹² so pena de incurrir en una responsabilidad internacional.

Evidentemente estos dos artículos de la Convención de Viena establecen obligaciones que no dependen de la legislación interna del Estado parte, sino que por el contrario, éstas se regulan por el derecho internacional público y deben ser cumplidas en todo momento, por lo que un Estado no puede alegar la incompatibilidad de su derecho interno con la letra del tratado, ya que los Estados no están obligados a firmar o adherirse a algún tratado internacional, sin embargo, una vez que forman parte del mismo, tienen la obligación de cumplirlo.

Claro está, que los tratados se pueden terminar. Ortiz Ahlf nos brinda un listado sobre las causas de terminación de un tratado internacional las cuales son:

- a) La voluntad de las partes. Si las partes conformantes del tratado establecieron en un principio que podían dar por terminado el tratado en cualquier tiempo será necesario solo la manifestación de esta voluntad para que se dé por terminado.

¹⁰ *Ibidem*, p. 15.

¹¹ Véase artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

¹² Véase artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

- b)** Denuncia. Existe la posibilidad de denunciar un tratado para separarse de él, siempre y cuando los Estados parte hayan admitido esta posibilidad desde el momento de la firma del tratado y se dé aviso del retiro con 12 meses de anticipación.¹³
- c)** Celebración de un tratado posterior. Cuando se lleve a cabo un tratado posterior que sea incompatible con el contenido del realizado anteriormente, éste se dará por terminado o cuando así lo determinen las partes.
- d)** Violación grave de un tratado. Cuando exista una violación grave a un tratado bilateral se puede dar por terminado y cuando sea multilateral el resto de los países pueden solicitar la terminación del tratado para el país infractor, o bien, para todos ellos.
- e)** Imposibilidad subsiguiente de cumplimiento. Ésta causal se puede invocar solo en caso de que desaparezca definitivamente un objeto indispensable para la consecución del mismo.
- f)** Cambio fundamental de circunstancias. Este cambio “*debe constituir la base esencial del consentimiento de los Estados y ...con la modificación de las circunstancias se habrán de alterar radicalmente también las obligaciones que deban cumplirse*”.¹⁴
- g)** Aparición de una nueva norma internacional de *ius cogens*. Si se instaurara una nueva norma del *ius cogens* que sea incompatible con un tratado internacional, este se dará por terminado.

Si no se dan las causas para que un tratado termine, éste debe ser cumplido a cabalidad. Una vez que se ha firmado un tratado internacional la mayoría de las normas que forman parte del tratado son ejecutables de inmediato (*self-executing*)¹⁵. En este caso los Estados parte cuentan con los medios para

¹³ Tal es el caso de Venezuela que en el año 2012 denunció la Convención Americana de Derechos Humanos y dejó de pertenecer a ella el 10 de septiembre del año 2013. Para obtener más información al respecto consúltese la página: <http://cejil.org/comunicados/denuncia-de-convencion-americana-sobre-derechos-humanos-por-venezuela-debilita-proteccion>.

¹⁴ Ortiz Ahlf Loretta, *op. cit.*, nota 3, p. 33.

¹⁵ *Ibidem*, p. 37

que esta norma sea aplicada directamente y es la intención de los Estados que se aplique de esta manera.

Sin embargo, existe otro tipo de normas, que no se pueden ejecutar de inmediato debido a falta de legislación nacional (*non self-executing*).¹⁶ En caso de que las normas a las que el Estado se ha obligado a través de la firma del tratado no se pudieran ejercer de inmediato, éste deberá crear un desarrollo legislativo. Estas disposiciones internacionales pueden ser programáticas, en cuyo caso no pueden ser ejecutadas inmediatamente por los Estados, por lo que cada integrante deberá legislar con el fin de regular este tipo de disposiciones.

En México el Presidente de la República es el encargado de la celebración de los tratados internacionales, con autorización del senado,¹⁷ que también es el órgano encargado de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, y los parámetros para su realización se encuentran plasmados en la Ley sobre Celebración de Tratados¹⁸.

Ahora bien, existe la pregunta constante respecto a la manera en la que se deben incorporar los tratados internacionales al derecho mexicano, máxime en lo que se refiere a las materias reservadas a los Estados, por ejemplo la familiar.

Para esclarecer el problema, debemos entender que nuestra Carta Fundamental, autoriza al presidente de la República; quien representa a toda la federación y sus actos los realiza en representación del Estado mexicano en su totalidad y no de una parte del mismo.¹⁹

¹⁶*Idem*.

¹⁷ Véase los artículos 76 y 89, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁸ Esta ley se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el 2 de enero de 1992. Antes de que esta ley existiera los tratados se suscribían solo bajo los lineamientos establecidos en la Constitución Federal.

¹⁹Herdegen, Matthias, *op. cit.*, nota 4, p. 157.

Como ya se ha mencionado, el Ejecutivo puede adherirse a cualesquier pacto internacional con aprobación del Senado, ya que es una de las facultades que le concede el artículo 89 de la Constitución Federal. La celebración de tratados internacionales está regida por el derecho internacional, por lo cual, ya sea que este tratado verse en materias de carácter federal o reservadas para los Estados, se entenderá que el tratado está regido por el derecho internacional y no por la materia específica de la que trate, sea cual fuere la misma.

1.2.2. La costumbre internacional

El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia define al derecho consuetudinario internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho,²⁰ por lo cual, se puede vislumbrar que la costumbre internacional se asemeja a la costumbre como fuente del derecho en general.

Loreta Ortiz Ahlf señala que la costumbre tiene un elemento material y uno espiritual²¹. El elemento material lo encontramos en la conducta de los Estados, ya sea que nos refiramos a acciones u omisiones. En cuanto al elemento espiritual, se encuentra determinado por la conciencia que tienen los Estados sobre sus deberes internacionales y su manera de conducirse.

Por lo tanto, se puede afirmar que antes de que existiera cualquier regulación procesal o adjetiva internacional, los Estados se regían por la costumbre internacional. Y es a partir de la costumbre y de las necesidades objetivas de cada Estado particular, que se comenzó la creación de los tratados y demás reglamentación internacional tanto mundial como regional.

Ahora bien, Matthias Herdegen²² señala que para considerar ciertos actos como parte de la costumbre internacional se debe tomar en cuenta no solo la

²⁰ Artículo 38.1, inciso B del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

²¹ Ortiz Ahlf Loreta, *op. cit.*, nota 3, p. 50.

²² Matthias Herdegen, *op. cit.*, nota 4, p. 147.

conducta de los Estados sino también la de los organismos internacionales, esta situación es primordial ya que en la mayoría de las ocasiones son los organismos internacionales y no los Estados, los encargados de regular que se cumplan estas costumbres una vez que son positivizadas.

Dentro de la costumbre internacional encontramos el llamado *derecho consuetudinario internacional imperativo*. La mayor parte de las reglas establecidas a través de la costumbre internacional se pueden suprimir o modificar mediante un tratado, sin embargo existen reglas llamadas imperativas o *juscogens*, que forman parte del derecho consuetudinario y no pueden ser en ningún momento reformadas. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece en relación al *juscogens* lo siguiente:

Artículo 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("juscogens"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Como se puede observar la costumbre internacional no es simplemente un parámetro a seguir para la comunidad internacional sino que además, si esta forma parte del *juscogens*, al ser generalmente aceptada por los Estados, constituye una base sobre la cual construir cualquier ordenamiento jurídico internacional y no puede ser en ningún momento contrario al mismo.

1.2.3. Principios generales del derecho, decisiones judiciales y doctrina.

Estos se traducen en principios comunes de los Estados que surgen del derecho convencional o consuetudinario internacional.²³ Complementan al derecho convencional y consuetudinario internacional y dependen del sistema jurídico que contenga cada Estado ya que no todos los entes internacionales sustentan los

²³Ortiz Ahlf, Loretta, *op. cit.*, nota 3, p. 51.

mismos ideales mínimos, sin embargo si son universales o cuasi-universales podrán formar parte de la comunidad internacional.²⁴

En cuanto a las decisiones judiciales y la doctrina, como ya se dijo anteriormente estas constituyen una fuente auxiliar del derecho internacional ya que un juzgador jamás se podrá fundamentar únicamente en una jurisprudencia o en la doctrina de un jurista para llevar a cabo sus decisiones, sin embargo, estas son de gran utilidad para reforzar las decisiones además de que las interpretaciones realizadas de tratados internacionales o bien, las opiniones consultivas u observaciones generales amplían el contenido de la norma y forman parte de esta fuente del derecho internacional.

1.3. VINCULACIÓN ENTRE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y DERECHO INTERNO

Muchos son los países que participan en la celebración de tratados internacionales, ya sea con sus pares, o bien con organismos internacionales de diversa índole, sin embargo, esto no implica que la manera de recepción de esta legislación en su derecho interno sea igual en todos los casos.

Por tal motivo desde el inicio de las relaciones internacionales se han llevado a cabo diversas teorías, que discuten tanto la recepción del derecho internacional en el derecho interno, como la jerarquía que el derecho exterior debe tener en cuanto al interior, por lo tanto, es de suma importancia tomarlas como punto de partida en la explicación de su fundamentación.

Son dos las principales teorías que existen respecto de la vinculación del derecho internacional en el derecho interno: el monismo y el dualismo. Sin embargo también se han creado recientemente teorías coordinadoras que

²⁴Matthias Herdegen, *op. cit.*, nota 4, p. 157.

explican como el derecho interno y el internacional pueden converger y ser complementarios.

1.3.1. Dualismo

Por su parte el dualismo, es una teoría desarrollada en Italia y Alemania primordialmente por pensadores tales como Henrich Triepel y Dionisio Anzilotti, Gaetano Morelli, Angelo Piero Sereni y Walter Rudolf. Esta teoría postula que tanto el orden jurídico internacional como el nacional son iguales en cuanto a su independencia pero se diferencia en muchos otros aspectos²⁵.

En primer lugar las fuentes del derecho internacional como ya se vio, son los tratados internacionales, la costumbre internacional y los principios generales del derecho fundamentalmente y se complementan con las resoluciones de los diferentes organismos internacionales.²⁶ Estas fuentes surgen de los países en su actuación como entes jurídicos soberanos y las costumbres diplomáticas que tengan cada uno con sus pares. El derecho interno se crea mediante la costumbre interna de cada Estado, su Carta fundamental, las diversas doctrinas, las leyes, la doctrina de los juristas, y por supuesto, los tratados internacionales.

Además se diferencian también en el tipo de relaciones que regula cada ordenamiento ya que el derecho internacional público regula las relaciones entre dos o más Estados, y el derecho interno regula las relaciones entre las personas o bien entre estas y el Estado o entre diversos órganos gubernamentales.²⁷

La tesis dualista señala que el derecho internacional se diferencia del derecho interno en su sustancia ya que el internacional es un derecho que rige entre Estados iguales y soberanos y por lo tanto tiene una fuerza un tanto más

²⁵Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, UNAM, 2006, p. 12.

²⁶ Como ejemplo se puede citar la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de derechos humanos, vinculatoria para nuestro país de lo cual se hablara con detenimiento más adelante.

²⁷Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 25, p. 13.

débil en el derecho interno. Por esta razón los Estados deciden que normas de derecho internacional pasarán a formar parte de su derecho interno y de qué manera.²⁸

Manuel Becerra Ramírez²⁹ señala que en esta tesis se postula la necesidad de una manifestación expresa por parte del Estado para incorporar a su derecho interno determinada normativa internacional, ya que no es posible que de manera automática el derecho internacional sea de obligatoria aplicación para un país, precisamente por ser un ente soberano por lo cual, una vez manifestada la aceptación de un Estado de someterse a un tratado internacional, no puede haber conflictos entre ambos sistemas jurídicos.

Loretta Ortiz Ahlf señala que para los dualistas el derecho internacional no puede ser aplicado directamente por lo cual debe primero “*transformarse en norma interna: no es la norma internacional la que se aplica sino una nueva norma interna*”³⁰

Ahora bien, la tesis dualista tiene dos puntos torales que son bastante cuestionables. En primer lugar postula que si en determinado momento el derecho internacional y el nacional se contraponen, siempre prevalecerá el derecho nacional, sin embargo, el Estado incurrirá en una responsabilidad internacional. Esta afirmación me parece del todo equivocada, ya que una vez que el Estado ha aceptado someterse a determinada legislación internacional, lo hace con conocimiento de causa sobre las obligaciones que se adquieren con la firma del mismo, por lo cual debe llevar a cabalidad una revisión de su derecho interno con el fin de no caer en contradicciones ni limitantes para el ejercicio de la nueva normativa, sino que además, si la normativa internacional aceptada es contraria a su derecho interno, nunca debió aceptar la recepción de ese tratado.

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

³⁰ Ortiz Ahlf, Loretta, *op. cit.*, nota 3, p. 4.

En segundo lugar, esta tesis sostiene que para que una norma internacional sea aplicable a un Estado, este debe antes aceptar su recepción. Aunque esta es una forma tradicionalmente aceptada en todos los sistemas regionales de justicia y los Estados efectivamente deben aceptar la recepción de un tratado internacional mediante su firma al momento de su creación o adhesión y ratificación, esta situación debe tener sus excepciones ya que en lo que se refiere al *juscogens* internacional, las normas mínimas debieran ser llevadas a la práctica por todos los países sin excepción alguna.

1.3.2. Monismo

El monismo, representado por Hans Kelsen, Josef Kunz y George Scelle,³¹ es la antítesis del dualismo al sostener, que el derecho internacional y el nacional son “*dos elementos de un mismo concepto de derecho que se dirige al individuo.*”³²

Los monistas sostienen una unidad entre ambas fuentes del derecho en un mismo ordenamiento jurídico a través de la subordinación de las mismas, es decir, ambos sistemas pertenecen al mismo ordenamiento y los problemas que existan entre las mismas solo serán problemas entre una norma inferior y una superior por lo cual serán fácilmente solucionables.

Ahora bien, esta tesis tiene dos derivaciones que sostienen cada una la supremacía de un ordenamiento jurídico diferente:

- a) Monismo internista. Esta teoría postula que el derecho internacional parte del derecho interno ya que es a través de este como se adopta y en virtud de él puede dejar de reconocerse, por lo que el derecho interno tiene mayor grado jerárquico y el internacional se encuentra subordinado a él.³³ Además, sostiene

³¹Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 25, p. 15.

³²*Idem.*

³³*Idem.*

que el derecho internacional se ha creado para regular las relaciones entre los Estados que ya contaban anteriormente con una regulación interna propia, luego entonces, el derecho internacional deriva de ordenamientos jurídicos internos previamente creados y por lo tanto se debe someter a ellos.³⁴

- b) Monismo internacionalista. Esta derivación de la corriente monista postula que el derecho internacional no depende en nada de las Cartas Fundamentales de los países³⁵, por el contrario se sostiene que hay un solo sistema jurídico en el que el derecho interno está subordinado al derecho internacional³⁶, y esta subordinación parte de la supremacía sobre el derecho interno a través del principio *pacta sunt servanda* mediante el cual ningún país puede invocar su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado,³⁷ por lo cual es irrelevante lo que postulen las Constituciones estatales ya que no pueden contradecir al derecho internacional.

1.3.3. Tesis coordinadoras

Ahora bien, independiente a estas tesis monistas y dualistas de la recepción del derecho internacional en sede interna, tenemos las llamadas tesis coordinadoras o conciliadoras que parten también de la unificación de los dos sistemas jurídicos al igual que la teoría monista pero se diferencian en que estas teorías postulan que el sistema nacional y el internacional tienen una relación de coordinación y no de subordinación. Estas teorías están sustentadas por autores tales como Truyol, Luna, Miaja de la Muela y Verdross³⁸ y su principal objetivo es la demostración de que puede existir una unificación cordial en la que ambos sistemas jurídicos se complementen entre sí sin tener que estar uno por encima del otro.

³⁴ Ortiz Alf, Loretta, *op. cit.*, nota 3, p. 5.

³⁵ Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 25, p. 16.

³⁶ Ortiz Ahlf, Loretta, *op. cit.*, nota 3, p. 5.

³⁷ Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969.

³⁸ *Idem*.

Habrá que preguntarnos cuál de estas tres tesis es la que se sigue actualmente en México y en el resto del mundo y esto depende mayormente de los ideales y conflictos de cada Estado. ¿Por qué se dice esto? Por qué mientras algunos países establecen que los tratados internacionales se encuentran por encima de su ordenamiento (tesis monista internacionalista) algunos otros les confieren una jerarquía menor a la de la Constitución) (tesis monistas nacionalistas), algunos otros países sostienen que no existe ningún conflicto entre el derecho interno y el internacional ya que son dos sistemas jurídicos diferenciados (tesis dualista).

Es prudente manifestar que la postura que se tiene en la realización de este trabajo es que el derecho internacional debe ser complementario al derecho interno, es decir, me adhiero a la postura coordinadora o conciliadora, ya que mediante los tratados internacionales se enriquece el derecho interno, en ningún momento de anula su aplicación y efectividad.

El 11 de junio del 2011 se avanzó en la protección a los derechos humanos de fuente internacional, sin embargo considero que lamentablemente se limitó el 3 de septiembre del 2013 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). De eso se hablará más adelante; sin embargo, cabe mencionar que nuestra Constitución es una de las pocas en establecer esta postura coordinadora en su artículo primero constitucional, en materia de derechos humanos.

En los párrafos uno y dos del referido artículo a la letra establecen:

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.*³⁹

Como nos podemos dar cuenta, los derechos humanos reconocidos en el Estado mexicano son todos aquellos reconocidos tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de los que el Estado sea parte pero ¿Cómo se decide que legislación aplicar? Esto es lo que interesa de este artículo, ya que precisamente es mediante una ponderación entre las dos legislaciones para saber cuál es la que más beneficia o menos perjudica a la persona, (regla o principio *pro persona*) como se decide cual aplicar, por lo que nos encontramos ante un ejemplo perfecto de la coordinación entre ambos ordenamientos jurídicos.

1.4. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Ya desde la década de los 30's, Mirkin-Guetzévitch escribía sobre la internacionalización del derecho constitucional y sobre la protección internacional de "*los derechos del hombre*", los derechos de las minorías y la búsqueda de la felicidad como justificante del derecho. Además se planteaba ya, que la creación del derecho internacional, limita el poder de los Estados sobre sus ciudadanos, y este es uno de sus fines principales.⁴⁰ Como se puede dilucidar, el derecho internacional público, así como el derecho internacional de los derechos humanos, no es nuevo en lo absoluto, sino que por el contrario, es una disciplina que ha ido evolucionando tanto en contenido como en protección a través del tiempo.

A pesar de que el derecho internacional público y el derecho internacional de los derechos humanos no son, en lo absoluto disciplinas recientes, en ocasiones resultan materias ajenas a la práctica común de los operadores jurídicos e incluso, el derecho internacional de los derechos humanos se advierte como una sub-clasificación del derecho internacional público sin embargo, esta es

³⁹ Resaltado añadido con el fin de que se note la importancia del texto relativo a la coordinación entre el derecho interno y el internacional.

⁴⁰Mirkin-Guetzévitch, B., *Derecho constitucional internacional*, Madrid, Reus, 2013.

una disciplina independiente que debe estudiarse bajo sus propios principios y tiene un surgimiento independiente con características propias.

Esta rama del derecho público es definida por Ariel Alberto Rojas Caballero como aquella que *“estudia los principios, las reglas, normas, costumbres e instituciones que a nivel mundial tienen como objeto el reconocimiento y protección de las prerrogativas esenciales del ser humano atinentes al respeto a su dignidad y de las condiciones económicas, sociales y culturales que posibilitan su desarrollo.”*⁴¹ Este reconocimiento se da a través de los diferentes tratados internacionales multilaterales realizados en la materia y suscritos por varios países y su cumplimiento es protegido a través de los diferentes organismos internacionales, como la Corte Internacional de Justicia con sede en la Haya, o bien, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) con sede en Costa Rica.

Claudio Nash Rojas por su parte sostiene que el derecho internacional de los derechos humanos es aquel que *“tiene por objeto establecer y garantizar ciertos mínimos que legitimen la actividad de los Estados”*⁴², es decir, esta disciplina se encarga primordialmente de regular la conducta de los Estados con sus habitantes y establece los mínimos de derechos que estos deben poseer, lo que el Estado debe garantizar y proteger en todo momento.

Ambas definiciones me parecen correctas y complementarias, por lo que en mi concepto, el derecho internacional de los derechos humanos es aquella disciplina autónoma que establece los parámetros mínimos de derechos a nivel internacional, que deben ser protegidos de manera interna en los Estados, compuesto por tratados internacionales, costumbres, doctrina y principios generales del derecho internacional. Tiene como fin la regulación del cumplimiento de los mismos por los Estados hacia sus ciudadanos. Además esta disciplina se

⁴¹Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Los derechos humanos en México*, México, Porrúa, 2013, p. 97.

⁴²Nash Rojas, Claudio, *El sistema interamericano de derechos humanos en acción*, México, Porrúa, 2009, p. 15.

complementa con el derecho procesal internacional de los derechos humanos que estipula los mecanismos de protección de estos derechos a nivel internacional, como se verá más adelante.

La internacionalización de los derechos humanos, que fundamenta esta disciplina se remonta a la segunda postguerra mundial. Como es bien sabido, durante la segunda guerra mundial, además de las atrocidades propias de un evento como este, se cometieron trasgresiones impensables, crímenes de guerra, genocidios, y toda clase de violaciones a los derechos humanos, sobre todo por el gobierno alemán nazi, motivo por el cual, los países que intervinieron en ella quedaron heridos y devastados tanto económica como moralmente, por lo que necesitaban una manera de poner fin a estas atrocidades y hermanarse unos con otros ya sea que fueran perdedores o ganadores.

Se entendió primordialmente a causa del holocausto, que los derechos humanos no debían depender solo de las legislaciones internas de cada país, sino que se debía crear una comunidad internacional que protegiera los derechos de todas las personas y creara los parámetros mínimos de los que hemos venido hablando, independientemente de la nacionalidad que tuvieran y fue por este motivo que se creó la Carta de las Naciones Unidas en 1945 que tuvo como resultado la creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).⁴³

Es entonces que la expansión de las convenciones internacionales a través de todo el mundo fue producido, según señala Marcos del Rosario Rodríguez, por:

“el reconocimiento internacional de los Derechos Humanos, como factores universales cimentados en la dignidad de la persona... los Estados al momento de ratificar los contenidos de distintos tratados y convenciones, asumieron la primacía de los derechos humanos, configurando... un nuevo orden supra estatal, cuya esencia tenía un origen

⁴³Coordinación de compilación y sistematización de tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos Humanos. Parte general*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, serie derechos humanos, p. 109.

axiológico, positivizado en dichos tratados y convenciones, mismos que poseen vinculatoriedad plena gracias al principio pacta sunt servanda.”⁴⁴

Este proceso de internacionalización no solo implica la observación de un amplio catálogo de derechos humanos sino que además implica la creación de medios de protección internacionales mediante los cuales se accionen y lleven a la práctica estos derechos de fuente internacional por lo que normalmente la internacionalización de los derechos humanos se entiende como “la aceptación de órganos jurisdiccionales, internacionales y regionales, integrados por jueces independientes y probos que apliquen el derecho internacional sin presión de ningún Estado”⁴⁵.

Es entonces que estos tribunales internacionales se encargan de regular la conducta de los Estados parte de tratados internacionales en materia de derechos humanos con el fin de que respeten los derechos que estos contienen, ya que de lo contrario incurrirían en responsabilidad internacional y pueden ser juzgados por estos tribunales de control.

Por lo tanto esta internacionalización tiene como consecuencia que las personas cuenten con una doble protección, por el derecho interno y por el internacional⁴⁶ que cuenta con una normativa especial supranacional por lo cual no depende del derecho interno y por lo tanto es totalmente autónomo.

La universalización de los derechos humanos que tuvo como consecuencia el surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos se comenzó a realizar a través de declaraciones sobre derechos humanos, que como ya se dijo, establecían los parámetros mínimos de protección a las personas sin importar su país de origen. Ahora bien, José de Jesús Becerra Ramírez nos dice que las

⁴⁴Del Rosario, Rodríguez, Marcos, *Universalidad y primacía de los derechos humanos*, México, IBIJUS, 2012, p. 34.

⁴⁵*Ibidem*, p. 110.

⁴⁶*Ibidem*, p. 111.

*declaraciones se han universalizado porque muchos de los Estados existentes en el mundo han dado recepción a sus disposiciones en los ordenamientos constitucionales independientemente del destino de estos textos en su eficacia y vigencia... al adoptar su forma los Estados nacionales aspiran a incluirse al círculo de naciones que asumen el reconocimiento de sus contenidos con el fin de ser aceptadas en el sistema internacional, como lo es el de Naciones Unidas. En este sentido los derechos con tendencia a ser universales surgen por la necesidad de crear una conciencia jurídica de la humanidad que evite todo tipo de amenazas a la vida humana mediante la conciencia de un **núcleo de valores y criterios compartidos de forma mínima**, dando como resultado que al asumirse se alcance un alto grado de legitimidad.⁴⁷*

Las ideas expresadas por Becerra Ramírez me parecen fundamentales para entender la verdadera importancia de la internacionalización de los derechos humanos, ya que es precisamente en virtud de que diversos países actuando como entes soberanos decidieron crear una comunidad internacional con el objeto de poner fin a las atrocidades cometidas en las diversas guerras y brindar de un carácter universal a los derechos humanos de las personas, es que decidieron unirse, y crear tratados internacionales sobre derechos humanos comprometiéndose a cumplir con las obligaciones que de estos derivan, por lo cual, podemos ya dilucidar que los países sometidos a tratados en esta materia deben cumplir de manera forzosa con las obligaciones que derivan de los mismos, apercibidos de que de no hacerlo incurrirían en una responsabilidad internacional ante la comunidad universal y regional a la que pertenecen, debiendo reparar los daños causados por su incumplimiento como se verá más adelante y esto de ninguna manera afecta la soberanía de los mismos ya que cada Estado se sometió a la comunidad internacional de menara autónoma y por voluntad propia.

Aunque claro está, el derecho internacional de los derechos humanos es una materia especial con características especiales y fundamentales por estar dirigida a la protección de las personas, y no tiene un carácter sinalagmático (como se verá más adelante), bien podríamos poner un ejemplo sobre derecho civil. Es decir, cuando dos personas, ya sean físicas o morales llevan a cabo de

⁴⁷Becerra Ramírez, José de Jesús, *El constitucionalismo ante los instrumentos internacionales de derechos fundamentales*, México, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Jalisco-ARA editores-UBIJUS, 2011, p.24.

manera libre y autónoma un contrato, el mismo se debe cumplir según las cláusulas establecidas en el mismo -dígase en el caso del derechos internacional de los derechos humanos, el articulado del tratado que se está firmando-. Si no se cumple como es debido por alguna de las partes, se generará una responsabilidad que necesariamente derivará en una sanción, ya sea pecuniaria, o cumplimiento obligado del contrato entre otras.

En el derecho internacional de los derechos humanos sucede algo similar, es decir, aunque no existen obligaciones recíprocas entre los contratantes, los países están obligados a cumplir con sus obligaciones adquiridas mediante la firma de un tratado, y aunque algunos juristas se rasguen las vestiduras con lo que estoy a punto de mencionar, estas obligaciones se deben cumplir independientemente del derecho interno de cada país, que es independiente de sus normas generales e incluso de su Constitución Federal, ya que la pertenencia a un sistema regional de protección de los derechos humanos como es el europeo, africano o americano y la firma de tratados internacionales sobre derechos humanos, hace las veces de la firma de uno o varios contratos que deben ser cumplidos, teniendo en cuenta que nadie ni nada obligó a los Estados parte a firmar determinado documento internacional, y al firmarse un contrato este debe ser cumplido.

1.5. OBLIGACIONES INTERNACIONALES EN RELACIÓN A LA FIRMA DE TRATADOS.

Cuando un Estado firma un tratado internacional, máxime si contiene derechos humanos, su principal efecto es la creación de obligaciones internacionales que deben ser cumplidas en todo momento. Los países firmantes se obligan a observar determinada conducta, ya sea positiva o negativa, en virtud de que manifiestan su voluntad de cumplir con lo pactado y pretenden producir efectos jurídicos, tal como lo expresa Ernesto Rey Cantor citando a Paul Reuter:

“el tratado vincula a los Estados porque estos han consentido en vincularse por el”⁴⁸ y por lo tanto deben cumplir a cabalidad con los mismos.

Además, también Ernesto Rey Cantor señala una importante clasificación de los principios del derecho internacional que se aplica al derecho internacional de los derechos humanos, señalado por Seara Vázquez⁴⁹, que constituyen a su vez obligaciones internacionales que se deben cumplir, estos son:

- a) *Res inter alias acta*. Este principio se refiere a que una vez firmado el tratado este se debe cumplir.
- b) *Ex consensu advenit vinculum*. Este principio se refiere a que el consentimiento es la base fundamental de la adquisición de las obligaciones internacionales.
- c) *Pacta sunt servanda*. Establece que todo tratado firmado se debe cumplir por las partes de buena fe.
- d) El principio de respeto del *ius cogens* internacional, es decir, una norma imperativa de derecho internacional general reconocida y aceptada por la comunidad internacional.⁵⁰

Eduardo Freiler señala que las obligaciones que deben cumplir los Estados al momento de firmar un tratado internacional son: **1.** ratificar el tratado con el fin de que cobre eficacia en su derecho interno; **2.** legislar internamente con el fin de señalar las violaciones a los derechos humanos como delitos dentro del ámbito interno; **3.** crear procedimientos judiciales ágiles con el fin de que las personas puedan reclamar sus derechos ante los tribunales; **4.** que exista un persecución

⁴⁸Rey Cantor, Ernesto y Rey Anaya, Ángela Margarita, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*, Bogotá, UNAM-IIDH, 2005, p. 55.

⁴⁹*Ibidem*, p. 56.

⁵⁰*Idem*.

administrativa eficaz de aquellas autoridades que violen derechos humanos; **5.** que los magistrados y jueces conozcan y apliquen toda la ley internacional aplicable en el país y que conozcan precedentes jurisprudenciales nacionales, extranjeros e internacionales que puedan ser utilizados en los casos concretos que les toque resolver y por último; **6.** los Estados parte de convenios internacionales tienen la obligación de evitar la impunidad, incluso si esta deviene de una decisión judicial.⁵¹

Aunque estos principios pueden constituir una guía para determinar qué obligaciones se adquieren con la firma de un tratado internacional es fundamental distinguir aquellos que tratan sobre derechos humanos de los que no, ya que sus efectos y obligaciones son diferentes. Tal como lo señala Cesar Alejandro Orozco los tratados internacionales en materia de derechos humanos son diferentes a los generales, en que los primeros no son sinalagmáticos,⁵² es decir, no se obligan a recibir prestaciones y a dar a cambio contraprestaciones, sino que adquieren solo obligaciones que trascienden más allá de los Estados contratantes, derivándolas en derechos para sus ciudadanos, que deben ser garantizados en primera instancia en sede interna.

Pero ¿Cómo podemos distinguir un tratado internacional sobre derechos humanos de cualquier otro? El mismo autor nos dice que un tratado internacional sobre derechos humanos, atendiendo a las Convenciones de Viena, tanto de 1969⁵³ como de 1986⁵⁴ y la Ley para la Celebración de Tratados⁵⁵ es:

⁵¹Frelier, Eduardo, "Las tareas que los Estados deben cumplir" en OlleSesé, Manuel et al. (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos: su vigencia para los Estados y para los Ciudadanos*, Barcelona, ANTHROPOS, 2009, pp. 246 a 254.

⁵²Orozco Sánchez, César Alejandro, *El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción en México*, 2ª ed., México, Ubijus, 2013, p. 37.

⁵³Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Con este tratado se reguló por primera vez los acuerdos internacionales realizados entre los Estados únicamente, sin incluir a aquellos realizados entre Estados y organismos internacionales o solo entre estos últimos.

⁵⁴Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986. Esta convención reguló el aspecto que la pasada Convención de Viena no estipuló, es decir, incluyó a los organismos internacionales, con lo que se amplió el concepto de tratado internacional.

⁵⁵Se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 2 de enero de 1992.

Un acuerdo internacional; es decir, la expresión de la voluntad de las partes cuya naturaleza se relaciona con el derecho de gentes. Por ende los sujetos que intervienen con este pacto pueden ser los Estados o cualquier otro organismo que jurídicamente tenga esta cualidad, como la propia ONU o alguno de sus órganos o cierta entidad regional como la OEA, la Corte IDH, etc.⁵⁶

Mediante el citado acuerdo las partes se responsabilizan jurídicamente, lo que implica que asumen compromisos que están obligados a cumplir y en materia de derechos humanos trascienden, en cuanto a su protección, a todos los habitantes del Estado.

Esta definición me parece sumamente completa e importante, toda vez que resalta que los compromisos internacionales son adquiridos por voluntad propia de los Estados, y una vez que se ha manifestado la voluntad de cumplirlos, a través de la firma del tratado, estas obligaciones se deben cumplir, lo cual implica que los derechos reconocidos por las fuentes internacionales aceptadas deben ser aplicados en el territorio nacional del Estado parte y reconocérsele a todos sus ciudadanos.

Estos tratados internacionales en materia de derechos humanos, que son precisamente fuente del derecho internacional de los derechos humanos, implican para los países firmantes ciertas obligaciones especiales que deben ser cumplidas y son especialmente vinculatorias por tratarse de una materia fundamental. Estas obligaciones se describirán a continuación.

Una de las principales obligaciones adquiridas por la firma de un tratado internacional en materia de derechos humanos es la aplicación del principio *pro persona*. Este se refiere a que en la aplicación de normas “*siempre deberá preferirse al ser humano, es decir; ...serán prioridad en todo momento al realizar*

⁵⁶ Orozco Sánchez César Alejandro, *op. cit.*, nota 52, p. 37.

*el ejercicio hermenéutico, el cual debe ser extensivo, o decidir en la aplicación de determinada norma utilizando la que le dé la protección más amplia.*⁵⁷

Este principio es a mi parecer, el más importante por lo que se refiere a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, ya que es tan noble que comprende la aplicación simple y llana del derecho que más beneficie o bien, menos perjudique a la persona por lo que, tomando en consideración que en la práctica las autoridades de los Estados, tienen una reglamentación interna o nacional y una externa o internacional (que claro está, previamente se ha manifestado la voluntad del Estado de someterse a ella) entonces la autoridad deberá llevar a cabo un ejercicio hermenéutico, una ponderación entre ambos sistemas para determinar cuál es el que más beneficia o menos perjudica a la persona y ese es el que deberá aplicar.

Precisamente por esta ponderación me parece noble este principio, pues no limita la posibilidad de aplicar el derecho interno de un país, sino que por el contrario prevé la inaplicación del derecho internacional de los derechos humanos en caso de que el derecho concreto de que se trate cuente con una protección más amplia en el sistema interno o bien, la restricción sea menor. Nos podemos dar cuenta en la estructura de este principio que el derecho internacional actúa como complementario del derecho interno, acercándose a la teoría de coordinación previamente estudiada.

La mayoría de los países de América Latina prevén el principio *pro persona* en sus legislaciones, tales como Bolivia, Colombia, México y República Dominicana;⁵⁸ este es un avance importante en la protección integral de los derechos humanos, no solo de fuente internacional, sino nacional ya que no se dice que los tratados internacionales sobre derechos humanos tengan una jerarquía mayor a la Constitución Nacional, pero tampoco se dice que la Carta

⁵⁷ *Ibidem*, p. 122.

⁵⁸ Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme*, México, Porrúa, 2013, p. 31.

Suprema deba ser aplicada de manera preferente por lo que se diluye la jerarquía del sistema normativo y se antepone el bienestar de la persona a cualquier legislación.

La condición *pro persona* es un principio general del derecho, recogido por el derecho internacional de los derechos humanos que privilegia su aplicación sólo en la medida que proteja con mayor amplitud los derechos humanos. José Luis Caballero nos dice que “*en caso de colisión normativa, se deberá optar por la disposición que amplíe la cobertura de los derechos*”⁵⁹, por lo que se puede concluir que en caso de que exista algún derecho humano que no esté debidamente protegido o sus alcances sean restringidos, o bien que exista una restricción expresa sobre el mismo, en una de las legislaciones, ya sea la nacional o la internacional, y en la otra esa restricción no exista, y más aún, se encuentre protegido de amplia manera, se deberá aplicar la segunda e inaplicar la primera con el fin de lograr la protección más amplia de los derechos de las personas; en esta base fundamental se encuentra sustentado el principio *pro persona*.

Ahora bien, incluso algunos de los principales tratados internacionales sobre derechos humanos establecen el principio *pro persona* en su articulado. Por citar algunos ejemplos, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)⁶⁰ en su artículo 29 establece este principio al expresar:

ARTÍCULO 29.- Normas de Interpretación.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) *permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*

b) *limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados...*

⁵⁹ Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, Distrito Federal, Porrúa, 2009, p. 301.

⁶⁰ Adoptada en San José Costa Rica en el año 1969.

Aunque normalmente se toma como el fundamento del principio *pro persona* el inciso b, este artículo lo protege de manera amplia y puntualizada en todo su contenido. En primer lugar se debe hacer referencia al inciso a. Este apartado establece un señalamiento que en ocasiones pasa desapercibido, sin embargo, es de suma importancia ya que establece que los Estados no podrán suprimir los derechos contenidos en ese documento internacional, lo cual podría ser hasta cierto punto evidente si se comprende que las obligaciones internacionales se deben cumplir por los Estados de buena fe (*pacta sunt servanda*) sin embargo, también se especifica que **no se pueden limitar por los Estados en mayor medida que la prevista en la misma**, es decir, a menos de que se trate de razones de interés general, lo cual implica que con estas restricciones la población del Estado se vea beneficiada.

Si la población no encuentra un beneficio en estas limitaciones no hay causa para que se apliquen y se deberán poder ejercer los derechos de fuente internacional en todo momento a menos de que la legislación del Estado los proteja de mayor manera.

Además este artículo en su inciso b establece que no se podrá limitar el goce y ejercicio de un derecho o libertad comprendido en la legislación de algún Estado parte, que como se ha dicho se considera el fundamento primordial del principio *pro persona* y esto es porque si un Estado reconoce un derecho que los tratados no hayan previsto, este se deberá aplicar en la forma que el Estado lo prevea sin importar que el tratado no lo señale o incluso si lo reconozca pero de una manera más limitada.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (PIDESC)⁶¹ en su artículo 24 establece este principio de carácter obligatorio en el derecho internacional de los derechos humanos:

⁶¹ Adoptado en la ciudad de Nueva York en el 16 de diciembre de 1966.

ARTÍCULO 24

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en cuanto a las materias a que se refiere el presente Pacto.

Este Pacto estipula que su articulado no debe ser en ningún momento menoscabo para la aplicación de otros documentos internacionales, es decir, se debe aplicar el que más beneficie a la persona.

Existen disposiciones semejantes en varios convenios internacionales que se podrían citar, como ejemplo el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, (del cual se hablará con mayor detalle más adelante), que aunque tiene una redacción diferente a los anteriores establece también este principio de la siguiente manera:

ARTÍCULO 17

Prohibición del abuso de derecho.

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.

El artículo que se titula “prohibición del abuso de derecho” simplemente prohíbe la limitación o destrucción de los derechos previstos en el Convenio y establece además que no se pueden limitar los derechos en mayor medida que los especificados en el mismo documento jurídico.

En conclusión, el principio *pro persona* es uno de los principales pilares del derecho internacional de los derechos humanos y debe ser aplicado en todo momento por los países parte de los tratados en esta materia como parte del cumplimiento de sus obligaciones internacionales, sin embargo no se debe pensar que esta obligación se emplea en menoscabo del derecho nacional, ya que su aplicación depende del beneficio que obtenga la persona con su invocación y por

lo tanto el derecho internacional de los derechos humanos es complementario del derecho nacional, jamás sustitutivo.

1.6. CORPUS JURIS INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Cuando nos referimos al *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos pretendemos denotar un conjunto de documentos internacionales ya sean declarativos o vinculatorios que forman parte de la creación de un sistema de protección universal de los derechos humanos.

Estos documentos contienen los derechos mínimos y han sido considerados como el fundamento de la creación de tribunales internacionales especializados en la impartición de justicia y protección de derechos humanos de fuente internacional.

El término “*corpus juris* internacional de los derechos humanos” fue un aporte de la CIDH a la doctrina universal, mediante la opinión consultiva OC 16/1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos⁶² en donde se expresa:

*El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones.*⁶³

Entonces según este magnífico aporte se puede concluir que el *corpus juris* de los derechos humanos está creado no solo por los instrumentos normativos internacionales sino además, al referirse a resoluciones, se deja ver que el texto de los convenios, tratados y declaraciones, no pueden ser leídos sino a la luz de sus interpretaciones, que realizan los distintos sistemas de protección a los

⁶² El texto completo de la Opinión Consultiva se puede encontrar en el siguiente link: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf.

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC 16/99, serie a 16, 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

derechos humanos tanto mundiales como regionales y al ser así, por ejemplo en México, Chile, Argentina, Uruguay, etcétera, es decir, en los países que forman parte de la CADH, estas interpretaciones tienen un carácter de obligatoriedad en su cumplimiento por pertenecer a un sistema regional de protección a los derechos humanos.

Ahora bien, si se sostiene que los documentos que conforman el *corpus juris* internacional de los derechos humanos son obligatorios en todo momento y deben ser cumplidos a cabalidad por los Estados, es importante saber cuáles son.

Daniel O'Donnell nos dice que en un principio la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de mayo y diciembre de 1948 respectivamente, brindan por primera vez un reconocimiento amplísimo de derechos fundamentales de carácter civil, político, social, económico y cultural, que en el momento de su creación no eran vinculantes para los Estados y sin embargo el día de hoy son considerados por los organismos internacionales como manifestaciones del derecho internacional consuetudinario y su cumplimiento es obligatorio para todos los Estados parte del sistema universal y regionales de derechos humanos, por lo que son considerados los primeros documentos jurídicos internacionales en pertenecer al *corpus juris* internacional de los derechos humanos.⁶⁴

Aunque los documentos jurídicos mencionados en el párrafo precedente fueron los primeros reconocidos y se puede decir que los fundadores del derecho internacional de los derechos humanos, no restan importancia a los tratados internacionales posteriores en la misma materia, tanto a nivel global como regional. Los más importantes incluyen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) que junto con la Declaración Universal de Derechos

⁶⁴O'Donnell, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, México, Tierra Firme, 2007, p. 56.

Humanos son conocidos como “la Carta Internacional de Derechos Humanos” en virtud de su gran valor para el sistema universal. Además la CADH y el Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que forman parte del sistema de justicia interamericano se consideran parte de este cuerpo de leyes sobre derechos humanos.⁶⁵

Claro está que se mencionan solo unos pocos, ya que son los tratados que contienen un catálogo de derechos dirigido a la generalidad, sin embargo, esto no quiere decir que documentos sobre derechos más específicos tales como la Convención de los Derechos del Niño, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión y muchísimos otros documentos similares, formen parte de este cuerpo jurídico.

Además, si se toma en cuenta que la definición elaborada por la CIDH, establece que también las resoluciones forman parte de este conglomerado de ordenamientos, podemos citar como parte del *corpus juris* internacional de los derechos humanos a las resoluciones emitidas por los diferentes órganos de justicia regionales, como la misma Corte que emitió este término por lo que aunque no se creen nuevos tratados internacionales en materia de derechos humanos, este cuerpo legislativo se va ampliando a través del tiempo mediante las diversas resoluciones de los tribunales internacionales y regionales de derechos humanos.

Entonces, se puede concluir que el *corpus juris* internacional de los derechos humanos es aquel cuerpo jurídico conformado por todos los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y resoluciones que versen sobre los mismos... -y yo agregaría- que forman un estándar mínimo de protección a los derechos humanos que puede ser rebasado por los Estados parte de la comunidad internacional pero jamás restringido ni minimizado salvo el único

⁶⁵ *Idem.*

y excepcional caso de que se ponga en riesgo la seguridad de los habitantes que conforman un determinado Estado, en caso de inminente riesgo a la seguridad y bienestar de los mismos.

1.7. DERECHO PROCESAL INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Son pocos los autores que manejan como tal el término “derecho procesal internacional de los derechos humanos”, tales como Gumesindo García Morelos,⁶⁶ Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Anaya,⁶⁷ ya que normalmente se le considera parte del derecho internacional público o bien, del derecho internacional de los derechos humanos, sin embargo, en este trabajo se utiliza este término ya que se pretende denotar los mecanismos que se tienen a nivel internacional para la protección de los derechos humanos internacionales.

Se debe decir que se hace esta distinción ya que así como todas las disciplinas que forman parte del derecho, es decir civil, penal, mercantil, etcétera están complementadas por la materia procesal, es decir, derecho procesal civil, procesal mercantil, procesal penal, etcétera; con el derecho internacional de los derechos humanos pasa lo mismo, este requiere forzosamente un complemento que marque las pautas bajo las cuales se van a llevar a la práctica los postulados que marca esta rama del derecho y se va a obrar por la defensa de sus preceptos, incluso con más ahínco por tratarse de los derechos de las personas reconocidos a nivel internacional.

Entonces el derecho procesal internacional de los derechos humanos está conformado por los mecanismos de protección de los derechos humanos y las

⁶⁶ Aunque en múltiples conferencias ha hablado sobre este término, su aportación se resume brevemente en el reportaje que se haya en la página: <http://www.oem.com.mx/elsoldemorelia/notas/n1753765.htm>.

⁶⁷ Ernesto Rey Cantor y Ángela Margarita Rey Anaya lo tratan sobre todo en la Introducción del libro citado con la nota 48 de este trabajo, aunque cabe mencionar que no abundan mucho sobre el tema.

pautas a seguir para que se dé la protección efectiva de los mismos; de hecho, algunos de los ordenamientos internacionales en los que se brinda reconocimiento y protección a los derechos humanos, están compuestos por una parte sustantiva, regulada por el derecho internacional de los derechos humanos y una parte procesal, regulada por el derecho procesal internacional de los derechos humanos.

Por dar algún ejemplo de estos ordenamientos, podemos citar la CADH. Esta se encuentra dividida en dos partes; la primera se titula “Deberes de los Estados y derechos protegidos” y se extiende del artículo 1 al 32. Esta sección se puede considerar como la parte sustantiva del documento ya que contiene un catálogo de derechos humanos mínimos que los Estados parte deben garantizar a sus habitantes.

Por otro lado, contiene una segunda parte que lleva como título “Medios de protección”, por lo cual esta segunda parte corresponde al aspecto procesal de la materia, y contiene la competencia de los órganos encargados de esta protección, que son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la CIDH y señala a su vez el proceso de formación y funcionamiento de las mismas.

Ahora bien, como parte de la protección a los derechos humanos que estudia el derecho procesal internacional de los derechos humanos, se crearon diversos sistemas de protección a nivel universal y regional, los cuales estudiaremos a continuación.

1.8. CREACIÓN DE SISTEMAS INTERNACIONALES Y REGIONALES DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

A lo largo del tiempo se han celebrado un sinnúmero de tratados internacionales sobre derechos humanos. Como ya se ha visto, la firma de estos tratados por los Estados tiene como consecuencia que adquieran ciertas obligaciones

internacionales que deben ser cumplidas independientemente de su derecho interno.

Es entonces que conforme se han ido creando tratados internacionales sobre derechos humanos, ha surgido la necesidad de crear organizaciones mediante las cuales se protejan y se puedan accionar en cualquier momento. Estas organizaciones cuentan con una clara lógica ya que su existencia, conforma la práctica del derecho procesal internacional de los derechos humanos y son el medio idóneo para reclamar violaciones directas a estos derechos de fuente internacional, sin que estos mecanismos mermen la obligación del control de convencionalidad difuso a que están obligadas todas las autoridades internas de los países parte de estos instrumentos jurídicos, de lo cual se hablará con más amplitud en el capítulo 3.

Estos tribunales de protección a los derechos humanos son organizaciones internacionales con características diferentes entre sí, que requieren un fundamento jurídico internacional para su creación. Loretta Ortiz Alfth nos brinda una visión más amplia sobre las “organizaciones internacionales” definiéndolas como “...*sujetos del derecho internacional público creados mediante un tratado, con personalidad jurídica diferente de la de sus miembros con la finalidad de gestionar intereses colectivos de un grupo de Estados o de la comunidad internacional.*”⁶⁸

Ante la anterior definición podemos señalar que por consiguiente, los tribunales internacionales de protección a los derechos humanos, son organizaciones internacionales que cuentan con independencia de actuación y operan a modo de vigilancia de los Estados parte de un tratado o una serie de tratados sobre derechos humanos con el fin de lograr los objetivos establecidos en el o los tratados que le dieron origen.

⁶⁸Ortiz Alfth, Loretta, *op. cit.*, nota 3, p. 201.

Cabe mencionar que los tribunales internacionales y regionales de protección de los derechos humanos no son pocos y en este trabajo se tratarán de una manera somera debido a que no son el objetivo principal del mismo, sin embargo, su importancia es tal que se podrían hacer libros completos sobre cada uno de ellos y no se acabarían de describir del todo. Por tal motivo trataré de enfocarme en los más importantes sin restarles por esto valor a los demás.

A continuación entonces, se analizará la protección a los derechos humanos que brinda la ONU, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), la CIDH y el Tribunal Africano de Protección a los Derechos Humanos, en el entendido de que se hará una descripción breve de los mismos con el fin de comprender su importancia en la protección de derechos humanos de fuente internacional.

1.8.1. Sistema Universal de Protección a los Derechos Humanos

- La Organización de las Naciones Unidas (ONU)

Cuando hablamos sobre el derecho internacional de los derechos humanos, se dijo que la internacionalización de los derechos humanos proviene de la segunda post-guerra mundial. Es en el marco de esta post-guerra que se creó la ONU, misma que fue constituida mediante la firma de la Carta de las Naciones Unidas, el 26 de Junio de 1945, teniendo como objetivo primordial *"preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra y reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre"*.⁶⁹

Es en 1946, la ONU establece la Comisión de Derechos Humanos, que fue el principal órgano en cuanto a derechos humanos dentro del sistema de la ONU, el cual fue sustituido por el Consejo de Derechos

⁶⁹Aunque existen varios libros sobre derechos humanos que tratan este tema, me parece importante ir a la fuente misma, por lo cual me parece indicado visitar la página <http://www.un.org/spanish/geninfo/faq/hr2.htm>, creada por la misma ONU que contiene el texto literal arriba mencionado.

Humanos el 15 de marzo de 2006, mediante la adopción de la resolución A/RES/60/251 por la Asamblea General.⁷⁰ El objetivo principal del Consejo es analizar asuntos relativos a los derechos humanos, desarrollar y codificar nuevas normas internacionales y realizar recomendaciones a los Gobiernos según la página de la ONU.

Posteriormente, el 10 de diciembre de 1948 en París la Asamblea General aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, misma que en su preámbulo se fundamenta en la libertad, la justicia y la paz, el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, la libertad de palabra y creencias, el valor de la persona humana y la igualdad de derechos de hombres y mujeres y el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales.⁷¹ Aunque esta declaración no tenía un carácter obligatorio para los países fue un parte aguas en la elaboración de tratados internacionales sobre derechos humanos que lo tomaban como referente y todo aquel país que se considerara respetuoso de los derechos humanos aplicaba la declaración como si fuese vinculatoria.

Además de la Declaración, la ONU adoptó los dos acuerdos internacionales vinculantes más importantes a nivel internacional que son el PIDCP y el PIDESC aprobados ambos en 1966 y entraron en vigor hasta 1976. Estos tratados tienen tal valor internacional que conjuntamente a la Declaración Universal de los Derechos Humanos son considerados “*La Carta Internacional de los Derechos Humanos.*”⁷²

Ahora bien, una vez creada la ONU se comenzaron a celebrar tratados internacionales sobre derechos humanos que protegían derechos en específico,

⁷⁰ Para mayor información consúltese la página <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/index.htm>.

⁷¹ Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El documento completo puede ser visualizado en la página: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>.

⁷²Sobre la Carta Internacional de Derechos Humanos se refiere con mayor amplitud Orozco Sánchez, Cesar Alejandro, *op. cit.* nota 52, pp. 139 y 140.

como por ejemplo sobre derechos de la mujer, de los niños, contra la tortura, etcétera, por lo cual hasta la fecha se han creado nueve órganos de vigilancia del cumplimiento de los derechos humanos contenidos en los mismos por los Estados parte llamados “Comités” dentro del sistema de la ONU, que supervisan el cumplimiento de los distintos tratados por los Estados parte; a continuación se detallan las fechas de su creación y si México pertenece o no a ellos.⁷³

ÓRGANOS QUE CONFORMAN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS DE LA ONU.

NOMBRE DEL ÓRGANO	CONVENCIÓN DE LA QUE DERIVA	PROTOCOLO FACULTATIVO	FECHA EN LA QUE MÉXICO SE ADHIRIÓ A LA CONVENCIÓN	FECHA EN LA QUE MÉXICO SE ADHIRIÓ AL PROTOCOLO O ACEPTÓ LA COMPETENCIA DEL COMITÉ
COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS (CCPR)	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adopción: 16 de diciembre de 1966 y entra en vigor el 23 de marzo de 1976.	Primer Protocolo. Adoptado el 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor 23 de marzo de 1976. Segundo Protocolo. (Destinado a la abolición de la pena de muerte) adoptado el 15 de diciembre de 1989, entro en vigor el 11 de julio de 1991.	Adhesión de México: 24 de marzo de 1981 Publicación: 20 de mayo de 1981.	Primer Protocolo: Adhesión: 15 de marzo del 2002. Publicación: 3 de mayo del 2002. Segundo Protocolo: Ratificación: 24 de abril del 2007. Publicación: 26 de octubre del 2007.
COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (CESCR)	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adopción: 16 de diciembre de 1966, entrada en vigor: 3 de enero de 1976.	Protocolo facultativo adoptado el 10 de diciembre de 2008, entro en vigor el 5 de mayo del 2013.	Adhesión de México: 23 de marzo de 1981 Publicación el DOF: 12 de mayo de 1981.	México no es parte.

⁷³Información obtenida de la página oficial de la ONU en el link: <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>.

<p>COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL (CERD)</p>	<p>Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Adoptada por la ONU el 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969.</p>	<p>NO EXISTE, los Estados parte se someten a la jurisdicción del Comité mediante el artículo 14 de la Convención.</p>	<p>Ratificación por México: 20 de febrero de 1975 Publicación DOF: 13 de junio de 1975.</p>	<p>Según el artículo 14 de la Convención todo Estado parte podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones de personas o grupos de personas comprendidas dentro de su jurisdicción y México llevo a cabo la Declaración para el Reconocimiento de la Competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial el 15 de marzo de 2002 y se publicó en el DOF el 3 de mayo de 2002.</p>
<p>COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW)</p>	<p>Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. Adopción ONU: 18 de diciembre de 1979.</p>	<p>Protocolo facultativo adoptado el 6 de octubre de 1999.</p>	<p>Ratificación por México: 23 de marzo de 1981. Publicación DOF: 12 de mayo de 1981.</p>	<p>Ratificación por México: 15 de marzo de 2002 Publicación DOF 3 de mayo de 2002.</p>

<p>COMITÉ CONTRA LA TORTURA (CAT)</p>	<p>Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels Inhumanos y Degradantes adoptada el 10 de diciembre de 1984 y entro en vigor el 26 de junio de 1987.</p>	<p>Protocolo facultativo de fecha 18 de diciembre de 2002. Entrada en vigor: 22 de junio de 2006.</p>	<p>Publicación: 6 de marzo de 1986.</p>	<p>México llevo a cabo la Declaración para el Reconocimiento de la Competencia del Comité contra la Tortura, de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, se publicó en el DOF el 3 de mayo de 2002 Además de adhirió al Protocolo Facultativo cuya publicación en el DOF fue el día 15 de junio de 2006.</p>
<p>COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (CRC)</p>	<p>Convención sobre los Derechos del Niño. Adopción por la ONU: 20 de noviembre de 1989.</p>	<p>Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados adoptado el 25 de mayo de 2000, entró en vigor el 12 de febrero de 2002. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía adoptado por la ONU el 25 de mayo de 2000 que entró en vigor el 18 de enero de 2002.</p>	<p>Ratificación por México: 21 de septiembre de 1990 Publicación DOF: 25 de enero de 1991.</p>	<p>Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la participación de los Niños en los Conflictos Armados. Ratificación por México: 15 de marzo del 2002. Publicación DOF: 3 de mayo de 2002 Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la utilización de los Niños en la Pornografía. Ratificación por México: 15 de marzo de 2002. Publicación DOF: 22 de abril de 2002.</p>

<p>COMITÉ PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES (CMW) (no ha entrado en vigor)</p>	<p>Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares Adopción ONU: 18 de diciembre de 1990.</p>	<p>NO EXISTE, la competencia del Comité deriva del artículo 77 de la Convención.</p>	<p>Ratificación por México: 8 de marzo de 1999 Publicación DOF: 13 de agosto de 1999.</p>	<p>México ha reconocido en la ratificación de este convenio internacional la competencia del Comité como lo establece el artículo 77 de la Convención.</p>
<p>COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CRPD)</p>	<p>Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Aprobado: 13 de diciembre de 2006, entrada en vigor: 30 de marzo de 2007.</p>	<p>Protocolo Facultativo de 13 de diciembre de 2006; entrada en vigor: 30 de marzo de 2007.</p>	<p>Ratificación: 27 de septiembre del 2007. Publicación DOF: 2 de mayo de 2008.</p>	<p>Ratificación: 27 de septiembre del 2007. Publicación DOF: 2 de mayo de 2008.</p>
<p>COMITÉ CONTRA LAS DESAPARICIONES FORZADAS (CED)</p>	<p>Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas. Aprobada en la fecha: 20 de diciembre del 2006, entrada en vigor: 23 de diciembre de 2010.</p>	<p>NO EXISTE, la competencia del Comité deriva del artículo 31 de la Convención.</p>	<p>Ratificación: 18 de marzo de 2008, publicación en el DOF: 22 de junio de 2011.</p>	<p>México no ha aceptado la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones presentadas por personas que se encuentren bajo su jurisdicción como lo establece el artículo 31 de la Convención.</p>

* Cuadro de elaboración propia de la autora.⁷⁴

⁷⁴La información de la tabla referente a los Comités, las Convenciones y Protocolos Facultativos ha sido obtenida de la página del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://www.ohchr.org/SP/Pages/WelcomePage.aspx>. La referente a las ratificaciones de

Los comités establecidos en la tabla son los que conforman la protección de los derechos humanos por la ONU, conjuntamente con el **examen periódico universal (EPU)**, creado a través de la Asamblea General de la ONU el 15 de marzo de 2006 por la resolución 60/251, consistente en una revisión de la manera en que los Estados parte de la ONU protegen los derechos humanos de fuente internacional de manera interna llevado a cabo por el Consejo de Derechos Humanos. Los Estados deben presentar un informe en donde se señalen los mecanismos de protección implementados de manera interna para accionar y proteger los derechos humanos de fuente internacional y el Consejo realiza recomendaciones a los Estados señalando los medios a implementar de manera interna para brindar una protección más efectiva a los derechos humanos.⁷⁵

Además, el Consejo de Derechos Humanos realiza el **procedimiento 1503**; se le llama así en virtud a que se estableció mediante la resolución de ese número por la aun Comisión de Derechos Humanos. Consiste en la presentación de comunicaciones confidenciales (denuncias) por particulares o grupos de personas que aleguen violaciones a los derechos humanos internacionales. Con fundamento en la posterior resolución 2000/3 del ya Consejo de Derechos Humanos, de 16 de junio de 2000, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, designa cada año un Grupo de Trabajo sobre Comunicaciones, que es el encargado de examinar las comunicaciones y las respuestas de los Estados.⁷⁶

- **Comité de Derechos Humanos (CCPR)**

Toda vez que lamentablemente el Estado mexicano no ha firmado el Protocolo Facultativo de la Convención Internacional de los Derechos

los mismos por el Estado Mexicano y sus publicaciones se obtuvo en la página de la Unidad General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Gobernación: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/>.

⁷⁵ Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/UPRMain.aspx>.

⁷⁶ Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos: <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/complaints.htm>.

Económicos, Sociales y Culturales, no se encuentra supeditado al Comité que vigila el cumplimiento del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Sin embargo, ha aceptado la competencia del Comité de Derechos Humanos, que es el único otro que protege un amplio catálogo de derechos humanos, además de ser un órgano fundamental para la ONU, ya que vigila el debido cumplimiento del PIDCP, y por tal razón lo veremos más a fondo.

La formación del Comité de Derechos Humanos encuentra su fundamento en el artículo 28 del PIDCP. Este Comité celebra tres periodos de sesiones al año en Ginebra o en Nueva York, según la página de oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos,⁷⁷ tiene como fin la vigilancia de la aplicación de los derechos civiles y políticos por los Estados parte y se encuentra formado por expertos independientes.

El PIDCP y sus protocolos facultativos le otorgan una triple función al Comité de Derechos Humanos. Estas funciones podrán llevarse a cabo si los Estados parte declaran expresamente someterse al Comité.

En primer lugar, el Pacto establece que los Estados Parte tienen la obligación de presentar informes ante el Secretario General de las Naciones Unidas quien lo remitirá al Comité, sobre la manera en la que se aplican los derechos mediante un informe que debe ser presentado por los Estados un año después de adherirse al mismo y posteriormente, cada vez que el Comité lo considere prudente. Una vez que se reciba el informe, el Comité lo examinará y expresará sus observaciones finales, en donde se dictarán recomendaciones al Estado parte para hacer cumplir los derechos humanos señalados en el documento internacional de referencia.⁷⁸

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, artículo 40.

En segundo lugar, el PIDCP establece que es atribución del Comité, “*recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone este Pacto.*”⁷⁹

De acuerdo con lo anterior, el procedimiento si un Estado considera que otro no cumple con las disposiciones a las que se obligó, puede señalarlo al Estado mediante una comunicación escrita. El Estado sobre el cual se emitió la comunicación tendrá un plazo de tres meses para emitir una explicación o declaración por escrito aclarando el asunto detallando los medios con que cuenta para la protección de los derechos establecidos en el Pacto. Si no fuera suficiente con la notificación y lo acontecido no satisficiera a los Estados parte en un plazo de seis meses, podrán someterlo al Comité, después de agotados todos los recursos ordinarios a menos de que exista excesiva demora en la resolución, no justificada.⁸⁰ Siempre se procurará una resolución amistosa entre las partes.⁸¹

Dentro de los 12 meses posteriores el Comité deberá resolver mediante la emisión de un informe, que de haberse resuelto de manera pacífica por las partes, se limitará a una breve exposición y de lo contrario se dará una exposición de los hechos, y agregará las exposiciones escritas y las actas de las exposiciones verbales que hayan hecho los Estados Partes interesados, de lo que se enviará copia a los Estados interesados.⁸²

En tercer lugar, el primer protocolo facultativo del Pacto le brinda al Comité facultades para recibir las denuncias de los particulares en donde se manifiesten violaciones al articulado del Pacto cometidas por alguno de los Estados parte, siempre y cuando se hayan agotado todos los recursos internos del país y las denuncias no sean anónimas.⁸³

⁷⁹*Ibidem*, artículo 41.1.

⁸⁰*Ibidem*, artículo 41, incisos a y b.

⁸¹*Ibidem*, inciso e.

⁸²*Ibidem*, incisos i y j.

⁸³ Artículos 1, 2 y 3 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Si la denuncia resultare procedente, el Comité deberá informar al Estado parte con el fin de que en un periodo de seis meses presente un informe escrito con las explicaciones o declaraciones que aclaren el asunto, citando las medidas que se tomaron para evitar la violación.⁸⁴ El Comité presentará finalmente sus observaciones tanto al Estado parte como al individuo interesado.

Por último, el segundo Protocolo Facultativo del Pacto se refiere a la abolición de la pena de muerte respecto de los Estados que han aceptado el Protocolo y México también es parte del mismo.⁸⁵

Como se ha visto, al haber aceptado la jurisdicción del Comité de Derechos Humanos, el Estado mexicano puede ser objeto de denuncias por parte de otros Estados que consideren que se ha incumplido con el Pacto o de particulares mexicanos o incluso extranjeros que se encuentren en el país por violaciones al articulado del Pacto, constituyendo un medio de protección más de los derechos humanos de fuente internacional.

A continuación se analizarán los tres sistemas regionales de protección de los derechos humanos que se tienen en el mundo, los cuales aunque son similares se han adaptado a las necesidades que se tienen en cada región del mundo sobre la que se desarrolla su funcionamiento.

1.8.2. Sistema Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos

El primero de los sistemas regionales de protección a los derechos humanos en analizar es el africano, bastante reciente en realidad. Es el más joven de los tres sistemas que existen en el mundo, ya que se creó mediante la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, también llamada Carta de

⁸⁴ *Ibidem*, artículo 4.

⁸⁵ Este texto así como información más detallada sobre las funciones que realiza este Comité, se puede consultar la página <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/>.

Banjul, adoptada el 27 de junio de 1981, en Banjul, Gambia y entró en vigor el 21 de octubre de 1986.

El continente africano durante su historia, ha sufrido de bastantes vejaciones a los derechos humanos, ha pasado por hambrunas, conquistas, por la dominación de los extranjeros, por el apartheid en Sudáfrica y por un enorme proceso de descolonización que dejó ensangrentado y devastado medio continente, para llegar al estado en el que se encuentra hoy.

Aunque firmaron la Declaración Universal de los Derechos Humanos desde 1948, les ha tomado 33 años llevar a cabo una regulación regional que proteja los derechos humanos de sus habitantes, sin embargo, quien conozca su historia sabrá que esta situación era de esperarse por sus múltiples conflictos internos.

Yuria Saavedra Álvarez señala que esta Carta fue redactada en un momento de frustración entre los africanos por el desinterés de la Organización de la Unidad Africana en la protección de los derechos humanos.⁸⁶ Tal vez por el momento histórico de su creación, por la frustración de la que nos habla la autora, o por el sufrimiento que han vivido por siglos y por los ideales bajo los que fue creada, es decir, la consolidación de valores universales pero al mismo tiempo la protección a las costumbres y valores de su continente, con el fin de preservar su cultura,⁸⁷ esta Carta resultó ser una maravillosa conjunción de derechos de primera (derechos civiles y políticos), segunda (derechos económicos, sociales y culturales) y tercera generación (derechos de los pueblos o colectivos).

Esta Carta Africana, que tardo tanto tiempo en adoptarse y después en implementar una protección efectiva de la misma, es por lo menos en papel la más completa, ya que a diferencia de la Convención Interamericana, por ejemplo, reúne derechos civiles, políticos, económicos, culturales, sociales y colectivos,

⁸⁶Saavedra Álvarez, Yuria, *“El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos”*, *Anuario mexicano de derecho internacional*, México, IJUNAM, 2008, t. VIII, p. 675.

⁸⁷ Véase preámbulo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

brindando así un medio de protección mucho más completo y funcional, además de que su catálogo de derechos protegidos es mucho más amplio.

Este sistema regional se compone por dos órganos principales: La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, es mediante ellos que se realiza la protección de los derechos humanos de la Carta de Banjul.

Ahora bien, la Carta de Banjul establece la creación de una serie de medidas de salvaguarda para la protección de los derechos humanos, que serán llevadas a cabo por una Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos que fue establecida el 21 de octubre de 1986 y comenzó sus funciones hasta 1987⁸⁸ de la que se detalla su funcionamiento en el mismo articulado.⁸⁹ Tiene como fin primordial la promoción de los derechos humanos y de los pueblos y garantizar su protección en África según el artículo 30 del mismo documento internacional.

Esta Comisión consta de 11 miembros elegidos por un periodo de 6 años,⁹⁰ nunca del mismo país,⁹¹ escogidos entre “*personalidades africanas de la máxima reputación, conocidas por su gran moralidad, integridad, imparcialidad y competencia en materia de derechos humanos de los pueblos*”;⁹² elegidos en votación secreta por la Asamblea de jefes de Estado y de gobierno;⁹³ y lo más interesante de esto es que no necesariamente deben de ser expertos en derecho pues la misma Carta manda: “*se otorgará una particular consideración a las personas que tengan experiencia legal*”.⁹⁴ Esto es, aunque se les da prioridad a aquellos instruidos en la ciencia del derecho, esto no es un requisito *sine qua non* para formar parte de la Comisión.

⁸⁸Saavedra Álvarez, Yuria, *op. cit.*, nota 86, p. 683.

⁸⁹ Carta de Banjul, parte II, capítulo I, del artículo 30 en adelante.

⁹⁰*Ibidem*, artículo 36.

⁹¹*Ibidem*, artículo 32.

⁹²*Ibidem*, artículo 31.

⁹³*Ibidem*, artículo 33.

⁹⁴*Ibidem*, artículo 31.

Según establece la Carta de Banjul, las funciones de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos son:

- 1. Promover los derechos humanos y de los pueblos, y en especial: a) recopilar documentos, emprender estudios e investigar los problemas africanos en materia de derechos humanos y de los pueblos, organizar seminarios, simposios y conferencias, difundir información, alentar a las instituciones nacionales y locales interesadas en los derechos humanos y de los pueblos, y, en su caso, dar sus opiniones o hacer recomendaciones a los gobiernos; b) formular y establecer principios y normas destinados a resolver problemas legales relativos a los derechos humanos y de los pueblos y a las libertades fundamentales en los que los gobiernos africanos puedan basar sus legislaciones.*
- 2. Garantizar la protección de los derechos humanos y de los pueblos en las condiciones establecidas por la presente Carta.*
- 3. Interpretar todas las disposiciones de la presente Carta a petición de un Estado firmante, de una institución de la OUA o de una organización africana reconocida por la OUA.*
- 4. Llevar a cabo cualquier otra tarea que la Asamblea de jefes de Estado y de gobierno le encomiende.⁹⁵*

Además de manera similar al sistema universal, la pueden realizar “comunicados” por parte de los Estados si se cree que otro Estado parte ha violado alguno de los artículos de la Carta o no ha cumplido adecuadamente con él, los cuales deben ser directamente al secretario general de la Organización para la Unidad Africana y al presidente de la Comisión. El Estado implicado tendrá 3 meses para remitir una respuesta por escrito y si no están conformes los Estados implicados la Comisión intervendrá.⁹⁶ Los comunicados se recibirán únicamente si se han agotado todos los medios internos para dirimir el conflicto.⁹⁷

Por su parte, la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, es un órgano jurisdiccional creado por la Unión Africana mediante el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 10 de junio de 1998, en vigor desde el 2004. Esta Corte comenzó a funcionar apenas unos años atrás ya que fue hasta el año 2006 que sus jueces, elegidos por su probidad y experiencia

⁹⁵ *Ibidem*, artículo 45.

⁹⁶ *Ibidem*, artículo 47.

⁹⁷ *Ibidem*, artículo 50.

de entre jueces locales, protestaron ante la Asamblea de Banjul, Gambia. Actualmente la Corte tiene sede en Arusha, Tanzania.⁹⁸

Este órgano de control tiene competencia en asuntos contenciosos planteados por los Estados, organizaciones gubernamentales, grupos de personas y particulares, cuando conste reconocimiento del Estado parte, sin embargo, abrió sus puertas formalmente hasta el 2008 y la primera sentencia conocida recayó en 2009, en el asunto *Michelot Yogogombaye vs. Republica del Senegal* el 15 de Diciembre del 2009, en 2010 no se tiene registro de sentencias y en 2011 se tuvieron 14 casos, 9 sentenciados y 5 pendientes de resolución.⁹⁹

1.8.3. Sistema Europeo de Derechos Humanos

El sistema Europeo por su parte, es el precursor en los sistemas regionales de protección a los derechos humanos y el mejor estructurado. Al ser frente este continente de dos guerras mundiales y por consiguiente, existir tantas violaciones a los derechos humanos hasta llegar al holocausto; al quedar países enteros destruidos y darse a la tarea de reconstruirlos desde sus cimientos, se vieron en la urgente necesidad de evitar más conflictos y proteger de manera amplia y organizada la justicia y los derechos humanos de sus ciudadanos.

Cabe mencionar que el Sistema Europeo está compuesto por varios órganos y no forzosamente todos tienen la encomienda de salvaguarda de derechos humanos, por lo cual, en este trabajo me centraré de manera breve solo en aquellos que brindan esta protección por ser lo que favorece a la investigación.

El 5 de mayo de 1949 se creó el Consejo de Europa mediante la firma del Tratado de Londres, teniendo una triple finalidad, la defensa y protección de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos, máxime los civiles y políticos; actualmente tiene su sede en Estrasburgo, Francia y cuenta con 47

⁹⁸ Orozco Sánchez, Cesar Alejandro, *op. cit.*, nota 52, p. 180.

⁹⁹ *Ibidem*, p.181.

países miembros, es decir, todos los países de Europa con excepción de Bielorrusia quien ya ha presentado petición para entrar pero aún no ha sido aceptada.¹⁰⁰

El Consejo se conforma por la Asamblea Parlamentaria, la Secretaría General, el Comité de Ministros, el Congreso de los Poderes Generales y Locales, el TEDH y el Comisario para los Derechos Humanos.¹⁰¹

El 4 de noviembre de 1950, el Consejo de Europa adoptó el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953, mismo en el que se protegen fundamentalmente derechos civiles y políticos.¹⁰² Mediante él, se establece que la salvaguarda de los derechos se llevará a cabo mediante una Comisión Europea de Derechos Humanos y TEDH.¹⁰³

La Comisión ya no existe, como se verá más adelante, sin embargo anteriormente tenía como función la presentación de denuncias ante el Secretario General del Consejo de Europa, por parte de los Estados cuando crean que otro miembro ha incumplido las obligaciones del Convenio, según lo establece el artículo 24 de su texto original.

Además esta protección se amplió al conocimiento de las demandas dirigidas al Secretario General del Consejo de Europa, por parte de *“cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares, que se*

¹⁰⁰Para más información al respecto ingrese a la página <http://www.european-council.europa.eu/home-page.aspx?lang=es>.

¹⁰¹Orozco Sánchez, Cesar Alejandro, *op. cit.*, nota 52, p. 184.

¹⁰²Años más tarde, en Turín el 18 de octubre de 1961 se protegerían los derechos económicos, sociales y culturales mediante la Carta Social Europea, sin embargo, la misma no concibió un órgano jurisdiccional especializado para su protección. Su texto completo se puede visualizar en la página www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/presentation/escrbooklet/Spanish.pdf.

¹⁰³ Texto original del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, artículo 19, el texto completo puede ser consultado en la página <https://www.boe.es/boe/dias/1979/10/10/pdfs/A23564-23570.pdf>.

considerare víctima de una violación”,¹⁰⁴ siempre y cuando el Estado acepte esta competencia, mediante el Protocolo número 5 del Convenio.

En sí, la función de la Comisión, era la revisión de las denuncias interpuestas por los Estados y los individuos con el fin de llegar a un arreglo amistoso entre las partes;¹⁰⁵ en caso de que no existiera tal arreglo, se encargaba de decidir si las mismas son viables y así someter en asunto a la jurisdicción del TEDH, constituía una especie de filtro, de depuración de los asuntos no procedentes.

El protocolo número 11 del Convenio Europeo, creado el 6 de junio de 1998, entro en vigor el 1 de noviembre del mismo año. Este Protocolo presentó un cambio fundamental en el sistema de protección a los derechos humanos tal como lo establece su preámbulo que entre otros postulados señala que fue creado primordialmente para reestructurar el mecanismo de control de derechos humanos establecido por el Convenio, para mantener y reforzar la eficacia de la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales y para sustituir la Comisión y el TEDH por un Tribunal permanente. Y señala también que la necesidad de estos cambios radica en el aumento de las demandas y de los miembros del Consejo de Europa. Es entonces que se suprime la Comisión, con lo cual todas las denuncias deben ser presentadas directamente ante el único TEDH.

El Tribunal Único está compuesto tal como lo enuncia el artículo 20 del Convenio Europeo, por un número de jueces igual al de Estados Parte, es decir 47 y dividido en cinco secciones. Para que una persona pueda ser nombrada juez del Tribunal según el artículo 21 deberá gozar de la más alta consideración moral y poder desempeñar el cargo de juez; actuarán a título individual y no en representación de sus países de origen.

¹⁰⁴ Protocolo número 5 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, artículo 25, se puede consultar el texto completo del Protocolo en la página: <http://www.judicatura.com/Legislacion/1473.pdf>.

¹⁰⁵ Texto original del Convenio, *op. cit.*, nota 103, artículo 47.

Este nuevo Tribunal Europeo es competente en todas las cuestiones relativas a la interpretación y aplicación del Convenio y sus protocolos según su artículo 32, mediante tres principales procedimientos que son:

1. Denuncias o sometimiento al Tribunal por un Estado parte, de cualquier incumplimiento de lo dispuesto en el Convenio y sus Protocolos, que se le impute a otra Parte Contratante;¹⁰⁶
2. Demandas presentadas por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que consideren que han sido víctimas de una violación, por una de las partes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos, y;¹⁰⁷
3. De las opiniones consultivas, a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos.¹⁰⁸

Como se podrá apreciar, sus funciones son muy similares al sistema universal y es de suma importancia la labor que realiza ya que se adapta a las necesidades del continente europeo, ya que anteriormente se necesitaba la aceptación expresa de un Estado parte para que sus ciudadanos pudieran presentar demandas de manera individual y ahora ya no se necesita, este avance se debe también a la implementación del protocolo número 14, que se firmó el 13 de mayo del 2004, y entró en vigor el 6 de mayo del 2006; con él se mejora el procedimiento de resolución de las demandas. Además al contar con un número elevado de jueces hace más eficaz la protección de los derechos del Convenio y sus protocolos.

Según lo establece el artículo 27 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el examen de los asuntos que se sometan al Tribunal, se realizará por medio de Comités de 3 jueces, Salas de 7 jueces cada una, o una Gran Sala de

¹⁰⁶ Artículo 33 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹⁰⁷ *Ibidem*, artículo 34.

¹⁰⁸ *Ibidem*, artículo 47.

17 jueces. El artículo 30 del mismo ordenamiento señala que la Gran Sala solo conocerá de un asunto cuando una Sala se inhiba de su conocimiento debido a que considera que se trata de una cuestión grave, relativa a la interpretación del Convenio o sus Protocolos, o si la solución a la que se llegó pudiera resultar contradictoria con una sentencia dictada anteriormente por el Tribunal.

Es de resaltar que las decisiones definitivas del TEDH, constatan finalmente si existe o no, una violación a los derechos garantizados por la Convenio. En caso de que se compruebe la violación, el Tribunal determinará un monto por reparación del daño a las víctimas, como lo establece el artículo 5 del Convenio. Cabe aclarar que todas las decisiones del Tribunal son completamente vinculantes para los Estados parte y deben cumplirse a cabalidad.

Como se pudo observar el Sistema Europeo cuenta con una consolidada estructura y organización, lo cual deriva en una adecuada protección de los derechos humanos. Ahora solo resta referirnos al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos para concluir esta breve semblanza de la promoción y protección de los derechos humanos en el mundo.

1.8.4. Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Para iniciar el estudio del Sistema Interamericano de derechos humanos es preciso hacer referencia a la Organización de Estados Americanos. En el transcurso del tiempo se habían llevado a cabo varios convenios de colaboración, disolución de problemas de guerra y paz entre los diferentes países conformantes del continente americano. Estos convenios culminaron con la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia en donde se adoptó la Carta de la Organización de Estados Americanos (COEA) el 30 de abril de 1948, misma que entro en vigor el 13 de diciembre de 1951, y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre el 2 de mayo de 1948.

La finalidad de la OEA se define en artículo 2 de su Carta fundacional:

- a.** Afianzar la paz y la seguridad del Continente;
- b.** Promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención;
- c.** Prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de controversias que surjan entre los Estados miembros;
- d.** Organizar la acción solidaria de éstos en caso de agresión;
- e.** Procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos;
- f.** Promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural;
- g.** Erradicar la pobreza crítica, que constituye un obstáculo al pleno desarrollo democrático de los pueblos del hemisferio, y;
- h.** Alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros.

Actualmente pertenecen a la OEA los 35 países independientes que forman parte del continente americano por lo cual su labor es de suma importancia para mantener relaciones pacíficas en los mismos y en lo que nos ocupa, la protección de los derechos humanos.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Para conocer el listado completo de los países que integran la OEA véase la página http://www.oas.org/es/estados_miembros/default.asp.

En la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones exteriores en Santiago de Chile, en agosto de 1959 se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos compuesta por siete miembros, quienes son elegidos por el Consejo a título individual, es decir, al igual que en los anteriores sistemas regionales, no representan a sus países de origen. Es hasta el 25 de mayo de 1960 que se adopta el Estatuto de la Comisión que regula su funcionamiento y se instituye como un órgano autónomo de la OEA.¹¹⁰ Actualmente tiene su sede en Washington, D.C.

Tal como lo establece el artículo 18 del Estatuto de la Comisión, esta fue creada para cumplir con los siguientes fines:

- a.** Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América;
- b.** Formular recomendaciones a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus legislaciones, de sus preceptos constitucionales y de sus compromisos internacionales, y también disposiciones apropiadas para fomentar el respeto a esos derechos;
- c.** Preparar los estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones;
- d.** Solicitar que los gobiernos de los Estados le proporcionen informes sobre la medidas que adopten en materia de derechos humanos;
- e.** Atender las consultas que, por medio de la Secretaría General de la Organización, le formule cualquier Estado miembro sobre cuestiones relacionadas con los derechos humanos en ese Estado y, dentro de sus posibilidades, prestar el asesoramiento que le soliciten;

¹¹⁰ Rojas Caballero, Ariel Alberto, *op. cit.*, nota 41, pp. 144 y 145.

- f. Rendir un informe anual a la Asamblea General de la Organización, en el cual se tenga debida cuenta del régimen jurídico aplicable a los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los Estados que no son partes;
- g. Practicar observaciones in loco en un Estado, con la anuencia o a invitación del gobierno respectivo, y;
- h. Presentar al Secretario General el programa-presupuesto de la Comisión para que éste lo someta a la Asamblea General.

En sí, los fines que perseguía la Comisión en los primeros años de su creación, era buscar una relación armónica entre los países integrantes de la OEA y coadyuvar en la protección de los derechos humanos de las personas, máxime si formaban parte de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Ahora bien, aunque ya se contaba con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se anhelaba un Pacto, una Convención con efectos vinculantes a los Estados con el fin de brindar una mayor protección a los Derechos Humanos, por lo cual en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos convocada por el Consejo de la OEA, se adoptó la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, por su lugar de creación, el cual entro en vigor el 7 de julio de 1978,¹¹¹ convirtiéndose en ese momento en el documento jurídico de mayor importancia en lo que ve a la protección de derechos humanos en América.

En el preámbulo de la Convención se establece que se reafirma la necesidad del respeto de los derechos esenciales del hombre, al reconocer que estos no nacen por ser nacional de un Estado y se reitera que los Derechos Humanos sólo pueden realizarse mediante la consecución del ideal del ser

¹¹¹ Orozco Sánchez, César Alejandro, *op. cit.*, nota 52, p. 198.

humano libre, exento del temor y de la miseria y generando las condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales, culturales civiles y políticos.

La CADH cuenta con un amplio catálogo de derechos, sin embargo está limitado en cuanto ve a los derechos económicos, sociales y culturales por lo cual se creó el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o "Protocolo de San Salvador", de fecha 17 de noviembre de 1988,¹¹² con lo cual se complementa y aumenta este catálogo. La segunda parte del Pacto de San José, establece los medios de protección de los derechos humanos concibiendo mediante el artículo 33 que son competentes para tal fin, la Comisión y la CIDH.

Si bien es cierto que la Comisión Interamericana ya existía antes del Pacto, en él se le da una nueva luz y nuevas atribuciones otorgándole mayor importancia y colocándola en primer plano respecto a la protección de los derechos humanos. Se le otorgan entonces, nuevas atribuciones, las cuales son las siguientes:

- a. Atender las peticiones referentes a denuncias o quejas de violación de la Convención por un Estado parte, presentada por persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida, siempre que el Estado haya admitido la competencia.¹¹³
- b. Procurar la solución amistosa de los conflictos, y en caso de no ser así, redactar un informe en el que se expongan los hechos y las conclusiones del

¹¹² Para consultar el texto completo del Protocolo de San Salvador visite la página: http://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_instrumentos_interamericanos_Protocolo_Adicional_Convencion_Americana_DH_OEA.pdf.

¹¹³ Esta atribución es señalada en el artículo 48 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En cuanto a la competencia, el artículo 45 de dicho ordenamiento supranacional establece que: *todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado parte alegue que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención.*

caso concreto con las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas y hacérselo saber a las partes.¹¹⁴

- c.** Si en un plazo de tres meses el asunto no se ha solucionado la Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que lo competan para remediar la situación examinada y concluido este plazo se determinará si la Comisión pública o no su informe.¹¹⁵

Por su parte el artículo 19 del estatuto también enuncia sus atribuciones en caso de que los países además de pertenecer a la OEA sean parte de CADH:

- a.** Diligenciar las peticiones y otras comunicaciones;
- b.** Comparecer ante la CIDH;
- c.** Solicitar a la CIDH que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento, cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas;
- d.** Consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados sobre la protección de los derechos humanos en los Estados americanos;
- e.** Someter a la consideración de la Asamblea General proyectos de protocolos adicionales a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con el fin de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades, y;

¹¹⁴*Ibidem*, artículos 49 y 50.

¹¹⁵*Ibidem*, artículo 51.

- f. Someter a la Asamblea General, para lo que estime conveniente, por conducto del Secretario General, propuestas de enmienda a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por último, el artículo 20 del Estatuto señala que en relación con los Estados miembros de la OEA que no son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión tendrá las atribuciones siguientes:

- a. Prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados. en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre;
- b. Examinar las comunicaciones que le sean dirigidas y cualquier información disponible; dirigirse al gobierno de cualquiera de los Estados miembros no partes en la Convención con el fin de obtener las informaciones que considere pertinentes y formularles recomendaciones, cuando lo considere apropiado, para hacer más efectiva la observancia de los derechos humanos fundamentales.

En sí, cuando un país es parte de la Convención y ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, la Comisión actúa de similar manera a la extinta Comisión Europea, es decir, es un filtro mediante el cual se procura la solución pacífica de los conflictos, y si no se logra se hacen recomendaciones al Estado para que las cumpla. Si el Estado parte no las llega a cumplir, la Comisión lleva el asunto ante la Corte Interamericana en donde se convierte en un asunto ya no de mediación y conciliación no vinculante, sino en un asunto jurisdiccional con plena vinculación para los Estados parte, la Comisión en este caso se vuelve una especie de fiscal acusador del Estado que cometió la violación a algún derecho Humano.

Ahora bien, la CIDH es como su nombre lo indica, el órgano jurisdiccional por excelencia; tiene su sede en San José de Costa Rica y se encuentra

compuesto por 7 jueces de las nacionalidades que conforman los Estados de la OEA, elegidos por un periodo de 6 años con posibilidad de una sola reelección.¹¹⁶

La Corte Interamericana tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención, siempre y cuando el Estado parte sobre el que verse la acción, ya sea mediante declaración o convención independiente, se halla sometido a la jurisdicción de la Corte,¹¹⁷ y claro está, no se puede someter ningún asunto de manera directa, sino que este se presenta ante la Comisión, quien en caso de considerarlo viable, expone el caso ante la Corte.

Si el derecho violado consiste en la libertad personal, se pueden tomar medidas provisionales para que el Estado restituya a la persona en este derecho y que se reparen las consecuencias que la violación de este derecho provocó, así como el pago de una justa indemnización a la persona lesionada. Además cuando se crea que existe extrema gravedad y urgencia y sea urgente evitar daños irreparables a las personas la Corte podrá tomar las medidas provisionales que considerare pertinentes.¹¹⁸

Los fallos de la Corte son inapelables por lo cual además de ser plenamente vinculatorios los Estados parte una vez condenados no pueden dilatar el cumplimiento de la sentencia. Sin embargo si una de las partes no estuviere conforme puede presentar una solicitud de interpretación de la sentencia en los 90 días siguientes a que se dictó la resolución.¹¹⁹

El Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos tiene aún muchos obstáculos por sobrepasar y tiene una inmensa tarea. Su labor es loable y gracias a ella en México se han visto cambios en la protección a los derechos

¹¹⁶*Ibidem*, artículo 52 y 58.

¹¹⁷*Ibidem*, artículo 62.

¹¹⁸*Ibidem*, artículo 63.

¹¹⁹*Ibidem*, artículo 69.

humanos en sede interna, sin embargo, debido a la demanda tan grande de protección, y tomando en cuenta que tanto la Comisión como la Corte están integradas por 7 miembros, es imposible atender todos los asuntos.

Simplemente en el año 2011 “se aprobaron 67 informes sobre admisibilidad, 11 de inadmisibilidad, ocho de solución amistosa, 54 de archivo, 25 de fondo, la publicación de cinco sobre el fondo, y el sometimiento de 23 casos al conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se conoció y resolvió sobre más de 400 solicitudes de medidas cautelares”.¹²⁰ En el 2012 las denuncias ante la Comisión, “fueron 1936 peticiones individuales de las cuales se admitieron solo 137 a trámite. Además recibió 448 solicitudes de medidas cautelares y 35 fueron aceptadas. Se publicaron 42 informes de admisibilidad, 17 sobre peticiones declaradas inadmisibles, 8 sobre solución amistosa, 42 informes de archivo y aprobó 15 informes sobre el fondo. Solo sometió 12 casos a la Corte Interamericana.”¹²¹ Con los datos mencionados se hace evidente que con la constitución actual de la Comisión es imposible llevar a cabo una protección rápida y cabal de los derechos humanos lo cual dificulta su actuar e inclusive representa otra violación a los derechos de las personas.

Es urgente entonces que se amplíe tanto la Comisión como la Corte. Por una parte que la Comisión tenga muchos más integrantes, que puedan analizar los asuntos que se le presentan en un tiempo razonable y decidir si es viable o no presentar el caso ante la Corte. Por otro lado también es urgente que la Corte sufra una restructuración integral, que se aumente el número de jueces y se instauren Salas que puedan resolver asuntos de manera autónoma sin tener que someterlo al Pleno.

Ahora bien, en el siguiente capítulo se hará un análisis sobre la recepción de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y en México y

¹²⁰ Para ver el informe completo de actividades de la Comisión durante 2011 véase la página <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2011/indice.asp>.

¹²¹ Para observar el informe completo de actividades del año 2012 véase la página: <https://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2012/indice.asp>.

como reciben estos dos países las sentencias del TEDH y la CIDH respectivamente, con el fin de conocer la función práctica de los sistemas regionales de protección a los derechos en dos sistemas jurídicos similares.

CAPÍTULO 2

RECEPCIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS Y LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. PERSPECTIVA COMPARADA ESPAÑA-MÉXICO.

En el capítulo anterior se pudieron ver los principios del derecho internacional de los derechos humanos y cómo es implementado por los diferentes órganos jurisdiccionales a nivel internacional y regional. Además se estudiaron las obligaciones que adquieren los Estados parte al firmar un tratado internacional sobre derechos humanos independientemente de lo que establezca su derecho interno y cómo adquieren una fuerza especial en los ordenamientos jurídicos de los países que los han firmado.

Es entonces que en este capítulo, me he permitido realizar una comparación entre la recepción de los tratados internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia internacional por España y México, ya que tengo la plena convicción de que el sistema de comparación de las diferentes legislaciones en los países enriquece toda investigación social, y más aún en el ámbito jurídico.

Los estudios comparativos nos permiten conocer la legislación existente en otro país y en este caso específico, en otro sistema regional de protección a los derechos humanos como es el europeo, que es más antiguo que el nuestro y ya ha pasado y superado algunas de las polémicas que nosotros aún estamos discutiendo. Cuestiones como la obligatoriedad y jerarquía que deben tener los tratados internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia internacional dentro la legislación son cuestiones por demás discutidas y superadas en este país.

Al comparar el caso español con el mexicano nos daremos cuenta de que son diferentes aunque en esencia, cuentan con las mismas bases jurídicas; la recepción de los tratados internacionales no se lleva a cabo de la misma forma,

máxime que España forma parte de un complejo sistema jurídico de integración continental, cuestión que en América aún no se ha desarrollado y aunque ambos países cuentan con una cláusula de apertura constitucional, estas establecen obligaciones y parámetros de aplicación diferentes.

Esto no quiere decir que no se tengan problemas e inquietudes con la aplicación del control de convencionalidad en España, más bien, se tienen problemas distintos a los que se tiene en el sistema interamericano y en México específicamente por lo cual, me parece importante estudiar ambos para finalmente, por medio de la comparación, poder enriquecer este trabajo e incluso, lograr un reto mucho más ambicioso, coadyuvar en el mejoramiento de los sistemas regionales de protección a los derechos humanos.

Es entonces, que este capítulo se conforma primero por toda la investigación realizada sobre la recepción de los tratados internacionales y la aplicación de la jurisprudencia internacional en España. Se inicia por un panorama general de la protección regional y comunitaria de los derechos humanos a manera de introducción; posteriormente se realiza un estudio sobre la cláusula de apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos establecida en el artículo 10.2 de la Constitución española.

También se estudia la obligatoriedad de las sentencias del TEDH y del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), y se concluye el estudio del caso español planteando los problemas actuales que se tiene en ese país, para terminar con una reflexión sobre las diferencias que existen en la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos entre España y México; dando algunas propuestas sobre la manera de enriquecer dicha recepción en el Estado mexicano.

2.1. PANORAMA ACTUAL DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ÁMBITO EUROPEO Y SU REPERCUSIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL.

Con el fin de comenzar a plantearnos la manera en la que España recibe los tratados internacionales sobre derechos humanos y jurisprudencia regional y comunitaria de los diferentes órganos jurisdiccionales regionales dedicados a proteger los derechos humanos convencionales en su sistema jurídico interno, primero debemos recordar un poco de lo visto en el capítulo precedente,¹²² con respecto al sistema europeo de protección a los derechos humanos.

Cuando nos referimos al sistema europeo de protección de los derechos humanos, se vio que el 5 de mayo de 1949 fue fundado el Consejo de Europa, al cual actualmente pertenecen prácticamente la totalidad de los Estados europeos con excepción de Bielorrusia quien ya ha solicitado su entrada sin ser aun aceptado. También se señaló que en 1950 el Consejo de Europa creó el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, que fue el primer instrumento internacional vinculatorio que recogió el catálogo de derechos de la Declaración Universal de Derechos Humanos y además previó la instauración del TEDH, órgano jurisdiccional garante de los derechos humanos establecidos en el Convenio.

Es entonces que aunque ya se ha tratado la manera en la que se protegen los derechos humanos en el sistema continental europeo, o dicho de otra manera en “la gran Europa” -conformada por 47 países-, con el fin de introducir al lector en el sistema español, es importante mencionar que paralelamente al Consejo de Europa, se ha gestado otro sistema económico, jurídico y político europeo aunque en menor proporción, al que España se encuentra supeditado y desde el año 1986; me refiero a la Unión Europea (UE) o la “pequeña Europa”.

¹²² Dirigirse a las pp. 54 y ss. de este trabajo.

Después de la segunda guerra mundial comenzó a gestarse una unión entre varios países occidentales de Europa, teniendo como primer antecedente la propuesta del ministro de asuntos exteriores Robert Schumann a Alemania, sobre la construcción de una organización para la explotación de los recursos económicos de los Estados, con el fin de asegurar la paz entre ellos. Tras la adhesión de Italia y los países de Benelux al plan de Schumann, se culminó con la firma del Tratado de la Comunidad del Carbón y del Acero el 14 de abril de 1951. A partir de ese momento se comenzó a gestar una integración política sin precedente alguno que derivó en los tratados constitutivos de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (EURATOM) y la Comunidad Económica Europea (CEE)¹²³.

Bajo el nombre de Comunidad Económica Europea (CEE), esta unión se dedicó a impulsar la cooperación económica entre sus miembros con la idea de que mientras más mejorara la independencia económica de los países menos conflictos habría entre sí, por lo que su concepción fue eminentemente económica y en un principio no se pensaba en incluir una carta de derechos fundamentales entre sus prioridades.

Esta Unión ha evolucionado hasta convertirse en una organización de ayuda mutua desde el desarrollo de las naciones hasta el medio ambiente. Esta evolución impulsó en 1993, el cambio del nombre de CEE por el de UE; además se creó una moneda única dentro de los países que conforman la unión, el euro; y creció hasta convertirse en una organización de 28 países.¹²⁴

Ésta Unión, que en un principio tenía fines eminentemente económicos, y no incluía ningún tipo de protección a los derechos humanos de sus ciudadanos, comenzó a cambiar su visión de la comunidad a partir del caso *Staudé vs Ciudad*

¹²³ Rodríguez, Ángel, *Integración europea y derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2001, p. 173.

¹²⁴ Esta información ha sido obtenida de la página www.europa.eu/about-eu/index_es.htm.

de *Ulm* en 1969.¹²⁵ Mediante la sentencia dictada por el TJCE se reconocieron los derechos fundamentales establecidos en las Constituciones de los Estados parte y el derecho comunitario se comenzó a aplicar en concordancia con estos, ya que se puso en evidencia que mediante los fines económicos de la Unión, también se podían violar los derechos por lo cual, se adoptó como uno de sus fines primordiales su protección y promoción.

Este fin se logró mediante la aprobación en octubre del año 2000 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y su posterior proclamación el 7 de diciembre del mismo año en la Cumbre de Niza.¹²⁶ Posteriormente con la firma del Tratado de Lisboa en 2007, se recogió la CDFUE lo que la hizo vinculante para todas las Instituciones de la unión así como para los países que la conforman por lo que deben darle difusión de manera interna y con su entrada en vigor en 2009, los derechos humanos cobraron una relevancia fundamental para la Unión.

Ahora bien, la UE está conformada por el Consejo Europeo, que establece las prioridades de la UE y se encuentra integrado por los líderes nacionales; los diputados del Parlamento Europeo que representan a los ciudadanos europeos; la Comisión Europea que se integra por miembros nombrados de manera directa por los Estados y los gobiernos de cada país que defienden sus propios intereses dentro del Consejo de la Unión Europea. Además cuenta con un Tribunal de Justicia que interpreta en derecho creado por la UE con el fin de garantizar que se homologue su aplicación. Los particulares, empresas y organizaciones pueden instar un asunto en el Tribunal si creen que una Institución de la UE ha vulnerado sus derechos.¹²⁷

¹²⁵ Martínez Sierra, José Manuel, *“La recepción constitucional del derecho comunitario”*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 167.

¹²⁶ Rodríguez, Ángel, *op. cit.*, nota 123, p. 76 y 77.

¹²⁷Esta información fue obtenida de la página www.europa.eu/about-eu/institutions-bodies/index_es.htm.

Es precisamente este último órgano el que es necesario analizar como parte de esta investigación, en su labor sobre la promoción de los Derechos Humanos de la CDFUE. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)¹²⁸ está conformado por un juez por cada Estado parte de la Unión, quienes duran 6 años en su gestión con posibilidad de reelección, y se encuentra asistido por nueve abogados generales cuya labor consiste en realizar dictámenes de viabilidad sobre los asuntos que le son presentados.¹²⁹

El TJUE es asistido por el Tribunal General que se encarga de conocer los recursos instados por particulares, empresas y organizaciones, así como cuestiones sobre competencia. Además lo asiste también el Tribunal de la Función Pública de la UE que conoce sobre los conflictos entre la UE y sus integrantes.¹³⁰ Es entonces que en la UE, el TJUE es el encargado –entre otras cuestiones- de proteger los derechos establecidos en la CDFUE, frente a los Estados parte y las Instituciones de la Unión.

Un ejemplo de esta situación lo tenemos con la sentencia del TJCE de 8 de abril pasado, sobre la acumulación de los asuntos C-293/12 y C-594/12,¹³¹ mediante la cual se declaró la invalidez de la directiva sobre comunicaciones electrónicas 2006/24/EC del Parlamento Europeo y el Consejo, que dispone que se pueden retener los datos generados durante el proceso de conexión con los servicios de comunicación electrónicos hasta por 2 años, pero no especifica en qué casos, sino que lo determina de manera general.

¹²⁸ Para obtener más información sobre las funciones del TJCE véase Silva de Lapuerta, Rosario, “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea: 60 años de existencia” en Ordóñez Solís, David (coord.), *La recepción del derecho de la Unión Europea en España*, Madrid, La ley, 2013, pp. 27-45.

¹²⁹ La información fue obtenida de la página www.europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_es.htm.

¹³⁰ *Idem*.

¹³¹ El texto íntegro de la sentencia puede ser consultado en la página: www.curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150642&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=166970.

En relación con lo anterior, el abogado general, Pedro Cruz Villalón, en sus conclusiones propuso que el TJUE dictara la sentencia pretendida de la siguiente manera:

“1) La directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo del 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones... es en su conjunto incompatible con el artículo 52, apartado 1, de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la medida en que las limitaciones al ejercicio de los derechos fundamentales que supone como consecuencia de la obligación de conservación de datos que establece no se acompañan de los principios indispensables que deben regir las garantías necesarias para regular el acceso a dichos datos y su explotación.

2) El artículo 6 de la directiva 2006/24 es incompatible con los artículos 7 y 52, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la medida en que exige a los Estados miembros que garanticen que los datos especificados en su artículo 5, se conserven durante un periodo de hasta dos años.

Finalmente la sentencia se resolvió en el mismo sentido, argumentándose la violación del derecho a la intimidad y por lo tanto se declaró la invalidez de la directiva creada por el Parlamento Europeo. Esta sentencia es solo un ejemplo del cambio fundamental que ha tenido la UE en cuanto a la protección de los derechos humanos, que actualmente son protegidos incluso en contra de los mismos Órganos de la Unión y por encima de cualquier otro tipo de relación.

Además, aunque la UE es una organización más pequeña que el Consejo de Europa, por estar integrada únicamente por 28 miembros, incluido claro está España, realiza una tarea fundamental de integración política e incluso jurídica y esto se ve reflejado en que el actual artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, reformado por el Tratado de Lisboa, por una parte realiza un reconocimiento a la CDFUE de 7 de diciembre de 2000 con valor de tratado y con todas las obligaciones que esto implica a los Estados parte y, por otro lado realiza un compromiso mediante el cual la UE se debe adherir al CEDH.¹³²

¹³² Artículo 6.

1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados. Las disposiciones de la Carta no ampliarán las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Con esta adhesión la UE permite que su legislación sea interpretada a la luz del CEDH lo que brinda una mayor protección a los derechos humanos de sus ciudadanos y además representa un ente internacional más que se supedita al Convenio, ya que aunque no es un país, es una organización continental que posee derechos y obligaciones, capaz de obligarse, con lo que el Convenio contará con 48 miembros, contando a la UE, como un miembro más. El 10 de junio del 2013 se hizo público el reporte final sobre las negociaciones que concluyeron en la inminente adhesión de la UE al CEDH aunque aún no se realiza formalmente la adhesión.¹³³

Esta adhesión implica que la UE se subordine al CEDH y por consiguiente al TEDH ya que este órgano jurisdiccional fue creado en virtud del Convenio, lo que implica que todos los países que la integran así como la UE como institución, con todos sus órganos, adopten un nuevo parámetro de validez de sus actos, que dependerá de la no contravención de los derechos contenidos en el Convenio y además el TEDH podrá juzgar si sus actos son o no contrarios al CEDH, como garante e intérprete último de los derechos convencionales.

Ahora bien, ya hemos hablado de los dos órganos jurisdiccionales encargados de la protección de los derechos convencionales y comunitarios en el continente europeo, por lo que resta decir que a la par de ellos, en España el

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del Título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

2. La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modifica las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.
3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales.

El texto completo del Tratado de la Unión Europea con las modificaciones puede ser consultado en la página. www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/TUE/2008-TUE-Lisboa.pdf.

¹³³El reporte completo puede ser consultado en la página [www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1\(2013\)008rev2_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1(2013)008rev2_EN.pdf).

Tribunal Constitucional es el encargado de velar por la protección de los derechos fundamentales establecidos en su Constitución mediante el juicio de amparo. Al contar con una protección muy similar en los tres ordenamientos, podemos ya dilucidar, que los derechos humanos son protegidos desde una triple dimensión, primero en el ámbito interno español, y posteriormente en el ámbito de la UE y del Consejo de Europa.

Ésta triple dimensión de la protección a los derechos humanos se puede ver de la siguiente manera: por un lado “la gran Europa” deriva de la Unión de Países reunidos con el fin de proteger los derechos humanos de sus ciudadanos y culminó con el Consejo de Europa integrado por 47 países quienes adoptaron el CEDH y por consiguiente se sometieron a la jurisdicción del TEDH. En un segundo ámbito tenemos a la “pequeña Europa”, que deriva de la UE, y ha instaurado el TJUD, que entre otros asuntos, vela por la protección de los derechos humanos establecidos en la CDFUE. Por último, en un tercer ámbito tenemos todos los medios de protección de los derechos fundamentales reconocidos por las diversas Constituciones de los países que conforman tanto la gran Europa como la pequeña Europa, incluidos entre ellos, claro está, España.

En este punto es necesario preguntarnos cómo las resoluciones de estos tres ámbitos de aplicación pueden ser realizadas en la práctica sin chocar entre sí. Tal como lo señala Javier García Roca,¹³⁴ *“hablamos de un sistema que no está unificado en un ordenamiento bajo una Constitución sino integrado por una estructura múltiple en distintos niveles y basada en un pluralismo constitucional”*, por lo cual es un sistema compuesto por varias fuentes autónomas e interdependientes que se complementan entre sí, con el único fin de proteger los derechos humanos. Es entonces que el CEDH, la CDFUE y la Constitución española no dependen unas de otras ni se encuentran en una relación jerárquica.

¹³⁴ García Roca, Javier, “El dialogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, UNED, número 30, 2012, p. 192.

El principio de subsidiariedad se encuentra presente en estos ordenamientos y en las resoluciones de sus órganos de control, y no es necesario desgastarse en cuestiones como cuál de ellos ocupa la cúspide de la jerarquía ya que como se dijo, estos de ninguna manera pretenden encontrarse por encima de los demás ni imponerse el uno sobre las decisiones del otro, aunque desde mi perspectiva, como trataré de justificar más adelante, el TC español y el TEDH, mantienen una especie de lucha callada por la elaboración de una teoría de protección a los derechos humanos más completa que prevalezca por encima de las demás.

Ahora bien, podríamos referirnos a la relación que guardan estos ordenamientos como una “*Constitución en red*”,¹³⁵ ya que aunque los tres distintos documentos jurídicos que se han mencionado contienen un catálogo de derechos muy similar, estos son protegidos en diferentes niveles y por diferentes Tribunales, los que deben coadyuvar para resolver el conflicto planteado, de manera tal que el conflicto deberá tratarse primero en el ámbito interno del país y posteriormente si fuera necesario, en el ámbito continental.

Y es que en esta red, la protección de los derechos humanos se busca hacer independientemente de la nacionalidad de la persona, e importando poco que un derecho se encuentre establecido solo en un sector de los tres mencionados, ya que esta triple protección le da al individuo un amplio margen para poder reclamar la consecución de sus derechos al tener una triple garantía de protección.

Es entonces que se puede apreciar ya, que España se encuentra en una posición muy diferente a la de México, ya que por un lado, ambos países se encuentran dentro de un sistema de protección de los derechos humanos regional, pero por otro lado, en Europa a la par de este, existe una Unión económica, jurisdiccional y política a la que se encuentran supeditadas muchas de las

¹³⁵*Ibidem*, p. 193.

decisiones de los Estados miembros y no solo eso, sino que existe entre ellos una cooperación judicial en materia civil como el reconocimiento de sentencias jurisdiccionales,¹³⁶ cooperación en materia penal y policial (EUROPOL),¹³⁷ las fronteras entre los países que forman parte de la Unión se han visto desdibujadas para reconocer a todas las personas la libre circulación por todo el territorio, creando una ciudadanía de la Unión,¹³⁸ entre otros aspectos que hacen de los países que integran la UE una especie de macro-Estado.

Es entonces que en Europa, se cuenta con la protección de los derechos humanos por doble partida, ya que aunque como ya se dijo, la UE en un principio no se constituyó con ese fin y actualmente tiene competencia en muchos otros ámbitos del derecho, también se dedica a la protección de los derechos humanos establecidos en su CDFUE mediante el TJCU, por lo cual para el Estado español

¹³⁶**Artículo 65 del Tratado de la CE.** Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán:

a) mejorar y simplificar:

- el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales,
- la cooperación en la obtención de pruebas,
- el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales;

b) fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción;

c) eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros.

¹³⁷**Artículo 29 del Tratado de la UE.** Sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, el objetivo de la Unión será ofrecer a los ciudadanos un alto grado de seguridad dentro de un espacio de libertad, seguridad y justicia elaborando una acción en común entre los Estados miembros en los ámbitos de la cooperación policial y judicial en materia penal y mediante la prevención y la lucha contra el racismo y la xenofobia.

Este objetivo habrá de lograrse mediante la prevención y la lucha contra la delincuencia, organizada o no, en particular el terrorismo, la trata de seres humanos y los delitos contra los niños, el tráfico ilícito de drogas y de armas, la corrupción y el fraude a través de:

- una mayor cooperación entre las fuerzas policiales, las autoridades aduaneras y otras autoridades competentes de los Estados miembros, ya sea directamente o a través de la Oficina Europea de Policía (Europol), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30 y 32,
- una mayor cooperación entre las autoridades judiciales y otras autoridades competentes de los Estados miembros, también mediante la Unidad Europea de Cooperación Judicial (Eurojust), de conformidad con lo dispuesto en los artículos 31 y 32,
- la aproximación, cuando proceda, de las normas de los Estados miembros en materia penal, de conformidad con lo dispuesto en el la letra e) del artículo 31.

¹³⁸**Tratado constitutivo de la CE.** Segunda parte, “Ciudadanía de la Unión”.

es mucho más común la implementación del derecho internacional y continental, dentro de sus sistema jurídico interno.

A pesar de las diferencias tan marcadas que existen entre España y México, existen puntos en los cuales confluyen, y es que ambos países han abierto las puertas de su derecho interno hacia los tratados internacionales sobre derechos humanos a través de una cláusula de apertura constitucional, que aunque en México se implementó con la reforma constitucional de 11 de junio de 2011, en España se estableció mucho antes, con la Constitución de 1978.

2.2. ARTÍCULO 10.2 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, ¿CLÁUSULA DE UNA REAL Y AMPLIA APERTURA CONSTITUCIONAL?

España signó el CEDH en 1977, es decir, un año antes de la creación de su Constitución actual; por lo que no es de extrañar que ya ésta contuviera una cláusula de apertura hacia los tratados internacionales sobre derechos humanos que ha ratificado y que los derechos fundamentales que se protegen de manera interna sean muy similares a los de la DUDH y el propio CEDH.

Esta cláusula de apertura compromete al Estado español a interpretar los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales y la DUDH tal como a la letra enuncia: *Artículo 10.2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretaran de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias, ratificados por España.*

Aunque con la apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos se protegen las libertades y los derechos fundamentales, en torno a la aprobación de esta cláusula existió una gran polémica y curiosamente se dio una disputa parecida a la mexicana ya que se discutió primordialmente si con esta cláusula interpretativa se menoscababa el valor de la Constitución, o bien, se

creaba una especie de Constitución paralela en donde se tenían que aplicar por un lado los derechos reconocidos en la legislación nacional, pero por otro lado se debían aplicar con la misma validez los contenidos en las disposiciones internacionales.¹³⁹

Finalmente este artículo fue aprobado, lo cual constituyó una limitación al poder interno del Estado por parte de un sistema jurídico internacional y principalmente continental, que vino a establecer una cláusula de apertura constitucional hacia el derecho internacional de los derechos humanos del cual España es parte, lo que trajo como consecuencia que todos los derechos fundamentales establecidos en la Constitución española se encuentren sujetos a una interpretación conforme a los tratados sobre derechos humanos. Esta cláusula interpretativa redefinió el concepto de soberanía, reformándola para pasar de este modo, de una definición internista (protección interna de los derechos humanos) a una exteriorista (protección externa de manera subsidiaria a la protección interna de los derechos humanos).

Saiz Arnaiz comenta una cuestión que me parece del todo relevante e indispensable para entender la exteriorización de la soberanía contenida en la Constitución de 1978, al señalar que este documento supremo a diferencia de los anteriores representa *“el nexo necesario entre un sistema de valores que se corresponde con la idea del hombre y de la sociedad propia de la cultura europea y el principio de la soberanía popular; la positivización de unos derechos que no reciben de ella la fuerza de obligar, pero sí su validez positiva”*¹⁴⁰

Esta Constitución, encuentra su fundamento en el derecho continental y toma como propios, principios generales del derecho internacional que deben ser respetados en todo momento, por lo cual es una Constitución

¹³⁹ Saiz Arnaiz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 15 y ss.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 38.

“*iusinternacionalista*”¹⁴¹ ya que se encuentra conformada por reglas y principios del derecho internacional, encontrándose presente el *ius cogens*, es decir, el núcleo duro que constituye las normas imperativas del derecho internacional.

Ahora bien, cuando se dice que España ha cambiado del término de soberanía interna al de exteriorista, se debe tener en cuenta que forma parte tanto del Consejo de Europa como de la Unión Europea, por lo cual, al tener este enramado jurídico, político y económico continental, le es más común estar supeditado a las decisiones de un ente regional, cuestión que en América, a pesar de que existe la Organización de Estados Americanos (OEA) aún no se tiene una solidez política, jurídica ni económica, ni una verdadera unión entre los países que conforman dicha organización.

Cabe mencionar que la Unión Europea se caracteriza por tener una actitud abierta hacia terceros Estados, por ser multidimensional y multilateralista en su desarrollo y se ha constituido bajo fórmulas de solidaridad regional traducidas en cooperación económica, política, medioambiental, etcétera;¹⁴² tendientes a la ayuda mutua y una consolidación de un sistema regional de derecho aplicable a todo el continente, por lo que esta reunión regional de países es por lo menos, la más sólida del mundo.

Para entender entonces, las razones por las que España y el resto de los países integrantes de la Unión Europea, que anteriormente se abanderaban en un nacionalismo constitucional, han cambiado sus ideales hacia una internacionalización continental de su derecho, es primordial conocer su cultura y el ambiente jurídico en el que coexisten. Y es que el continente europeo ha sufrido dos enfrentamientos bélicos mundiales que dejaron, entre muchos otros efectos, destrucción y vejaciones inconmensurables a los derechos humanos por parte incluso de los países de origen de los afectados, por lo cual, se vieron en la

¹⁴¹ *Ibidem*, pp. 38 y 39.

¹⁴² Cebada Romero, Alicia, “*La Unión Europea: ¿Una acción exterior inteligente?*”, Madrid, Iustel-Universidad Carlos III, 2008, pp.50 y ss.

improrrogable necesidad de crear estándares mínimos de protección a los derechos fundamentales con el fin de imponer límites a su poder interno.

Por esta razón, tal como lo señala P. Pescatore, citado por Saiz Arnaiz¹⁴³, el postulado que exige *“la apertura internacional del Estado... estima necesario exigir que en todas las Constituciones se inserten las cláusulas de apertura”* es decir, que en todas las Constituciones de los países que sean parte de tratados internacionales sobre derechos humanos se deben reconocer como parte del derecho interno los mismos documentos jurídicos. Además P. Pescatore elabora un triple catalogo que deben contener estas cláusulas:

*a) Reconocimiento de los valores fundamentales inherentes a la constitución de la sociedad internacional, como la protección internacional de los derechos del hombre y la promoción de la democracia, entre otros; b) compromiso del Estado de participación en organizaciones internacionales y en las diferentes formas de jurisdicción internacional incluida la transferencia de competencias a instituciones internacionales; y, por último, c) reconocimiento de las reglas generales del derecho internacional, ejecución interna y primacía de los tratados internacionales y ejecución de toda decisión, incluso judicial o arbitral, adoptada por las organizaciones internacionales.*¹⁴⁴

Como se puede observar, Pescatore señala que cuando un Estado asume responsabilidades internacionales mediante la firma de tratados sobre derechos humanos, estos deben tener primacía sobre el derecho nacional y por lo tanto todas las decisiones de los organismos internacionales deben ser respetadas y cumplidas por los países obligados.

España sabedor de estos principios de derecho internacional, elaboró su Constitución bajo los cánones que esta materia establece, incorporando a los tratados internacionales como parte de su derecho interno mediante el artículo 96.1 en la actual Constitución, por lo que el artículo 10.2, no vino a incorporar a las decisiones de los jueces el derecho internacional ya que esta no era ninguna novedad, incluso, antes de la creación de esta Constitución se aplicaban de manera cotidiana; por lo que la verdadera relevancia de este artículo consistió en

¹⁴³*Ibidem*, p. 49.

¹⁴⁴*Idem*.

que a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, los intérpretes de la Constitución deben adecuar su actuación a los contenidos de los tratados sobre derechos humanos como lo señala Saiz Arnaiz, a manera de “*canon hermenéutico de la regulación de los derechos y libertades de la Norma Fundamental, con lo que se da una nueva y distinta eficacia a tales instrumentos internacionales*”¹⁴⁵

Argumento con el que coincide Patricia Cuenca Gómez, y lo amplía al señalar que, aunque todos los tratados internacionales tengan un valor supra-legal en el sistema jurídico español, aquellos que versen sobre derechos humanos son considerados tratados “especiales”, por lo que se les dota de una nueva y distinta eficacia que al resto, que consiste en que, además de todas las características de operatividad en sede interna, constituyen un “*canon de interpretación de los derechos fundamentales y libertades incluidos en la Constitución española*”,¹⁴⁶ por lo que el artículo 10.2 garantiza la existencia de un “*patrón hermenéutico mínimo*”,¹⁴⁷ que impide que se lleven a cabo interpretaciones regresivas de los mismos.

Es entonces que aunque España incorporó los tratados internacionales a su derecho interno mediante los artículos 93 y 95 de la Constitución de 1978, mediante la adición del segundo párrafo al artículo 10, se le dio un valor fundamental a los tratados internacionales sobre derechos humanos, las decisiones del TEDH y demás documentos internacionales en la materia. Estos documentos internacionales, por un lado, forman parte del derecho interno español, por lo que tienen que ser llevados a la práctica y, por otro lado, estos desempeñan una función de interpretación “*expansiva, reintegradora y*

¹⁴⁵*Ibidem*, p. 53.

¹⁴⁶Cuenca Gómez, Patricia, “La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española”, *Revista de estudios jurídicos*, Jaén, número 12, segunda época, Universidad de Jaén, 2012, p. 3. La versión electrónica se encuentra disponible en la página www.rej.ujaen.es.

¹⁴⁷*Ibidem*, pp. 4 y 5.

*promocional*¹⁴⁸ de derechos humanos no establecidos literalmente en la Constitución; derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Sin embargo, es fundamental recordar en este punto que el artículo 10.2 de la Constitución española establece que las normas relativas a **derechos fundamentales** y libertades, deberán ser interpretados conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y los demás tratados internacionales en la materia ratificados por España. Al referirse a derechos fundamentales y no derechos humanos o derechos de las personas, este artículo se refiere solo a aquellos derechos que se encuentran plasmados en la Constitución, es decir, no se puede ampliar el catálogo de derechos mediante la invocación de tratados internacionales sino únicamente interpretar los derechos fundamentales plasmados en la Constitución española a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, lo cual delimita el ámbito de aplicación de los tratados. Así se logra que exista un catálogo bien definido de derechos a proteger y que estos no se encuentren limitados ya que pueden y deben ser expandidos vía interpretación.

Además, el CEDH que data de 1950, tiene un lugar privilegiado en la interpretación de los derechos fundamentales de la Constitución española y al ser 28 años más antiguo y estando la Constitución fundamentada en el *ius cogens* y en la costumbre internacional, difícilmente puede existir alguna contradicción entre estos dos documentos. Además, el catálogo de derechos fundamentales en la Constitución española es tan amplio, que difícilmente un derecho contenido en un tratado internacional se encontrará ausente de este documento supremo y si se llegara a dar el caso, mediante la interpretación conforme con los tratados internacionales sobre derechos humanos, se pueden integrar los que se encuentren excluidos.

Saiz Arnaiz señala como ejemplo de la ampliación de los derechos fundamentales vía interpretación, la segunda instancia en materia penal; ya que

¹⁴⁸*Ibidem*, p.5

esta se encuentra ausente de la norma sustantiva española sin embargo, el Tribunal Constitucional (TC) en la sentencia 42/1982, señaló que este derecho se encuentra implícito en la tutela judicial efectiva establecida en el artículo 24.1 de la Constitución, interpretándola a la luz del artículo 14.5 del PIDCP, con lo cual, vía interpretación ha ampliado un derecho que no se encontraba literalmente mencionado en la Constitución.¹⁴⁹

Este señalamiento no es cosa cualquiera, ya que aunque el catálogo de derechos fundamentales en España es únicamente el establecido en la Constitución, y este no varía, por medio de la interpretación se puede ampliar el contenido de estos derechos. Es decir, el catálogo de derechos jamás va a variar en número, simplemente mediante la interpretación de los derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales en la materia, su protección y límite se amplía, más jamás se crean nuevos derechos.

Por tal razón, como lo señala Argelia Queralt Jiménez, la cláusula de apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos contenida en el artículo 10.2 de la Constitución española constituye *“un puente que conecta el derecho interno con el derecho internacional y provoca que estos se interrelacionen a través de la interpretación de los derechos constitucionales por los poderes públicos españoles de conformidad con los textos elaborados en el ámbito internacional en estas materias.”*¹⁵⁰

Y aunque el artículo 10.2 no lo señale claramente, la interpretación conforme a la que obliga, concibe una “obligación de resultado”, es decir, no es necesario que se cite directamente el CEDH o las resoluciones del TEDH, sino que las decisiones del Estado no contradigan a estos últimos, dando como resultado una concordancia entre ambos sistemas, una especie de “conformidad” especificada en la cláusula, y esta obligación no solo corresponde al TC, sino a

¹⁴⁹*Ibidem*, p. 82.

¹⁵⁰Queralt Jiménez, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 197.

todos los órganos del poder público español que en algún momento interpreten la Constitución.¹⁵¹

La cláusula establecida en el artículo 10.2 de la Constitución española puede interpretarse de muchas maneras e incluso puede llegar a ser limitativa. Esto se debe a que la interpretación conforme a los tratados internacionales solo se establece en cuando a los llamados “derechos fundamentales y las libertades” que la Constitución misma establece, y se encuentran en la sección primera del capítulo segundo, que se anuncia bajo el título “*de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*”; si realizáramos una interpretación restrictiva de esta cláusula se podría pensar que solo los derechos que conforma esta sección están sujetos a ser interpretados bajo el canon del derecho internacional de los derechos humanos.

No obstante, una interpretación menos restrictiva señala que la cláusula de apertura establecida en el artículo 10.2 constitucional, es aplicable sobre todos los derechos establecidos en el capítulo segundo, incluyendo la sección primera, -ya mencionada- y la segunda, titulada “*de los derechos y deberes de los ciudadanos*”.¹⁵² El problema fundamental que se tendría entonces, es que los derechos que contiene el capítulo tercero, denominado “*de los principios rectores de la política social y económica*”, bajo esta interpretación, no entran en el canon hermenéutico de la cláusula de apertura, por lo cual no son susceptibles de ser ampliados vía interpretación, lo que incluso podría significar una desprotección de los derechos convencionales de aplicación obligatoria para el Estado Español.

La protección menor que se le otorga a los derechos sociales, no solo se puede observar mediante las posturas sobre irradiación de la cláusula de apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos, sino en el propio

¹⁵¹ *Ibidem*, pp. 200 y 201.

¹⁵² Cuenca Gómez, Patricia, *op. cit.*, nota 146, p. 6.

texto constitucional, ya que el artículo 53, señala claramente el nivel de protección del que goza cada derecho:

Artículo 53.

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse por ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a) (Recurso de inconstitucionalidad).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección 1ª. del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.

Como se puede apreciar de la lectura del artículo anterior, los derechos reconocidos en el capítulo segundo, cuentan con una protección mucho mayor en relación con los derechos establecidos en el capítulo tercero, por lo cual, no es de sorprender que la cláusula de apertura al derecho internacional de los derechos humanos solo haya sido incoada en relación con aquellos derechos a los que la Constitución española les otorgó un mayor nivel de protección.

Pese a que pareciera existir una protección mucho más limitada de los derechos sociales y que su contenido no puede ampliarse vía interpretación conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos, siguiendo a Saiz Arnaiz,¹⁵³ la aplicación de la cláusula de apertura constitucional contenida en el artículo 10.2, está proyectada para ser aplicada a todo el título primero de la Constitución; primero, si tomamos el argumento de *sedes materiae*, mediante la cual un enunciado dudoso se definirá por el lugar en el que se encuentra, se puede observar que el artículo 10.2 se encuentra dentro del Título Primero de la Constitución pero no forma parte de ninguno de sus Capítulos, lo cual hace

¹⁵³ Saiz Arnaiz, Alejandro, *op. cit.*, nota 139, pp. 72 y ss.

pensar que este artículo es aplicable a todos los derechos contenidos en el título del que deriva.

Además utilizando también el argumento *a rubrica*, en virtud del cual se otorga un significado a un enunciado normativo dependiendo de la posición en la que se encuentre, el Título Primero ha sido llamado “*De los derechos y deberes fundamentales*” por lo cual se puede suponer que los derechos fundamentales citados en el artículo 10.2, son todos los del capítulo. Además si el legislador hubiera querido excluir algunos derechos de este canon interpretativo lo pudo haber hecho de manera literal.¹⁵⁴

Es entonces que pareciera ser que los derechos que previene el artículo 10.2, que se encuentran sujetos a un canon interpretativo, son todos los establecidos en el Título Primero y, el desarrollo jurisprudencial del TC sobre los derechos contenidos en el artículo 14 y la Sección 1° del Capítulo II, se debe a que únicamente estos, son susceptibles de protegerse mediante el juicio de amparo, y siendo el TC el órgano competente para resolver este recurso, su doctrina se enfoca en estos derechos.

El propio TC ha señalado que no solo las normas constitucionales sino todas aquellas establecidas en el sistema jurídico interno deben ser interpretadas a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos, por lo cual como lo señala Cuenca Gómez,¹⁵⁵ la irradiación de estos textos internacionales ha condicionado el contenido de toda la legislación interna del Estado.

La cláusula de apertura contenida en el artículo 10.2 entonces, le otorga a los tratados sobre derechos humanos de los que España es parte, una posición privilegiada dentro del derecho interno, ya que al obligar al intérprete de la Constitución a aplicar los derechos fundamentales a la luz de los tratados

¹⁵⁴*Idem.*

¹⁵⁵Cuenca Gómez, Patricia, *op. cit.*, nota 146, p. 7.

internacionales, le impide realizar interpretaciones contrarias a estos instrumentos, por lo que de manera indirecta, los tratados sobre derechos humanos son llevados a la práctica.

Además el principio *pro persona* es cumplido sin cuestionamientos de manera cotidiana ya que el derecho internacional de los derechos humanos, forma un parámetro mínimo de interpretación de los derechos y en el caso de España el CEDH constituye un mínimo de reconocimiento de derechos, que pueden ser ampliados por los Estados parte, más jamás restringidos. Por esta razón, si los derechos fundamentales contenidos en la Constitución española fueran más amplios que los indicados por el CEDH, deben ser aplicados sin necesidad de llevar a cabo interpretación alguna. Sin embargo, si el CEDH contiene una protección más amplia a un determinado derecho contenido en la Constitución española, al momento de aplicarse esta última, el derecho fundamental concreto debe ser interpretado de conformidad al Convenio y la jurisprudencia del TEDH.

2.3. DUDH Y TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS COMO PUNTO DE PARTIDA PARA LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMATIVIDAD ESPAÑOLA.

Es importante señalar que cuando el artículo 10.2 refiere que los derechos fundamentales y las libertades se interpretaran conforme a la DUDH y los tratados internacionales ratificados por España, no quiere decir que no se tomen en cuenta las decisiones del TEDH, ya que la jurisprudencia emitida por este órgano internacional, la costumbre internacional y los principios generales del derecho internacional; además los convenios de la OIT, los documentos jurídicos elaborados por el Consejo de Europa y Convenios elaborados por la ONU, así como las Observaciones Generales de los Comités de la ONU, también se consideran norma obligatoria que conforma en canon interpretativo de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución. E incluso algunos otros

tratados que no se encuentren ratificados por España o bien, su materia no sea específicamente sobre derechos humanos pero sirvan para aclarar algún derecho fundamental contenido en la Constitución.¹⁵⁶

Por otro lado, la mención directa de la DUDH se realiza en virtud a que esta no se considera un tratado internacional y por tal motivo, su invocación se realizó con el fin de poder fundamentarse en la misma para llevar a cabo la interpretación conforme de la Constitución de España con este instrumento.¹⁵⁷

Otros de los principales tratados internacionales que son aplicados por el Estado español son el PIDCP y el PIDESC, mejor conocidos como Pactos de Nueva York; además, evidentemente el CEDH o Convenio de Roma, la CDFUE, así como la jurisprudencia del TEDH, instrumentos internacionales estos últimos, con los que se rompió la división estricta entre derecho interno e internacional y se desdibujaron las fronteras entre los países ya que su ámbito de aplicación fue continental y de cumplimiento estricto para todas las altas partes contratantes sin distinción nacional.

Como ya se ha dicho, el Consejo de Europa adoptó el CEDH que fundamentó la actuación del TEDH y la Comisión Europea de Derechos Humanos (Comisión EDH) suprimida mediante el Protocolo XI, como ya se trató en el capítulo precedente. Por su parte el TEDH lleva a cabo una tarea interpretativa del CEDH, que por ser un tratado internacional en materia de derechos humanos, debe ser diferenciado de otros tratados en cualesquier materia, ya que tratándose de la protección de las personas, en su aplicación se rechaza, como lo señala Saiz Arnaiz el principio de *favor libertatis según el cual en caso de duda los acuerdos internacionales se interpretarán en favor de la libertad –léase soberanía del Estado, ya que de ser así, el entendimiento restrictivo de los derechos resultaría una consecuencia obligada.*¹⁵⁸

¹⁵⁶*Idem.*

¹⁵⁷*Ibidem*, p. 116.

¹⁵⁸*Ibidem*, p. 142.

El rechazo de la interpretación de este principio en favor del Estado es fundamental para el derecho internacional de los derechos humanos, en lo que la Comunidad Europea y con ella España, están un paso adelante en la aplicación de los tratados internacionales en esta materia, ya que se entiende que no se disminuye la soberanía ni se causa un perjuicio al Estado sino que por el contrario, se otorga la interpretación más extensiva a los derechos de las personas, cumpliendo además con otro principio del derecho internacional de los derechos humanos, el principio *pro persona*.

Como ya se vio en el apartado anterior, en España, el amparo solo procede contra los derechos fundamentales concebidos en la Constitución, por lo cual, si en algún momento se inaplicara el artículo 10.2 de la Constitución española, esta omisión no puede ser reparable a través del amparo, es decir; no se puede invocar la violación del artículo 10.2 específicamente, ya que evidentemente, este artículo no contiene un derecho fundamental, sino que se limita a establecer que los derechos fundamentales contenidos en la Constitución deberán interpretarse a la luz de los tratados en la materia, mas no se amplía el catálogo de derechos, por lo cual, lo que se puede reclamar en todo caso es la omisión de una interpretación extensiva de los derechos fundamentales conforme a los tratados signados por España mas no los derechos humanos plasmados en los instrumentos internacionales de manera directa.

Además cuando se hace referencia a la interpretación conforme a los tratados internacionales de la Constitución española, se refiere simplemente a que exista una compatibilidad; falta de contradicción pero no a la identidad en sentido fuerte o estricto ya que según el artículo 53 del CEDH, ninguna de sus disposiciones se entenderá “*en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante*”,¹⁵⁹ con lo cual se refuerza la afirmación

¹⁵⁹*Ibidem*, p. 223.

de que el Convenio junto con el resto del derecho internacional de los derechos humanos constituyen un estándar mínimo de derechos, lo que quiere decir que los Estados parte del Convenio no pueden restringir los derechos establecidos en él, pero pueden ampliarlos mediante su legislación interna, por lo cual, la obligación de interpretación conforme se da en sentido amplio.

Por tal razón, el Tribunal de Estrasburgo ha llevado a cabo una tarea interpretativa hacia la definición de un estándar mínimo de derechos que establece el Convenio, al que ha vinculado con el derecho nacional al llamarlo *“instrumento constitucional del orden público europeo en el campo de los derechos humanos”*.¹⁶⁰ Esta denominación sitúa al ámbito constitucional relativo a los derechos humanos en un plano continental en donde los mínimos establecidos por el TEDH deben ser cumplidos en toda la Unión Europea.

Al acatar España el canon interpretativo del TEDH, utiliza de igual manera los tratados internacionales que ha ratificado y los que no, siempre y cuando protejan los derechos fundamentales establecidos en su Constitución ya que toma en cuenta el estándar europeo mínimo en su conjunto por lo cual, tal como lo señala Argelia Queralt Jiménez,¹⁶¹ la cláusula de apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos facilita la aplicación de los mismos, sin embargo la aplicación práctica del artículo 10.2, va mucho más allá de sus limitaciones.

Por ello es que cuando el artículo 10.2 de la Constitución española establece que los derechos fundamentales contenidos en la misma se interpretarán de conformidad a la DUDH y los tratados internacionales sobre la materia ratificados por España, la cláusula de apertura que contiene va mucho más allá, al tomarse en cuenta para la realización de este canon hermenéutico además, la jurisprudencia emitida por el TEDH, diversos documentos

¹⁶⁰ Este término fue creado por el TEDH en la sentencia del caso *Loizidou c. Turquía*, del 23 de marzo de 1995, A, 310, apartado 75.

¹⁶¹ Queralt Jiménez, Argelia, *op. cit.*, p. nota 150, p. 205

internacionales que pueden no ser considerados como tratados, tales como los pactos de Nueva York.

Si el día de hoy se volviera a redactar la Constitución de España, seguramente su artículo 10.2 sería diferente. Su redacción claro está, corresponde a la situación vivida en el tiempo de su creación, sin embargo, para España, el CEDH tiene una posición privilegiada en la interpretación de los derechos fundamentales, por lo tanto, lo más idóneo sería que se dijera que los derechos fundamentales contenidos en la Constitución deberán ser interpretados en primer lugar, conforme al CEDH y de manera subsidiaria, conforme a los demás tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España o que formen parte del canon de mínimos elaborado por el TEDH, ya que actualmente, la práctica ha superado la redacción de esta cláusula de apertura.

Lo anterior aunado a que la DUDH, es un instrumento no jurisdiccional, meramente declarativo, y el CEDH es un instrumento jurisdiccional que vincula a los Estados parte y además, recoge los mismos derechos contenidos en la Declaración con mayor amplitud, por lo cual otorga una protección acrecentada a los derechos humanos.

2.4. DERECHO INTERNO VS DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. ¿EXISTE EN ESPAÑA UNA JERARQUIZACIÓN AL RESPECTO?

A diferencia de México, en España no se preocupan demasiado por la jerarquía en la que se encuentran colocados los tratados internacionales en materia de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno; lo que realmente se discute es la efectiva aplicación de los mismos, sin embargo es fundamental para el estudio que nos ocupa, definir el sitio que ocupan los tratados sobre derechos humanos con respecto a la Constitución española.

España ha señalado que los tratados internacionales, una vez que han sido ratificados, forman parte de su derecho interno,¹⁶² por lo cual su aplicación se lleva a cabo de manera cotidiana. Ahora bien, la cláusula de apertura del artículo 10.2 de la Constitución española, establece como canon hermenéutico del mismo documento supremo a los tratados internacionales sobre derechos humanos, sin embargo no señala algún cambio en la jerarquía que guardan en el ordenamiento jurídico español, por lo que pareciera ser que los tratados sobre derechos humanos no se diferencian jerárquicamente de los tratados en cualesquier otra materia.

Sin embargo, aunque la Constitución española no contenga ninguna mención especial al respecto, los tratados sobre derechos humanos, además de formar parte del derecho interno español y considerarse como normas supra-legales, adquieren una nueva fuerza aplicativa que los diferencia y aleja del resto de los tratados, e incluso, autores como Patricia Cuenca Gómez,¹⁶³ consideran que estos han adquirido un verdadero estatus constitucional, ya que mientras el resto de los tratados deben ser interpretados conforme a la Constitución, estos forman un canon interpretativo de la misma, por lo que forman parte del contenido de los derechos fundamentales, además de convertirse en un mínimo esencial para el juzgador y un límite para el legislador en sede nacional.

Esta teoría no es descabellada ya que si un derecho fundamental, contenido en la Constitución española es interpretado conforme a los tratados sobre derechos humanos ratificados por España o a la jurisprudencia del TEDH, se amplía su contenido por lo que, aunque el texto de los artículos que los contienen siga siendo el mismo, estos se han vuelto mucho más amplios, y las interpretaciones formadas a partir de los tratados, forman parte ya de su

¹⁶² Así lo establece el artículo 96.1 de la Constitución española que a la letra dice: Los tratados internacionales válidamente celebrados una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional.

¹⁶³Cuenca Gómez, Patricia, *op. cit.*, nota 146, pp. 12 y 13.

contenido, que puede seguir ampliándose más jamás restringirse, por lo cual, aunque sea de manera indirecta los tratados sobre derechos humanos forman parte conformante de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución española.

La diferenciación existente entre los tratados sobre derechos humanos y el resto, es entonces que mediante la cláusula de apertura constitucional del 10.2, se limita el control de constitucionalidad de los tratados internacionales sobre derechos humanos y de cualquier otro tipo de documentos internacionales en esta materia, ya que a menos de que exista una contradicción insalvable o bien, que la Constitución contenga una mayor amplitud a cierto derecho, la propia Constitución deberá adecuarse al contenido de los tratados internacionales sobre derechos humanos y las incompatibilidades que resulten entre ambos ordenamientos deberán salvarse vía interpretación, mientras que el resto de los tratados –que no se refieran a derechos humanos- serán parte del ordenamiento jurídico nacional, pero no formarán un canon interpretativo de la Constitución.

Es entonces que en virtud de los tratados internacionales sobre derechos humanos, todo aquel que deba interpretar la Constitución se encuentra limitado en su libertad creativa, ya que aquellos le marcan la pauta a seguir, sin olvidar que el catálogo de derechos fundamentales es el mismo establecido en la Constitución, como ya se vio.

Esta cuestión no es nada simple, ya que aunque los tratados sobre derechos humanos y los derechos contenidos en ellos, elevaran su jerarquía, las interpretaciones que se deriven de los mismos tendrán efectivamente rango constitucional, por lo que aunque por si mismos no pudieran ser enunciados de validez normativa con carácter constitucional, serán siempre un parámetro de interpretación constitucional e incluso servirán como guía al legislador, que no puede crear normas que los contravengan.

Los derechos fundamentales contenidos en la Constitución española no pueden ser leídos sin interpretarse conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos, principalmente el CEDH, por lo que pese a que la posición doctrinaria mayoritaria en España es que los tratados internacionales sobre derechos humanos no forman parte del bloque de constitucionalidad, estos constituyen un “*canon de constitucionalidad*”¹⁶⁴ indispensable para la creación de leyes así como la actividad jurisdiccional cotidiana por lo que cabría decir que cuentan con una posición realmente privilegiada en el sistema legal e incluso con categoría constitucional.

Entonces, siguiendo la idea de Cuenca Gómez,¹⁶⁵ si una ley interna es contraria a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, se debe inaplicar inmediatamente al ejercer control de constitucionalidad en virtud de las interpretaciones existentes de los derechos fundamentales y la norma que resultó ser contraria a un tratado sobre derechos humanos deberá ser objeto de una cuestión de inconstitucionalidad.

A pesar de las escasas discusiones sobre el tema, lo verdaderamente importante es que España ha buscado los medios a través de los cuales proteger los derechos convencionales e incluso, como se ha dicho ya, se ha superado la literalidad del artículo 10.2, ya que el canon interpretativo de los derechos fundamentales lo conforma tanto los tratados internacionales de derechos humanos que ha ratificado el Estado, como las decisiones del TEDH y algunos otros documentos internacionales que no son considerados por algunos autores como tratados.

No puedo dejar de recalcar que en el sistema jurídico español –aunque si se discute la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos- dada la fórmula de la redacción de su cláusula de apertura, y la interpretación que se ha dado

¹⁶⁴ Cuenca Gómez, Patricia, *op. cit.*, nota 146, p. 15.

¹⁶⁵ *Idem.*

sobre la misma, la jerarquía que estos guarden, no importa demasiado para que sean cumplidos, ya que al ser todos los tratados parte de su derecho interno, son realmente aplicados y los que versan sobre derechos humanos tienen una importancia especial, ya que obligan a todo interprete de la Constitución, a realizar un ejercicio hermenéutico sobre los derechos fundamentales, lo que trae como resultado que se salven las contradicciones que pudiesen existir entre el derecho interno y el internacional.

Ahora bien, aunque en España no se tiene problema alguno en cuanto a la aplicación de tratados internacionales sobre derechos humanos y estos –como ya se dijo- constituyen un canon interpretativo de los derechos fundamentales y libertades establecidas en la Constitución española, me parece importante definir cuál es la posición particular del CEDH en el sistema jurídico español, en virtud a que este fundamenta la existencia del TEDH y sus sentencias, que como se ha visto, son vinculantes para el Estado español.

En primer lugar debe decirse que tal como lo afirma Argelia Queralt Jiménez,¹⁶⁶ España ha adoptado la teoría monista de recepción de los tratados internacionales de conformidad con los artículos 94, 95 y 96 de su Constitución, por lo cual, al pertenecer estos a su sistema jurídico interno, se encuentran en un sistema de relación jerárquica por lo que virtualmente no cabría conflicto alguno en caso de contradicción con otra fuente del derecho, ya que esta se resolvería simplemente al aplicar la norma superior. Paradójicamente, en España aún no existe una idea aceptada por la generalidad de los autores de la posición que ocupa en su sistema de fuentes el CEDH, aunque la teoría monista internista es la más aceptada, es decir, aquella que señala que la Constitución tiene un rango jerárquico supremo, seguida por los textos convencionales (que tendrían una jerarquía *infra-constitucional*) y posteriormente las leyes, lo cual posiciona a los tratados con una jerarquía *supra legal*, aunque esta es una cuestión aun sin aclarar del todo.

¹⁶⁶Queralt Jiménez, Argelia, *op. cit.*, nota 150, p. 195.

Independientemente de las posiciones doctrinarias, el TC no ha aplicado el CEDH como una fuente autónoma del derecho, que aporte nuevos contenidos no existentes ya en la normatividad española, incluso no considera a los tratados internacionales sobre derechos humanos como parte del bloque de constitucionalidad, por lo cual estos no pueden ser considerados parámetro de constitucionalidad en el control de las leyes. Sin embargo, mediante la aplicación del artículo 10.2 de la Constitución, los tratados internacionales sobre derechos humanos y con ellos el CEDH, han cobrado una nueva fuerza interpretativa, y la Norma Fundamental española debe ser interpretada a la luz de los mismos; con lo cual, aunque las normas convencionales por si mismas no tengan un valor constitucional, las interpretaciones que de la Constitución se realicen, si lo tienen. Además, el CEDH y la jurisprudencia del TEDH son, como lo señala Queralt Jiménez *“instrumentos interpretativos de utilización privilegiada”*¹⁶⁷ respecto del resto de los tratados signados por el Estado Español.

Además es de resaltar que -como ya se dijo- no solo el CEDH y los demás textos internacionales sobre derechos humanos forman parte de este canon interpretativo de la Constitución, ya que el TEDH mediante su jurisprudencia ha sido históricamente el encargado de poner al día la Convención y sin su actuación este quedaría obsoleto por el paso del tiempo, el cambio en la práctica de los derechos, la necesidad de protección prioritaria de algunos de ellos y la implementación de nuevas tecnologías.

Me parece entonces, que ya ha quedado establecido que el sistema jurídico español, se ha acoplado de una manera dinámica a la subsidiariedad del derecho internacional de los derechos humanos, introduciéndolo en su derecho interno vía interpretación, sin reconocer del todo que este cuente con una jerarquía constitucional. Sin embargo, el CEDH tiene una posición por demás privilegiada en el sistema jurídico español, ya que forma una especie de suelo de

¹⁶⁷*Ibidem*, p. 196.

los derechos humanos y se toma de manera prioritaria en la interpretación de los derechos fundamentales conjuntamente con la jurisprudencia creada por el TEDH; por lo que, aunque es cierto que todos los tratados ratificados por España y los que el TEDH ha utilizado para formar su canon de protección mínima a los derechos deben ser utilizados para interpretar los derechos fundamentales y libertades contenidos en la Constitución española, también es cierto que se utiliza prioritariamente el CEDH y las interpretaciones que de él ha realizado el TEDH.

2.5. LA COMPATIBILIDAD DEL DERECHO INTERNO CON EL INTERNACIONAL. ELEMENTO INDISPENSABLE PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

Se debe iniciar por decir que aunque el término control de convencionalidad es eminentemente latinoamericano, e incluso como se verá más adelante fue creado por el ex juez interamericano Sergio García Ramírez, en Europa y más específicamente en España, es cada día más usado para identificar la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos; ya sea en sede internacional o interna, es decir, ya sea que se utilice para denotar la obligación que tienen las autoridades estatales de respetarlos y aplicarlos,¹⁶⁸ o bien, la facultad que tienen los tribunales internacionales de revisar las actuaciones de los Estados parte de tratados sobre derechos humanos, para determinar si cumplen o no con su debido control.

Es entonces que uno de los requisitos indispensables para poder llevar a cabo un efectivo control de convencionalidad es la compatibilidad del derecho

¹⁶⁸ Cuando nos referimos a las “autoridades” esto quiere decir que todas las autoridades de cualquier nivel tienen la obligación de aplicar derechos humanos, por ejemplo, todas las autoridades jurisdiccionales deben conocer y aplicar los tratados internacionales sobre derechos humanos, claro está, previa ponderación del principio *pro persona*, pero además el poder legislativo debe también conocer los tratados internacionales sobre derechos humanos que ha firmado su Estado con el fin de no expedir leyes que vayan contra la letra misma de estos instrumentos, y por último; las autoridades que pertenecen al poder ejecutivo, en sus resoluciones deben siempre velar por el cumplimiento útil de los instrumentos internacionales citados. Es entonces que el control de convencionalidad debe ser aplicado en todos los niveles de justicia de los Estados.

interno con el derecho internacional de los derechos humanos, ya que en caso de que estos fueran contrarios nos veríamos en la necesidad de modificar el derecho interno para dirimir ese conflicto con el derecho internacional de los derechos humanos.

En este contexto, el artículo 95.1 de la Constitución española señala que *“la celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá previa revisión constitucional”*, ya que la Constitución española no tolera contradicciones literales y textuales que opongan su contenido al tratado.¹⁶⁹ Es entonces que previo a la firma de un tratado internacional que se encuentre en contra de una estipulación constitucional, la Constitución debe ser revisada con el fin de determinar si esta debe ser reformada o no y posteriormente, con base en esa determinación se firmara o no el tratado.

Esta revisión es por demás importante ya que como se analizó en el capítulo precedente, una vez firmado un tratado internacional sobre derechos humanos por un Estado, este adquiere obligaciones internacionales que deben ser cumplidas sin importar lo que establezca su derecho interno, lo que conlleva que, en caso de existir contradicción entre el derecho interno y el internacional, se debe aplicar el internacional, lo cual obligaría al Estado a inaplicar e incluso expulsar de su ordenamiento la norma inconvencional.

El Estado español se encuentra supeditado tanto al TEDH como al TJUE. Este último elaboró vía sentencia¹⁷⁰ un principio internacional bajo el cual, en el caso de existir conflicto alguno entre el derecho comunitario y el derecho interno de un país, debe prevalecer el derecho comunitario, en todas las materias, incluyendo claro, la protección a los derechos humanos, exceptuando claro está, que un derecho se proteja de manera más amplia por un país. Este principio es de

¹⁶⁹ López Castillo, Antonio *et. al.*, *“Constitución española y Constitución europea”*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 61.

¹⁷⁰ Sentencia *Costa vs. ENEL* de 15 de junio de 1964, 6/64; se puede consultar con más detalle en Martínez Sierra, José Manuel, *op. cit.*, nota 125, pp. 160 y ss.

suma importancia práctica ya que si se deja a potestad de los países esta decisión, no existiría una uniformidad en las declaratorias ya que cada país adoptaría las vías y los métodos de cumplimiento que le resultaran más factibles lo cual impediría una igualdad en la práctica del derecho comunitario.

Aunque España no ha reconocido expresamente esta primacía del derecho comunitario es un principio que debe ser seguido por todos los países que conforman la UE, por lo cual, tácitamente se ha aceptado. Entonces al estar supeditado España tanto al TEDH como al TJCE es indispensable que su normativa interna sea compatible con los tratados internacionales sobre derechos humanos que ha firmado, ya que de lo contrario algunas de sus disposiciones pueden ser declaradas inconvencionales y por lo tanto, inválidas.

Además, el CEDH y la CDFUE forman un bloque de convencionalidad, conjuntamente con la jurisprudencia creada por el TEDH y el TJUE; por lo que cuando este bloque es adoptado por los Estados, estos se comprometen a que su legislación interna no será incompatible con el mismo, y que además no se dictaran normas contrarias a los derechos establecidos en tales instrumentos ya que si bien es cierto que ni el TEDH ni el TJCE tienen la potestad de derogar ninguna legislación interna, tal como lo señala Hesbert Benavente Chorres, *“si pueden declarar la responsabilidad del Estado en torno a la vulneración de un derecho humano (convencional) por la aplicación de la norma legal inconvencional, exhortando al Estado que adopte las medidas pertinentes, en aras de salvaguardar los derechos humanos.”*¹⁷¹

Por lo tanto, todos los Estados parte de este bloque de convencionalidad deben velar porque sus disposiciones internas no contravengan a estos instrumentos internacionales con el fin de cumplir con las obligaciones contraídas mediante su firma, y en última instancia serán el TEDH y el TJUE los órganos

¹⁷¹Benavente Chorres, Hesbert, *“La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal”*, Barcelona, José María Bosch Editor, 2012, p. 308.

garantes de que los Estados cumplan con los compromisos que han adquirido, realizando así un control de convencionalidad.

Ahora bien, el derecho internacional de los derechos humanos forma un parámetro mínimo de protección, por lo cual como es sabido, el Estado puede y debe ampliar ese parámetro, sin dejar de aplicar los tratados que se hayan ratificado, mas nunca debe aplicar más limitaciones a los derechos que las establecidas en dichos instrumentos; por lo cual ambos ordenamientos no deben ser idénticos, sino compatibles.

Aunado a la existencia de esta compatibilidad, tal como lo establece la Declaración de Viena sobre el Derecho de los Tratados, todos ellos se firman bajo la condición *pacta sunt servanda*, es decir, que lo pactado se debe cumplir de buena fe por los contratantes y además, prohíbe la invocación de las disposiciones de su derecho interno como justificante del incumplimiento de un tratado, por lo que independientemente de lo establecido por el derecho interno, los tratados se deben aplicar en sede nacional.

Por esta razón, la aplicación de tratados internacionales, máxime en materia de derechos humanos, requiere que exista plena compatibilidad del derecho nacional con el internacional del que un Estado es parte. Es entonces que cuando un Estado firma un tratado internacional debe ser muy meticuloso respecto a la revisión de su contenido, con el fin de que este tratado no sea contrario a lo establecido en la misma materia en su derecho interno. De existir esta contradicción, el Estado no tendrá más remedio que adecuar su derecho interno al texto del tratado, característica fundamental del control de convencionalidad, como se verá en el capítulo siguiente.

Ahora bien, como ya se ha dicho, la Constitución española de 1978 ha sido creada bajo los estándares internacionales y basándose en derecho consuetudinario internacional por lo que es poco probable que ambos sistemas

llegasen a caer en una contradicción, sin embargo cabe ampliar la idea expresada anteriormente respecto a que lo que busca el derecho internacional de los derechos humanos es una compatibilidad, mas no una conformidad con el texto constitucional.

El texto nacional español en este caso, no debe ser idéntico al internacional sino simplemente no tener disposiciones contrarias, por lo que pueden existir situaciones en las que un derecho se proteja menormente en el derecho nacional. En este caso se deberá interpretar el derecho nacional a la luz del internacional y; evidentemente en caso de que la protección a un derecho en el sistema nacional sea mayor a la internacional, prevalecerá la legislación nacional sin necesidad de interpretación, sin que esto signifique una contradicción, tal como lo establece el artículo 53 del CEDH.¹⁷²

Hay que recordar que el TEDH -así como los demás órganos jurisdiccionales a nivel regional de protección a los derechos humanos- actúan de manera subsidiaria al derecho nacional español como el mismo órgano lo ha señalado mediante diversa jurisprudencia, por lo cual en ningún momento pretende que España resuelva determinados asuntos de manera idéntica al Tribunal Internacional; además primigeniamente es el Estado parte quien debe proteger los derechos establecidos en el CEDH, por lo cual este debe escoger los medios a través de los cuales se llevará a cabo esta protección y en caso de que sea insuficiente o haya fallado, el TEDH garantizará de manera subsidiaria el goce de los derechos continentalmente reconocidos por el Convenio.¹⁷³

Es entonces que con la protección regional y comunitaria de los derechos humanos no se pretende que se homogenice la respuesta nacional e internacional en casos iguales o semejantes, es decir, no se pretende una identidad, sino una

¹⁷² Artículo 53. Ninguna de las disposiciones del presente convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte.

¹⁷³Queralt Jiménez, Argelia, *op. cit.*, nota 150, p.106.

compatibilidad entre ambos sistemas, dejando así al Estado la potestad para decidir de qué manera se realizara esta armonización, para no contradecir los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, pero sin tener que utilizar modelos internacionales para resolver sus controversias.

2.6. TEDH, INTÉRPRETE ÚLTIMO DEL CEDH. OBLIGATORIEDAD DEL CUMPLIMIENTO DE SUS SENTENCIAS POR ESPAÑA.

Hasta ahora se ha planteado un doble panorama regional de la protección de los derechos humanos en el continente europeo; ya se ha visto que España pertenece tanto al Consejo de Europa como a la UE, y en ambos sistemas se protegen los derechos humanos mediante el TEDH y el TJUE respectivamente. Sin embargo, desde este momento, me limitaré al estudio del TEDH como intérprete último del CEDH y la forma en la que se le da cumplimiento a las sentencias de este órgano jurisdiccional por España. Esta concreción responde a que el ejercicio hermenéutico a que obliga el artículo 10.2 de la Constitución española como ya se vio, le da prioridad al CEDH por encima de cualquier otro tratado en la materia y además este Tribunal realiza una actividad especializada en la protección de los derechos humanos por lo cual, su producción jurisprudencial en este aspecto es mucho más rica. Incluso como ya se vio, la UE está por adherirse al CEDH, por lo cual en un futuro próximo se encontrará supeditada también al TEDH.

Ahora bien, el TEDH realiza una doble función en su tarea de intérprete último del CEDH. Por una parte reactiva y por otra, desarrolladora.¹⁷⁴ Cuando hablamos de una actividad reactiva nos referimos a la protección de los derechos del CEDH, así como la adecuada aplicación e interpretación del mismo por los Estados parte, mediante las denuncias tanto individuales como de los Estados, que se encarga de resolver en definitiva y son elevadas a la categoría de cosa juzgada; sin embargo cabe señalar que se deja a los Estados un cierto margen de

¹⁷⁴*Ibidem*, p. 86.

apreciación, ya que como se dijo antes, la normativa estatal debe ser compatible con la internacional, mas no es necesario que cuente con plena identidad ni que ambos ordenamientos jurídicos sean idénticos.

La función desarrolladora del TEDH se realiza mediante las interpretaciones del CEDH, actualizando su texto, enriqueciéndolo y aumentando su significado que como se ha dicho, son parte del marco jurídico internacional que constituye el parámetro hermenéutico de la Constitución española en materia de derechos fundamentales,

Sin embargo, el principio de subsidiariedad del derecho internacional de los derechos humanos impide que el TEDH sea el único intérprete del Convenio, por lo que, al complementar al derecho estatal y funcionar como un coadyuvador de la protección a los derechos fundamentales, el Estado español puede también llevar a cabo su propia interpretación del mismo.

La función del TEDH es entonces, velar por que las disposiciones normativas de los Estados parte del Convenio, así como las interpretaciones realizadas sobre el mismo sean compatibles entre sí y en caso de que estas no fueran compatibles señalarlo mediante sus resoluciones, que no serán combatibles y constituirán la interpretación última del CEDH, debiéndose tomar en cuenta por los Estados en sus decisiones futuras.

Ahora bien, dado que los derechos internacionalmente protegidos son plenamente compatibles con el sistema jurídico español, al sistema continental le importa poco que un derecho se considere fundamental o constitucional, nacional o internacional, ya que lo que verdaderamente le importa es que este derecho, sea protegido efectivamente en la práctica, por lo cual el TEDH se ocupará más de los medios que se tienen en el sistema nacional para su defensa, que porque un determinado derecho se encuentre identificado a plenitud con algún otro que establezca la Convención. Cosa diferente sucede con el derecho nacional, ya que

para que un derecho pueda ser protegido debe estar contenido en la Constitución, de otra forma este no puede ser protegido vía amparo ni mediante ningún otro recurso nacional. Mediante interpretación se puede ampliar el contenido de los derechos nacionales para incluir los internacionales, pero no pueden ser invocados de manera directa.

Aunque España no aplique de manera habitual el CEDH, las autoridades nacionales son las primeras que deben velar por su efectivo cumplimiento y procurar que su actividad jurisdiccional y creación de normas no sean incompatibles con el mismo. Aunque se utilice como fuente de esos derechos y libertades que tienen plena identidad con el Convenio su propia Constitución y en su actividad de tutela se apliquen o no los parámetros interpretativos creados por el TEDH, si un determinado asunto llegase a los estrados de este órgano jurisdiccional internacional, este será quien en definitiva resolverá si el Estado aplico de manera correcta o no el Convenio. Prueba tangible de que este último órgano jurisdiccional continental es en definitiva, como lo señala Argelia Queralt Jiménez, “*interprete autentico y supremo del CEDH*”¹⁷⁵

Es aceptado desde mucho tiempo atrás que el TEDH es el intérprete último del CEDH sin embargo, las resoluciones que este dicte tienen un carácter declarativo, esto es, se limitan a declarar si se violó por parte del Estado un derecho de los contenidos en el CEDH sin acordar qué medidas debe tomar el Estado para dejar de violar el derecho y restablecer a la persona en el goce de los mismos, sin embargo su cumplimiento es obligatorio para todos los Estados parte y sus decisiones son inapelables; además de que generan un doble efecto de cosa juzgada e interpretada.¹⁷⁶

Esto no quiere decir que por tener las sentencias un carácter meramente declarativo, no deban ser cumplidas pues como ya se dijo, su cumplimiento es

¹⁷⁵*Ibidem*, p. 85.

¹⁷⁶*Ibidem*, p. 8.

obligatorio y se cuenta con un mecanismo de vigilancia para su consecución, el Comité de Ministros; sin embargo esto en la práctica representa un problema, toda vez que los Estados son los encargados de definir porqué medio se dará efectivo cumplimiento a las referidas resoluciones, cuestión que en España aún falta por definir.

En virtud de esta obligatoriedad y vigilancia, las sentencias son efectivas aunque no sean ejecutivas, y crean una obligación genérica que trae como resultado la vinculación de los Estados; por tanto, se convierte en una obligación legal de poner fin a la vulneración declarada por el Tribunal, que tal como lo señala P. A. Fernández, citado por Argelia Queralt Jiménez, es “*una obligación de resultado de naturaleza jurídica*”¹⁷⁷ que tiene como contenido mínimo la *restitutio in integrum*.¹⁷⁸

Mediante la *restitutio in integrum* el Estado se compromete en primer lugar, a poner fin a la violación si es que esta siguiera generando efectos y, posteriormente a restituir en la medida de lo posible a la persona a su situación originaria, así como compensarla por los daños causados. Además se puede incluir la obligación del Estado a tomar medidas para que dicha violación no vuelva a cometerse en contra de ninguna otra persona en el futuro si fuese necesario. Estas reglas han sido creadas a través de diversa jurisprudencia del TEDH.¹⁷⁹

Por lo tanto, al ser el TEDH un órgano jurisdiccional internacional subsidiario que no puede intervenir de manera directa en las decisiones de los Estados parte, solo se limita a la declaración de la violación dejando al Estado la potestad de decisión sobre qué medidas debe tomar para el resarcimiento del derecho vulnerado.

¹⁷⁷Queralt Jiménez, Argelia, *op. cit.*, nota 150, p. 11.

¹⁷⁸*Ibidem*, p. 12

¹⁷⁹ Son diversas las sentencias mediante las cuales se han fijado las reglas de cumplimiento de las sentencias del TEDH, algunos de los casos que han dado pie a las mismas son: STEDH asunto *Papamichalopolus vs. Grecia* (art. 50 ant. CEDH) de 31 de octubre de 1995 y STEDH asunto *E. P. vs. Italia*, de 16 de noviembre de 1999, citadas por Queralt Jiménez, Argelia, *op. cit.*, nota 150, pp. 12 y ss.

Sin embargo, si un Estado responsable de una violación al CEDH, no cuenta con un medio para la reparación de la violación, o este medio es imperfecto, el Tribunal podrá fijar una compensación equitativa por los daños causados¹⁸⁰. Salvo esta causa, en los fallos del TEDH normalmente no se señala como habrá que cumplirse con la *restitutio in integrum*, que aunque se supone que es una condición obligatoria para los Estados, casi nunca es posible su cumplimiento, debido a que la mayoría de las violaciones a los derechos humanos no pueden ser reparadas en su integridad.

En este caso, los Estados deben tomar en cuenta las consideraciones jurídicas plasmadas en la resolución del Tribunal, con el fin de deducir la manera en la que se resarcirá la violación a los derechos, sin embargo esto no quiere decir que sea optativo cumplir con la misma ya que su cumplimiento constituye una obligación internacional e incluso en algunas pocas sentencias, el TEDH le sugiere al Estado responsable algunas posibles medidas para llevar a cabo la reparación dentro de sus argumentaciones jurídicas, mas jamás le ordena su realización.

Sin embargo la elección de medios del Estado no es ilimitada ya que ante todo se debe tomar aquellas medidas que procuren la protección real y efectiva de los derechos humanos convencionales ya que el CEDH es un tratado normativo, lo que trae como consecuencia que deba ser cumplido en todo momento, garantizando el goce de los derechos contenidos en el mismo y resarciendo a las personas cuyos derechos han sido violentados de alguna manera.

Una de las características de las sentencias del TEDH es que no están revestidas -como ya se ha visto- de ejecutividad, sin embargo en los últimos años se ha venido desarrollando una especie de patrón en sus resoluciones al que se

¹⁸⁰Artículo 41. Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.

ha llamado “sentencias piloto”, que se utilizan principalmente cuando existen conductas reiterativas por los Estados parte del Convenio, de violaciones a los derechos humanos que derivan de una misma circunstancia.

Como lo señala Joana Abrisketa Uriarte, sentencia piloto es “*aquel procedimiento en el que el... TEDH selecciona una demanda de entre varias que obedecen a la misma causa, de tal manera que sirve como referente en la resolución de un elevado número de casos idénticos,*¹⁸¹ por lo cual estas forman una especie de parámetro de actuación de los Estados en un futuro, respecto del mismo tipo de asuntos en donde se encuentren en juego los mismos derechos violados en los asuntos resueltos mediante una sentencia piloto.

Este tipo de resoluciones del TEDH rompen con la tradición de que sus sentencias son solo declarativas y nunca ejecutivas ya que mediante las sentencias piloto se obliga a los Estados a adoptar normas de carácter interno con el fin de corregir un problema estructural que está originando la violación repetitiva del CEDH, e incluso suspenden los procesos que se encuentran pendientes de resolver sobre casos idénticos hasta que el Estado adopte las medidas generales que impidan que se viole nuevamente el derecho convencional que se encuentra en juego.¹⁸²

Con este tipo de resoluciones nos podemos percatar de que el TEDH está avanzando hacia una protección práctica y verdadera de los derechos de fuente convencional al convertirse en un órgano jurisdiccional que coadyuva en la protección interna de los derechos que protege; y pasa de una relación horizontal de protección a una relación vertical en donde le ordena al Estado el cambio de su legislación interna por ser incompatible con el Convenio, más que solo recomendarle que realice dicho cambio.

¹⁸¹Abrisketa Uriarte, Joana, “Las sentencias piloto: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de juez a legislador”, *Revista española de derecho internacional*, Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, vol. 65, núm. 1, 2013, p. 73.

¹⁸²*Ibidem*, pp. 74 y ss.

Aunque me parece que las sentencias piloto constituyen por si, una evolución de la práctica jurisprudencial del TEDH, también tienen sus aspectos cuestionables ya que mediante estas se le ordena al Estado que tome las medidas que sean necesarias para garantizar el goce del derecho convencional a las personas afectadas, más no se les señala cuales son estas medidas ni que normas se deben cambiar o derogar por lo cual, puede ser que aunque el Estado cambie las normas siga habiendo restricciones al goce del derecho afectado no tangibles hasta que este se trata de instar nuevamente.

Además, en el lapso de tiempo otorgado al Estado para que tome las medidas que considere adecuadas para la protección del derecho, todos los asuntos que se instaron respecto a esa misma violación se mantienen suspendidos por lo cual, las resoluciones del Tribunal guardan una especie de suspenso hasta en tanto el Estado no adopte las medidas que le han sido señaladas y los procesos en sede internacional se alargan por lo que la declaración de la violación del derecho instado queda pendiente de resolver, afectando a las personas que han acudido al Tribunal a defender sus derechos.

Aunque fue voluntad de las Altas Partes Contratantes al momento de realizar el CEDH, el que las sentencias del TEDH fueran meramente declarativas, también es cierto que con fundamento en el artículo 1,¹⁸³ 19¹⁸⁴ y 46.1,¹⁸⁵ los Estados firmantes se comprometen también a respetar los derechos humanos, a reconocer al TEDH como órgano encargado de hacer cumplir los derechos a los Estados y finalmente a cumplir con las sentencias del mismo, por tal razón es que

¹⁸³Artículo 1. Obligación de respetar los derechos humanos. Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio.

¹⁸⁴Artículo 19. Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se crea un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante denominado "el Tribunal". Funcionará de manera permanente.

¹⁸⁵Artículo 46.1. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.

en estos artículos se fundamenta el Tribunal para hacer cumplir los derechos humanos que establece el Convenio mediante las sentencias piloto.

Este tipo de resoluciones tiene su antecedente primigenio en el caso *Broniowski vs Polonia* sobre derecho a la propiedad en el que se alegaba que las autoridades polacas habían incumplido con la obligación de indemnizarle al señor Jerzy Broniowski por los bienes de su propiedad expropiados cerca del río Bug, que se le obligó a ceder después de la segunda guerra mundial, y evidentemente no era un caso único ya que todas aquellas personas que tenían propiedades cerca del mencionado río, se habían visto obligadas a ceder sus propiedades por el acuerdo hecho entre Polonia, Ucrania, Bielorrusia y Lituania, en donde se estipulaba que Polonia sería el país encargado de indemnizar a las familias repatriadas.¹⁸⁶

A partir de 1996, se recibieron muchas demandas, -167 en total- sobre la violación al derecho de propiedad por la misma causa, sin contar la que generó la sentencia piloto. La demanda de Broniowski se presentó en 2002 y dos años más tarde se concluyó que el daño causado al derecho del demandante se debía a “*un problema sistémico resultante de la legislación polaca y de la práctica administrativa del país, que fallaba en los mecanismos para la implementación de derecho a la indemnización de los demandantes en el caso de Río Bug*”.¹⁸⁷ Por tal motivo se aplazó la resolución de los 167 asuntos hasta en tanto la Gran Sala del TEDH dictara sentencia en el caso piloto.

La Corte constitucional polaca ya en 2002 había declarado inconstitucional la legislación mediante la cual se llevaban a cabo las indemnizaciones por las expropiaciones de Río Pug, así que en su resolución del caso Broniowski el TEDH señaló que el Estado ya había reconocido esta “*disfunción sistémica*

¹⁸⁶Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 28 de septiembre de 2005, *Broniowski vs. Polonia* (arreglo amistoso), Gran Sala. El documento completo puede ser consultado en la página www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61828.

¹⁸⁷Abrisketa Uriarte, Joana, *op. cit.*, nota 181, p. 77.

*inadmisibile*¹⁸⁸ por lo cual era evidente la urgencia del cambio legislativo que hiciera posible la indemnización adecuada a las personas afectadas. Con este señalamiento el TEDH dio un giro de 180 grados a sus resoluciones al convertirse en una especie de legislador internacional que indica que normas estatales no son conformes con el Convenio y por lo tanto deben ser modificadas.

Meses más tarde el Estado polaco adoptó un nuevo texto legislativo que permitía llevar a cabo las indemnizaciones de todos los casos del Rio Bug. Se llevó a cabo la indemnización en el caso Broniowski por lo que el Tribunal adoptó el arreglo amistoso y se cerró el asunto. Lo más interesante aquí es que para poder cerrar el caso el Tribunal tuvo que revisar cuales fueron las medidas tomadas por el Estado para reparar el daño anterior presente y futuro que pudiera llegar a darse, y estando conforme cerró el caso piloto. En cuanto a los demás asuntos instados por la misma violación estos se fueron resolviendo uno a uno al resarcirse el daño cometido por el Estado mediante la indemnización, por lo cual en el 2008 se dieron por resueltos todos los casos referentes al rio Pug.

Este caso es el primer antecedente en que el Tribunal de Estrasburgo guía al Estado, estableciendo la pauta que debe seguir para resarcir los derechos violados e incluso evitar que se repitan en el futuro. Jamás antes lo había hecho ya que siempre el Estado parte era el encargado de elegir los medios para el cumplimiento de la resolución dictada, lo cual podía provocar que su cumplimiento fuera parcial e incluso temporal, violando nuevamente un determinado derecho en un caso distinto.

Este antecedente es de suma importancia ya que además de que por primera vez el Tribunal de Estrasburgo ocupa un lugar de órgano juzgador con efectos ejecutivos, al resolver un solo caso marcó el parámetro para la resolución de muchos más que provenían de la misma circunstancia, además, al poner de relieve un problema sistémico la responsabilidad del Estado se agrava y se le da

¹⁸⁸*Ibidem*, p. 78.

prioridad a la resolución de los casos con las mismas características y la misma fuente.

Mediante las sentencias piloto el TEDH se enfoca principalmente en asuntos que constituyen un problema recurrente en los Estados parte para así servir de parámetro para la resolución de casos similares, y contribuir al establecimiento de un “orden público europeo”¹⁸⁹ que sirva de parámetro para la mejor solución de los asuntos. Síntoma del orden que se pretende instaurar es la creación del protocolo adicional número 14 que tiene como fin aligerar las cargas y llevar a cabo procedimientos más efectivos que concluyan con sentencias ejecutables.

Las sentencias piloto constituyen un logro mayor pues mediante ellas se trata de que se presenten una gran cantidad de demandas sobre asuntos que ya han sido instados en el Tribunal por idénticas circunstancias; además no surgen solo de casos reiterativos presentados en el Tribunal. Por ejemplo, en el caso *Lukenda vs Eslovenia*, que trata sobre dilación excesiva en los procesos judiciales, se concluyó que este no es un problema aislado sino que debido a la deficiencia del sistema esloveno, este era un problema que afectaba a toda aquella persona que solicitara el acceso a la justicia, por lo cual de igual manera se señaló al Estado que debía cambiar su legislación con el fin de que los asuntos judiciales tuvieran celeridad y no se cometiera más esta violación.

En este aspecto las sentencias piloto tienen amplios efectos, no solo en cuanto a que engloban un conjunto de casos idénticos, sino también porque estas pueden ser dictadas contra actos de autoridad, normas o jurisprudencia nacional que viole los derechos convencionales, (al igual que cualquier otra sentencia del Tribunal), señalándole al Estado que debe modificar la conducta de la autoridad, la normativa interna de la que derivó la violación o ambas. Estas características dotan a las resoluciones del Tribunal de Estrasburgo de un carácter ejecutivo

¹⁸⁹*Ibidem*, p. 82.

nunca visto, por lo cual pasan de una horizontalidad respecto a las decisiones del Estado infractor, a una situación vertical en cuanto a que se le señala al Estado que debe cambiar con el fin de dejar de violar los derechos convencionales.

Las sentencias piloto tienen bastas ventajas sin embargo, también existen situaciones cuestionables en su aplicación ya que al suspenderse la demanda hasta que el Estado lleve a cabo las medidas generales pertinentes para evitar la violación del derecho, las personas individualmente consideradas verán paralizado su proceso y una vez que se hayan adoptado estas medidas, los demandantes deberán regresar a la sede nacional a reclamar sus derechos mediante las nuevas formas creadas por el Estado infractor con el fin de agotar nuevamente los recursos internos, y la eficacia de estos nuevos medios procesales no han sido probados en la práctica por lo cual no se sabe si serán eficaces.

En esta virtud, el Tribunal de Estrasburgo agregó la regla número 61 a su Reglamento, derivada de los acuerdos de la Declaración de Interlaken en 2010,¹⁹⁰ en donde se requirió que el Tribunal realizara “*criterios claros y predecibles para el uso del procedimiento piloto, especialmente con relación a la selección de demandas, al propio proceso y al tratamiento de las demandas suspendidas*”.¹⁹¹ En esta regla se señala que el Tribunal puede iniciar los procesos de sentencias piloto cuando crea que existe una falla sistémica en un Estado que produce una violación reiterativa a un derecho humano. Antes de iniciar dicho procedimiento se toma el parecer de las partes. Si se inicia el procedimiento se tendrá como un asunto prioritario.

Además, se establece que los asuntos detenidos podrán ser revisados en todo momento si así se requiere y una vez tomadas las medidas por el Estado existirán dos posibilidades para el Tribunal, o bien retoma las demandas pendientes y las analiza de manera conjunta o se inhibe de su conocimiento y las

¹⁹⁰El reglamento del TEDH con la adición de la regla 61 puede ser consultado en la página www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf.

¹⁹¹Abrisketa Uriarte, Joana, *op. cit.*, nota 181, p. 90.

envía a los Tribunales nacionales, en cuyo caso puede exigirles a los demandantes utilizar este nuevo recurso creado por el Estado so pena de no tener por cumplido el principio de definitividad y por lo tanto desechar las demandas.¹⁹²

Las sentencias piloto tienen varios puntos positivos, los cuales se podrían resumir en:

1. Se aminora la excesiva carga de trabajo del TEDH.
2. Se toma como parámetro un asunto en el que la violación al derecho convencional deriva de una falla sistémica del Estado en donde se toma un asunto para resolverlo con prioridad; una vez resuelto todos los demás asuntos deberán resolverse de la misma manera, lo cual por un lado evita resoluciones encontradas y por otro resuelve de una manera eficaz un número elevado de asuntos.
3. El TEDH actúa como verdadero garante de los derechos humanos de fuente convencional, al señalar al Estado que ha violado un derecho, que debe cambiar su legislación e incluso suspender el proceso en sede internacional, hasta en tanto no realice esta acción.
4. Se logra que los Estados que tienen deficiencias sistémicas en el cumplimiento de los derechos convencionales evalúen su sistema jurídico y lo reformen o incluso creen nuevas legislaciones, lo que implica que garantizan la protección futura del derecho violado.

Aunque son muchos los aportes de las sentencias piloto también tienen algunos puntos cuestionables y son criticadas por no pocos teóricos, los puntos negativos se podrían traducir en los siguientes:

¹⁹²*Ibidem*, pp.85 y ss.

1. La principal función del TEDH es recibir denuncias individuales, facultad que se ve diluida por la resolución de asuntos en masa sobre una idéntica violación.
2. Cuando el Tribunal de Estrasburgo determina que un conjunto de asuntos serán resueltos mediante una sentencia piloto, las personas que han acudido de manera individual a solicitar la protección de sus derechos convencionales, se ven afectadas por la demora en la resolución debida a la suspensión en la resolución de sus asuntos hasta en tanto el Estado no adopte las medidas pertinentes para detener la violación, lo cual constituye en sí mismo una violación al principio de celeridad procesal.
3. El Tribunal le señala al estado que debe cambiar su legislación con el fin de impedir la violación del derecho, sin embargo se deja un resquicio al aire, ya que no se le dice al Estado en qué términos se debe modificar, por lo cual, puede ser que aun con el cambio que realice el Estado se sigan violando los derechos de las personas.
4. Una vez que el Estado ha realizado los cambios pertinentes, corresponde a este restituir a las personas en el goce de sus derechos, por lo cual, el TEDH remite todos los asuntos nuevamente a sede nacional y si no realiza correctamente la restitución puede ser que las personas tengan que acudir nuevamente a la sede continental, alargando mucho más su asunto.

Cabe mencionar que no se puede tomar de la misma manera una violación aislada a los derechos humanos por parte de un Estado, que una violación múltiple de los mismos, ya que en caso de que las violaciones cometidas sean repetitivas, la responsabilidad internacional del Estado infractor se verá necesariamente agravada. Es precisamente en el ámbito de las responsabilidades internacionales que la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, ha creado el

*“Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos”*¹⁹³ y en sus artículos 30 y 31 señala:

Artículo 30. Cesación y no repetición.

El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado:

a) A ponerle fin, si este hecho continua;

b) A ofrecer seguridades y garantías adecuadas de no repetición, si las circunstancias lo exigen.

Artículo 31. Reparación.

1. El Estado responsable está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito.

2. El perjuicio comprende todo daño material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado.

Es entonces que el Estado que ha cometido un hecho internacionalmente ilícito debe realizar tres acciones principalmente, 1. Poner fin a la violación del derecho convencional, 2. Legislar o llevar a cabo cualquier otro tipo de acción que garantice que el hecho ilícito no se volverá a cometer y, 3. Se debe reparar el daño causado a la persona afectada, tanto moral como material. Es por tal razón que aunque las sentencias del TEDH no se consideraran ejecutivas o bien, estas no indiquen cual va a ser la forma en la que se deberán llevar a cabo los tres puntos mencionados, lo importante es que por cualesquier medio que el Estado considere prudente, estos se deben llevar a cabo.

Ahora bien, con la creación del protocolo número 14, y la interpretación que este realiza del CEDH, le ha dotado también de una mayor efectividad a las sentencias del TEDH, ya que mediante el artículo 46 del CEDH reformado, el Comité de Ministros puede solicitar al Tribunal que interprete las sentencias que no sean claras y además, cuando crea que un Estado no ha dado efectivo cumplimiento a una resolución podrá remitir dicha cuestión al Tribunal para que este sea quien determine si se ha dado o no cumplimiento a la resolución.¹⁹⁴ Si el

¹⁹³ Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos creado por la ONU mediante la resolución A/RES/56/83. El texto íntegro del proyecto puede ser consultado en la página: www.uib.es/depart/dpu/dip/pdf/dip0607/responsabilidad.pdf.

¹⁹⁴ Artículo 46 (3) y 46.4 del Protocolo número 14 del CEDH.

Tribunal determina que no se ha dado cumplimiento esto constituiría para el Estado infractor una doble condena.

Como se puede ver, las sentencias del TEDH tienen siempre un carácter declarativo y obligatorio, sin embargo, junto con estas características se puede encontrar también que son ejecutivas cuando se lleva a cabo un procedimiento de sentencias piloto o las resoluciones contienen una obligación a cargo del Estado de pagar una “compensación equitativa” por lo cual, el cumplimiento efectivo de las sentencias ha ido evolucionando a través del tiempo y aunque aún le queda camino por recorrer se están creando interpretaciones cada vez más apegadas a una verdadera jurisdicción internacional con poder de dictar resoluciones que impongan sanciones concretas a los Estados infractores.

A este respecto España se encuentra muy ligada ya que aunque no tiene un procedimiento establecido para ejecutar las sentencias del Tribunal de Estrasburgo, -como se verá en el siguiente apartado-, ha tratado de cumplimentar las mismas desde varios recursos ya implementados.

2.7. RECEPCIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO. ¿EXISTE ALGÚN MECANISMO ESPECIAL PARA SU REALIZACIÓN?

A pesar de que las sentencias del TEDH tienen un cumplimiento obligatorio para el Estado español, su real y efectiva realización es una cuestión complicada y comprometida en el sistema nacional ya que no se cuenta con una vía mediante la cual puedan ser cumplidas por lo cual, aun actualmente, su cumplimiento y los medios para lograrlo, son una cuestión a la que le falta desarrollarse ya que hasta el momento, el CEDH sigue sin representar un parámetro de validez de los actos en el sistema jurídico interno.

Tal como lo señala Pedro Tenorio¹⁹⁵ la jurisprudencia española, desde hace ya dos décadas, ha aceptado que las sentencias del TEDH al ser de carácter declarativo y no ejecutivo, carecen de un efecto anulatorio por lo que no privan de validez al acto o norma que ha vulnerado los derechos establecidos en el CEDH y es por tal razón que no cuentan con los efectos de una sentencia genuina.

A partir del caso *Bultó* resuelto por sentencia del TC 245/1991 de 16 de septiembre, se comenzó a discutir este tema, concluyendo así:

El reconocimiento por España de la competencia de la Comisión Europea para conocer de las demandas de violación a los derechos humanos, de conformidad a lo dispuesto por el art. 25 del Convenio, y la aceptación como obligatoria de la jurisdicción del TEDH no suponen, sin embargo, que las sentencias de este Tribunal tengan eficacia ejecutiva, pues de la propia regulación del Convenio, y de su interpretación por el Tribunal Europeo se deriva que las resoluciones del Tribunal tienen carácter declarativo y no anulan ni modifican por sí mismas los actos, en este caso Sentencias, declarados contrarios al Convenio.¹⁹⁶

No obstante a la conclusión del TC, las resoluciones del TEDH se han tratado de cumplir constantemente por el Estado español, sin embargo, al no imponer a los Estados acciones concretas para anular o rescindir la violación al derecho y para asegurar la reparación de las personas afectadas, el Estado es el encargado de crear un medio por el cual cumplir con estos objetivos, y hasta el día de hoy, no existe ningún medio que permita la ejecución directa interna de los fallos del Tribunal Europeo ni de ningún otro órgano internacional.

El Estado español ha tratado de cumplir con las sentencias del TEDH mediante diversos medios jurisdiccionales nacionales, sin embargo al ser estos recursos ya creados para otros fines diversos de anulación o revisión de actos o resoluciones internas, que tienen una configuración propia encaminada únicamente al fin para el que fueron creados, no ha logrado encuadrar la ejecución

¹⁹⁵ Tenorio, Pedro, "Derechos en serio, recurso de amparo, reordenación de la garantía judicial y reforma de la ley orgánica del poder judicial", *Revista de derecho político*, Madrid, UNED, número 88, septiembre-diciembre de 2013, pp. 123-167.

¹⁹⁶De Miguel Canuto, Enrique, "Eficacia interna de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 19, Noviembre 2013, p. 63.

de las sentencias del TEDH en ninguno de ellos, por lo menos no para que estos sean instados para anular cualquier resolución interna declarada violatoria de un derecho convencional.

El incidente de ejecución, ha sido uno de los medios que se han tratado de invocar para cumplir con las resoluciones del TEDH, en el caso *Fuentes Bobo* resuelto por la sentencia del TC 197/2006, sobre despido, sin embargo finalmente no procedió. Posteriormente se trató de cumplir con la resolución internacional mediante la demanda de revisión, en el caso *Castillo Algar*, que se resolvió mediante auto del TC 96/2001, sobre derecho a una tutela judicial efectiva, se determinó que este no era el medio idóneo ya que este recurso sería válido solo si se evidenciara que existía un error en el fallo interno y de la sentencia del TEDH solo se evidencia la vulneración al artículo 6.1 del Convenio en su vertiente del derecho a un Tribunal imparcial y en la sentencia internacional solo se manifestó que existía un vicio procesal que nada tiene que ver con la resolución de fondo de la sentencia interna, por lo que este medio tampoco prosperó.¹⁹⁷

En el caso *Perote Pellón*, resuelto por sentencia del TC 313/2005, sobre desestimación de un recurso de casación, se trató de llevar a cabo un incidente de nulidad de actuaciones ya que está dirigido contra resoluciones firmes para privarlas de validez, sin embargo fue desestimado también. Por último se trató mediante el amparo, en el caso *Fuente Ariza*, resuelto por auto del TC119/2010 de 4 de octubre, precisamente sobre la inadmisión de un recurso de amparo, sin embargo finalmente no se concedió este medio de protección de los derechos como forma de cumplimiento de la sentencia internacional bajo el argumento de que el TC está sujeto únicamente a la Constitución y a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, por lo que no puede revocar sus providencias de inadmisión más que en virtud de estos dos cuerpos legales.¹⁹⁸

¹⁹⁷*Ibidem*, p. 65 y ss.

¹⁹⁸*Ibidem*, pp. 67 y ss.

Mediante la recomendación (2000) 2 del Comité de Ministros, de 19 de enero del 2009 se solicitó a los Estados firmantes del CEDH tomar medidas legislativas con el fin de que se adoptaran procedimientos internos para el cumplimiento efectivo de las sentencias internacionales en virtud de lo cual se creó la tesis del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 13 de mayo del 2013, según la cual el recurso de nulidad de actuaciones establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/2007 es el medio idóneo para cumplir con las sentencias del TEDH que sean estimatorias,¹⁹⁹ ya que el artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que este incidente se puede promover “*ante cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución*” y dado lo general de la referencia sobre la protección a los derechos fundamentales, cabría incluir a los contenidos en el CEDH que tienen su par en la Constitución.²⁰⁰

Sin embargo, tal como lo señala Enrique de Miguel Canuto, este incidente está creado para “*dar respuesta a vicios de la resolución de carácter intrínseco a ella, generados por el propio proceso. Mientras que la sentencia dictada por el TEDH presenta un carácter extrínseco en relación al proceso judicial interno.*”²⁰¹ Es decir, no es un recurso específicamente creado para dar cumplimiento a las sentencias del TEDH por lo que si se quiere tomar este como el medio idóneo del cumplimiento de las sentencia internacionales se tiene que reconfigurar y agregar nuevos supuestos de procedencia.

Esto aunado a que si se diera el remoto caso de que los derechos convencionales que se han violado por el Estado no tienen su equivalente en la Constitución española, la sentencia no podría ser ejecutada a través de este medio, y además, si el recurso resultara procedente y fundado la sentencia nacional se estaría anulando por incumplir con un derecho fundamental establecido en la Constitución que aunque está interpretado a la luz del CEDH, la

¹⁹⁹ Tenorio, Pedro, *op. cit.*, nota 195, p. 130.

²⁰⁰ *Idem.*

²⁰¹ De Miguel Canuto, Enrique, *op. cit.*, nota 196, p. 75

característica que da paso a la anulación es la violación de un derecho fundamental, por lo cual no se declararían la violación del derecho convencional sino del nacional interpretado conforme al convencional, cuando la condena internacional se dictó en virtud a la violación de segundo, que es sobre el que circunda la controversia.

Por esta razón entre otras, en febrero del 2013, se publicó la propuesta de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁰² que entre otros puntos propone que las sentencias del TEDH en las que se declare la violación a un derecho sean cumplidas mediante la revisión de la sentencia nacional firme en el proceso *a quo* a instancia del demandante ante el Tribunal que corresponda. Cabe mencionar que esta reforma solo afectaría a las sentencias inconventionales dictadas por el Poder Judicial ya que el TC, no está sujeto a esta ley, por lo cual se debe reformar también la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional si se quiere lograr una verdadera efectividad.

Aunado a lo anterior, el recurso de revisión, es un medio de impugnación concebido para *“rescindir una sentencia por razón de un vicio de producción extrínseca del proceso del que sale la sentencia”*²⁰³ Evidentemente no ha sido creado explícitamente para cumplir con las sentencias del TEDH por lo cual, deberá ser reconfigurado en todos los órdenes jurisdiccionales de España, no solo en el del Poder Judicial e introducir el nuevo supuesto de admisión además de crear las reglas de su aplicación que aún no se tienen muy claras.

Este recurso podría ser una solución viable para el cumplimiento de las sentencias del TEDH ya que permite que la resolución inconventional sea rescindida y se puedan enmendar de esta manera las violaciones cometidas al CEDH y restituir a la parte afectada en sus derechos; sin embargo, esta propuesta

²⁰² Se puede consultar el texto completo de la propuesta de reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial en la página www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292375190464?blobheader=application%2Fpdf&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPROPUESTA_DE_REFORMA_DE_LEY_ORGANICA_DEL_PODER_JUDICIAL.PDF

²⁰³ *Ibidem*, p. 81.

aún no ha sido aprobada por lo que hasta el día de hoy, no se tiene un recurso *ex profeso* para el cumplimiento de las sentencias internacionales, por lo cual aunque las sentencias del TEDH son vinculatorias y de cumplimiento obligatorio para los Estados, no están dotadas de un carácter de ejecutividad que obligue al Estado a llevar a cabo determinada acción restitutiva y al ser potestad del Estado español el medio por el cual se cumpla con las mismas, no se encuentra debidamente garantizado su éxito.

Esta situación es preocupante ya que los sistemas regionales de protección a los derechos humanos están creados para lograr un mayor y más efectivo cumplimiento de los mismos, cuestión que no se logra si las sentencias que han declarado la inminente violación de un derecho humano por parte de un Estado, no se llegan a cumplir de manera interna por los Estados.

Creo entonces que la verdadera solución para la recepción y cumplimiento adecuado de las sentencias del TEDH en España no se va a encontrar buscando entre los recursos ya existentes; se debe crear un recurso específico para el cumplimiento de las mismas mediante un cuerpo jurídico independiente en donde se especifique que es aplicable para todos los ámbitos del ejercicio jurídico, indicando todas las reglas para su debida consecución, plazos y formas o bien, crear un recurso nuevo e introducirlo mediante reformas a todas las Leyes Orgánicas previamente establecidas para el funcionamiento de sus órganos de justicia; es un trabajo arduo, pero hasta que no se haga, no se tendrá un adecuado cumplimiento de las sentencias del TEDH.

Ahora bien, aunque las sentencias del TEDH como ya se sabe no tienen un carácter ejecutivo sino meramente declarativo, razón por la cual no existe un medio coactivo para hacerlas cumplir, cuando versan sobre cuestiones de violaciones a la libertad personal, el Estado español normalmente cumple con ellas de manera inmediata, ya que el no cumplirlas implicaría un serio daño a su imagen internacional como país protector y respetuoso de los derechos humanos,

además de que esto podría implicar sanciones internacionales como retirar su voto del Consejo de Europa o ser multada.

Una de las más controversiales polémicas sobre el cumplimiento de las sentencias internacionales lo encontramos cuando se ordena poner en libertad a personas que han cometido crímenes de alta gravedad o bien, múltiples delitos, que aunque por una parte se está causando una afectación a sus derechos humanos al retenerlos en prisión, se podría causar un daño más grave aún a la sociedad si se ponen en libertad.

Un ejemplo perfecto lo tenemos con la aplicación de la llamada “doctrina *Parot*” derivada de la sentencia 197/06 de 28 de febrero, de la Segunda Sala del Tribunal Supremo²⁰⁴ y su posterior limitación por el TEDH. El nombre de esta doctrina proviene de Henri Parot, miembro de la Organización Terrorista E.T.A. y autor de múltiples homicidios, quien debía cumplir veintiséis penas diferentes por lo que solicitó que todas ellas se acumularan en solo una, a lo cual se acordó que estas se acumularían en dos bloques consecutivos de 30 años cada uno ya que según los informes existían dos periodos en los que había cometido actividades delictuosas; el primero comprendido entre 1979 a 1982 y el segundo de 1984 a 1990.

Esta decisión se llevó a recurso de casación alegándose que se violaba el artículo 100²⁰⁵ en relación con el artículo 70²⁰⁶ del Código Penal de 1973. En lo

²⁰⁴ La sentencia completa se puede visualizar en la página www.juecesdemocracia.es/pdf/sentencias/STS_Parot.pdf.

²⁰⁵ Artículo 100. Podrán redimir su pena por el trabajo desde que se firma la sentencia respectiva, los reclusos condenados a penas de reclusión, presidio y prisión. Al recluso trabajador se abonará para el cumplimiento de la pena impuesta, un día por cada dos de trabajo, y el tiempo así redimido se le contará también para la concesión de la libertad condicional...

²⁰⁶ Artículo 70. Cuando todas o alguna de las penas correspondientes a las diversas infracciones no pudieran ser cumplidas simultáneamente por el condenado se observarán respecto de ellas las reglas siguientes:

...2ª No obstante lo dispuesto en la regla anterior el máximo del cumplimiento de la condena del culpable no podrá exceder del triplo del tiempo por que (*sic*) se le impusiere la más grave de las penas en que haya incurrido, dejando de extinguir las que procedan desde que las ya impuestas cubrieren el máximo de tiempo predicho, que no podrá exceder de treinta años.

aplicable al caso, el primer artículo prevenía que por cada dos días de trabajo dentro de la prisión se anularía uno de la pena si se observara buena conducta; este beneficio era aplicado directamente a la pena máxima en España que es de 30 años, así que aunque el preso tuviera una pena mucho mayor, los días se descontaban de la pena máxima y no de la resultante del concurso de los delitos cometidos. El segundo de los artículos se relaciona con la imposibilidad de cumplir simultáneamente dos sentencias.

Se resolvió que Henri Parot, debía cumplir las penas que le fueron impuestas de manera consecutiva con un máximo de 30 años, pero computándose los beneficios penitenciarios de manera individual en cada una de las penas,²⁰⁷ con lo que se cambió la interpretación de estos artículos, y aunque se concluyó que si la sentencia había comenzado a cumplirse en el año 1990, debía ser liberado como máximo en el año 2020, los beneficios penitenciarios serían aplicados a la pena total impuesta por el concurso de delitos cometidos. A partir de la resolución de este caso, la doctrina *Parot* fue aplicada en diversos casos, no solo de terroristas sino de todas aquellas personas que hubieran cometido crímenes graves que merecían sentencias mayores a los 30 años.

Uno de los asuntos en los que se aplicó la doctrina *Parot*, fue el de la etarra Inés del Río Prada, la cual cometió 24 asesinatos. Ella fue detenida y juzgada bajo el ya derogado Código Penal de 1973 y antes de la creación de la doctrina *Parot*, y debió salir en libertad el 2 de julio del 2008. Un poco antes del cumplimiento de la sentencia, en el mismo año 2008 la Audiencia Nacional revisó su caso, y bajo la aplicación de la doctrina *Parot*, resolvió que realmente debía salir en libertad hasta el 27 de julio de 2017. Una vez que fueron agotados los recursos judiciales

La limitación se aplicará aunque las penas se hubieren impuesto en distintos procesos si los hechos, por su conexión, pudieran haberse enjuiciado en uno solo.

²⁰⁷ Fundamento de derecho quinto de la sentencia 197/2006 dictada por la Segunda Sala del Tribunal Supremo que resuelve el recurso de casación interpuesto por el representante de Henri Parot contra auto de fecha 6 de abril del 2005 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictado en la ejecutoria 1000012/1984.

internos, el 3 de agosto del 2009, la etarra presentó demanda ante el TEDH²⁰⁸ alegando la violación de sus derechos contenidos en los artículos 5.1 A) y 7.1 del CEDH²⁰⁹.

El 10 de julio de 2012 el TEDH resolvió que efectivamente había sido vulnerado el artículo 7 del CEDH ya que según la legislación española el tiempo máximo de las penas, con todo y la acumulación de las mismas es de treinta años, el cual se puede disminuir aún más por los beneficios penitenciarios y las redenciones de las penas que se enlistan en el Código Penal vigente al momento de la encarcelación (como por ejemplo, el aminoramiento de la pena de un día por cada dos de trabajo dentro de prisión); por lo cual la recurrente no pudo prever que se realizaría posteriormente a su encarcelamiento una interpretación distinta sobre la duración efectiva de su condena y la aplicación de la doctrina *Parot*, lo resultaba perjudicial por prolongar con efectos retroactivos su estancia en prisión

²⁰⁸ A su petición recayó el número 42750/09.

²⁰⁹ **Artículo 5.1.** Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

- a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente;
- b) Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley;
- c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido ;
- d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente ;
- e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo;
- f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

ARTÍCULO 7.1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

y se declaró con ello la violación también del artículo 5.1 del CEDH, que señala que nadie puede ser privado de su libertad salvo por ley.²¹⁰

Una vez dictada esta decisión, el gobierno de España la apeló y la Gran Sala del TEDH dictó su resolución el 21 de octubre del 2013 confirmando la decisión de la Sala, estableciendo una indemnización de 30,000 euros para la afectada y su inmediata liberación con fundamento en el artículo 46 del Convenio. Esta resolución generó un gran debate en España sobre si debía ser acatado este fallo del Tribunal Europeo y de ser acatado, si esto significaba la anulación de la doctrina *Parot*, concluyéndose finalmente por el Tribunal Supremo la inmediata liberación de la etarra sin pagarle la indemnización señalada por la sentencia del TEDH, considerando que aún tenía una gran deuda en cuando a la responsabilidad civil, derivada de los delitos cometidos, por lo cual la suma de la indemnización sería confiscada.²¹¹

Finalmente la doctrina *Parot*, no fue anulada por el Tribunal de Estrasburgo, sino que solo se limitó a señalar que esta no podía ser aplicada en los casos anteriores a la sentencia 197/06 que era la que la había generado, por lo cual, esta no aplica para los casos anteriores ya que supondría la aplicación retroactiva de esta interpretación de la ley en perjuicio de las personas presas anteriormente, postura a la cual se adhirió el Tribunal Supremo español, sin embargo señaló que cada caso debe ser estudiado de manera individual.

La liberación de Inés del Rio Prada es una muestra de la verdadera efectividad de las sentencias del TEDH en España, ya que aunque estas parecieran no tener una ejecutividad ni medios coercitivos para imponer su cumplimiento, la presión internacional y sobre todo comunitaria es más que

²¹⁰ Núñez Fernández, José, “La doctrina Parot y el fallo del TEDH en el asunto del Rio Prada c. España”, *Revista de derecho penal y criminología*, Madrid, UNED, Tercera época, número 9, 2013, pp. 377-416.

²¹¹ La resolución completa del TEDH puede ser consultado en la página: http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292424593607?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=ContentDisposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAsunto_Del_Rio_Prada_c._Espana._Violacion_del_Convenio.PDF.

efectiva para lograr este cometido, además claro está, que al declararse una violación a un derecho convencional, España al ser respetuosa de los derechos humanos, lleva a cabo todas las medidas que se encuentren a su alcance para evitar y resarcir las infracciones declaradas por las sentencias del Tribunal de Estrasburgo.

Sin embargo, debemos plantearnos diferentes polémicas. En primer lugar, como ya se dijo, la sentencia del TEDH declara la violación de los artículos 5.1 y 7.1 del CEDH, los cuales como ya se señaló, establecen para el caso concreto que nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos legalmente previstos y que no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

Ahora bien, aunque no se cambió la legislación para incluir una pena mayor, ni se modificaron los cauces legales para el enjuiciamiento por un determinado delito, si se cambió la interpretación de una norma lo suficiente como para quitar privilegios a los presos y alargar la suspensión de la libertad, después de ser enjuiciados y sentenciados e incluso después de declarar una fecha de salida de prisión. Por esta razón, aunque no se cambió la norma, se dio un cambio radical en la forma de su aplicación práctica que violó los derechos de las personas en prisión.

Esta resolución pudiera resultar controversial, ya que del Rio Prada, fue miembro de la E.T.A., una terrorista que cometió múltiples homicidios, por lo cual, es comprensible que algunas personas, y sobre todo las víctimas que resultaron heridas y familiares de las víctimas fallecidas, se encuentren indignadas con la liberación de la etarra, sin embargo, el ámbito legal constituye una realidad paralela, ya que según las leyes españolas la sentenciada ya había cumplido con su condena por los crímenes cometidos y lo que se discute en este caso no son los delitos que cometió o la gravedad de los mismos, sino la violación del derecho

a la certeza jurídica y la libertad de una persona que cumplió efectivamente con la condena impuesta al momento en que se le enjuició.

Creo entonces que el efectivo cumplimiento de esta sentencia fue una decisión adecuada del Estado español ya que según las leyes internas la etarra ya había cumplido con su condena, por lo que el problema derivó de una mala aplicación de la ley, ya que definitivamente, la nueva interpretación de la misma, se aplicaba con efectos retroactivos en perjuicio de del Rio Prada y todos aquellos que habían sido juzgados y sentenciados antes del surgimiento de la doctrina Parot.

Lo importante aquí, es que la doctrina Parot no se eliminó por el TEDH y puede seguir siendo aplicada a las personas cuyas sentencias excedan de los 30 años de prisión y hayan sido sentenciadas con posterioridad al surgimiento de esta nueva interpretación. Además la razón por la que se tuvo que dejar en libertad a la etarra, es que en el momento de la expedición del Código penal que imponía un máximo de 30 años de encarcelamiento y la aplicación de privilegios como la reducción de la pena por trabajo a los reos, no se previeron delitos tan graves como el terrorismo, que en la práctica, sus autores no merecen privilegio alguno, sin embargo, jurídicamente se les debía otorgar los mismos exenciones que a los demás reos.

Es entonces que el TEDH puso a la vista esta irregularidad con el fin de hacer notar que al quitarle privilegios a una persona sentenciada, establecidos con anticipación a su enjuiciamiento y que permanecieron vigentes hasta después de la sentencia –por muy graves que hayan sido sus crímenes-, se violan los derechos humanos del reo.

2.8. CONCLUSIONES. COMPARACIÓN DEL CASO ESPAÑOL CON EL MEXICANO.

Ahora, que se ha estudiado ya la recepción del derecho internacional de los derechos humanos por el Estado español, cabe realizar una pequeña comparación a modo de conclusión con el Estado mexicano. Trataré de ser lo más breve posible en consideración a que en el capítulo siguiente se desarrollará con mucho más amplitud la manera en la que México realiza el control de convencionalidad sin embargo, me parece prudente tratar en este mismo apartado las diferencias más marcadas que existen entre ambos sistemas con el fin de que se note cuáles son las fortalezas y debilidades de ambos.

Primero, veo la necesidad de reiterar que en América, no se cuenta con una estructura jurídica, política y económica como la que existe en Europa ya que aunque existe la OEA, no se cuenta con una “*Constitución en red*” como la que existe en la UE, ni con una unión que coadyuve al fortalecimiento de las naciones que la integran. Sin embargo, con lo que si se cuenta al igual que en Europa, es con un sistema regional de protección a los derechos humanos que se encarga de velar por que los países que sean parte de tratados internacionales sobre derechos humanos, máxime la CADH, velen por que se cumpla con los mismos en su territorio nacional. El organismo encargado de vigilar que los países cumplan con los estos tratados es la CIDH, como ya se ha visto en el capítulo primero de este trabajo.

Ahora bien, a diferencia de España, aunque México firmó la CADH en 1981, no fue sino hasta el 2011 que modificó su Constitución para incluir la cláusula de apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos, en la que se establece lo siguiente:

Artículo 1o. 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...

Como se puede notar, la cláusula de apertura en el Estado mexicano es mucho más extensa. Por una parte mediante el párrafo primero, a diferencia del caso español, se establece que se amplía el catálogo de derechos humanos, de los reconocidos en la Constitución, a estos y además todos los establecidos en los tratados internacionales firmados por México, por lo que todo el conjunto goza de las garantías que han sido señaladas para su protección como el juicio de amparo. El segundo párrafo crea un canon hermenéutico para el resto de las normas, las que deben ser interpretadas conforme a la Constitución y los tratados que contengan derechos humanos poniendo como regla para saber que legislación se debe aplicar, si la nacional o la internacional, la aplicación del principio *pro persona*, es decir, se debe aplicar la norma que más beneficie a la persona.

Por último el tercer párrafo constituye un cambio de no menor relevancia en el Estado mexicano, ya que obliga a que todas las autoridades administrativas y judiciales dentro del ámbito de sus competencias velen por la aplicación de los tratados internacionales, creándose así dentro del territorio nacional el llamado control de convencionalidad difuso que se verá en el capítulo subsecuente.

Además es importante señalar que en España no se concibe la diferencia entre control concentrado de convencionalidad (realizado por los organismos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales internacionales) y el control de convencionalidad difuso (realizado por las autoridades estatales). Solo se concibe el control de convencionalidad en general como el que realizan los órganos

supranacionales mientras que el término “control difuso de convencionalidad”, no es aplicado.

En este punto existe una controversia no menor. Por un lado pudiera decirse que España ve la aplicación de los tratados sobre derechos humanos con tal naturalidad que no se refieren a esta acción bajo ningún término específico, sino que, el velar por la aplicación de los tratados sobre derechos humanos en territorio nacional se concibe como una obligación habitual y evidente de los Estados, derivada de la firma de estos instrumentos, sin darle un nombre específico al mismo, más que el efectivo cumplimiento de las obligaciones internacionales.

Sin embargo, por otro lado España no realiza un control de convencionalidad difuso tal como se concibe en el sistema interamericano. Esto es porque los tratados internacionales sobre derechos humanos, como ya se vio, no son aplicados de manera directa, ya que solo se pueden instar mediante el canon hermenéutico que conforman, o dicho de otra manera, vía interpretación de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, por lo cual en España, a diferencia del Estado mexicano, el catálogo de derechos es el establecido en su Constitución y este jamás varía ni se amplía.

Entonces, no se incluyen los derechos convencionales dentro de este catálogo ni se reconocen a sus ciudadanos, sino que los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, son interpretados conforme a los diferentes instrumentos sobre derechos humanos que ha firmado España, por lo que si un derecho es protegido de mayor manera en el sistema regional, vía interpretación, el derecho fundamental se amplía, con lo que no solo no se contradicen los tratados, sino que se aplican de manera indirecta.

Si decimos entonces, que el control de convencionalidad difuso consiste en que las autoridades estatales velen por que sean cumplidos los efectos útiles

de los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que es parte su país originario, en mi opinión España si realiza este control, ya que se le ha brindado a los tratados sobre derechos un doble valor. Por una parte se establece que todos los tratados en cualesquier materia, forman parte del derecho interno español, por lo que deben ser cumplidos de manera efectiva y por otro lado, los tratados sobre derechos constituyen además un canon hermenéutico de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución española.

Aunque la cláusula de apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos, a mi parecer es mucho más completa y otorga mayor protección a los derechos humanos de fuente convencional en el Estado mexicano que en el español, paradójicamente en España, mediante la interpretación de los derechos fundamentales a la luz de los tratados en la materia estos instrumentos son cumplidos de manera cotidiana, aunque sea de manera indirecta y su virtualidad práctica no es una cuestión que se discuta o que las autoridades cuestionen.

Esto puede deberse a que, además de que en España como ya se vio, los tratados internacionales forman parte de su derecho interno tal como se establece de manera clara en los artículos 93, 95 y 96 constitucionales y son integrantes tanto de la UE como del Consejo de Europa, por lo que tienen un complejo sistema jurídico continental; la cláusula de apertura es mucho más antigua que la de México por lo tanto aunque su redacción es un tanto simple e incluso pudiera llegar a pensarse que incompleta, se ha rebasado su literalidad por mucho en la práctica.

Ahora bien, en México y me atrevo a decir que en todo Latinoamérica, nos obsesiona otorgarle un orden jerárquico a la CADH y al resto de los tratados en la materia y nos olvidamos de pronto de dos cuestiones fundamentales. La primera consiste en que el sistema de protección regional de los derechos humanos, funciona de manera subsidiaria al nacional y además, una vez que se ha firmado

un instrumento de estas características, su cumplimiento es obligatorio para el Estado parte sin importar lo que establezca su derecho interno, ya que estos tratados evidentemente se regirán por el derecho internacional y no por el nacional.

En segundo lugar, y me parece aún más importante, independientemente de la jerarquía que cada país pretenda otorgarle a los Convenios sobre derechos que ha firmado, o bien, a los derechos contenidos en dichos Convenios, lo verdaderamente importante es que se cumpla con su protección, precisamente porque, por lo menos en materia de derechos humanos, los sistemas regionales pretenden coadyuvar con los Estados en esta protección, más jamás menoscabar la soberanía de un país con sus decisiones; cuestiones que en España, me atrevo a decir que ya han sido superadas desde hace mucho tiempo, a diferencia de nuestro país.

Sin embargo, como veremos en el capítulo cuarto del presente trabajo, aunque la Constitución mexicana mediante la reforma de junio del 2011 al artículo primero, pareciera que colocó a los tratados internacionales que contuvieran derechos humanos dentro del bloque de constitucionalidad, o por lo menos a los derechos que los mismos contienen, posteriormente mediante la resolución de la contradicción de tesis 293/2011 la SCJN retrocedió en este campo desde mi punto de vista ganado, para concluir finalmente que los tratados que contengan derechos humanos forman normas de regularidad constitucional, sobre las cuales se encuentra evidentemente en todo momento la Constitución.²¹²

Lo preocupante de esta situación es que aunque por una parte el artículo primero constitucional, mediante la reforma de 2011, determinó que tanto los derechos contenidos en tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano fuera parte, como los derechos constitucionalmente reconocidos

²¹²El texto completo de la resolución se puede consultar en la página: www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659.

constituían un mismo catálogo, y de estos derechos se aplicaría el que más beneficie a la persona sin importar la fuente de donde derive; mediante esta interpretación se limita este ejercicio *pro persona* ya que la Constitución se mantiene por encima de los derechos de fuente convencional por lo que las restricciones que la misma establece no están sujetas a su aplicación.

Esta interpretación entonces, limita el efectivo cumplimiento de los tratados internacionales sobre derechos humanos y la aplicación de toda la gama de derechos contenida en los tratados internacionales de los que México es parte. Tal vez por ser tan reciente esta apertura, a las autoridades mexicanas les cuesta aún asumir las obligaciones que de ella derivan, por lo que queda un amplio camino tanto jurisprudencial como educativo que recorrer para lograr la eficaz aplicación de los tratados internacionales en esta materia en el territorio nacional. Es necesario un real y absoluto cambio de paradigma en la concepción de la protección de los derechos humanos y de la estricta jerarquía normativa.

Pese al conflicto anteriormente planteado, el sistema interamericano de protección a los derechos humanos, está un paso adelante por lo que se refiere a la responsabilidad internacional del Estado. Ha de resaltarse que la CIDH lleva un amplio camino jurisprudencial recorrido en su doctrina sobre control de convencionalidad. Incluso el creador del término fue el ex juez interamericano Sergio García Ramírez que en el caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala*, en el que en su voto concurrente razonado, expresó:

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuenta en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede estar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos, la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta en el Estado en su conjunto- y sustraer a otros de este régimen convencional de

*responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional.*²¹³

A partir de entonces, en diversos casos como *Almonacid Arellano vs Chile*,²¹⁴ se habló de la obligación de los Estados parte de realizar un control de convencionalidad. En este caso específicamente se señaló que aunque los jueces estuvieran sujetos al imperio de la ley interna, deben aplicar un control de convencionalidad *ex officio* sobre toda la normatividad interna del país, tomando en cuenta no solamente la CADH sino las interpretaciones que de ella realiza la Corte.

Incluso en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, se ha señalado que el control de convencionalidad se debe llevar a cabo por las autoridades judiciales y administrativas de todo nivel. Con esta evolución de la jurisprudencia interamericana se impone a todos los Estados parte de la Convención y de otros tratados interamericanos sobre derechos humanos, la aplicación del control de convencionalidad de manera generalizada por todas las autoridades internas, no solo por el Poder Judicial, con lo cual el conocimiento y respecto de los tratados internacionales sobre derechos humanos es una obligación generalizada en todos los sectores de aplicación de la ley.²¹⁵

La doctrina sobre el control de convencionalidad implica que los Estados se encuentren sujetos a la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en cada uno de los ámbitos legales de manera interna, lo cual implica la adecuación del derecho interno²¹⁶ y, de no ser cumplido este control, incurrirían en

²¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, voto concurrente razonado del Juez Interamericano Sergio García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de noviembre del 2003, serie C, número 101, párrafo 27.

²¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Almonacid Arellano vs Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre del 2006, serie C, número 154, párrafo 124.

²¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de noviembre del 2010, serie C, número 220, párrafo 225.

²¹⁶ Artículo 2 de la CADH. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.

responsabilidades internacionales que deben ser reparadas de una manera similar al ámbito europeo. Además este control debe ser ejercido primero por los cuerpos domésticos de los Estados parte de la Convención, lo que como ya se dijo, constituye un control difuso de convencionalidad; y posteriormente debe ser ejercido por la CIDH, si es que el caso llega a sus estrados, es decir, se realizará en todo caso un control concentrado de convencionalidad. Este último consistirá en una revisión de las actuaciones del Estado para determinar si se cumplió efectivamente con el control de convencionalidad en sede interna.²¹⁷

Aunque el Estado mexicano y el español sean diferentes en varios aspectos, existen puntos de encuentro. Un aspecto que me parece es idéntico en el ámbito español y en el mexicano es la necesidad de que exista una correspondencia entre el derecho interno y el convencional e incluso esta obligación se encuentra plasmada por el artículo 2 de la CADH por lo cual, en el sistema interamericano, si una norma estatal es contraria a la Convención debe ser reformada para cumplir con la obligación de adecuación del derecho interno.

Una cuestión que aunque es diferente en el sistema interamericano y en el europeo, cada vez se acercan más entre sí, es la ejecutividad de las sentencias de sus órganos jurisdiccionales. A diferencia del artículo 63.1 del CEDH, en la CADH si se establece la ejecutividad de las sentencias de la CIDH. Las sentencias de ambos Tribunales, tanto el europeo como el interamericano son declarativas, obligatorias y producen efectos *inter partes*, sin embargo la diferencia estriba en que en el sistema interamericano las sentencias dictadas por la Corte, además de la declaración de la violación de un derechos establecidos en la CADH y otros tratados a nivel regional, el artículo 63.1 señala que cuando exista violación de un derecho o libertad convencionales, la Corte dispondrá que se garantice al

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

²¹⁷Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabrera García y Montiel Flores vs México, *op. cit.*, nota 212, párrafo 16 y ss.

lesionado en el goce de su derecho o libertad y además si procediere dispondrá que se reparen las consecuencias de la vulneración así como el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

En virtud de tal mandamiento, la CIDH no solo declara la violación del Derecho sino que además ordena al Estado parte del CADH a resarcir la violación causada a la víctima, garantizándole el pleno ejercicio de sus derechos, y que repare los daños que se causaron, indicando la manera en la que se realizaran las reparaciones pertinentes.

Además, aunque la violación del derecho haya concluido, se le puede ordenar al Estado parte que tome las medidas que sean necesarias para compensar a las personas por dicha violación y por las consecuencias que la misma implicó, así como para evitar que en un futuro se vuelvan a repetir violaciones del género, como medidas de investigación, persecución y castigo de las personas responsables, como de modificación, adopción o derogación de normas generales y prácticas judiciales e indemnizaciones a las personas afectadas a cargo del Estado condenado.²¹⁸

Ahora bien, cuando me referí a que cada vez son más similares los efectos de las sentencias del TEDH y de la CIDH, es porque aunque el CEDH establezca que las sentencias del Tribunal se limitaran a declarar la violación de un derecho humano contenido en el Convenio, jurisprudencialmente se han ampliado las repercusiones de estas resoluciones.

Un ejemplo lo tenemos con la instauración de las sentencias piloto que se han comentado anteriormente. Y estas se acercan en definitiva al sistema interamericano en cuanto a que la CIDH ya muchas veces ha instado a los Estados parte de la Convención a cambiar su normativa interna por ser incompatible con esta. Por poner un ejemplo podemos citar el caso Olmedo

²¹⁸Argelia Queralta Jiménez, *op. Cit.* Nota 150, pp. 9 y 10.

Bustos y otros vs Chile, mejor conocido como “la última tentación de Cristo”,²¹⁹ el caso Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos²²⁰ y más recientemente el caso Gelman vs Uruguay;²²¹ en ellos y en muchos otros, además de las sanciones impuestas al Estado se decreta en las resoluciones que se debe de cambiar el derecho interno de los Estados por ser notoriamente incompatible con la Convención, de acuerdo al artículo 2 de la Convención Americana.²²²

La real diferencia que existe entonces entre las sentencias piloto, adoptadas por el TEDH al que se encuentra supeditado el Estado español y las sentencias con carácter ejecutivo dictadas por la CIDH a la que se encuentra supeditado México, es que mediante las sentencias piloto se resuelven un conjunto de casos por una misma violación de derechos, identificándose una falla en el sistema jurídico de un país que es la causante de la violación reiterada de un derecho en particular, por lo cual se hace del conocimiento del país que se ha detectado una falla en su estructura jurídica con el fin de que este la cambie y así evitar nuevas violaciones al mismo derecho por la misma razón.

Además se debe considerar que una vez que se ha identificado un problema estructural todos los casos que derivan de la misma situación instados ante el TEDH se suspenden en espera de que el Estado realice las modificaciones pertinentes en el sistema interno y se dicte sentencia en el caso piloto, que es una característica que en el sistema interamericano no se tiene.

²¹⁹Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “La última tentación de Cristo”, (Olmedo Bustos y otros) vs Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C, número 73, punto resolutive 4.

²²⁰Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6 de agosto de 2008, serie C, número 184, punto resolutive 6.

²²¹Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gelman vs Uruguay, Fondo y Reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C, número 221, punto resolutive 11.

²²²Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Ahora bien, en cuanto a los mecanismos que existen en nuestro país para dar cumplimiento a las sentencias de la CIDH, hay que decir que estos no existen como tal. Es decir, a la fecha no existe un mecanismo establecido en el ordenamiento jurídico mexicano con el fin de dar cumplimiento a las sentencias de la CIDH, sin embargo, como se verá en el siguiente capítulo, la reforma al artículo primero constitucional, la procedencia del amparo contra derechos humanos establecidos en tratados internacionales y algunas otras reformas en el sistema jurídico han sido a causa de las sentencias condenatorias hacia el Estado mexicano.

También es fundamental señalar que además de que como ya se vio, el sistema interamericano de protección a los derechos humanos es mucho más joven que el europeo, la primera sentencia condenatoria que se dictó contra el Estado mexicano fue en el año 2008,²²³ por lo que es relativamente reciente y al igual que el Estado español hasta la fecha no ha instaurado un medio de cumplimiento de las sentencias de la Corte, sin embargo es necesario analizar sin mayor profundidad –ya que se hace lo propio en el capítulo número cuatro de este trabajo- el expediente 912/2010.

Este análisis surge de la muy conocida sentencia Radilla Pacheco,²²⁴ dictada por la Corte Interamericana condenando a México por la desaparición forzada de señor Rosendo Radilla Pacheco. En la sentencia se condenó al Estado Mexicano a: 1. Investigar la detención y posterior desaparición de Radilla Pacheco; 2. Continuar con la búsqueda y localización del señor Rosendo Radilla o bien, sus restos mortales; 3. Llevar a cabo las reformas legislativas pertinentes con el fin de que el artículo 57 del Código de Justicia Militar y el artículo 215 A del Código Penal Federal, sean compatibles con los estándares internacionales, la

²²³Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Jorge Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, número 184.

²²⁴Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, número 209.

Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas y con la CADH; y 4. La implementación de cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del sistema interamericano de Protección a los Derechos Humanos en relación con los límites de la jurisdicción militar e investigación y juzgamiento de desaparición forzada de personas.

Además también se condenó al Estado a la publicación en el Diario Oficial de la Federación (DOF) de la sentencia condenatoria, a realizar un acto público del reconocimiento de su responsabilidad ante los hechos, a realizar una semblanza de la vida de la víctima, brindar atención psiquiátrica y psicológica gratuita a su familia, el pago de una indemnización a los familiares de la víctima, y el pago de gastos y costas judiciales que resultaron por la tramitación del juicio.

Al no existir un mecanismo legalmente establecido para cumplir con las disposiciones enumeradas por la Corte, pero con la intención de cumplir con la sentencia, la SCJN, órgano jurisdiccional máximo de nuestro país, y autoridad idónea para decidir la manera en la que se le daría cumplimiento a la referida sentencia y a todas las subsecuentes, creo el expediente varios 912/2010.²²⁵

Este fue un caso único en nuestro país ya que este expediente fue creado con el único fin de analizar la sentencia interamericana punto a punto y definir si esta, y el resto de las sentencias que se pudieran dictar contra el Estado mexicano eran vinculatorias para finalmente resolver cuáles son las obligaciones concretas del Poder Judicial de la Federación (PJF) y del resto de las autoridades jurisdiccionales y administrativas y, en caso de que se decidiera llevarla a la práctica, como se debía realizar. En primer lugar se concluyó por el pleno de la SCJN que al constituir cosa juzgada, las sentencias de la CIDH son vinculatorias para el Estado mexicano y no son apelables en ningún aspecto por lo cual deben ser cumplidas por ser obligatorias para todos los órganos y poderes del Estado.

²²⁵ El texto íntegro de la resolución del expediente varios 912/2010 puede ser consultado en la página www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011.

Además se concluyó también que todas las autoridades dentro del ámbito de sus competencias debían realizar un control de convencionalidad *ex officio*, entre las normas internas y la CADH.²²⁶ Un avance fundamental fue que se estableció que ninguna ley que se considerara contraria a la Convención se debía seguir aplicando con lo cual, se cumple con las obligaciones internacionales adquiridas aunque de una manera parcial, ya que las autoridades jurisdiccionales de media o menor jerarquía solo pueden inaplicar la ley por considerarla inconvencional mas no hacer una declaratoria en ese sentido.

Por último se aceptó restringir el fuero militar y modificar los artículos señalados en las disposiciones de la sentencia Radilla, así como implementar una capacitación permanente para los órganos de administración de justicia del país y cumplir con el resto de las condenas impuestas al Estado mexicano.

Este caso ha sido tan trascendente y paradigmático en México debido a que fue el punto de partida de la apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos y el efectivo cumplimiento de las sentencias de la CIDH, con lo que se cumplen las obligaciones asumidas mediante la firma de los instrumentos sobre derechos humanos. Pero no solo por ello, sino porque el expediente 912/2010 es un hecho sin precedentes previos, que no se tiene estipulado en ningún Código ni ley, por lo que no pocos fueron los que sostuvieron la ilegitimidad de las decisiones tomadas en el mismo.

Como se ha visto hasta ahora, el caso español es distinto tanto en circunstancias como en tiempo al mexicano, y me parece importante resaltar que ninguno de los dos sistemas es perfecto en la práctica y cada uno tiene sus problemas y controversias, sin embargo mientras que en España la práctica de la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos ha superado la literalidad del propio artículo 10.2 constitucional, en México lamentablemente

²²⁶ Considerando octavo de la referida sentencia.

pareciera que vamos restringiendo el campo ganado vía interpretaciones jurisprudenciales del mismo, como se verá con más detalle en el último capítulo de este trabajo.

Esta afirmación se hace porque mientras la obligación hermenéutica establecida en el artículo 10.2 de la Constitución española, pareciere ser limitativo, en la práctica esta cláusula se amplía y se respetan los tratados internacionales en la materia mediante la interpretación de los derechos fundamentales de conformidad a estos instrumentos, y en México se ponen límites y obstáculos a la aplicación de estos tratados; un ejemplo perfecto lo tenemos con la resolución 293/2011 ya mencionada, en la cual se resolvió entre otras cosas, que sobre las restricciones constitucionales no cabe la aplicación del principio *pro persona* y por lo tanto se limita el control de convencionalidad. Al Estado mexicano le resta un arduo y obstaculizado camino hacia la verdadera protección de los derechos humanos de fuente convencional.

Ambos sistemas tanto regionales como estatales han evolucionado en el tiempo ampliando la protección a los derechos. El sistema interamericano tiene un avance jurisprudencial muy amplio en cuanto la protección de los derechos humanos, el sistema europeo ha evolucionado en su posición hasta llegar a las sentencias piloto con lo que resuelve una cantidad grandiosa de casos con un solo modelo, la cláusula de apertura constitucional española ha sido superada en la práctica y en México hemos dado un gran paso constitucional hacia una verdadera apertura al derecho internacional de los derechos humanos. Todos los sistemas pueden ser objeto de una retroalimentación con el fin de mejorar y superar obstáculos en la protección efectiva de los derechos humanos.

El Estado mexicano podría tomar del español ese cierto grado de despreocupación que se tiene por la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos y utilizar esa energía en el efectivo cumplimiento y protección de los derechos humanos, sea cual fuere su fuente. Es necesario que

nuestro sistema jurídico evolucione aún más en este aspecto y con él, la jurisprudencia de la SCJN y el paradigma ideológico de todos los operadores jurídicos, con el fin de brindar una protección efectiva y progresiva de los derechos humanos, y cumplir de manera adecuada con sus obligaciones internacionales; hasta que esto no pase, nos encontraremos a medio camino de un real cambio de paradigma constitucional.

En el siguiente capítulo se va a tratar con una mayor profundidad la aplicación del control de convencionalidad en el Estado mexicano, así como sus fuerzas y debilidades, con lo que se comprenderá la gran cantidad de obligaciones que conlleva para el Estado mexicano su ejercicio y cuáles son estas, con el fin de cumplirlas a cabalidad.

CAPÍTULO 3

“CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN EN EL ESTADO MEXICANO.”

Aunque el control de convencionalidad es una obligación que todos los Estados que han firmado tratados internacionales sobre derechos humanos deben asumir, es al Estado a quien corresponde marcar las pautas bajo las cuales van a cumplir con esta obligación.

Es entonces que aunque el Estado mexicano está obligado a llevar a cabo control de convencionalidad desde que firmó el primer tratado sobre derechos humanos, hasta el día de hoy, con la reforma de junio del 2011 sobre derechos humanos se blindó esta obligación y se reafirmó este compromiso internacional que hasta antes de la reforma pareciere ser que no se tomaba como obligatoria para en su lugar señalar su obligatoriedad por parte no solo de las autoridades judiciales sino también, las administrativas.

Sin embargo con la reforma constitucional se necesita un sinnúmero de cambios tanto en la normativa interna del país, como en el paradigma de todos los operadores jurídicos que llevan a cabo actividades en los diferentes ámbitos de la sociedad; que la aplicación de tratados internacionales sobre derechos humanos sea vista no como una obligación sino como un derecho de todas las autoridades para fundamentar su actuación y de todos aquellos que pretendan instar la normativa de que se dispone para proteger los derechos fundamentales.

El control de convencionalidad es un mecanismo de gran utilidad para proteger los derechos de las personas, sin embargo, para llegar a su efectivo cumplimiento se necesita que todos los operadores jurídicos actúen de manera conjunta.

3.1. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO. ¿UN NUEVO PARADIGMA A PARTIR DE LA REFORMA DE 2011?

Mucho se habla de que el control de convencionalidad en México es todo un nuevo paradigma que deriva primigeniamente de la reforma constitucional de junio del 2011, y por lo tanto, su aplicación está guiada por un canon constitucional, que puede ser reformado en cualquier momento, suprimiéndose dicha obligación.

Sin embargo, es necesario que antes de adentrarnos en el tema central, nos preguntemos ¿Qué es un paradigma? Thomas Kuhn nos dice que el término paradigma puede tener dos significados fundamentales. *“Por una parte, significa toda la constelación de creencias, valores, técnicas, etc., que comparten los miembros de una comunidad dada. Por otra parte, denota... concretas soluciones de problemas que, empleadas como modelos o ejemplos, pueden remplazar reglas explícitas como base de la solución de los restantes problemas de la ciencia normal.”*²²⁷

Ahora bien, cuando se pregunta: ¿el control de convencionalidad constituye un nuevo paradigma? no se duda que dicho medio de control, efectivamente constituya todo un paradigma; lo que se pone en duda aquí es por un lado, si efectivamente es “nuevo”; y por el otro, si es aceptado –y por lo tanto aplicado- por la generalidad. Es decir, si ese conjunto de creencias, valores y técnicas, no existían, ni eran aplicables, antes de la reforma del 11 de junio del 2011, o si bien, no se podía, anterior a la reforma, brindar soluciones correctas a problemas a través del derecho internacional de los derechos humanos y además, después de dicha reforma, este “paradigma” del control de convencionalidad, ha sido aceptado por la generalidad.

²²⁷ Kuhn, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contin, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 268.

El anterior planteamiento, forzosamente nos remite al antecedente primero de la incorporación del derecho internacional al sistema jurídico mexicano. Este se encuentra en la Constitución Política de la Republica Mexicana de 1857, la cual los incluye como parte de la ley suprema de toda la Unión, tal como se observa a continuación:

***Artículo 126.** Esta Constitución, las leyes del congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos ó que se hicieren por el presidente de la República, con aprobación del congreso; serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, á pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones ó leyes de los Estados.²²⁸*

Ahora bien, si desde el año 1857 los tratados internacionales han formado parte de la ley suprema de toda la Unión, desde este momento se debe llevar a cabo una especie de “control de convencionalidad” que si bien, no tiene las mismas características ni intensidad que hoy en día sobre aquellos que tratan sobre derechos humanos, ya desde ese entonces, se tiene una obligación por parte del Estado mexicano de cumplir con lo pactado en los tratados aprobados.

El contenido del artículo 126 de la Constitución de 1857, quedo casi en su integridad plasmado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917:

***Artículo 133.-** Esta constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República **con aprobación del Congreso**, serán la ley Suprema de la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, Leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.²²⁹*

Este artículo constitucional sufrió una sola modificación en 1934 por lo que actualmente se encuentra de la siguiente manera:

***Artículo 133.-** Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados **que estén de acuerdo con la misma**, celebrados y que se celebren*

²²⁸ Artículo 126 de la Constitución Política de la Republica Mexicana de 1857.

²²⁹ Artículo 133 original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

por el Presidente de la República, **con aprobación del Senado**, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.²³⁰

Los artículos anteriores son el reconocimiento tangible de la relevancia jurídica de los tratados internacionales como parte de la ley suprema de toda la Unión, lo cual implica que estos en todo momento debieron ser aplicados y ejercidos como parte del derecho interno en nuestro país.

Por si esto no fuera suficiente, México, como sujeto de derecho internacional, firma o se adhiere a un tratado bajo la ya citada *condición pacta sunt servanda* contenida en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho a los tratados de 1969²³¹, vigente en nuestro país desde 1975, por lo que no puede dejar de cumplir las obligaciones internacionales adquiridas por alguna contradicción habida con el derecho interno y además debe existir una adecuación del mismo, como se verá más adelante.

Ahora bien, si el control de convencionalidad en sede nacional, se debió ejercer por México desde que reconoció mediante el artículo 126 de la Constitución de 1857 a los tratados internacionales como parte de la Ley Suprema de la Unión y además, con el paso del tiempo esta obligación fue más evidente, al adquirir mayores obligaciones internacionales mediante la firma de diversos tratados, sobre todo la Convención de Viena y la CADH con lo que se adquirieron compromisos internacionales de mayor magnitud que debieron ser cumplidos, tales como adecuación del derecho interno a la normativa internacional y la no invocación de derecho interno con el fin de incumplir los tratados, es entonces que nos encontraremos ante una ampliación progresiva de la obligación contraída por México de cumplir con los tratados internacionales.

²³⁰ Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 reformado el 18 de enero de 1934.

²³¹ Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...

Esta obligación se ve maximizada cuando los tratados son sobre derechos humanos o bien, cuando los tratados, aunque no sean sobre esta materia específica, contienen derechos. Esto se debe a la creación del *ius cogens* internacional que marca un mínimo de derechos que los países deben respetar y hacer cumplir en su territorio –como se vio en el anterior capítulo- por lo cual, cuando un tratado versa sobre derechos humanos, adquiere características especiales que requieren un cumplimiento prerrogativo frente a cualquier otra obligación.

Pero, ¿Cómo México puede cumplir con lo señalado en los tratados internacionales sobre derechos humanos, o bien que contengan derechos? Precisamente a través de un control del cumplimiento de los tratados, un control de convencionalidad.

La creación del derecho internacional de los derechos humanos, aunado a la firma del Estado mexicano de múltiples tratados en la materia, añadió la obligación de ampliar este medio de control, ya que como nos señala José Luis Caballero Ochoa, *“la naturaleza jurídica de este tipo de instrumentos se define como normativa, es decir, nos referimos a tratados cuyo cumplimiento se verifica hacia las personas sometidas a la jurisdicción de cada Estado...”*²³² Por lo cual, al tener los tratados internacionales un carácter normativo, estos no representan principios ni reglas programáticas, sino que deben ser cumplidos por los Estados parte al momento de firmarlos y van dirigidos a sus ciudadanos.

La importancia tan notoria que ha tomado en los últimos años el derecho internacional de los derechos humanos ha exigido una incorporación constitucional de jerarquía igualitaria, ya que *“inciden directa, horizontalmente en las normas constitucionales a partir de su propia naturaleza jurídica”*,²³³ y como parte de sus obligaciones internacionales los Estados sometidos, como en nuestro caso a la

²³² Caballero Ochoa, José Luis, *op. cit.*, nota 59, p. 20.

²³³ *Ibidem*, p. 21.

CADH, o a la Europea o Africana, estábamos ya obligados a reconocer el rango constitucional que deben tener los tratados en esta materia.

Ahora bien, ¿podemos concluir que el control de convencionalidad es un nuevo paradigma en el Estado mexicano? Sí, tomando en cuenta que por primera vez se admitió por parte del Estado la obligación de llevar a cabo este medio de control; sí, en caso de que hablemos de una ponderación de los derechos para aplicar el que más le convenga a la persona; sí, al referirnos a un nuevo modelo constitucional que admite una coordinación entre el derecho interno y el derecho internacional; sí, cuando esta facultad se otorga a todas las autoridades con lo que se amplía el ámbito de protección de los derechos humanos.

Pese a lo anterior, podríamos decir que el control de convencionalidad no significa un nuevo paradigma por dos circunstancias. En primer lugar no todos los principios, reglas y valores que conforman este modelo constitucional, son aceptados y llevados a la práctica aun por la generalidad de las autoridades y en segundo lugar, los componentes del control de convencionalidad no son algo nuevo. El principio *pro persona*, la obligación de respetar y hacer cumplir los tratados, el principio *pacta sunt servanda*, la obligación de los Estados parte de las Convenciones Internacionales sobre derechos humanos de hacerlas cumplir en territorio nacional, y disposiciones similares a estas ya existían, por lo que el llamado “control de convencionalidad” solo vino a afianzar estas obligaciones y darles una nueva luz.

Por tales motivaciones se concluye que a la fecha de publicación de este trabajo, el control de convencionalidad es en definitiva un nuevo paradigma en construcción y si bien, es un avance que el Estado haya reformado su Constitución para incluir en un mismo parámetro o bloque de constitucionalidad a los derechos derivados de tratados internacionales y a los tratados internacionales sobre derechos humanos, esto no es un tema nuevo ni mucho menos terminado; sino que por el contrario, es ahora que se está comenzando el camino hacia la

construcción de un paradigma nuevo incluyente de los derechos humanos de fuente internacional.

3.2. ORIGEN DE LA OBLIGATORIEDAD DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD PARA EL ESTADO MEXICANO.

Existen muchos planteamientos equívocos respecto al origen de la obligatoriedad de llevar a cabo control de convencionalidad difuso por el Estado mexicano, primordialmente en virtud a la falta de cumplimiento de sus obligaciones internacionales a lo largo del tiempo y el desconocimiento del derecho internacional por parte de los operadores jurídicos.

Muchos estudiosos del derecho constitucional, que no se avocan al estudio pormenorizado del derecho internacional de los derechos humanos, pudieran afirmar que “evidentemente” la obligación de aplicar el control difuso de convencionalidad proviene de la reforma constitucional mencionada, e incluso, plantean que la aplicación de tratados internacionales en materia de derechos humanos, deriva de un mandato constitucional únicamente, establecido claramente en el artículo primero de nuestra Carta Magna; por lo cual, al aplicarlos, se está ejerciendo control de constitucionalidad, en virtud de que mediante la modificación llevada a cabo a este artículo los tratados internacionales en materia de derechos humanos se elevan a rango constitucional y por lo tanto forman parte integrante de la Constitución.

Este planteamiento es erróneo, lo cual a continuación se justificará. En primer lugar, el control de constitucionalidad y el de convencionalidad, son dos medios de control distintos que se deben complementar para su adecuada aplicación. En todo momento deben ser coadyuvantes entre sí, sin embargo, el control de constitucionalidad siempre denotara una comparación entre el texto constitucional y las normas que se encuentren supeditadas a la misma, como ya se estableció a lo largo de este texto y, por su parte, el control de

convencionalidad denota una comparación entre los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que un país forma parte y la legislación interna (incluyendo la ley fundamental de un Estado), con el fin de determinar si su texto es afín a las obligaciones internacionales adquiridas.

Es entonces que si bien es cierto que en virtud de la reforma al primero constitucional los tratados internacionales sobre derechos humanos así como el resto de los derechos comprendidos en todos los tratados de los cuales el Estado mexicano sea parte pasan a formar parte del bloque de constitucionalidad –o por lo menos eso se deriva del artículo primero constitucional- estos instrumentos tienen un medio de protección internacional, además de la protección nacional que se les debe brindar. Además, es necesario que paradigmas tales como la jerarquía del orden jurídico quedado rebasados, ya que, parafraseando al jurista Sergio García Ramírez en una de sus conferencias, actualmente en la cúpula de la jerarquía normativa se encuentra la persona, y, para saber que legislación se debe aplicar, tendremos que llevar a cabo una análisis para saber qué derecho es el que más le beneficia.

Además, la CIDH a Establecido en el cumplimiento de sentencia de Gelman vs Uruguay: “...*la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria.*”²³⁴

²³⁴Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gelman vs. Uruguay, supervisión de cumplimiento de sentencia, 20 de marzo de 2013, serie C, número 221, párrafo 88, p.25.

Además, la reforma al artículo primero constitucional, deriva de una serie de circunstancias acontecidas tanto a nivel nacional, como de responsabilidades internacionales fincadas al Estado mexicano en virtud a las sentencias condenatorias por parte de la CIDH.

Entre las principales causas de las mencionadas reformas destaca la presentación de la propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos ante el Congreso de la Unión en el año 2008, por parte de diferentes organizaciones de la sociedad civil y académicas y académicos especialistas en derechos humanos, incluido el prestigiado jurista Cuauhtémoc Manuel de Dienneim Barrigete, catedrático de nuestra honorable casa de estudios, en la que, entre otras no menos importantes propuestas, señalaron la necesidad de cambiar la denominación del capítulo primero de la Constitución Federal de “garantías individuales” a “derechos humanos”.

También se propuso que el artículo primero, se reformara con el fin de incorporar una protección más amplia e integral de los derechos humanos, ampliar el catálogo de los mismos, enriqueciéndolo con el derecho internacional de los derechos humanos del cual México forma parte y facultar a todas las autoridades estatales para que ejerzan una protección integral a los derechos humanos. Es así que el primer párrafo del artículo primero se propuso quedara de la siguiente manera:

Artículo 1. *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos y de las garantías para su protección reconocidos en esta Constitución, en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano y en las normas de derecho internacional general.*²³⁵

Esta propuesta difiere de la redacción final en que solo se tomaron en cuenta los tratados signados por México pero no las normas de derecho

²³⁵*Propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos, elaborada por las organizaciones de la Sociedad Civil y por académicas y académicos especialistas en derechos humanos, Embajada de Canadá, programa global acción 2, grupo inter-agencial de derechos humanos de los equipo de país del Sistema de Naciones Unidas en México, The Ford Foundation, Talleres de Mar de letras, México, 2008, p. 17.*

internacional general, aunque el Estado mexicano las debe tener en cuenta como directrices, como un punto de partida para llevar a cabo sus resoluciones y en su actuar cotidiano.

Otra de las propuestas incoadas a través de este documento, fue el cambio de la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, y de los derechos contenidos en los tratados en general, reconociéndoles jerarquía constitucional y aplicándolos a través del principio *pro persona*, para lo cual se solicitó la incorporación en el texto constitucional del siguiente postulado:

*Las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales tienen jerarquía constitucional. Las normas de derecho internacional de los derechos humanos prevalecerán en la medida que confieran una mayor protección a las personas en el goce y ejercicio de sus derechos.*²³⁶

Precisamente debido a la suspicacia con la que el Estado resguarda su soberanía, no se añadió a la redacción final la jerarquía que adquirirían los tratados en materia de derechos humanos sin embargo esta se sobreentiende. Otra cuestión relevante en esta propuesta es que se deja ver de mayor manera la coordinación que existe entre el derecho internacional y el nacional al señalar que “el derecho internacional...*prevalecerá en la medida que confiera una mayor protección*”, en esta parte se dilucida el verdadero fin complementario y coadyuvante de los tratados en materia de derechos humanos y es una lástima que el texto constitucional finalmente se haya redactado de otra manera.

Una propuesta más realizada por los académicos y académicas fue sobre la cláusula de interpretación conforme que actualmente encontramos en el párrafo segundo del artículo primero constitucional:

*Las normas de derechos humanos son de aplicación y exigencia directa e inmediata y serán interpretadas conforme a los instrumentos internacionales de derechos humanos, y a las decisiones y resoluciones adoptadas por los organismos encargados de su aplicación.*²³⁷

²³⁶*Ibidem*, p. 20.

²³⁷*Ibidem*, p. 21.

Respecto a la iniciativa anterior, se incluyó la interpretación conforme a la Constitución, que faltó en esta redacción y se suprimieron las decisiones y resoluciones de organismos internacionales aunque aun así, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es vinculatoria para el Estado mexicano.

En cuanto a las obligaciones del Estado frente a los derechos humanos, se propone que se incluya en el texto constitucional las siguientes medidas:

Los derechos humanos vinculan al Estado, en consecuencia, todas las autoridades tienen la obligación de respetarlos, protegerlos, garantizarlos y promoverlos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. El estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.²³⁸

Este párrafo quedó prácticamente igual a la redacción propuesta, sin embargo al agregar al final la frase “en los términos que establezca la ley” obliga a la creación de la misma y en virtud a que no se ha creado ni se vislumbra su creación, el Estado no ha cumplido con este mandamiento constitucional aun.

Aunque los académicos, académicas y sociedades civiles, propusieron se agregara una mayor protección a los derechos humanos en el artículo primero, estos segmentos son los que conforman en mayor parte la redacción final de la reforma.²³⁹

²³⁸*Idem.*

²³⁹La narración propuesta fue: Toda persona debe respetar los derechos humanos. Los derechos humanos podrán ejercerse a título individual o colectivo.

Los derechos humanos no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que esta Constitución establece. Toda restricción deberá ser necesaria, objetiva, razonable y proporcional respecto de los fines, principios y valores contenidos en esta Constitución e indispensable en el marco de una sociedad democrática. La regulación de los derechos humanos tendrá que hacerse mediante ley y deberá respetar su contenido esencial.

Todas las personas son iguales ante la ley. Queda prohibida toda discriminación basada en el origen étnico, racial o nacional, el sexo, el género, la edad, la discapacidad, la condición social o económica, la condición de salud, la condición de embarazo, la religión, las opiniones, las preferencias u orientaciones sexuales, el estado civil, la lengua, la posición política o ideológica, la cultura, el estatus migratorio, o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto o produzca el efecto de impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos humanos.

Las mujeres y los hombres son iguales en el ejercicio de sus derechos.

Otro, o más bien, otros antecedentes fundamentales que tuvieron como resultado la reforma al artículo primero constitucional fueron las que se refieren específicamente al control de convencionalidad. Es preciso reconocer que el control de convencionalidad por el Estado mexicano no deriva propia ni primigeniamente de la reforma de junio del 2011, ya que esta fue la culminación de innumerables esfuerzos nacionales e internacionales por ampliar la protección a los derechos humanos y lograr que México cumpliera con las obligaciones internacionales adquiridas al firmar tratados internacionales en materia de derechos humanos, ya que como lo señala Eduardo Ferrer Mac Gregor,²⁴⁰ el control nacional o difuso de convencionalidad deriva de los siguientes hechos:

a) Cuatro sentencias condenatorias al Estado mexicano dictadas por la CIDH entre los años 2009 y 2010 en las que se reitera el deber de las autoridades jurisdiccionales y administrativas de ejercerlo²⁴¹:

1. *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Esta sentencia es la más conocida por su enorme relevancia, y porque significó un punto de partida para la reforma constitucional de 2011, pues en ella, por primera vez se ordenó al Estado mexicano cumplir con sus obligaciones internacionales y llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio*, independientemente de que las partes invocaran derecho internacional o no, reiterando que es obligación de México, al ser parte de la Convención

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad en derechos y oportunidades de todas las personas y grupos de personas sea real y efectiva. Deberá remover los obstáculos de orden económico, social, cultural o de cualquier otra índole que impidan el pleno ejercicio de los derechos. Asimismo, deberá adoptar medidas especiales temporales en favor de aquellas personas o grupos de personas que, debido a la situación de discriminación o exclusión en la que se encuentran, no puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que el resto de la población.

²⁴⁰Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “*Interpretación conforme y control difuso de constitucionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano*” en Saiz Arnaiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012, p. 92.

²⁴¹*Ibidem*, p. 93.

Americana sobre Derechos Humanos la armonización de su derecho interno con las obligaciones internacionales adquiridas.²⁴²

2. Caso Fernández Ortega y Otros vs. México. En este caso además de reiterarse lo establecido ya por el asunto Radilla Pacheco, se decretó literalmente la obligación del Estado mexicano de adecuar su derecho interno con el fin de no contravenir disposiciones de derecho internacional de las que forma parte y además, se ordenó la creación de medios jurisdiccionales para la protección de los derechos .²⁴³

3. Caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. En este asunto de nuevo podemos ver una reiteración de la condena al Estado mexicano por no aplicar control

²⁴²Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Radilla Pacheco... *op. cit.* nota 221, párrafo 339: “*En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque 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 otras palabras, el Poder Judicial debe 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*”

²⁴³Corte Interamericana De Derechos Humanos, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C, número 215, párrafo 234. Reitera lo establecido el párrafo 339 del caso Radilla Pacheco; 235. “*Para este Tribunal, no solo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantiza los derechos contenidos en la Convención Americana. De conformidad con la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento, también se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. La existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, como ya lo ha establecido esta Corte, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana párrafo.*”

de convencionalidad estatal y se vuelve insistir en la obligación de México de llevar a cabo este medio de protección de los derechos humanos.²⁴⁴

4. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Este asunto es de suma relevancia toda vez que en primer lugar, México interpuso como una de sus excepciones y defensas la de “cuarta instancia” pues se dijo que los ahora actores agotaron todos los procedimientos legales internos y en ellos se determinó que la razón no estaba de su lado y además, el Estado llevó a cabo control de convencionalidad de manera interna por lo que entrar en el estudio de este caso, constituiría una “doble jurisdicción” (párrafos 12 al 22), a lo que la CIDH resolvió que el Estado no había llevado a cabo control de convencionalidad y además aunque así lo hubiere hecho la Corte es el “interprete último” de la Convención, por lo que es debido que esta lleve a cabo un control para determinar si se está cumpliendo o no con la misma por parte de los Estados firmantes. En segundo lugar, se establece la obligación de ejercer control de convencionalidad *ex officio* de todas las autoridades, de todo nivel, tanto jurisdiccionales como administrativas²⁴⁵

b) Lo dispuesto en los artículos 1 sobre la obligación de respetar los derechos, 2 respecto al deber de adoptar disposiciones de derecho interno y 29 sobre

²⁴⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C, número 216, párrafo 219. Reitera lo establecido en el párrafo 339 del caso Radilla Pacheco y el 234 del caso Fernández Ortega y otros.

²⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, *op. cit.*, nota 212, párrafo 225. “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia 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 jurídico³³². Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. **Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad”** 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, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia 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.”

normas de interpretación más favorables de la CADH, vigente en México desde el 24 de marzo de 1981²⁴⁶.

- c) Lo dispuesto en los artículos 26: *Pacta sunt servanda* y 27: no invocación del derecho interno como incumplimiento del tratado, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, vigente en el Estado mexicano desde el 27 de enero de 1980;²⁴⁷
- d) Posterior a los antecedentes anteriores tenemos la reforma constitucional en materia de derechos humanos, de 11 de junio de 2011, máxime en lo que ve al artículo primero constitucional;²⁴⁸
- e) La aceptación expresa de la realización del control de convencionalidad estatal por la SCJN, como parte del cumplimiento de la sentencia del Caso Radilla Pacheco, al conocer del expediente varios 912/2010, resuelto el 14 de julio de 2011.

Por si fueran pocos los motivos para ejercer control de convencionalidad, el 26 de noviembre del 2013 se dictó la sentencia por la CIDH del caso *García Cruz y Sánchez Silvestre vs Estados Unidos Mexicanos*, en donde se reitera una vez más a lo largo de todo el cuerpo de la resolución la obligación del Estado de ejercer un control de convencionalidad con el fin de no violar derechos de fuente internacional.²⁴⁹

Con cada uno de los antecedentes descritos, la obligación de realizar control de convencionalidad por el Estado mexicano se fue reafirmando y

²⁴⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 40, p. 93.

²⁴⁷ *Idem.*

²⁴⁸ *Idem.*

²⁴⁹ Corte Interamericana DE Derechos Humanos, Caso *García Cruz y Sánchez Silvestre vs. Estados Unidos Mexicanos*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de noviembre de 2013, serie c, número 273. Otro dato interesante de este caso es que el Estado mexicano fue condenado aun y cuando acepto su responsabilidad, ya que ello no lo exime de la violación de los derechos convencionales.

perfeccionándose cada vez más, hasta el día de hoy, que como bien señala Marcos del Rosario Rodríguez “*la estructura piramidal expuesta por Kelsen, se ha invertido, puesto que la Constitución ya no es el pináculo del sistema constitucional. La cúspide se ha ensanchado integrando como normas supremas, no solo a las constitucionales, sino a otras de naturaleza distinta como los tratados internacionales...*”²⁵⁰

Pensar en la Constitución como parte de la ley suprema del país pero no como la única revestida de supremacía, puede resultar difícil para muchos operadores jurídicos, sin embargo, actualmente, la legislación que debe prevalecer, es la que otorgue mayor protección a las personas o menores restricciones, independientemente de si con esto nos vemos en la necesidad de inaplicar la Constitución Federal.

El ejercicio del control de convencionalidad por las autoridades debe llevarse a cabo siempre de manera general, no pensando solo en que la Constitución así lo mandata, sino en que como ya se vio, esta obligación no proviene única ni primigeniamente de la reforma constitucional sobre derechos humanos, sino de circunstancias previas, como los compromisos internacionales adquiridos por el Estado como ente soberano.

Además, se debe recordar que esta reforma, es la culminación del cumplimiento de las sentencias condenatorias al Estado mexicano, dictadas por la CIDH y de los compromisos previamente adquiridos al firmar o adherirse a tratados internacionales sobre derechos humanos, esto, sin restarle importancia a la trascendental reforma constitucional ya que mediante ella se reafirmaron y fortalecieron los compromisos internacionales de respeto a los derechos humanos, previamente adquiridos.

²⁵⁰Del Rosario Rodríguez, Marcos, *op. cit.*, nota 44, p. 35

3.3. ¿SE INCORPORARON SOLO LOS DERECHOS CONTENIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES AL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD O TAMBIÉN LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS?

Aunque mediante la resolución de tesis 293/2011, se evitó usar el término “bloque de constitucionalidad”, lo cierto es que en definitiva, no solo los derechos contenidos en tratados internacionales sino los tratados internacionales sobre derechos humanos han pasado a formar parte del bloque de constitucionalidad, aunque esta afirmación la ha negado la SCJN. Lo anterior se demuestra a continuación.

Como se mencionó ya en el primer apartado del presente capítulo, los tratados internacionales forman parte de la Ley Suprema del país desde la promulgación de la Constitución de 1857, y desde ese entonces se ha discutido si forman o no parte de integrante del bloque de constitucionalidad o bien, de esa parte del sistema jurídico que debe encontrarse en una posición privilegiada respecto al resto de las normas, ya que este término se creó hasta la década de los 70's.

Además, a partir de la reforma al primero constitucional en el 2011, el derecho internacional de los derechos humanos del que México forma parte, cobró una relevancia aún mayor, con lo cual se concedió una luz especial a estos instrumentos y su cumplimiento estricto por el Estado, con lo que aun más, se cuestionó sobre si estos tratados y ya no la generalidad de los instrumentos internacionales, debían ocupar un lugar privilegiado en nuestro sistema jurídico.

Aunque el término “bloque de constitucionalidad” surgió hace relativamente poco tiempo, analizando su concepto podemos dilucidar que los tratados internacionales sobre derechos humanos se consideraron desde ese tiempo parte del bloque de constitucionalidad, o bien, como un “contenido normativo con la

misma jerarquía” por formar parte de la ley suprema del país y además estar concebidos sobre una materia tan sensible como lo es la protección de los derechos, sin embargo desde la época de 1930 la SCJN estableció jurisprudencia que señala que los tratados internacionales en general se encontraban en un rango jerárquico inferior a la Constitución.

Ahora bien, es necesario señalar en qué consiste el término “Bloque de Constitucionalidad”. Este término fue acuñado en Francia a mediados de los setentas por Louis Favoreu al explicar la decisión D-44, de 16 de julio de 1971, realizada por el Consejo Constitucional francés; en la que se declaró la inconstitucionalidad de una ley que modificaba una disposición legislativa de 1901 que limitaba el régimen de las asociaciones.²⁵¹

De acuerdo a lo que señala Bidart Campos, por “Bloque de Constitucionalidad” debe entenderse *“el conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera de la constitución documental.”*²⁵²

José de Jesús Muñoz Navarro cita a Uprimny quien señala que el concepto de bloque de constitucionalidad *“...hace referencia a la existencia de normas constitucionales que no aparecen directamente en el texto constitucional”*. Esta afirmación tiene consecuencias jurídicas y políticas complejas: una constitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales, son más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la constitución escrita, son constituciones vivas que están cambiando constantemente.²⁵³

²⁵¹Rueda Aguilar, Dolores, *El bloque de constitucionalidad en el sistema colombiano*, p. 3. Este texto se puede encontrar en la página: http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/88/Becarios_088.pdf.

²⁵²Bidart Campos, Germán J, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 264.

²⁵³Muñoz Navarro, José de Jesús, *El Bloque de Constitucionalidad como parámetro del control constitucional en México*, Revista debate social, número 23, p. 17, este texto se puede encontrar

El término “bloque de constitucionalidad” se ha incorporado al Derecho Mexicano, a partir de mayo de 2007, en virtud de la Jurisprudencia número P./J. 18/2007, emitida por el Pleno de nuestro máximo tribunal²⁵⁴, sin embargo, toda vez que esta jurisprudencia hace referencia únicamente a materia electoral, no es clara al establecer el contenido total ni real del bloque de constitucionalidad por lo que es necesario remitirnos a la doctrina anterior.

Ahora bien, tal como lo señala José de Jesús Muños Navarro, México a partir de junio del 2011, interpreta de manera similar a Colombia el bloque de constitucionalidad, en relación a lo dispuesto por el artículo 133 Constitucional, ya que, en vista de que los Tratados Internacionales sin importar su nivel jerárquico, son ley suprema de toda la Unión; se consideran parte del bloque de constitucionalidad y por lo tanto procede el amparo en contra de “violaciones a los derechos humanos que no se encuentren establecidos propiamente en la constitución pero si sean parte integrante del bloque de constitucionalidad en virtud a estar concebidos en un tratado internacional suscrito por México, (y además, aplicarse por las autoridades en general), además de que se puede aplicar, integrándola como vinculante y obligatoria, la jurisprudencia de la Corte

en la página: <http://debate.iteso.mx/N%C3%9AMERO%2023/Jos%C3%A9%20de%20Jes%C3%BA%20Mu%C3%B1oz%20Navarro/el%20bloque%20de%20.%20.%20.pdf>.

²⁵⁴ Tesis: P./J. 18/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, novena época, tomo XXV, mayo de 2007,p. 1641.

ESTATUTO DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL. JUNTO CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS INTEGRA BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN MATERIA ELECTORAL.

Los artículos 122, apartado A, fracción II y apartado C, base primera, fracción V, inciso f) y 116, fracción IV, incisos b) al i), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y las normas que en particular establezca el legislador federal en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, integran un bloque de constitucionalidad en materia electoral para esta entidad. Lo anterior es así, ya que el artículo 122, apartado C, base primera, fracción V, inciso f), de la Constitución Federal, señala que las disposiciones que rijan en materia electoral en el Distrito Federal deben sujetarse al Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, el cual tomará en cuenta los principios establecidos en los incisos b) al i) de la fracción IV del artículo 116 constitucional; lo anterior porque el fundamento del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal es el indicado artículo 122, y el respeto a la jerarquía constitucional es un requisito para la validez de dicho Estatuto, por lo que, el respeto a lo dispuesto por él, es un requisito de validez para las actuaciones de todas las autoridades del Distrito Federal.

Interamericana de los Derechos Humanos u organismos similares, en los procedimientos jurisdiccionales y administrativos, tanto locales, como federales en México”²⁵⁵.

Ahora bien, si decimos que el artículo 133 constitucional vigente es el que nos brinda el parámetro sobre el contenido del bloque de constitucionalidad, es evidente que los tratados internacionales forman parte del mismo; sin embargo, debemos diferenciar los tratados internacionales en general de los que protegen derechos humanos.

Si bien, todos los tratados internacionales que estén de acuerdo con la Constitución forman parte de la ley suprema de la Unión y por lo tanto del bloque de constitucionalidad, en virtud del actual artículo primero constitucional, solo aquellos que versen sobre derechos humanos se encontrará en la misma posición jerárquica de la Constitución ya que como bien lo señala Sergio García Ramírez, *“la recepción del derecho internacional de los derechos humanos debe ser distinta a la recepción del derecho internacional en general ya que tiene un carácter especial y distinto respecto a otros instrumentos”*.²⁵⁶

Es así, que los tratados internacionales en materia de derechos humanos a partir de la reforma constitucional del 2011 en ciertos casos pueden adquirir una jerarquía “supraconstitucional”, lo cual implica que en caso de que las disposiciones internacionales brinden una mayor protección a los individuos, estas *“tendrán preferencia aplicativa sobre cualquier disposición jurídica, incluyendo la Constitución del Estado”*²⁵⁷

Por tal circunstancia, aunque los tratados internacionales en materia de derechos humanos formen parte del bloque de constitucionalidad en México, estos

²⁵⁵Muñoz Navarro, José de Jesús, *op. cit.*, nota 253, p. 56.

²⁵⁶García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa, 2012, pp. 81 y 82.

²⁵⁷*Ibidem*, pp. 82 y 83.

podrán ser invocados en sustitución de la Constitución Federal, inaplicandola en caso de que el tratado sea en que proteja más ampliamente a la persona en el caso concreto.

Esto no quiere decir en que la Constitución se vea supeditada a los tratados, simplemente se establece que la protección de la persona es la materia fundamental. Ahora bien, en un país, el fortalecimiento de la protección de los derechos humanos se concretiza, mediante la concepción de un bloque de constitucionalidad que se encuentre integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la jurisprudencia internacional sobre el tema y cualquier otra norma que tutele los derechos de las personas.²⁵⁸ Por lo que esta incorporación de los derechos humanos de fuente convencional y de los propios tratados sobre derechos humanos no hace más que enfatizar la protección y el respeto a los derechos de las personas; derechos que en su gran mayoría ya se tenía, simplemente su contenido se amplía.

En este punto del trabajo cabe hacer una reflexión. El artículo 133 constitucional señala que los tratados internacionales formaran parte de la ley suprema del país, **siempre y cuando** estos estén de acuerdo con la misma, pero, ¿Qué sucedería en el supuesto de que un tratado signado por México sobre derechos humanos, no esté de acuerdo a la Constitución Federal?

Para dar respuesta a este cuestionamiento es preciso recordar el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados que establece la no invocación de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado (y no solo en materia de derecho humanos, sino en general), por lo cual, el hecho de que un tratado sea contrario al derecho interno de un Estado, resulta irrelevante para el derecho internacional, ya que su firma es un acto totalmente independiente que los países realizan de manera autónoma y en ejercicio de su

²⁵⁸ Herrerías Cuevas, Ignacio F. y del Rosario Rodríguez, Marcos, *El control de constitucionalidad y convencionalidad*, México, IBIJUS, 2012, pp. 75 y 76.

soberanía, por lo cual, si resulta que el tratado es contrario al derecho de un país, este no debe firmarlo o bien, debe formular las reservas que considere pertinentes siempre y cuando no vayan en contra del fin del tratado.

Por lo tanto, en virtud de que se presume que todos los tratados internacionales firmados por un país, son compatibles con el derecho interno, no debe existir mayor problema para que estos formen parte integrante del bloque de constitucionalidad. Si se diera el caso de que existiere un tratado firmado por México, contrario a las disposiciones internas, la acción a realizar sería adecuar el derecho interno con fundamento en el artículo 2 de la CADH²⁵⁹ o bien, realizar una interpretación armónica entre el derecho nacional y el internacional con el fin de que el derecho nacional se aplique a la luz del supranacional.

En esta tesitura, cuando se habla de “bloque de constitucionalidad, ya no nos referimos solo al derecho nacional, sino también al derecho internacional del que el Estado mexicano forma parte, especialmente en materia de derechos humanos.

Cuando el artículo primero constitucional establece: *“los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”* se debe entender no solo aquellos que se celebren específicamente en materia de “derechos humanos”, sino, como lo expresa José Luis Caballero Ochoa *“el universo denotado por la expresión tratado sobre derechos humanos, comprende aquellos que tienen por objeto específico el desarrollo de los derechos humanos y sus garantías, y cuyo fin no es otro que la protección a la persona, aunque se tenga en consideración otro tipo de instrumentos, que no teniendo ese objeto y fin*

²⁵⁹**ARTÍCULO 2.- Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno.**

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

*determinados, contengan normas atinentes a la protección de la persona*²⁶⁰, por lo cual, los tratados internacionales en materia de derechos humanos serán todos aquellos que, aunque se hayan celebrado con fines diversos, contengan en sí mismos, el reconocimiento de un derecho humano y por lo tanto, formarán parte del bloque de constitucionalidad y este reconocimiento tendrá la misma jerarquía supranacional de la que se ha venido hablando.

Empero, no solo los tratados internacionales en materia de derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad ya que este se ha venido ampliando para dar cabida a la jurisprudencia llevada a cabo por la CIDH, interprete último de la CADH, como ya lo han reconocido expresamente países como Colombia, Costa Rica, Perú, República Dominicana y Argentina,²⁶¹ con lo cual se le da aún más valor al derecho internacional y se reafirma su posición en el sistema jurídico mexicano.

Existe algunos autores que afirman que se debe reformar el artículo 133 constitucional en virtud de la reforma al primero, sin embargo, me parece que esto no es necesario ya que este artículo no establece jerarquías específicas sino que se limita a dar un listado de manera limitativa sobre las leyes supremas del país,²⁶² y el establecimiento de la jerarquía normativa lo hace la SCJN a través de su jurisprudencia, la cual respecto a la jerarquía de los tratados no ha sido modificada en virtud de la reforma; la siguiente jurisprudencia sigue vigente:

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.

La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados

²⁶⁰ Caballero Ochoa, José Luis, *op. cit.*, nota 58, p. 14.

²⁶¹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 240, p. 109.

²⁶² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, artículo 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes 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 suscribirlos, 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.²⁶³

Como se puede observar aún falta mucho por hacer, crear nuevos criterios jurisprudenciales a partir de la nueva relevancia que han tomado los tratados internacionales sobre derechos humanos y los derechos de fuente convencional derivados de cualesquier otro tratado, y homogenizar criterios respecto a cómo se debe aplicar el control de convencionalidad, sin embargo es un gran avance la reforma realizada y el reconocimiento de los tratados internacionales sobre derechos humanos, como parte integrante de la Constitución y la elevación de su jerarquía es una garantía para el adecuado ejercicio en sede nacional de los derechos humanos internacionales.

3.4. CARACTERÍSTICAS DEL EJERCICIO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO.

Las características del control de convencionalidad en México, son diversas y tienen el fin de brindar la mayor protección posible a la persona y maximizar los derechos humanos, por lo que a continuación tocaremos de manera individual cada una de estas características y sus medios de aplicación.

Primero habremos de recordar en palabras de Juan Carlos Hitters, que es el control de convencionalidad:

²⁶³Tesis P. IX/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, Abril de 2007, p. 6

Cuando hablamos de control de convencionalidad nos referimos a un mecanismo que debe ser llevado a cabo, primero por los cuerpos judiciales domésticos de cada país, haciendo una comparación entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, sea que surja de los tratados, del ius cogens o de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y luego esa tarea debe ser ejercida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos si es que el caso llega a sus estrados.²⁶⁴

Ahora bien, mediante este apartado se tratara la primera clasificación del control de convencionalidad a la que se refiere Hitters, “el control de convencionalidad en sede nacional”, aunque en México, todas las autoridades de cualquier nivel, tienen la obligación de realizarlo, no solo las judiciales, lo cual será otro punto a tratar.

Con la reforma al artículo primero constitucional se introdujeron varios lineamientos a través de los cuales se debe llevar a cabo el control de convencionalidad, que de ser aplicados correctamente, tienen como resultado la real y efectiva protección de los derechos humanos de índole nacional e internacional. Estos lineamientos o características, son primordiales en el ejercicio del control de convencionalidad en el Estado mexicano y requieren ser analizados uno a la vez. Con el fin de comprender mejor este cambio tan grande debemos hacer una comparación entre el texto anterior y el ya reformado:

<p>Artículo 1.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.</p> <p>...</p>	<p>Artículo 1o.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.</p> <p>Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados</p>
--	--

²⁶⁴Hitters, Juan Carlos, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, N° 2, 2009; p. 109.

<p>Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren en territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.</p> <p>Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.²⁶⁵</p>	<p>internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.</p> <p>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.</p> <p>Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.</p> <p>Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.²⁶⁶</p>
--	---

3.4.1. Reconocimiento de derechos humanos en lugar de otorgamiento de garantías, cláusula de apertura constitucional y la ampliación del catálogo de derechos humanos

En la tabla anterior se pudo notar el gran cambio que ha sufrido el artículo primero constitucional. En el párrafo primero se señala: *“todas las personas gozarán de los **derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los***

²⁶⁵ Artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, antes de la reforma de junio del 2011.

²⁶⁶ Artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformada en junio del 2011.

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 establece²⁶⁷

En esta parte del artículo encontramos varios puntos relevantes. El primero consiste en el cambio de “*garantías que otorga...*” a “*derechos humanos que reconoce...*”, ya que, en el modelo anterior se postulaba que el Estado “otorgaba” los derechos, por lo cual, en cualquier momento los podía quitar. Este pronunciamiento era eminentemente positivista, ligado a las teorías que no reconocen más derecho que el plasmado en un ordenamiento jurídico, el derecho positivo.

El texto reformado señala que estos derechos se reconocen, y este pequeño cambio tiene enormes consecuencias prácticas, ya que se habla de derechos inherentes a todas las personas, por lo que la función del Estado no consiste en otorgarlos, sino en reconocerlos y protegerlos, por lo cual no los puede quitar sino solo garantizar su cumplimiento.

El cambio de una sola palabra que pudiera parecer simple a la primera observación, tiene consecuencias jurídicas de enormes proporciones; ya que “otorgar” y “reconocer” son dos señalamientos totalmente contrarios, tal como lo señala Riccardo Guastini:

Si los derechos han sido simplemente declarados por los constituyentes, entonces: a) en primer lugar el catálogo de derechos contenidos en la constitución puede no ser exhaustivo (puede ser que el reconocimiento haya sido incompleto), de modo que los jueces constitucionales están autorizados a <<descubrir>> nuevos derechos; b) en segundo lugar, los derechos en cuestión son absolutamente inviolables, en el sentido de que no pueden ser suprimidos ni siquiera por reforma constitucional (ya que no han sido creados por alguna autoridad normativa humana, tampoco pueden ser suprimidos por una autoridad humana).

Si por el contrario, los derechos constitucionales han sido originalmente creados por los constituyentes entonces: a) en primer lugar, los únicos derechos existentes son los que

²⁶⁷ Resaltado añadido con el fin de señalar el texto más importante, que se analiza en este apartado.

*están expresamente mencionados en el texto constitucional, y el juez constitucional no tiene el poder de encontrar otros; b) en segundo lugar, las normas que confieren tales derechos (en ausencia de una prohibición expresa de reforma constitucional) pueden perfectamente, como sucede con cualquiera otra norma positiva, ser derogadas o modificadas.*²⁶⁸

Es entonces que el cambio de “otorgar” por “reconocer”, constituye un acercamiento hacia el derecho natural, ya que el Estado se limita a reconocer derechos preexistentes, con los que todas las personas cuentan por el solo hecho de existir, tal como se expresó en las discusiones sobre la reforma, en el dictamen de la cámara de senadores DS-IV-2010, en el que se señala que en el texto del artículo 1º constitucional “*se encuentra el corazón de la reforma pues (...) se reconocerán explícitamente los derechos humanos como derechos inherentes al ser humano, diferenciados y anteriores al Estado y se les dotará por ende, del mas pleno reconocimiento y protección constitucional*”;²⁶⁹ por lo que podemos dilucidar que efectivamente este significativo cambio al texto constitucional pretendía ese tránsito hacia el jusnaturalismo emergente de la segunda postguerra mundial del que ya se habló en el Capítulo I.

Además, al señalar que se reconocen los derechos humanos se crea una especie de “*constitución viviente*”²⁷⁰ ya que los jueces son quienes mediante sus interpretaciones deciden la manera en la que se debe interpretar la Constitución el día de hoy y no el día en el que fue creada, adaptando su contenido a las necesidades sociales actuales, aunque este cambio en el sistema jurídico puede tener sus detractores.

Como señala Gustavo Zagrebelsky, la regla general es que “*la Constitución viviente gusta más a quien trabaja para la extensión de los derechos y menos a quien opera en dirección opuesta...* (sin embargo) *los tiempos pueden cambiar y*

²⁶⁸Guastini, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, 3a ed., Madrid, Trotta-IIJ UNAM, 2010, pp. 97 y 98.

²⁶⁹García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez Julieta, *op. cit.*, nota 246, p. 73.

²⁷⁰ Término utilizado por Gustavo Zagrebelsky para señalar el cambio continuo de la Constitución, en virtud de las interpretaciones judiciales, si no en su contenido textual, si en la manera de aplicarse. Esta idea se puede encontrar en Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces Constituciones”, en Carbonell Miguel (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta-IIJ UNAM, Madrid, 2007.

*la re-interpretación puede ser invocada para limitar derechos...*²⁷¹ por lo cual, este cambio puede ser peligroso si no se cuenta con jueces constitucionales progresistas que velen por la ampliación de los derechos humanos.

Aunado a lo anterior, el término garantías, estaba mal empleado, ya que una garantía constitucional es, como lo señala Enrique Carpizo, un *“instrumento de defensa del contenido expreso o esencial de la Constitución, y los tratados internacionales vinculantes en materia de derechos humanos”*,²⁷² más no el derecho humano en sí, es decir, las garantías constitucionales, son aquellas mediante las cuales se brinda protección a los derechos humanos, y constituyen un medio para ejercerlos.

Con estos significativos cambios, en México se pretende transitar a una especie de sistema neoconstitucional, que se dio precisamente después de la segunda guerra mundial con la internacionalización de los derechos humanos en varios países de Europa y posteriormente en América Latina; un sistema que se caracteriza por tener principios democráticos y amplios catálogos de derechos humanos así como garantías constitucionales efectivas para su protección²⁷³

Aunque aún falta mucho por hacerse y mucho que escribir al respecto, con estas reformas se vislumbra un real sistema neoconstitucional protector ante todo de los derechos humanos, ahora solo faltan dos cosas: la primera, blindar este sistema para que no se sigan creando contra reformas retrogradadas y restrictivas del reconocimiento de derechos ya ganados y la segunda, ponerlos en práctica de manera general y efectiva.

El cambio de *“otorgar”* a *“reconocer”* los derechos humanos, nos lleva al siguiente aspecto relevante de esta reforma, que constituye una de las características fundamentales de la apertura constitucional hacia el derecho

²⁷¹ *Ibidem*, p. 97 y s.

²⁷² Carpizo, Enrique, *Diccionario practico de justicia constitucional*, México, Porrúa, 2012, p. 64.

²⁷³ Véase Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ta ed., México, Trotta, 2009.

internacional de los derechos humanos y con ello al debido ejercicio del control de convencionalidad. La llamada “*cláusula de apertura constitucional*”. Ya en el capítulo anterior, al realizar la comparación entre la recepción de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México se señaló que nuestra cláusula de apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos es por demás amplia.

Mediante ella se reconocen todos los derechos nacionales, establecidos en la Constitución Federal y todos los derechos contenidos en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte, como parte conformante de la Constitución, lo cual deriva en la ampliación al catálogo de derechos humanos, a diferencia de España.

Esta ampliación del catálogo de derechos humanos no es cosa simple ya que todos los derechos que se reconocen pueden ser accionados de manera directa y su violación se puede reclamar vía amparo, con lo que se crea todo un universo de posibilidades en el ejercicio de los derechos.

Es necesario señalar que para que esta apertura constitucional mediante la cual se amplía el catálogo de derechos humanos sea eficaz se necesita que los derechos humanos nacionales e internacionales puedan ser aplicados de manera indiferente por lo cual, se requiere que se encuentren en la misma posición jerárquica sin restricción alguna; que todos los derechos, sean de fuente nacional o convencional, gocen de las mismas garantías y formen parte de un mismo bloque de constitucionalidad.

Sistemas jurídicos diversos a los nuestros, como por ejemplo el francés, consideran a los tratados internacionales como normas ajenas al bloque de constitucionalidad, esto en virtud a que tienen una autoridad superior a las leyes de la República, las cuales deben adecuarse al tratado y no el tratado a las leyes,

autoridad admitida desde el año 1857²⁷⁴. En México los tratados internacionales sobre derechos humanos no son considerados jerárquicamente superiores a la Constitución, sin embargo al firmar un tratado en cualesquier materia, el Estado se compromete al igual que en Francia, a adecuar su legislación nacional al tratado en caso de que fueran contradictorios el uno con el otro, aunque esto rara vez suele suceder.

En el caso de Francia entonces, no podemos decir que los tratados internacionales formen parte del bloque de constitucionalidad, toda vez que se consideran superiores jerárquicamente a la normatividad nacional, y crean un bloque de *supraconvencionalidad*. Sin embargo, si en México se pretende que los derechos contenidos en los tratados internacionales de los que es parte sean protegidos en igualdad de condiciones a los derechos nacionales, todos ellos deben formar parte de un bloque de constitucionalidad, y contar con la misma jerarquía, pero no solo los derechos, sino también los tratados en la materia, ya que existen normas de actuación que son fundamentales para el debido cumplimiento de los derechos que contienen.

Mientras que en Francia lo establecido en los tratados se debe cumplir como parte del derecho interno, en México se deberá ponderar la situación particular de cada caso y se decidirá que legislación se debe aplicar, si la nacional o la internacional a través del principio *pro persona*. Entonces se puede afirmar que con la reforma constitucional sobre derechos humanos se pretendió brindar una mayor protección a los derechos humanos, pues siempre se debería elegir la norma que más le beneficie a la persona.

Si la reforma constitucional se llevara a la práctica al pie de la letra, la jerarquía piramidal de Kelsen que durante tanto tiempo reinó en nuestro sistema jurídico quedaría superada para darle paso a la protección fundamental de los

²⁷⁴ Otálora Malassis, Janine, *El control de legalidad y de la constitucionalidad en Francia*, México, Porrúa, 2009, pp. 92-93.

derechos humanos que se encuentran por encima de cualquier ordenamiento particular.

3.4.2. Cláusula de Interpretación conforme

Cuando el párrafo segundo del artículo primero constitucional establece que *“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia...”*, se establece la llamada “cláusula de interpretación conforme”, en virtud a la cual todas las interpretaciones realizadas sobre los derechos humanos deben interpretarse de acuerdo a la Constitución, y a los tratados internacionales.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor la define como *“la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados así como por la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales... para lograr su mayor eficacia y protección”*²⁷⁵. Mediante esta definición nos adentramos en la verdadera naturaleza del control de convencionalidad en sede nacional.

La realidad es que los tratados internacionales en materia de derechos humanos vienen a complementar al sistema jurídico mexicano con el único fin de maximizar los derechos de las personas, lo cual implica que la interpretación conforme no es más que la obligación de la autoridad de realizar una interpretación tanto de la legislación nacional como de la internacional que no contradiga entre sí, para finalmente aplicar la que más beneficie a la persona.

Enrique Carpizo señala que existen varios tipos de interpretación conforme²⁷⁶, los cuales a saber son:

²⁷⁵Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 240, p. 110.

²⁷⁶ Carpizo, Enrique, *op. cit.*, nota 272, pp. 74 y 75.

- a. Interpretación conforme a la Constitución;
- b. Interpretación conforme a tratados internacionales, (yo agrego en materia de derechos humanos);
- c. Interpretación conforme de la Constitución a normas inferiores;
- d. Interpretación conforme de tratados internacionales al derecho interno, e;
- e. Interpretación conforme de precedentes judiciales nacionales a internacionales o viceversa.

Esta clasificación de la interpretación conforme es aplicable en todo momento cuando la norma bajo la cual se hace la interpretación es la que más protege a la persona (principio *pro persona*), es decir, la jerarquía normativa es un tema superado, toda vez que mediante la interpretación conforme y el principio *pro persona*, la norma de derechos humanos que tendrá aplicación será, no la que este en la cúpula jerárquica, sino la que más la beneficie o menos perjudique a la persona.

Ahora bien, los destinatarios de esta cláusula de interpretación conforme son todas aquellas personas que interpreten una norma, todos los operadores jurídicos que en algún momento aplican normatividad de derechos humanos están obligados a llevar a cabo esta interpretación, jueces, abogados, autoridades administrativas, etcétera, sobre todo en lo relativo a restricciones ya que puede que una norma nacional prohíba lo que una internacional aprueba o viceversa.

Ferrer Mac-Gregor señala que el objeto de la interpretación conforme no se restringe solo a normas Constitucionales e internacionales sino que también comprende a las infra constitucionales que deberán interpretarse desde la luz de

la norma fundamental hacia abajo, así como todos los derechos establecidos en la Constitución Federal y no solo aquellos que se encuentran en los primeros 29 artículos; también los contenidos en tratados internacionales que aunque no siendo específicamente creados con el fin de proteger derechos humanos, los contengan, así como las interpretaciones de los tratados realizados por la CIDH, y, tanto las normas de carácter sustantivo como adjetivo, por lo que los procedimientos mediante los cuales se protegen los derechos humanos y se aplican sus garantías también puede ser objeto de interpretación.²⁷⁷ La interpretación conforme entonces, debe llevarse a cabo sobre cada norma de derechos humanos que el operador jurídico aplique, con el fin de no contradecir otras normas que contengan el mismo derecho de una manera más amplia.

La realización de esta interpretación es de oficio y no optativa; es decir, el sujeto activo no está obligado a instar a los intérpretes para que la realicen, sino que la tienen que llevar a cabo siempre que la controversia implique normas de derechos humanos.

Además, la cláusula de interpretación conforme tiene un “principio de armonización”²⁷⁸ entre la Constitución y el tratado internacional, por lo que al realizar la interpretación, se debe armonizar la norma nacional y la internacional, con el fin de que no tenga que inaplicar la norma nacional, pero en caso de existir una antinomia se deberá aplicar la norma que más beneficie a la persona.

José Luis Caballero señala que la interpretación conforme implica un trabajo de armonización, al integrar los derechos de la normativa interna con la convencional, mediante “*una interpretación convencional de la norma nacional*” en las situaciones concretas en que no sea posible desaplicar una norma sobre un

²⁷⁷Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 240, pp. 116 y 117.

²⁷⁸*Ibidem*, p. 118.

caso concreto.²⁷⁹ De este ejercicio se colige que el objetivo principal del control de convencionalidad no es ni principal ni únicamente resolver colisiones entre normas o la declaración de invalidez de las mismas, sino que la búsqueda principal de este mecanismo de protección es la maximización de los derechos humanos, “*su integración en clave de armonización*”²⁸⁰; prefiriendo en todo momento las interpretaciones más amplias, que más protejan los derechos.

En el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*,²⁸¹ se establece que a través de la interpretación conforme se salva la convencionalidad de la norma interna; y además, si en un Estado no se permite el control difuso de constitucionalidad, los jueces del mismo no se eximen de ejercer control difuso de convencionalidad en el marco de sus respectivas competencias, aunque con menor intensidad, y deben efectuar aun así, una “interpretación conforme”, tanto de su Constitución como de la Convención Americana y su jurisprudencia. “*Esta interpretación requiere una actividad creativa para lograr la compatibilidad de la norma nacional conforme al parámetro convencional y así lograr la efectividad del derecho o libertad de que se trate, con los mayores alcances posibles en términos del principio pro homine.*”²⁸².

Al pronunciarse la Corte Interamericana sobre la interpretación conforme en un asunto del que es parte México o bien, aunque no sea parte, se vuelve obligatoria su aplicación, tanto por autoridades como por particulares que apliquen las normas de derechos humanos y con esto se maximizan los derechos y se asegura que la norma que se aplica es la que más le beneficia a la persona del caso concreto.

²⁷⁹Caballero Ochoa, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1, segundo párrafo, de la constitución)” en Carbonell, Miguel y Salazar Pedro (coords), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, p. 107.

²⁸⁰*Idem*.

²⁸¹Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*... *op. cit.*, nota 245, párrafos 36 y 37, p. 13.

²⁸²*Ibidem*, párrafo 37.

En otro orden de ideas, se debe recordar que el párrafo segundo del artículo primero constitucional también habla sobre el principio *pro persona*, que de hecho forma una mancuerna con la interpretación conforme para maximizar los derechos humanos y aplicar en todo momento el que más beneficie a la persona, por lo cual, a continuación analizaremos el referido principio.

3.4.3. Principio *pro persona*

En el capítulo anterior se analizó brevemente como este principio sirve en el Estado mexicano para decidir cuál norma aplicar, si la nacional o la internacional en caso de existir algún conflicto entre ambas. Efectivamente el sistema mexicano ha adoptado el principio *pro persona* del derecho internacional de los derechos humanos como parte de la aplicación del control de convencionalidad difuso, mediante el cual se lleva a cabo una ponderación del derecho internacional y el nacional con el fin de aplicar el que más beneficie a la persona; consagrado en el artículo 29 de la Convención Americana, los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, y el artículo 5 del PIDCP.

Este principio, convertido en regla a través de la aplicación forzosa del mismo, se debe realizar a través de dos directrices. La primera es la preferencia interpretativa mediante la cual *“se procura obtener un criterio que optimice el derecho humano”*²⁸³ en el que se favorezca la libertad y la protección a las víctimas y; a través de la preferencia de normas *“el juez debe esforzarse por aplicar la norma más favorable a la persona, si la norma constitucional y la norma de un tratado tuviesen soluciones diversas para un caso concreto, prevalecerá como disposición aplicable la que reportase mayor beneficio al derecho de una persona”*²⁸⁴

²⁸³Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, México, Porrúa, 2013, p. 23.

²⁸⁴*Idem.*

Tal como señala José Luis Caballero Ochoa, el principio pro persona cumple con dos objetivos: a) *definir el estándar de integración normativa... y b) señalar la norma aplicable en caso de antinomias, y con independencia de su posición jerárquica*,²⁸⁵ con lo cual se reafirma que aunque las normas sean contrarias, ya sea mediante control de convencionalidad o de constitucionalidad, se debe aplicar la norma que más beneficie a la persona.

La vía para decidir cuál será la legislación aplicable para cada caso concreto se llevará a cabo a través del “principio pro persona”²⁸⁶, es decir, se tendrá que aplicar la legislación que más beneficie a la persona, por lo cual, se puede decir que los tratados internacionales y el derecho interno de un país se aplicaran en forma de “perilla”, girándola hacia el derecho que resulte más amplio y mejor fundamentado, teniendo como consecuencia la protección más amplia en todo momento a los derechos de las personas, lo cual no implica en ningún momento que los tratados internacionales sean jerárquicamente superiores a la Constitución.

3.4.4. Aplicación *ex officio* del control de convencionalidad por parte de todas las autoridades dentro del ámbito de sus competencias

No solo los Tribunales Constitucionales, o en el caso de México el Poder Judicial Federal a través de sus órganos especializados, deben aplicar el control de convencionalidad; todas las demás autoridades en el ámbito de sus competencias más que facultadas están obligadas a llevar a cabo un control de convencionalidad difuso, pues si bien es cierto las autoridades federales son las encargadas de ejercer un control de constitucionalidad a través del juicio de amparo, controversias constitucionales y actos de inconstitucionalidad, en donde ya se aplicaban aunque de manera indirecta los tratados internacionales; también es cierto que la pasada reforma de junio del año 2011 abre una nueva brecha

²⁸⁵ Caballero Ochoa, José Luis, *op. cit.*, nota 279, p. 130.

²⁸⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 240, p. 134.

legal muy importante en donde el derecho internacional de los derechos humanos debe ser aplicado como derecho común, incluyendo todos los tratados signados por México y las interpretaciones de la CADH, realizadas por la CIDH.

Esta obligación se vino a afianzar con la incorporación en el párrafo tercero del artículo primero constitucional de la obligación de todas las autoridades dentro del ámbito de sus competencias de llevar a cabo *ex officio* tanto control de constitucionalidad como de convencionalidad, señalamiento que se hizo también plenamente en la sentencia condenatoria de 26 de noviembre de 2010 del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México,²⁸⁷ llevado ante la CIDH en virtud de la cual, no solo autoridades jurisdiccionales sino administrativas de cualquier nivel, deben llevar a cabo estos medios de protección a los derechos humanos de oficio.

Y es precisamente el caso García Cabrera y Montiel Flores, donde se establece un parámetro a seguir para ejercer el control de convencionalidad en sede nacional y se evidencia el error del Estado mexicano en el intento de aplicar tratados internacionales.²⁸⁸

Esto debido a que el Estado mexicano opuso entre sus excepciones que la Corte era incompetente, toda vez que ya se había ejercido un control de convencionalidad en sede nacional, y que el hecho de que la Corte entrara en el estudio del asunto significaría una “cuarta instancia”, sin embargo la CIDH consideró que en primer lugar, México no había ejercido realmente un control de convencionalidad ya que este ejercicio implica no solo invocar tratados internacionales sino empatarlos con la legislación interna y en su caso adecuar el derecho interno a la CADH.

²⁸⁷Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México... *op. cit.*, nota 245, párrafo 225.

²⁸⁸Voto razonado del Juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, de 26 de noviembre de 2010. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; serie C, número 220, p. 3.

En segundo lugar, aunque así lo hubiere realizado, la Corte Interamericana es el intérprete último de la Convención, por lo cual mientras el Estado está obligado en todo momento a realizar control de convencionalidad difuso, la Corte tiene atribuciones para revisar que los Estados parte hayan realizado un control de convencionalidad efectivo y adecuado, traduciéndose en un control concentrado y último de convencionalidad, coadyuvante del nacional que busca, no revisar las decisiones de los jueces nacionales, sino la debida aplicación e interpretación de la Convención Americana y demás tratados sobre derechos humanos que ha signado un país.

Además mediante el voto razonado del Juez Interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor se reafirmó la decisión de la Corte, al señalar...

La actuación de los órganos nacionales (incluidos los jueces), además de aplicar la normatividad que los rige en sede doméstica, tienen la obligación de seguir los lineamientos y pautas de aquellos pactos internacionales que el Estado, en uso de su soberanía, reconoció expresamente y cuyo compromiso internacional asumió. A su vez, la jurisdicción internacional debe valorar la legalidad de la detención a la luz de la normatividad interna, debido a que la propia Convención Americana remite a la legislación nacional para poder examinar la convencionalidad de los actos de las autoridades nacionales, ya que el artículo 7.2 del Pacto de San José remite a las "Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas" para poder resolver sobre la legalidad de la detención como parámetro de convencionalidad.²⁸⁹

Este es un precedente de suma importancia toda vez que el hecho de que los órganos jurisdiccionales mexicanos hayan alegado como excepción al conocimiento de la Corte sobre este asunto, que ya se había aplicado control de convencionalidad de manera interna, denota el total desconocimiento que se tenía en ese momento sobre el derecho internacional de los derechos humanos y las obligaciones que se contraen por los Estados al momento de firmar los tratados.

Y es que cuando se firma un tratado internacional, máxime sobre derechos humanos, los Estados se obligan entre otras cosas a cumplir con los lineamientos establecidos en el mismo y a adecuar su derecho interno con el fin de no

²⁸⁹*Idem.*

contravenir los mismos, por lo cual desde el momento en el que se firma un tratado, todas las autoridades nacionales, dígase federales, estatales, municipales y del Distrito Federal (en el caso de México), se encuentran obligados a vigilar el debido cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas.

Sin embargo, la CIDH, al ser como ya se mencionó, el intérprete último de la Convención, tiene el deber de revisar todas las actuaciones locales con el fin de saber si las normas internas que se aplicaron, contravienen algún tratado signado por México y si el control convencional se llevó a cabo de una manera adecuada, o bien, se incurrió en una responsabilidad internacional que debe ser reparada.

Ahora bien, en el mismo voto razonado se dice que el control difuso de convencionalidad se debe llevar a cabo de oficio (*ex officio*), sea invocado o no por las partes, lo cual ya se había establecido a través de jurisprudencias llevadas a cabo mediante la resolución de casos tales como el de “*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú*”²⁹⁰, y el *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*”,²⁹¹ a partir de los cuales la jurisprudencia de la CIDH permaneció firme respecto al ejercicio *ex officio del* control difuso de convencionalidad.²⁹²

Por lo que se puede apreciar hasta este momento, el cambio del texto constitucional de junio del 2011 al artículo primero, derivó de la gran presión internacional por casos como los anteriormente expuestos y culminando con el conocido Radilla Pacheco sobre desaparición forzada de personas en donde se condenó al Estado mexicano entre otras cosas a aceptar públicamente su responsabilidad y compensar económicamente a la familia del desaparecido

²⁹⁰Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú*, solicitud de Interpretación de la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de noviembre de 2007, serie C, número 174, 25 páginas.

²⁹¹Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*..., *op. cit.*, nota 214.

²⁹²*Ibidem*, p.17.

Rosendo Radilla entre otras cosas...²⁹³ sin embargo se necesita mucho más que una reforma constitucional para que esta se lleve a la práctica.

Este cambio paradigmático en nuestro sistema constitucional, tiene como resultado que cualquier persona pueda acudir en cualquier instancia a reclamar el cumplimiento de sus derechos humanos de índole nacional o internacional, y el Estado está obligado a garantizar su cumplimiento a través de todas sus autoridades.

Un ejemplo de esto, lo tenemos en el Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa del Estado de Michoacán. Dicho órgano ha venido realizando el control de convencionalidad desde mediados del año 2009, convirtiéndose en el primer y único cuerpo jurisdiccional de todo el país en practicarlo de manera reiterativa, siendo una “*verdadera jurisdicción de convencionalidad*”.²⁹⁴

También aunque de manera aislada, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, desde el 2007 puso en evidencia la obligación del Estado mexicano en cuanto a la realización del control de convencionalidad en el caso Hank Rhon, en donde se realizó una interpretación conforme a la CADH y el PIDCP, de los artículos 41 y 42 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, lo que constituye una de las características del control difuso de convencionalidad.²⁹⁵

En virtud de lo anteriormente mencionado es que se evidencia que el control de convencionalidad *ex officio* es una obligación que no deriva solo de la reforma del primero constitucional sino que desde el momento en el que se firma

²⁹³ Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos... *op. cit.*, nota 221.

²⁹⁴ García Morelos, Gumesindo, *Tribunal Administrativo y el control de las leyes*, El Sol de Morelia, 27 de julio de 2011, este texto se puede consultar en la página: <http://www.oem.com.mx/elsoldemorelia/notas/n2162277.htm>.

²⁹⁵ Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano número SUP-JDC-695/2007, interpuesto por Jorge Hank Rhon contra la resolución de veintiuno de junio de dos mil siete, emitida por el Tribunal de Justicia Electoral del Poder Judicial del Estado de Baja California, resuelta por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación el 6 de julio del 2007.

un tratado internacional se adquiere y debe ser cumplida, es decir, no es solo potestativa.

3.4.5. Inaplicación de la norma

Cabe recordar que los tratados internacionales de cualesquier materia, tienen una aplicación obligatoria en nuestro país con fundamento en el artículo 133 constitucional, cuyo texto original encuentra su primer antecedente en el artículo 126 de la constitución de 1857. Además su obligatoriedad deriva también del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 -como ya se mencionó- y en el artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales²⁹⁶ ratificado por México en 1988, por lo que se debe ejercer control de convencionalidad en todo el territorio del Estado mexicano sin que su cumplimiento pueda verse mermado por la legislación nacional.

Se reafirma lo anterior en la sentencia de la CIDH de 23 de noviembre del 2009, en la que se estableció que “cuando un Estado ha ratificado un Tratado Internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objetivo y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos... el Poder Judicial debe ejercer su control de convencionalidad ex officio entre las normas internas y la Convención Americana...”²⁹⁷

Esta obligación, implica en un primer momento la inaplicación de la ley nacional en caso de contravenir el tratado internacional del que se es parte y en

²⁹⁶Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales. Artículo 29 (Ámbito territorial de los tratados) Un tratado entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales será obligatorio para cada uno de los Estados partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo.

²⁹⁷Pacheco Pulido, Guillermo, *Control de convencionalidad*, México, Distrito Federal, Porrúa, 2012, p. 11.

un segundo momento la adopción de disposiciones internas con el fin de cumplir con lo dispuesto en la legislación internacional signada.

Pero, la obligación no termina con la legislación interna de los derechos protegidos, sino que además, si la legislación nacional contraviene un tratado internacional que ha signado un país, este debe reformar su legislación y adecuarla al derecho internacional como parte del cumplimiento de sus obligaciones internacionales siempre y cuando la norma nacional no proteja mayormente un determinado derecho internacionalmente reconocido.

Además, a través de jurisprudencia, se estableció que la Suprema Corte de Justicia es la única que puede declarar inconstitucional o inconvencional un artículo, mientras que el resto de las autoridades dentro del ámbito de sus competencias solo tienen la facultad de **inaplicar** la norma por considerarla precisamente inconstitucional o inconvencional y las autoridades judiciales deberán hacerlo mediante un incidente por cuerda separada al expediente.

Esta prohibición se torna peligrosa ya que para lograr un adecuado cumplimiento de los medios de protección de los derechos humanos, ya sea que estén contenidos en ordenamientos jurídicos nacionales o internacionales, debe existir la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma mínimamente por todas las autoridades jurisdiccionales, ya que de lo contrario, se caería en el absurdo de que solo aquellos que tengan los recursos para acceder a la justicia jurisdiccional, con todo lo que esto implica, pueda en su caso concreto, poder desaplicar una norma inconvencional, mientras que a aquellas personas que por determinadas razones no puedan acceder a la justicia se les seguiría aplicando la norma inconvencional o inconstitucional.

Pareciere que la SCJN fue celosa respecto al control de constitucionalidad concentrado que llevo a cabo solo este órgano supremo por tanto tiempo y bien, respecto al control de convencionalidad, finalmente la última palabra de la revisión

de los textos nacionales para determinar si son inconvencionales o no, la tiene la CIDH, órgano al que nos encontramos supeditados desde 1996.²⁹⁸

Podemos visualizar que aunque la reforma de junio del 2011 fue muy importante, si de protección a los derechos humanos se trata, también es cierto que falta un enorme camino que recorrer, tanto en la expedición de leyes que regulen el actuar de las autoridades, como en nuevas interpretaciones más liberales que coadyuven a la adecuada protección de los derechos más que limitarla.

3.5. PRINCIPALES CRITERIOS INTERPRETATIVOS EMITIDOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA DÉCIMA ÉPOCA

Mediante éste apartado se apreciarán las interpretaciones jurisprudenciales más relevantes que ha establecido la SCJN sobre el control de convencionalidad en sede nacional. Estas son diversas y en algunas ocasiones contradictorias, por lo que aunque mediante este apartado no se muestra toda la diversidad de las mismas, sí se analizan las que marcan los lineamientos más importantes sobre los que se deberá ejercer.

Aun así, cabe mencionar que si bien es cierto que la SCJN, es el intérprete último de nuestra Constitución y nuestra máxima autoridad judicial en cuanto a derecho interno se trata, también es cierto que la obligación de realizar control difuso de convencionalidad no deriva ni de la Constitución Federal primigeniamente ni de las interpretaciones de la Suprema Corte, sino que, como ya se dijo antes, tiene su origen en la firma de tratados internacionales en el caso específico sobre derechos humanos y de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

²⁹⁸Año en que México acepto la competencia contenciosa de la Corte.

Es así que la SCJN, ha sido la autoridad encargada, hasta el momento, de la creación de los parámetros que indiquen la manera en la que las autoridades deben cumplir con esta obligación internacional, sin embargo, no podrán determinar la obligatoriedad, potestad o restricción de aplicar los tratados en sede nacional, ya que recordando lo visto en capítulos precedentes, los tratados internacionales se firman bajo la suposición de cumplimiento de buena fe de las partes (*pacta sunt servanda*)²⁹⁹, y además, si los Estados parte de un tratado sobre derechos humanos, no tuvieran la legislación interna necesaria para proteger los derechos que en él se amparan o bien, el derecho interno (desde la Constitución Federal hasta las normas estatales), contraviniera lo establecido en el tratado, existe la obligación de adecuación del derecho interno³⁰⁰ y además, no se puede invocar el derecho interno de un Estado parte como incumplimiento del tratado³⁰¹.

Las consideraciones anteriores, claro está, determinan la obligatoriedad del ejercicio del control de convencionalidad en sede nacional, sin embargo, los lineamientos bajo los cuales debe ser ejercida ésta obligación, son potestad del Estado, tarea que en nuestro país hasta ahora ha realizado la Suprema Corte de manera un tanto controversial, sobre todo por la decisión del pasado 3 de septiembre del presente año, en donde se concluyó que “los tratados internacionales y la Constitución Federal tienen la misma jerarquía **salvo en las excepciones que la misma prevea**”³⁰², decisión cuestionable del todo, ya que si decimos que en la cúpula de la jerarquía normativa encontramos a la norma que más beneficia a la persona, esta regla debe aplicar para toda norma, sin excepción alguna; además, con esta decisión se violan los compromisos internacionales adquiridos al firmar la Convención de Viena.

²⁹⁹ Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados.

³⁰⁰ Artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁰¹ Artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

³⁰² Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 3 de septiembre de 2013, este texto se puede encontrar en la página: http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/03092013PO.pdf.

El control de convencionalidad en sede nacional es una obligación que corresponde a todas las autoridades del país, además de las razones que ya se han mencionado en la lógica del presente trabajo, por las sentencias condenatorias al Estado mexicano dictadas por la CIDH, y por las sentencias emitidas contra otros países que conforman jurisprudencia obligatoria para nuestro país, tales como el caso *Almonacid Arellano vs Chile*³⁰³ y *trabajadores cesados del Congreso vs Perú*³⁰⁴, casos en donde se señaló la obligación de los Estados parte de la Convención a ejercer un control de convencionalidad en sede nacional, que más que determinar la obligación de este medio de control, recordó a los Estados sus obligaciones internacionales adquiridas al firmar la Convención, pues ésta obligación, no se adquirió primigeniamente con las sentencias condenatorias, sino que más bien, las sentencias resultaron condenatorias por el incumplimiento de los países de sus obligaciones internacionales, y este control de convencionalidad se debe ejercer **sin restricción alguna, sin poder invocar derecho interno en ningún caso con el fin de incumplir un tratado.**

Ahora bien, si hacemos una ponderación entre el artículo 26 de la Convención de Viena que se reitera, establece **la no invocación del derecho interno con el fin de incumplir un tratado**, y el criterio establecido por la Suprema Corte, referente a que no se deberá ejercer control de convencionalidad sobre las excepciones que marca la Constitución, ¿Cuál resultaría en una protección más amplia para la persona?, tomando en cuenta que el artículo primero constitucional actual establece el principio *pro persona*, como regla para decidir que legislación aplicar. Evidentemente la norma que resulta más benéfica es la internacional y por lo tanto caeríamos en el absurdo de aplicar una norma internacional en virtud a la cláusula de apertura que la misma Constitución señala, inaplicando así, el criterio establecido por la Suprema Corte.

³⁰³Caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile...*, *op. cit.*, nota 214.

³⁰⁴Caso *trabajadores cesados del Congreso vs. Perú...*, *op. cit.*, nota 290.

Es así que, los razonamientos anteriores son una prueba más de que nuestras autoridades, sobre todo jurisdiccionales requieren urgentemente una capacitación integral sobre el derecho internacional de los derechos humanos, con el fin de no caer en contradicciones entre las normas nacionales y sus interpretaciones y las normas supranacionales y su jurisprudencia.

Ahora bien, a continuación me permito señalar algunas de las tesis tanto aisladas como jurisprudenciales que a mi criterio contienen una mayor relevancia para el ejercicio del control de convencionalidad por las autoridades jurisdiccionales, y que medianamente delimitan los parámetros de su actuación.

Me parece adecuado comenzar con la siguiente jurisprudencia: **CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011).**³⁰⁵ En esta jurisprudencia se establece que tanto los jueces federales como del orden común, deben ejercer control de convencionalidad, sin embargo, los jueces distintos de las vías directas de control establecidas en la Constitución Federal, no podrán hacer declaratoria de inconstitucionalidad de una norma por no estar conforme con la Constitución o los tratados internacionales, sino solo inaplicarla. Como nos podemos dar cuenta, en esta jurisprudencia solo se habla de la inconstitucionalidad, aun y cuando la norma sea contraria a tratados 'internacionales, no a la Constitución; no se señala ninguna declaratoria de inconventionalidad o bien, la inaplicación de la norma por inconventional.

Ahora bien, la jurisprudencia **CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD. LA INAPLICACIÓN DE LA NORMA CUYA INCONVENTIONALIDAD SE DECLARA SÓLO TRASCIENDE A UNA INCONSTITUCIONALIDAD INDIRECTA DEL ACTO RECLAMADO AL NO EXISTIR LA DECLARATORIA RELATIVA,**³⁰⁶ entre otras cuestiones implícitas en

³⁰⁵ Tesis 1a./J. 18/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 1, diciembre de 2012, p. 420.

³⁰⁶ Tesis P. V/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. 1, marzo de 2013, p. 363.

el título, a diferencia de la anterior, si señala la posibilidad de inaplicar la norma por inconvencional, más establece, que “*es innecesario reflejar la inconvencionalidad de una norma de derecho interno en los puntos resolutive de la sentencia en la que se hace dicho pronunciamiento*”, ya que “**el control de convencionalidad no puede llegar más allá de la inaplicación de la norma interna en el caso específico**”; lo cual implica, que en todo caso la norma inconvencional, deberá ser declarada así dentro de un procedimiento jurisdiccional o administrativo que solo tendrá efectos *inter partes*, es decir, la norma inconvencional **seguirá perteneciendo al sistema** con posibilidad de seguirse aplicando en casos diversos en los que no se perciba su conflicto con la norma supranacional.

Similar caso se tiene en cuanto al control de constitucionalidad difuso, sin embargo, en este caso, las autoridades que ejercen control de constitucionalidad concentrado, pertenecientes al Poder Judicial de la Federación, si pueden llevar a cabo una declaratoria general de inconstitucionalidad, que tenga efectos *erga omnes*, sin embargo, en cuanto al control de convencionalidad, no existe una posibilidad en el ámbito nacional, de declarar la inconvencionalidad con efectos generales.

Esta situación provoca principalmente que solo aquellas personas con los recursos económicos suficientes para acceder a la justicia jurisdiccional, puedan reclamar los derechos humanos de fuente internacional y que para el resto se sigan llevando a cabo violaciones sistemáticas a los mismos, lo cual implica, una falta de protección integral.

Por estas razones, si se quiere brindar una protección integral a los derechos humanos, cualquiera que sea el origen de su protección y reconocimiento, se deben crear los mecanismos idóneos, para expulsar del ordenamiento jurídico, las normas que reiteradamente han sido declaradas

inconvenientes, pues de lo contrario, no servirá de mucho ejercer control de convencionalidad solo en los casos que lleguen a un conflicto jurídico.

La jurisprudencia **DERECHOS FUNDAMENTALES. CUANDO DE MANERA SUFICIENTE SE ENCUENTRAN PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, SE TORNA INNECESARIO EN INTERPRETACIÓN CONFORME ACUDIR Y APLICAR LA NORMA CONTENIDA EN TRATADO O CONVENCIÓN INTERNACIONAL, EN TANTO EL ORDEN JURÍDICO EN SU FUENTE INTERNA ES SUFICIENTE PARA ESTABLECER EL SENTIDO PROTECTOR DEL DERECHO FUNDAMENTAL RESPECTIVO**³⁰⁷, establece que no se puede invocar el principio pro persona con el fin de aplicar de manera directa un tratado internacional, pues si del análisis del contenido de la norma nacional con la internacional se desprende que ambas regulan de manera idéntica un determinado derecho, será innecesario que se aplique la normativa internacional, ya que la nacional protege suficientemente el derecho que se pretende ejercer.

Una más de las jurisprudencias que a mi parecer presentan gran relevancia en la formación de un canon para la actuación de la autoridad jurisdiccional en el ejercicio del control de convencionalidad es la que reza: **PRINCIPIO PRO PERSONA. ES UN DERECHO PLASMADO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS QUE REQUIERE SU VINCULACIÓN CON LA VIOLACIÓN DE UN DERECHO HUMANO PARA SU EFECTIVIDAD.** Esta tesis señala que no se puede alegar que se haya violado un derecho humano de fuente nacional o internacional de manera autónoma, es decir, fundamentándose en que al momento de aplicarlo, la autoridad no realizó una ponderación para estimar cual derecho, si el nacional o el internacional le brindaban mayor protección, ya que en sus argumentos el

³⁰⁷ Tesis: I.3o.P. J/1, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 2, mayo de 2013, p. 1221

agraviado tendría que exponer que derecho humano fue el que se transgredió por contener una mayor protección que el aplicado por la autoridad.

Esta tesis tiene dos facetas. La primera, que me parece positiva, es impedir que intencionalmente se retrase el procedimiento con argumentos sin sentido cuando se sabe que el derecho aplicado y el que se está alegando que no se estudió, contienen igual protección a los derechos humanos. La segunda faceta sin embargo, podría resultar un tanto contradictoria con la obligación del ejercicio *ex officio* del control de convencionalidad que tienen todas las autoridades, ya que en todo momento se debe realizar una ponderación entre el derecho nacional y el internacional, la pregunta sería entonces si ésta obligación trasciende a la elaboración de un razonamiento específico en toda sentencia dictada por autoridad jurisdiccional, en donde se indique cual derecho se aplica y por qué razón. Este ejercicio ponderativo, aunque podría resultar engorroso, sería una forma efectiva de asegurar el ejercicio del control de convencionalidad por las autoridades jurisdiccionales.

Por su parte, la jurisprudencia **PRINCIPIO PRO HOMINE Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. SU APLICACIÓN NO IMPLICA EL DESCONOCIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS FORMALES Y MATERIALES DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LAS ACCIONES**,³⁰⁸ nos brinda un panorama sobre la forma en la que se debe llevar a cabo el principio *pro homine* o pro persona, ya que si bien es cierto que en todo momento se debe aplicar la norma más favorable a los individuos, esto no implica que no se deben seguir los procedimientos formales y materiales de trámite y cumplir con los requisitos de procedencia establecidos en la ley local, lo cual es de suma importancia para no caer en abusos por parte de los individuos que lo solicitan, o bien en trámites que pretendan confundir a la autoridad con fines que no tengan nada que ver con la protección a los derechos humanos.

³⁰⁸ Tesis VI.3o.A. J/2, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 2, febrero de 2013, p. 1241.

La tesis aislada que reza: **CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. PARÁMETROS PARA EJERCERLO EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL CONFORME A LA EJECUTORIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DICTADA EN EL EXPEDIENTE VARIOS 912/2010**³⁰⁹, justifica la obligatoriedad del ejercicio del control de convencionalidad específicamente en la conocida sentencia del caso Radilla Pacheco vs México y además, enumera, tal como lo establece su título, algunos de los parámetros que se deben seguir en el ejercicio del control de convencionalidad:

1. En su primer punto establece el fundamento del cumplimiento de la obligatoriedad de las sentencias de la CIDH, invocando los artículos 62.3, 67 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.
2. En el punto dos establece que todas las resoluciones de la Corte Interamericana son obligatorias, sin embargo solo menciona esta obligación cuando el Estado mexicano sea parte. Cabe mencionar que las resoluciones de la Corte son vinculantes en todo momento aunque el Estado no sea parte y este criterio se ha establecido ya en la resolución de la SCJN del pasado 3 de septiembre del año 2013, como ya se mencionó al principio de este apartado.³¹⁰
3. En este apartado se dice que las sentencias de la Corte en donde el Estado mexicano no sea parte son “orientadoras” en la actuación del Estado mexicano, sin embargo este criterio ya está rebasado como se expresó en el punto dos, ya que todas las sentencias de la Corte Interamericana son plenamente vinculatorias y deben ser cumplidos sus lineamientos.

³⁰⁹ Tesis: IV.3o.A.10 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 2, diciembre de 2012, p. 1303.

³¹⁰ Versión taquigráfica de la..., *op. cit.*, nota 302.

4. Aquí se establece que en la observancia y protección de los derechos humanos se deben tomar en consideración todos aquellos habidos tanto en la Constitución Federal, como en los tratados internacionales y en la jurisprudencia nacional e internacional con el fin de saber cuál de ellas es la que otorga mayor protección al individuo.
5. Este apartado se refiere a la obligación de todas las autoridades de brindar protección a los derechos humanos tanto de fuente nacional como internacional.
6. Mediante este punto se señala que en el ejercicio judicial del control de convencionalidad, los jueces no pueden expulsar del ordenamiento jurídico las normas que consideren inconvencionales sino solo inaplicarlas.
7. Este punto es de suma importancia ya que establece que el control de convencionalidad *ex officio* debe ser acorde al control de constitucionalidad establecido por el Estado, cuestión que es fundamental para el debido ejercicio del control de convencionalidad.
8. Por último, el punto número ocho señala tres pasos para realizar el ejercicio del control de convencionalidad:
 - a. Primero se deberá hacer una interpretación conforme en sentido amplio, es decir, las autoridades *“deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”*;
 - b. Si esto no fuera posible, se deberá realizar una interpretación conforme en sentido estricto que consistente en que *“cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas debe, a partir de la presunción de constitucionalidad*

de las leyes, preferirse aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos”, y;

- c. Como último recurso, se deberá inaplicar la ley, cuando no fue posible ningún tipo de interpretación.

Esta jurisprudencia delinea algunos de los parámetros a seguir en el control de convencionalidad, sin embargo lo más importante de la misma es que admite que el control de convencionalidad deriva de las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana, en este caso específico, la mencionada Radilla Pacheco, por lo cual, el propio Estado mexicano reconoce que la obligación del ejercicio del control de convencionalidad es anterior a la reforma de 2011.

Por su parte, en la tesis aislada cuyo título expresa: **CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. PUEDE EJERCERSE RESPECTO DE CUALQUIER ACTUACIÓN U OMISIÓN DEL ESTADO: ACTOS Y HECHOS**,³¹¹ se vislumbra ya la jerarquía que deberían ostentar los tratados internacionales sobre derechos humanos, y que la SCJN no dejó en claro con su resolución el 3 de septiembre del 2013³¹² en donde se señala: *“los Jueces nacionales, independientemente de su jurisdicción y competencia, están obligados a **dejar de aplicar una norma inferior dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia**”,* y es así que al hablar de las “normas inferiores” está colocando a los tratados internacionales en derechos humanos en un plano igualitario a la Constitución.

Además esta tesis señala que el control de convencionalidad *“no es más que la interpretación del derecho conforme con los tratados”,* es decir, la interpretación del derecho nacional conforme al internacional sobre derechos

³¹¹ Tesis IV.3o.A.11 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 2, diciembre de 2012, p. 1305.

³¹² Versión taquigráfica de la... *op. cit.*, nota 302.

humanos del que México es parte, y este control se tiene que ejercer ya sea que se trate de un acto positivo (normas generales, actos concretos); o bien de una omisión de la autoridad que provocó la violación del derecho humano.

Aunque esta tesis amplia el ámbito de aplicación de los tratados de solo contra actos a omisiones, cabe mencionar que el control de convencionalidad no solo implica la interpretación, sino que como ya se delineo en la jurisprudencia anterior, se puede llegar a inaplicar la norma nacional para aplicar directamente una norma de origen internacional en caso de que esta resulte más favorable al individuo y no fuera posible una interpretación conforme en sentido amplio ni estricto.

La tesis que lleva como título **DERECHOS HUMANOS. LOS TRATADOS INTERNACIONALES VINCULADOS CON ÉSTOS SON DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA PARA TODAS LAS AUTORIDADES DEL PAÍS, PREVIAMENTE A LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011**,³¹³ me parece que delinea parte de lo que en este trabajo se expone, ya que señala que la obligación de cumplir con los tratados internacionales de los que México es parte no deriva propiamente de la reforma de junio del año 2011, sino que, cuando se firma un tratado internacional se firma bajo la condición *pacta sunt servanda* contenida en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que establece que los Estados parte de una Convención deben cumplir de buena fe la misma; además con la firma del Pacto de San José, el control de convencionalidad se hace de observancia obligatoria para todas las autoridades del país, cuestión previa a la reforma constitucional de junio de 2011.

Entonces expresa que la modificación a la Constitución Federal tuvo como fin, tornar exigibles a las autoridades estatales la observancia de los derechos

³¹³ Tesis 1a. CXCVI/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 1, junio de 2013, p. 602.

humanos previstos en los tratados internacionales y además *“fortalecer el compromiso del Estado mexicano respecto a la observancia, respeto, promoción y prevención en materia de derechos humanos”*. Aunque esta tesis jurisprudencial es un avance en la postura conservadora que reina en la SCJN, es un error pensar que no se puede exigir el cumplimiento de lo establecido en un tratado si no se plasma en el texto constitucional.

Lo cierto es que la reforma al primero constitucional fue el resultado de un sinfín de circunstancias previas que ya se han comentado a lo largo de este capítulo, y desde la firma del primer tratado internacional por México, éste debió ser exigible en todo el territorio nacional, pero debido a las posturas nacionalistas que incluso hasta el día de hoy no se han podido erradicar del todo, es que no se aplicaban de manera general ni idónea.

Ahora bien, la jurisprudencia titulada **JUICIO DE AMPARO. ES UN MEDIO PARA EL CONTROL DE LA LEGALIDAD, CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD DE LOS ACTOS DE AUTORIDAD**³¹⁴ establece como su título lo prevé, que de conformidad a los artículos 1º, 103 y 107 de la Constitución Federal, el juicio de amparo, además de ser un medio de control de legalidad y constitucionalidad, se convierte también, mediante las diversas reformas de junio del 2011, en un medio para el control de convencionalidad.

La tesis que reza: **CONCEPTOS DE VIOLACIÓN EN AMPARO DIRECTO. CUANDO EN ELLOS SE ADUZCA GENÉRICAMENTE VIOLACIÓN A DERECHOS HUMANOS ESPECÍFICOS CONTENIDOS EN TRATADOS INTERNACIONALES, EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO NO DEBE DECLARARLOS INOPERANTES, SINO DAR CONTENIDO A ESOS DERECHOS Y VERIFICAR SI EN LA SENTENCIA RECLAMADA EXISTE**

³¹⁴ Tesis I.5o.C. J/1, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 2, mayo de 2013, p. 1305.

ALGUNA TRANSGRESIÓN DE OBJETIVA Y PATENTE APRECIACIÓN,³¹⁵

contiene un señalamiento muy importante toda vez que anteriormente, si en una demanda de amparo se aducía que se había violado un derecho de fuente internacional, no se entraba en su estudio, sin embargo, esta jurisprudencia establece ya que si se aduce aunque sea de manera genérica la violación a un derecho humano establecido en algún tratado internacional, se le debe dar trámite con el fin de verificar si en la sentencia que se está impugnando existe alguna transgresión al derecho invocado por lo cual, se establece que no deben declararse inoperantes dichos agravios, sino que se debe proceder al estudio del acto reclamado.

La tesis titulada **CONTROL DIFUSO. SU EJERCICIO EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**, es una de las más recientes que señala como se debe realizar este medio de control, y con ella, más que limitarse el control difuso de convencionalidad, se eliminó esta obligación para el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, y para los tribunales ordinarios en general, por lo cual se transcribe completa, con el fin de no omitir ningún señalamiento:

Si bien es cierto que, acorde con los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las autoridades jurisdiccionales ordinarias, para hacer respetar los derechos humanos establecidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, pueden inaplicar leyes secundarias, lo que constituye un control difuso de su constitucionalidad y convencionalidad, también lo es que subsiste el control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad de leyes, cuya competencia corresponde en exclusiva al Poder Judicial de la Federación, a través del juicio de amparo, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. La diferencia entre ambos medios de control (concentrado y difuso), estriba en que, en el primero, la competencia específica de los órganos del Poder Judicial de la Federación encargados de su ejercicio es precisamente el análisis de constitucionalidad y convencionalidad de leyes, por tanto, la controversia consiste en determinar si la disposición de carácter general impugnada expresamente es o no contraria a la Constitución y a los tratados internacionales, existiendo la obligación de analizar los argumentos que al respecto se aduzcan por las partes; en cambio, en el

³¹⁵ Tesis IV.2o. A.22 K, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. II, Junio de 2013, p. 1247

segundo (control difuso) el tema de inconstitucionalidad o inconvencionalidad no integra la litis, pues ésta se limita a la materia de legalidad y, por ello, el juzgador por razón de su función, prescindiendo de todo argumento de las partes, puede desaplicar la norma. Ahora bien, en el juicio contencioso administrativo, la competencia específica del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa **es en materia de legalidad** y, por razón de su función jurisdiccional, este tribunal **puede** ejercer control difuso; sin embargo, si el actor formula conceptos de nulidad expresos, solicitando al tribunal administrativo el ejercicio del control difuso respecto de determinada norma, de existir coincidencia entre lo expresado en el concepto de nulidad y el criterio del tribunal, éste puede inaplicar la disposición respectiva, expresando las razones jurídicas de su decisión, pero si considera que la norma no tiene méritos para ser inaplicada, bastará con que mencione que no advirtió violación alguna de derechos humanos, para que se estime que realizó el control difuso y respetó el principio de exhaustividad que rige el dictado de sus sentencias, sin que sea necesario que desarrolle una justificación jurídica exhaustiva en ese sentido, dando respuesta a los argumentos del actor, **pues además de que el control difuso no forma parte de su litis natural, obligarlo a realizar el estudio respectivo convierte este control en concentrado o directo**, y transforma la competencia genérica del tribunal administrativo en competencia específica. Así, **si en el juicio de amparo se aduce la omisión de estudio del concepto de nulidad relativo al ejercicio de control difuso del tribunal ordinario, el juzgador debe declarar ineficaces los conceptos de violación respectivos**, pues aun cuando sea cierto que la Sala responsable fue omisa, tal proceder no amerita que se conceda el amparo para que se dicte un nuevo fallo en el que se ocupe de dar respuesta a ese tema, debido a que el Poder Judicial de la Federación tiene competencia primigenia respecto del control de constitucionalidad de normas generales y, por ello, puede abordar su estudio al dictar sentencia. Si, además, en la demanda de amparo se aduce como concepto de violación la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de la ley, el juzgador sopesará declarar inoperantes los conceptos de violación relacionados con el control difuso y analizar los conceptos de violación enderezados a combatir la constitucionalidad y convencionalidad del precepto en el sistema concentrado.³¹⁶

De la tesis jurisprudencial anteriormente transcrita se desprende que aunque el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa puede llevar acabo un control difuso de convencionalidad, su omisión no puede ser objeto de un amparo, por lo cual, pareciere que no se encuentra obligado a realizarlo, y su aplicación es más un derecho que una obligación. Además, la tesis señala que este tribunal tiene la facultad de inaplicar leyes secundarias, omitiendo mencionar que incluso pudiera inaplicar la Constitución en caso de que un derecho de fuente convencional sea más amplio, con lo cual se limitan sus facultades.

³¹⁶ Tesis: 2a./J. 16/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. I, abril de 2014, p. 984.

Lo que se señala en esta tesis, no es cosa cualquiera, ya que sostiene que a diferencia del Poder Judicial Federal, la *litis* de los tribunales ordinarios, y por lo tanto su función principal, no consiste en revisar la constitucionalidad o convencionalidad de las leyes, sino en meras cuestiones de legalidad, por lo cual, no procederá un amparo en el que se alegue la omisión de un control difuso de constitucionalidad o convencionalidad.

Y por si fuera poco, si los partes en el juicio señalan la inconstitucionalidad o inconventionalidad de alguna norma, la autoridad jurisdiccional solo deberá señalar que no se consideró que se violara algún derecho, sin justificar su decisión ni ser exhaustivo en su razonamiento, por lo que al no poderse amparar contra esta decisión, se pierde la protección que debe derivar del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad en esa instancia.

Antes de la reforma constitucional de 2011 sobre derechos humanos, efectivamente no se podría interponer un amparo señalando que la autoridad primigenia no llevo a cabo un estudio de la Constitución Federal o de los derechos convencionales para cerciorarse de que la ley que se aplico es constitucional y convencional, sin embargo, después de la reforma, todos los tribunales, y no solo los tribunales, sino todas las autoridades dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran más que facultadas, obligadas a realizar una comparación de la norma que se encuentran aplicando con la Constitución y con los derechos convencionales, por lo tanto, señalar que esta omisión no puede ser objeto de un amparo y que además, el ejercicio de estos medios de control difusos no son una prioridad, va en contra, incluso del mismo texto constitucional.

A partir de la reforma constitucional de 2011, se han creado una gran cantidad de jurisprudencias; lamentablemente algunas de ellas cada vez imponen más reglas, restricciones y obstáculos para aplicar el control de convencionalidad en la práctica.

Las jurisprudencias analizadas en este apartado son aquellas que primordialmente marcan un camino a seguir en el ejercicio del control de convencionalidad; como ya se dijo, no son todas, ni siquiera la mayoría, sin embargo, se señalan las más destacadas, ya sea por criticables o por que constituyeron un paso más en la protección integral de los derechos humanos de fuente internacional.

Al señalar que existen jurisprudencias controversiales, me refiero a aquellas que se resisten a admitir la verdadera jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos o bien, aquellas que imponen límites y restricciones al ejercicio del control convencional. La SCJN ha seguido solo algunos de los criterios establecidos por la CIDH en su jurisprudencia, con lo que se da a conocer su aun marcada tendencia conservacionista; por lo tanto es preciso un cambio radical en el paradigma de nuestros juristas más destacados, de nuestro Ministros.

México, se encuentra inmerso en una renovación que promete ser difícil y estancarse de vez en cuando, es el caso que en nuestro máximo órgano jurisdiccional encontramos que entre sus dos Salas existen diferencias ideológicas muy marcadas, lo cual puede ser o muy bueno, al existir una diversidad de criterios que confluyan entre sí para finalmente obtener un consenso, o muy malo, al ser una de esas Salas en extremo conservadora, que es precisamente lo que dio paso a la decisión de 3 de septiembre pasado.

El camino de la construcción de un debido control de convencionalidad en nuestro país, es arduo, lleno de dificultades y retrocesos, sin embargo, en esta era, la era neoconstitucional de la construcción jurisdiccional del derecho, es importante que se creen en la práctica los parámetros para el perfeccionamiento de este medio de control. Lograrlo no es tarea fácil, pero lograr un cambio real, nunca lo es.

En el siguiente capítulo se verá precisamente cuan lleno de dificultades está el camino de la debida protección de los derechos humanos, mediante la crítica de la resolución de la sentencia de la contradicción de tesis 293/2011, en donde se tuvieron retrocesos y adelantos.

Todas las tesis aisladas y jurisprudenciales señaladas anteriormente, aunque marcaban la pauta para llevar a cabo el control de convencionalidad en sede nacional de la mejor manera posible, se han visto limitadas por la resolución que se analizará en el capítulo siguiente, en donde se evita referirse a la aplicación directa de tratados internacionales sobre derechos humanos como control de convencionalidad e incluso se habla de un “*control de regularidad constitucional*” en vez de un bloque de constitucionalidad.

CAPÍTULO 4

ANÁLISIS Y CRÍTICA DE LA DECISIÓN DE LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011 DE LA SCJN. ¿AVANCE O RETROCESO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS?

En el capítulo anterior se hizo ya, un breve estudio de la manera en la que se lleva a cabo el control de convencionalidad en el Estado mexicano. Sin embargo la protección a los derechos humanos de fuente internacional resulta un tema nada simple ya que derivado de la reforma, como se vio en el último apartado, se han creado un mar de criterios jurisprudenciales que indican la manera en la que se debe llevar a cabo este control.

Cuestión nada simple es que aun después del avance tan importante que se tuvo con la reforma, algunos operadores jurídicos se niegan al real cambio de paradigma que viene acompañado de un amplísimo catálogo de derechos aplicables de manera directa.

En este marco, el 3 de septiembre del año 2013, se resolvió la contradicción de tesis 293/2011, la cual ha sido sumamente controversial. Algunos autores opinan que con ella se avanzó en la protección de los derechos humanos y otros, a los cuales me uno, consideran que fue limitada y restrictiva.

En esta resolución se realizó una interpretación del artículo 1° constitucional bastante cuestionable. Existen varios métodos para llevar a cabo la interpretación constitucional. El método formalista, que mantiene los postulados tradicionales de la norma; la interpretación material, que pretende ser racionalista; la interpretación gramatical mediante la cual se busca el verdadero significado de las palabras que contiene la norma; la sistemática, donde se parte del supuesto de que ordenamiento jurídico es un sistema armónico y por lo tanto existe coherencia

entre todas las normas; la interpretación histórica en donde se analiza el proceso de creación de la norma para desentrañar lo que pretendía el constituyente.³¹⁷

También existe la interpretación evolutiva, que se preocupa más por el modo en que se aplica la norma y porque esta se adapte a los constantes cambios de la sociedad; la interpretación comparativa, que se apoya en ordenamientos jurídicos extranjeros similares; la interpretación literalista que consiste en interpretar la norma de acuerdo al sentido literal de las palabras y la de política en donde se pretende encontrar el espíritu de la norma.³¹⁸ Solo por mencionar las más utilizadas. Si analizamos el resultado final de la resolución, la misma no encuadra en ningún método de interpretación de los señalados anteriormente, como se verá en la narración de este capítulo.

Es entonces que en esta última parte de la investigación se hace un análisis y una crítica final a esta decisión que desde mi punto de vista constituye un retroceso en el camino ganado de la protección a los derechos humanos de fuente convencional. Claro está, que no todo el grueso de esta decisión es errado e incluso, como se verá más adelante, tuvo aciertos y discusiones interesantes que también es prudente analizar, por lo cual se realizará un estudio más o menos exhaustivo.

En virtud de lo visto y comentado ya en los 3 capítulos que preceden, la crítica y análisis se realizarán conforme al marco del derecho internacional de los derechos humanos, de las obligaciones que México como país tiene con la comunidad internacional y sobretodo, en el contexto de la protección a los derechos humanos, sea cual fuere su fuente.

³¹⁷León Bastos, Carolina, *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos*, Madrid, Talleres editoriales Cometa, 2010, pp. 31 y ss.

³¹⁸*Ídem*.

4.1. EL INSÓLITO EXPEDIENTE VARIOS 912/2010. EL ANTECEDENTE FUNDAMENTAL DE LA CONTRADICCIÓN DE TESIS.

Este apartado pudiera ser sumamente extenso por detallado, al referirme al tan conocido caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, sin embargo, precisamente por ser este caso tan conocido y tan tratado por estudiosos del derecho, trataré de ceñirme a un pequeño antecedente acompañado por lo que al caso interesa.

Como ya la mayoría sabe, la primer sentencia condenatoria en contra el Estado mexicano por la CIDH fue en virtud del caso Radilla Pacheco. Este caso se desarrolló en torno del delito de desaparición forzada de personas a cargo de elementos del ejército mexicano en contra del señor Rosendo Radilla Pacheco. Toda vez que los hechos del caso ocurrieron en 1974 el Estado señaló que la Corte era incompetente para resolver el asunto planteado, ya que como se ha visto, México asumió la competencia contenciosa de la Corte hasta 1999; sin embargo finalmente se resolvió que este delito tenía una continuidad en el tiempo ya que al no haber encontrado a la víctima, o bien sus restos mortales, se encontraba vigente el delito y por lo tanto la Corte tenía competencia para resolver.³¹⁹

³¹⁹Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Radilla Pacheco... *op. cit.* nota 221, párrafo 22. Al respecto, cabe distinguir entre actos instantáneos y actos de carácter continuo o permanente. Éstos últimos “se extienden durante todo el tiempo en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional”. Por sus características, una vez entrado en vigor el tratado, aquellos actos continuos o permanentes que persisten después de esa fecha, pueden generar obligaciones internacionales respecto del Estado Parte, sin que ello implique una vulneración del principio de irretroactividad de los tratados, y; Párrafo 139. En el derecho internacional la jurisprudencia de este Tribunal ha sido precursora de la consolidación de una perspectiva comprensiva de la gravedad y el carácter continuado o permanente y autónomo de la figura de la desaparición forzada de personas. La Corte ha reiterado que ésta constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otras vulneraciones conexas, siendo particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado. La desaparición forzada implica un craso abandono de los principios esenciales en que se fundamenta el Sistema Interamericano¹²⁰, y su prohibición ha alcanzado carácter de *juscogens*.

Es entonces que se condenó al Estado mexicano a cumplir con una serie de prestaciones entre las que se encontraban la publicación de la sentencia condenatoria, la indemnización de las víctimas denunciantes, la implementación de cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia de la CIDH sobre desapariciones forzadas, brindar ayuda psicológica y psiquiátrica a las víctimas que así lo soliciten, el pago de gastos y costas, la realización de una semblanza de la vida de Rosendo Radilla Pacheco, realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad en presencia de los afectados por este delito y la colocación de una placa en algún sitio de Atoyac de Álvarez, Guerrero que recordara los hechos ocurridos.

Sin embargo la Corte no concluyó con esta condena la sentencia sino que fue más allá en su labor protectora de los derechos humanos convencionales, al señalar que el Estado mexicano debía adoptar las reformas legislativas necesarias para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar y el artículo 215 del Código Penal Federal, con la CADH y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas respectivamente.

Al señalar que el Estado mexicano debe realizar estas reformas, se advierte el carácter complementario del sistema interamericano en la protección de los derechos humanos, estando la Corte facultada para tomar esta determinación con fundamento en la obligación derivada del artículo 2 de la Convención, sin embargo para el Estado fue complicado asumir su responsabilidad internacional y cumplir con lo relativo a este punto resolutive de manera pronta y eficaz.

Además de este punto, también señaló que las autoridades jurisdiccionales del Estado están obligadas a realizar un control de convencionalidad *ex officio*, con el fin de velar por el efecto útil de los tratados signados, lo cual no es incompatible con el control de constitucionalidad al que se encuentran obligadas:

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al

*imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque 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 otras palabras, **el Poder Judicial debe 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.***

Este párrafo de la sentencia Radilla, es el que enmarca el comienzo del verdadero cambio de paradigma constitucional en nuestro país, ya que es aquí donde se señala la obligación de las autoridades nacionales de ejercer control de convencionalidad *ex officio*, que aunque era prácticamente hasta el momento un término desconocido en el país no es una obligación nueva, pues como se ha mencionado, esta obligación surge con la primera firma de un tratado internacional sobre derechos humanos al ser esta una materia que merece especial protección y en virtud de que una vez ratificado un instrumento internacional, este se vuelve parte de nuestro sistema jurídico interno y como parte del mismo debe ser cumplido.

Pero no solo eso, también se señala una cuestión que se discutió en la sentencia de la contradicción de tesis 293/2011 a analizar en este apartado, ya que al llevar a cabo el control de convencionalidad en sede interna, las autoridades deben tener en cuenta no solamente la Convención, sino todas las interpretaciones que de ella ha realizado la CIDH, es decir, su jurisprudencia; por lo cual, plantearse por la SCJN si las sentencias de la Corte en las que no es parte México son o no vinculantes, era un asunto que no se encontraba sujeto a aprobación o desaprobación por parte de este órgano supremo de nuestro país.

Al ser esta la primera sentencia dictada contra el Estado mexicano por la Corte Interamericana, no se sabía muy bien que medio se debía utilizar para ser cumplida y en una primera instancia solo se cumplió en tiempo con la publicación

de la sentencia en los medios indicados en la misma, pero no con el resto de la condena.

Es entonces que el día 19 de mayo del 2011 se dictó por la CIDH la resolución de la supervisión de cumplimiento de sentencia en la que se señaló que México había cumplido solo con la publicación de la sentencia pero no con el resto de los puntos resolutiveos; así mismo se le concedió un tiempo prudente para el cumplimiento de la misma, exhortándole a cumplir con sus obligaciones internacionales.³²⁰

En virtud a esta resolución de la CIDH, el presidente de la SCJN con fecha 27 de mayo del 2010 ordenó la formación del expediente varios 489/2010, con el fin de realizar una consulta sobre la competencia o la falta de la misma que tenía ese supremo órgano jurisdiccional para decidir sobre el cumplimiento de la sentencia Radilla, y turnó los autos al Ministro José Ramón Cossío Díaz para su resolución.

Se determinó finalmente que la SCJN se encontraba facultada para conocer del caso, cuestión del todo trascendental ya que es una especie de “auto-atribución” que se otorga la Corte al no existir en el Estado mexicano el medio para llevar a cabo el cumplimiento de la sentencia interamericana, además de que la obligatoriedad general de su cumplimiento se encontraba en duda toda vez que la resolución que se tomara no derivaba de un caso concreto en el Estado mexicano por lo cual, al ser un caso atípico, no se podía saber cuál sería su cumplimiento práctico.

El 7 de septiembre del 2010 se formó el expediente varios 912/2010 con el fin de resolver sobre la aplicabilidad de las sentencias interamericanas en el

³²⁰Corte Interamericana de derechos humanos, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Supervisión de cumplimiento de sentencia, serie C, número 209.

sistema interno, la manera en que éstas debían ser llevadas a cabo y la forma en la que se tenía que llevar a cabo el control de convencionalidad en sede interna.

En el transcurso de la resolución de este asunto se llevó a cabo la reforma de junio de 2011 sobre derechos humanos, reformándose entre otros artículos el 1 y el 103, por lo cual, al contener estas reformas cambios trascendentales en materia de derechos humanos, sus garantías y tratados internacionales, se debieron tomar en cuenta al momento de dictar la resolución correspondiente.

Se resolvió que la SCJN no es competente para analizar si las sentencias de la CIDH son o no correctas ya que esta es otra jurisdicción sobre la cual México acepto su competencia y por lo tanto solo le resta decidir la manera en la que ha de cumplirse con la misma. Este señalamiento es de suma importancia ya que se entendieron los compromisos internacionales adquiridos por el Estado mexicano con lo cual se dio un paso en la protección de los derechos convencionales.

Además, de aquí se derivó una cuestión que se retomó en la contradicción de tesis citada. Se creó una especie de bloque conformado por los siguientes elementos:

- *Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1º y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;*
- *Todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.*
- *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.*³²¹

Ahora bien, la conformación de esta especie de “*bloque fundamental*”, fue un avance de suma importancia en el reconocimiento y aplicación de los derechos de fuente convencional así como el ejercicio del control de convencionalidad en sede nacional y de constitucionalidad difuso. Mediante el expediente varios

³²¹Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Radilla Pacheco... *op. cit.* nota 221, párrafo 31.

912/2010, se cimentó el cambio de paradigma constitucional en nuestro país en el que aún se sigue trabajando.

Al reconocer dentro de un mismo bloque de constitucionalidad a los tratados de fuente convencional y jurisprudencias de la Corte Interamericana se vislumbraba ya una protección a los derechos como nunca antes se había dado en nuestro país.

Sin embargo, en la contradicción de tesis que más adelante se analizará se tomó este listado consistente en todos los derechos humanos de fuente convencional y constitucional así como la jurisprudencia nacional e interamericana, como un “*parámetro del control de regularidad constitucional*”, que cabe adelantar, es un término poco usado y sin un gran desarrollo conceptual.

Al introducir este término se difumina ese bloque de constitucionalidad que se venía planteando o que por lo menos se entendía de la resolución del varios 912/2010 y se limita el control de convencionalidad como más adelante se verá. Con esta resolución se veía venir un profundo cambio en la protección de los derechos convencionales que ahora se ha visto limitada por nuestro mismo órgano jurisdiccional máximo.

El caso *Radilla* y el asunto varios 912/2010 mediante el cual se señala que efectivamente el Estado mexicano está obligado a cumplir con las sentencias de la Corte sin cuestionarlas, son el mayor precedente que se tiene sobre la obligatoriedad del Estado a realizar control de convencionalidad en sede interna. Porque la CIDH se lo señaló y porque la SCJN reconoció esta obligación.

No cabe entonces sino decir que este asunto es fundamental para comprender el panorama en el que se resolvió la sentencia de la contradicción de tesis 293/2011. Ya se planteó una triple causa de la obligatoriedad de ejercer este medio de control; la firma de tratados internacionales sobre derechos humanos por el Estado, la supeditación a la competencia de la CIDH, las sentencias

condenatorias dictadas contra el Estado mexicano por la CIDH, la reforma de junio del 2011 sobre derechos humanos a la Constitución y la aceptación de la obligación de este ejercicio por la SCJN.

4.2. CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/11.

Con el antecedente de la resolución del expediente varios 912/2010, se abrió un panorama amplísimo sobre la protección de los derechos humanos de fuente convencional y el efectivo control de convencionalidad. Se comenzaron a crear precedentes jurisprudenciales sobre este tema, como se ha visto en el capítulo anterior y se inició poco a poco con la construcción de un verdadero sistema protector de los derechos humanos sin importar la fuente de donde deriven.

En muchos estados de la Republica las autoridades jurisdiccionales comenzaron a abrirse al panorama del control de convencionalidad y constitucionalidad difuso, aunque muchas fueron las que se encontraban reacias al cambio y en general se necesitó –y se sigue necesitando- una capacitación pormenorizada de manera general.

Es entonces que al recibir la SCJN el escrito de denuncia de la contradicción de tesis a analizar, se decidió sentar precedentes no solo sobre la contradicción en sí, sino que además, desentrañar cuestiones que aun los operadores jurídicos nos preguntábamos en la práctica diaria de la aplicación de la legislación y la interpretación constitucional y convencional.

Si este asunto se resolvió de manera negativa o positiva es una cuestión que al día de hoy tiene opiniones divididas, sin embargo me atrevo a señalar que aquellos que veamos más por la protección de los derechos humanos, sea cual sea su fuente, más que por la supremacía constitucional a rajatabla enseñada desde tiempos inmemorables en las facultades de Derecho, creemos que tuvo aciertos, pero también retrocesos. Cada persona en la lectura juzgará.

4.2.1. Antecedentes del caso.

El 24 de junio del año 2011, la SCJN recibió la denuncia de la posible contradicción de tesis entre los criterios sustentados por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y del Trabajo del Décimo Primer Circuito, con sede en Morelia, Michoacán, dictados al resolver el amparo directo **1060/2008** y los sustentados por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito con sede en el Distrito Federal, al dictar resolución dentro de los amparos directos **344/2008** y **623/2008**.

Las jurisprudencias derivadas del asunto **1060/2008** del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y del Trabajo del Décimo Primer Circuito son:

TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN.

Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial.³²²

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO.

Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado mexicano como no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque éste implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen.³²³

³²² Tesis XI.1o.A.T.45 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 2079.

³²³ Tesis XI.1o.A.T.47 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 1932

Por su parte, el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito dictó las siguientes tesis en los asuntos **344/2008** y **623/2008** respectivamente:

DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS.

Los artículos 1o., 133, 103, fracción I, y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen respectivamente: que todo individuo gozará de las garantías que ella otorga; que las leyes del Congreso de la Unión, que emanen de ella, y los tratados acordes a la misma, serán la Ley Suprema de toda la Unión; que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; y, las bases, los procedimientos y las formas para la tramitación del juicio de amparo. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ubicó a los tratados internacionales por encima de las leyes federales y por debajo de la Constitución, según la tesis del rubro: "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL." (IUS 192867). De ahí que si en el amparo es posible conocer de actos o leyes violatorios de garantías individuales establecidas constitucionalmente, también pueden analizarse los actos y leyes contrarios a los tratados internacionales suscritos por México, por formar parte de la Ley Suprema de toda la Unión en el nivel que los ubicó la Corte. Por lo tanto, pueden ser invocados al resolver sobre la violación de garantías individuales que involucren la de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por México.³²⁴

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

Una vez incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión los tratados internacionales suscritos por México, en materia de derechos humanos, y dado el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible invocar la jurisprudencia de dicho tribunal internacional como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos.³²⁵

La SCJN decidió que por la trascendencia del tema conocería del caso el Pleno y lo turno al Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea para que formulara el proyecto de resolución correspondiente.

³²⁴ Tesis I.7o.C.46 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, agosto de 2008, p. 1083

³²⁵ Tesis: I.7o.C.51 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, diciembre de 2008, p. 1052.

De las versiones taquigráficas de las Sesiones de la Corte³²⁶ se desprende que primeramente se discutió si realmente procedía el estudio de fondo de esta contradicción ya que todos los asuntos de los que derivó la contradicción de tesis que ahora se estudia, fueron resueltos con fundamento en la legislación anterior a 2011; es decir, aun no tenía cabida la reforma sobre derechos humanos (artículo 1 constitucional), ni sobre el juicio de amparo (artículo 103 y 107 constitucionales). Esta discusión tuvo lugar toda vez que al ya no existir los artículos en los que se fundamenta una decisión jurisdiccional, es difícil realizar una interpretación con el fin de aclarar el verdadero contenido de una ley.

Finalmente se decidió entrar al fondo del asunto ya que si bien, se había sentado un precedente al resolver la viabilidad del cumplimiento del caso *Radilla* mediante el expediente varios 912/2010, al no derivar este expediente de un proceso jurisdiccional nacional ni cumplir con los debidos requisitos de ley, esta decisión no constituía jurisprudencia, por lo cual se avocarían al conocimiento del asunto para finalmente llegar a una decisión vinculatoria para todos los órganos judiciales respecto a la aplicación práctica del control de convencionalidad. También se decidiría la manera en la que deben ser aplicados los derechos humanos contenidos en tratados internacionales y finalmente, ponderar cual es el valor de la jurisprudencia de la CIDH.

El solo hecho de que la SCJN haya decidido conocer del fondo del asunto de una contradicción de tesis que se fundamentó en una normativa reformada a profundidad, es ya de por sí importante. Aunque las decisiones de ambos asuntos fueron dictadas con fundamento en legislaciones anteriores al 2011, siendo una materia tan importante como es la protección de los derechos humanos, y en virtud de que pese a la reforma constitucional sobre la materia no se tenía claro hasta el momento la manera en la que todas las autoridades debían aplicar los

³²⁶Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 26 de agosto de 2013, p. 4 y ss. Este texto se puede encontrar en la página: http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/03092013PO.pdf.

derechos humanos de fuente convencional, la SCJN, al tomar la decisión de conocer sobre este asunto, abrió las puertas a un precedente jurisprudencial único en su historia y de una fundamental trascendencia.

Por estas y mucho más razones que se irán desentrañando a lo largo de la estructura del presente capítulo es que es fundamental estudiar la sentencia de la contradicción 293/2011, y señalar lo que desde mi perspectiva fue un acierto y que un retroceso.

4.2.2. Constitución Federal, tratados internacionales sobre derechos humanos, derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que México es parte, jurisprudencia nacional e interamericana. ¿Formación de un bloque o lucha jerárquica?

Como ya se dijo, son varias y fundamentales las cuestiones que se discuten en la contradicción de tesis 293/2011. El primer tema que se trata es la jerarquía que guardan los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico, y se analiza la evolución jurisprudencial que se ha tenido en este tema para finalmente determinar la posición que deben tener los tratados internacionales en general y los que contienen derechos humanos.

Se comienza señalando que es generalmente aceptado tanto doctrinariamente, como por ese Alto Órgano Jurisdiccional que el artículo 133 de la Constitución es aquel que establece la jerarquía normativa y con él, el principio de supremacía constitucional, que se ha abordado durante varias épocas jurisprudenciales³²⁷

Ahora bien, como se señala en la sentencia la jerarquía normativa en México, es una cuestión que no ha sido estática, sino que ha ido cambiando con el paso del tiempo, máxime por lo que ve al valor de los tratados internaciones, por lo que el artículo 133 constitucional ha sido interpretado de diversas maneras para

³²⁷ Resolución de la contradicción de tesis 293/2011, op. cit, nota 212.

adaptarse a los compromisos internacionales que México ha adquirido mediante la firma de múltiples tratados que forman parte integrante del sistema jurídico interno.

El primer pronunciamiento que se realizó fue en el amparo en revisión 2069/91, en donde se dijo que los tratados internacionales, y las leyes federales gozaban del mismo valor jerárquico, por lo cual los tratados tenían un valor legal. De este asunto se derivó la siguiente jurisprudencia:

LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA.

De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional.³²⁸

Posteriormente, dentro del amparo en revisión 1475/98 se hizo un pronunciamiento que cambio por completo el valor jerárquico de los tratados internacionales ya que se dijo que los tratados se encuentran por encima de las leyes federales y en un plano inferior inmediato a la Constitución General, de donde derivó la siguiente jurisprudencia:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo

³²⁸Tesis P. C/92, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. 60, diciembre de 1992, p. 27

plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.³²⁹

El último de los cambios respecto a la jerarquía normativa se realizó en el amparo en revisión 120/2002, dentro del cual se señaló la existencia de un orden jurídico superior que marca el propio artículo 133 constitucional; la existencia de un orden jerárquico en el que se encuentran por encima los tratados internacionales de cualquier ley general y por debajo de la Constitución; y finalmente, lo que me parece el mayor avance hasta ese momento, la necesidad de ver a la Constitución desde un visión internacionalista, por lo que los tratados debían ser cumplidos en todo momento de buena fe, sin que exista la posibilidad de invocar la legislación interna con el fin de no cumplirlo.³³⁰ De este asunto de derivó la siguiente tesis jurisprudencial, que cabe señalar, ya se ha citado en el anterior capítulo, sin embargo con el fin de no perder el hilo conductor de la narración, se vuelve a citar:

³²⁹Tesis P. LXXVII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, Noviembre de 1999, p. 46

³³⁰ La convención de Viena de 1966 sobre el derecho de los tratados establece en su articulado lo siguiente: **Artículo 27.1.** Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado. **Artículo 26.** *Pacta sunt servanda.* Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

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.

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 suscribirlos, 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.³³¹

Como se puede apreciar, existe una evolución en cuanto a la posición jerárquica de los tratados internacionales en el Estado mexicano, ya que han elevado constantemente de posición jerárquica dentro de nuestro ordenamiento, sin embargo: Las tres interpretaciones anteriores han tenido por objeto el artículo 133 constitucional, que según señala la Suprema Corte, es el precepto en que se fundamenta el principio de supremacía constitucional e incluso marca la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico, o por lo menos así lo ha establecido.

También cabe señalar que en las últimas dos interpretaciones que elevan la jerarquía de los tratados internacionales, es decir, los amparos en revisión 1475/1998 y 120/2002³³², se planteó la posibilidad de que cuando los tratados internacionales versaran sobre derechos humanos, estos fueran considerados en un nivel constitucional, aunque finalmente en ninguna de las dos resoluciones, la SCJN se aventuró en establecer este orden en forma de tesis jurisprudencial, sino que solo se planteó en sus argumentos estas posibilidades.

³³¹Tesis P. IX/2007, *op. cit.*, nota 263.

³³²El engrose de la sentencia del amparo en revisión 120/2002 puede ser consultado en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/ResultadosPub.aspx?Tema=&Consecutivo=1475&Anio=1998&TipoAsunto=2&Pertenececia=0&MinistroID=0&SecretarioID=0&MaterialID=0>

Ahora bien, el artículo 133 constitucional en su parte primera establece: *Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión.*

De la simple lectura del artículo anterior se puede apreciar que se señala un listado de las normas que deben ser consideradas como la Ley Suprema de la Unión, por lo cual estoy de acuerdo en que este artículo establece una especie de bloque *supralegal* o bien, un orden jurídico superior, sin embargo disido de nuestro Alto Tribunal en lo que se refiere al orden jerárquico que guardan entre si las normas mencionadas en el mismo.

Esto es, este artículo nos señala un listado de normas; 1. La Constitución General; 2. Las leyes federales, y; 3. Los tratados internacionales; sin embargo esto no quiere decir que este pronunciamiento constituya un listado en orden jerárquico, de la norma con más valor a la norma con menos valor, ya que de ser así, no se les podría haber dotado a los tratados internacionales de un valor *supralegal* ya que se encuentran mencionados después de las normas federales.

Por otro lado, coincido en que, cuando el artículo 133 constitucional señala que las leyes que emanen del Congreso de la Unión y los tratados internacionales deben estar conformes con la misma, se están señalando requisitos de validez sin los que no sería posible que los tratados existieran dentro de nuestro sistema jurídico, lo cual constituye un parámetro de regulación de su existencia y validez. En la sentencia se señala que este signo, es decir, el hecho de que la Constitución prevea los requisitos de validez necesarios para la firma de los tratados internacionales es signo inequívoco de su supremacía, y concuerdo con ello.

La controversia aquí es que aunque la Constitución permanezca suprema, los tratados internacionales sobre derechos humanos y los derechos que

contienen los tratados en general, por disposición de la propia Constitución han pasado a formar parte de la misma. Simplemente porque una vez que el Estado mexicano en uso de su soberanía y bajo los lineamientos establecidos bajo su Constitución Federal, signa un tratado internacional sobre derechos humanos, se encuentra obligado a actuar bajo las reglas del derecho internacional de los derechos humanos, y por lo tanto a ejercer un control de convencionalidad en su territorio nacional y esta obligación se ve reforzada por la reforma al primero constitucional que ratifica dicha obligación.

Entonces, la cuestión que se trata aquí, no es si la Constitución tiene supremacía frente a los tratados internacionales, sino que es fundamental que se diferencie entre tratados internacionales en general de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Esta distinción es fundamental ya que los tratados sobre derechos humanos como ya se dijo en el primer capítulo de este trabajo, no son sinalagmáticos, por lo que los Estados una vez que han firmado un tratado con estas características se encuentran obligados a garantizar los derechos establecidos en el mismo a sus ciudadanos pues de lo contrario incurrirían en una responsabilidad internacional.

Es decir, me parece adecuado que los tratados internacionales en general guarden una jerarquía *infraconstitucional*, al igual que las leyes federales, sin embargo, los tratados internacionales en materia de derechos humanos tienen características especiales que para poder ser llevados a la práctica, necesitan tener una cierta autonomía de actuación. Aunque claro está, que los derechos humanos contenidos en los tratados en general también deben elevar su jerarquía, independientemente de su fuente.

Esto no quiere decir que se deba considerar que tienen una mayor jerarquía que la Constitución. Desde mi perspectiva, no se debe hablar de que exista un orden jerárquico que se guarde entre la Constitución, los tratados sobre derechos humanos y los derechos que contienen los tratados en general, ya que por el

contrario, deben ser complementarios y subsidiarios uno del otro dentro del territorio nacional.

Cabe aclarar que al hablar sobre los tratados internacionales sobre derechos humanos, estos incluyen el texto completo del tratado, ya que por un lado, dentro de este tipo de documentos internacionales, encontramos un catálogo de derechos y por el otro, ciertas reglas de actuación que deben ser llevadas a cabo por los países con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos convencionales.

Este cumplimiento de los tratados sobre derechos humanos en ningún momento menoscaba la soberanía nacional ni la supremacía Constitucional ya que hay que recordar que una vez que un tratado fue ratificado, se integra a nuestro sistema jurídico y como tal se debe cumplir, no obstante a las sanciones internacionales que correspondan en caso de incumplimiento al Estado parte.

Es entonces que todos los tratados internacionales sobre derechos humanos y los derechos que contienen los tratados en general debieran concebirse no al mismo nivel que el resto, sino en un plano constitucional sin que entre estos y la Constitución exista una relación jerárquica que decida cual se debe aplicar con preferencia, en donde la única regla de aplicación sea el principio *pro persona*.

Es evidente que en nuestro país la soberanía nacional en ocasiones funciona como un tope de la aplicación del control de convencionalidad y con ello, del ejercicio de los derechos humanos, tal como lo manifiesta José de Jesus Becerra Ramirez: *este problema es muy evidente, al verse reflejado en su resistencia histórica a todo aquello que tenga visos de injerencia externa. La soberanía es el discurso recurrido para argumentar opciones contrarias a signos de apertura internacional, principalmente a la hora de la aplicación práctica de los*

*derechos de las personas que surgen en fuentes supranacionales.*³³³Esta soberanía estricta que no permite nada, ni aun los derechos humanos, por encima del Estado y su Constitución, es la que vemos argumentada en esta sentencia.

Ahora bien, en la sentencia analizada también se dice que el dar respuesta a la contradicción “problematiza” las respuestas que han existido hasta ahora sobre el orden jerárquico nacional, ya que mediante ese estudio se cuestiona si la misma respuesta aplica para los tratados internacionales sobre derechos humanos. Evidentemente este problema no solo tiene su origen en la contradicción de tesis misma, sino en las reformas constitucionales de junio del 2011 sobre derechos humanos y amparo.

Efectivamente el problema, -si se quiere llamar así- de la contradicción de tesis resuelta, dejó de versar sobre los asuntos que motivaron las diversas tesis aisladas para ampliar sobremanera su importancia al dar respuesta dos años después de la reforma, a cuestiones que aún no encontraban una base o precedente del cual asirse al momento de la práctica judicial y administrativa.

Por esta razón, se decidió ampliar el contenido sobretodo del artículo primero constitucional actual y crear un parámetro de actuación para todos los operadores jurídicos. Es entonces que la doctrina jurisprudencial de la SCJN en este caso empieza por señalar que el artículo primero constitucional no hace sino reconocer los derechos humanos provenientes de dos fuentes; la Constitución misma y los tratados internacionales de los que México sea parte.

Sin embargo esta decisión resulta controversial en muchos sentidos. Cuando la SCJN interpretó el artículo primero constitucional señalando que este no hace más que reconocer todos los derechos establecidos tanto en la misma Constitución como en los tratados internacionales de los cuales el Estado

³³³ Becerra Ramirez, José de Jesús, *El constitucionalismo ante los instrumentos internacionales de los derechos fundamentales*, México, UBIJUS, 2011, p. 50.

mexicano sea parte, deja fuera al resto de las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, que tienen características de especial aplicación y que además contienen la conformación de los órganos internacionales mediante los cuales se lleva a cabo el control de convencionalidad concentrado, tales como la CIDH.

Además, también se dejaron fuera normas que contienen la aplicación preferente del principio *pro persona*,³³⁴ aquellas que impiden la aplicación del derecho interno como causa del incumplimiento de un tratado³³⁵, las que señalan que si un Estado no protege ya los derechos y libertades convencionales debe modificar su derecho interno para incluirlas³³⁶ e inclusive las que hablan sobre el deber de respeto y protección que deben tener los Estados sobre los derechos convencionales³³⁷, ya que estas normas, aunque hablan sobre la forma en la que se deben proteger o aplicar los derechos, no constituyen derechos en sí y no pueden ser agregadas a un catálogo.

Los tratados internacionales sobre derechos humanos son complementarios a los ordenamientos nacionales y coadyuvan en la protección de los derechos, por lo cual es necesario que no solo los derechos que estos contienen sino todo el contenido de los mismos sea elevado a un nivel constitucional, lo cual no menoscaba en ningún momento la supremacía constitucional pues como la Suprema Corte bien lo señala, su firma ha sido realizada en un marco constitucional que impone requisitos que deben ser satisfechos para que estos tratados tengan validez. Sin embargo, una vez firmados por el Estado, estos deben ser cumplidos, sea cual sea la jerarquía que el Estado les reconozca.

³³⁴Solo por citar algunas, el artículo 29 de la CADH, el 15 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y el artículo 14 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

³³⁵Artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

³³⁶Artículo 2 de la CADH.

³³⁷Artículo 1 de la CADH.

Por esta razón, elevar la jerarquía solo de los derechos que los tratados internacionales contiene pero no la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos, equivale a reconocer los derechos que el Estado ya se ha obligado a cumplir mediante la firma de los tratados, pero hacerlo de la manera que el Estado considere pertinente, ignorando el resto de las normas de aplicación contenidas en los tratados con estas características especiales de realización.

La SCJN justifica que solo los derechos contenidos en los tratados eleven su jerarquía con las siguientes afirmaciones:

*Antes de la reforma constitucional, habría sido posible estudiar la dicotomía de “tratados internacionales de derechos humanos” y “tratados internacionales” en general a la luz del enfoque de jerarquía normativa construido a partir de la interpretación del artículo 133 constitucional. Sin embargo, **no puede soslayarse que la reforma al artículo 1° constitucional no se acompañó con una enmienda al artículo 133, lo cual conduce a este Tribunal Pleno a concluir que la razón de dicha omisión atiende a lo insatisfactorio que sería abordar con base en un criterio de jerarquía formal la problemática surgida por la existencia de dos fuentes primigenias de reconocimiento de los derechos humanos.***³³⁸

Como se puede apreciar la SCJN fundamenta su decisión en que no se modificó la reforma al artículo primero constitucional no vino acompañada de la reforma al 133, por lo cual si el legislador hubiera querido elevar la jerarquía de los tratados internacionales lo hubiera hecho de manera literal.

Si leemos nuevamente el artículo 133 constitucional nos podemos percatar –como ya se dijo- de que este artículo no otorga una jerarquía de manera literal a ninguna de las normas que menciona, sino que se limita a mencionar que tanto la Constitución, las leyes emitidas por el Congreso de la Unión y los tratados internacionales constituyen la ley suprema de la Nación, por lo cual, crea un bloque de leyes supremas que de ninguna manera implica una jerarquía específica y a rajatabla. Por esto es que no existía la necesidad de reformar el artículo 133, ni la existe ahora, en virtud de que este no indica jerarquización alguna.

³³⁸ Resolución de la contradicción de tesis 293/2011... *op. cit.*, nota 212, p. 29.

Es entonces que según esta decisión de la SCJN, los tratados internacionales, tanto en general como en materia de derechos humanos, siguen ocupando un mismo lugar jerárquico dentro de nuestro sistema jurídico, sin diferenciarse los unos de los otros, y lo que pasó a ser una extensión de la propia Constitución, elevando con ello su valor jerárquico, fueron los derechos que se contienen en los mismos, claro está, sean de la materia que fueren, pues la distinción entre tratados en general y sobre derechos humanos , -consideró la Corte- no tiene la menor importancia.

4.2.3. Reformas constitucionales sobre derechos humanos. Fundamento invocado por la SCJN para sustentar que solo los derechos convencionales eleven su jerarquía.

Como se ha mencionado ya, en la resolución analizada se señala que en virtud de la reforma constitucional de junio de 2011 sobre derechos humanos, lo que el constituyente permanente pretendió elevar a rango constitucional, fue únicamente los derechos humanos contenidos en los Convenios Internacionales signados por México, más no el resto de la normativa de los tratados internacionales.

Para ello se fundamenta en otros artículos constitucionales además del primero, que fueron reformados también, los cuales son el 103 –que establece el juicio de amparo-, el 15 –que trata sobre la celebración de tratados internacionales- y el 105, fracción II, inciso G –que señala a las autoridades facultadas para llevar a cabo acciones de inconstitucionalidad.

A continuación se muestra el texto anterior y el actual de los artículos comentados:

TEXTO ANTERIOR	TEXTO ACTUAL
<p>Artículo 103. Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por leyes o actos de la autoridad que viole las garantías individuales...</p>	<p>Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte...</p>
<p>Artículo 15. No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano.</p>	<p>Artículo 15. No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.</p>
<p>Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes...</p> <p>II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por...</p> <p>g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución. Asimismo los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal...</p>	<p>Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes...</p> <p>II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por...</p> <p>g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal...</p>

Como se puede observar en la anterior tabla, el constituyente permanente efectivamente protegió a los derechos humanos de fuente convencional sobre las violaciones que pudieran darse en contra de ellos incluso por otros tratados internacionales, sin embargo, esta circunstancia no es óbice para que adquieran una importancia especial y mayor en nuestro sistema jurídico. Además, la SCJN señala que el artículo 15 constitucional reformado -anteriormente transcrito- es el fundamento jurídico máximo de que los tratados internacionales no deben elevar su jerarquía:

*...mientras que el requisito previsto en el artículo 15 constitucional garantiza que, con independencia de la jerarquía normativa del instrumento que las reconozca, **las normas internacionales de derechos humanos, y no el tratado en su conjunto, se integren al parámetro de regularidad contenido en el artículo 1° constitucional.** Así, las normas internacionales de derechos humanos que cumplan con el requisito material previsto en el artículo 15, pasarán a formar parte del catálogo constitucional de derechos humanos, desvinculándose del tratado internacional que es su fuente y, por lo tanto, de su jerarquía normativa, para gozar, en consecuencia, de supremacía constitucional en los términos previamente definidos.*

Ahora bien, de la lectura del artículo 15 reformado –señalado en la tabla- se puede advertir que lo único que establece es la imposibilidad de celebrar tratados internacionales que estén en contra de los derechos humanos contenidos en la Constitución o bien, en otros tratados signados por el Estado mexicano. En ningún momento señala que los tratados sobre derechos no tengan valor más que en lo que ve a su listado de derechos humanos, ni se entiende en su texto, por el contrario, se protegen los derechos de fuente convencional que ya han sido reconocidos en México mediante la firma de tratados internacionales.

No es el fin de este trabajo, manifestar una postura en la que todos los tratados internacionales ostenten una jerarquía constitucional, sin embargo, se reitera que los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen características especiales de realización que para ser realizados en la práctica, requieren que los Estados les reconozcan una posición a nivel constitucional dentro de su ordenamiento jurídico, lo cual no es óbice a la soberanía estatal ni a la supremacía constitucional.

Por el contrario, al ser el derecho internacional de los derechos humanos una especie de modelo mínimo de protección a los derechos, este no se impone a las decisiones estatales ni a su sistema jurídico interno, sino que por el contrario, pretende ser un complemento en la protección de los derechos humanos, jamás encontrarse por encima de un ordenamiento nacional.

Además, al formar los tratados internacionales parte del derecho interno desde el momento en el que son ratificados, adquieren obligatoriedad para el Estado, su cumplimiento no se encuentra sujeto a su potestad interna, por lo que deben ser cumplidos y los derechos que ellos contienen deben ser reconocidos a sus ciudadanos, mediante un debido control de convencionalidad, velando en todo momento por la compatibilidad de estos instrumentos con el derecho interno.

Es entonces que si bien, los tratados internacionales en general deben seguir conservando la jerarquía infra-constitucional, se deben diferenciar estos de los instrumentos sobre derechos humanos que cuentan con características de especial aplicación y no pueden ni deben ser incompatibles con el sistema jurídico interno de los países firmantes.

4.2.4. Jerarquía constitucional de los derechos contenidos en los tratados internacionales de los que México sea parte. Su viabilidad práctica.

Se debe empezar este apartado por decir que el reconocimiento de una multiplicidad de derechos a las personas, siempre será favorable y coadyuvará al debido desarrollo de un Estado constitucional y democrático. Sin embargo existe un problema práctico en la aplicación de todos los derechos establecidos en los tratados de los que el Estado mexicano es parte.

Cuando el artículo primero constitucional señala que se reconocen tanto aquellos derechos señalados en la Constitución como aquellos de fuente internacional encontrados en instrumentos signados por el Estado, amplía el

catálogo de derechos humanos, no solo a unos pocos, sino a miles de derechos que no son conocidos por una generalidad. El reconocimiento de derechos humanos coherentes y racionales nunca estar mal, sin embargo, su realización práctica, si no se encuentra bien fundamentada, puede llegar a ser irrealizable.

Esta afirmación que pareciera tan simple en realidad conlleva consecuencias de no menor importancia. En primer lugar, el hecho de que el artículo primero constitucional en su primer párrafo reconozca tanto los derechos humanos contenidos en la Constitución como en todos los tratados de cualesquier materia signados por el Estado mexicano, implica que se tenga una cantidad de derechos indeterminada, por la enorme cantidad de tratados internacionales que México ha firmado desde épocas inmemorables. Aunque los derechos humanos son una cuestión de primera importancia y podríamos pensar que mientras más derechos reconozca un país a sus ciudadanos se vivirá en un ambiente más democrático y constitucional, lo verdaderamente importante es que estos sean materialmente realizables.

Esto se debe a que México en su calidad de ente internacional ha suscrito desde 1836 un sinnúmero de tratados internacionales en múltiples materias como son derecho penal, fiscal, mercantil, laboral, derecho de los conflictos armados, derecho internacional humanitario, cooperación educativa y cultural, solución pacífica de controversias, organismos internacionales, derecho marítimo, comercio internacional y desarrollo, salud, protección del patrimonio cultural y natural, transportes, narcóticos, drogas y sustancias psicotrópicas, propiedad intelectual, derechos y deberes de los Estados, paz, cooperación jurídica, organismos regionales y privilegios e inmunidades de los organismos internacionales, solo por mencionar algunas.

Por este motivo en primer lugar se deben identificar todos y cada uno de los derechos contenidos en la totalidad de los tratados internacionales de los que se forma parte, para después crear medios de acceso a esos derechos de manera

interna en el país, ya que no es suficiente que estos derechos se puedan proteger mediante el juicio de amparo, sino que lo idóneo sería que no se tuvieran que exigir por este medio una vez violados sino que el Estado garantizara su aplicación de manera previa.

Además, la gran mayoría de los ciudadanos no sabe cuál es este nuevo catálogo de derechos humanos que puede exigir, por lo cual si el Estado no les da publicidad, serán derechos humanos, sí, pero plasmados solo en papel, como muchas otras normas, por lo que al existir tantos derechos difícilmente determinables, se desdibuja la certeza jurídica. Es entonces que cuando las personas desconocen sus derechos y si tienen o no la autorización legal de llevar a cabo ciertos actos jurídicos se puede llegar a violar el principio de seguridad jurídica y el de legalidad e incluso el de debido proceso.

Hay otra cosa a tener en cuenta. Con la ampliación del catálogo de derechos humanos en nuestro país también debió aumentar el número de obligaciones, ya que el derecho de uno, es la obligación de otro y que esto conlleva por tanto, nuevas obligaciones que deben ser exigidas. Esta situación puede llegar a tener consecuencias nada simples ya que al no conocer los derechos exigibles, tampoco se conocen las obligaciones.

Al no saber si con determinadas actuaciones estamos violando un derecho humano o si una vez que se tiene un fallo favorable en cierto asunto, más tarde nos encontraremos con que se violó un derecho convencional dentro del proceso y se debe reponer todo el procedimiento o existe un nuevo tratado internacional firmado por México que se debe tener en cuenta para poder validar las actuaciones realizadas sin conocimiento del nuevo documento internacional, se está dejando a los ciudadanos sin certeza jurídica, lo cual no es poco problema.

Aunado a esto, cabe realizar una reflexión sobre los derechos humanos. Como lo señala Humberto Nogueira, los derechos humanos tienen características

especiales; son universales, supra y transnacionales, irreversibles, progresivos, tienen una posición preferencial respecto de cualquier otra norma, tienen una eficacia *erga omnes*, una fuerza expansiva y siempre se deberán maximizar,³³⁹ pero también destaca que efectivamente no son absolutos, como se analizará más adelante con mayor profundidad.

Ahora solo me referiré a esta parte de los límites de los derechos humanos en donde, para que estos puedan ser realizados se requiere que frente a estos, existan deberes. Es decir, como ya se dijo, para que un derecho humano pueda ser llevado a la práctica debe existir un deber correlativo que permita su consecución.

Si este deber no existe, y se reconoce a los ciudadanos un sinnúmero de derechos –que incluso resultan indeterminables- muy difícilmente se podrán llevar a la práctica. Pondré un ejemplo. La CADH en su artículo 23 señala: *Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades... c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.* Este es el derecho político de “acceso a la función pública” que no se encuentra contemplado por nuestra legislación estatal actual, sino solamente por la federal, que no vincula a los órganos estatales de administración de justicia.

Para que este derecho sea efectivamente llevado a la práctica es necesario que exista correlativamente un deber por parte de las autoridades estatales de garantizar la permanencia en la fuente laboral a la persona y garantizar que no se le despedirá sin causa justificada, por ejemplo con un contrato laboral por tiempo indeterminado. Sin embargo, si no existe esta obligación correlativa al derecho difícilmente se podrá realizar y más difícil será aun si las personas no conocen los derechos que poseen.

³³⁹ Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, 2003, pp. 69 y ss.

Es entonces que aunque los derechos humanos se vean como un triunfo que impone límites al poder de los más fuertes, si estos no son protegidos de una manera correcta, y se crean los deberes correlativos a los mismos, terminaran siendo letra muerta, una norma inaplicable que solo se podrá exigir una vez que ya se haya violado, y solo por las personas que tengan a su alcance el conocimiento jurídico y los recursos económicos para exigir la protección de sus derechos ante los Tribunales, pero eso es ya, materia de otra tesis.

4.2.5. Catálogo de derechos humanos de fuente nacional y convencional como parámetro del control de regularidad constitucional. ¿Limitación al control de convencionalidad o cambio de tecnicismo jurídico?

Con la reforma de junio de 2011 al artículo primero constitucional, al ampliar el catálogo de derechos humanos reconocidos por el Estado, y dar una importancia especial a los tratados internacionales en la materia, se dio una nueva y reforzada luz sobre la obligación de ejercer control de convencionalidad en sede nacional por todas las autoridades del Estado mexicano; cuestión que como ya se ha fundamentado en los capítulos precedentes, deriva de la firma de tratados internacionales sobre derechos humanos y desde ese momento se debe realizar este control. Con la reforma se admitió esta obligación y constituyó una forma de garantizar su ejercicio en todos los niveles estatales.

Pese a la reforma, con la resolución de la contradicción de tesis 293/2011 por la SCJN pareciere que se trata de limitar el control de convencionalidad. Se ha llegado a esta conclusión toda vez que dentro de la resolución se evita invocar el término “control de convencionalidad” y se infiere que con la reforma lo que se pretendía era ampliar el catálogo de derechos humanos a los establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano fuera parte.

Con esta afirmación se establece que esta especie de bloque creado por los derechos habidos tanto en la Constitución como en los tratados de los que

México sea parte, constituyen un “*parámetro de control de regularidad constitucional*”, sin abundar en la sentencia más sobre el significado de este término, que alcances tiene este nuevo parámetro o cómo influye en la obligación del Estado de realizar un efectivo control de convencionalidad en sede interna.

Esto me lleva a preguntar ¿Qué es el control de regularidad constitucional? Ya que este término es raramente utilizado por los estudiosos del derecho y se puede prestar a malas interpretaciones. Pues bien, el “control de regularidad constitucional” no es un término que tenga un vasto desarrollo doctrinal ni jurisprudencial.

José Ramón Cossío nos habla desde 1997 del *control de regularidad de las normas jurídicas*, término por el que denota la existencia de la jerarquización de las normas en los ordenamientos jurídicos actuales, lo cual conlleva que las diferentes normas jurídicas que lo componen deriven su validez del hecho de no ser contrarias a las normas de jerarquía superior. Es decir, una ley es válida siempre y cuando, además de haber sido realizada bajo el procedimiento que indique la Constitución y por autoridad competente, recoge o por lo menos no desconoce el contenido de normas de mayor jerarquía hasta llegar a la Constitución.³⁴⁰

Es entonces que el término *control de regularidad de las normas jurídicas* simplemente se extiende a un panorama más general partiendo desde las normas que conforman la base de la pirámide normativa hasta la Constitución, que se encuentra en la cúpula de la jerarquía normativa, para enlazar unas normas con otras que deben ser acordes a las de mayor jerarquía pues de lo contrario serán nulas. Este término se utiliza entonces en el ejercicio procesal del control de constitucionalidad.

³⁴⁰Cossío D., José Ramón “Cuestiones Constitucionales. El control de regularidad de las reformas constitucionales”, *Revista Este país*, número 74, mayo 1997, http://estepais.com/inicio/historicos/74/5_ensayo_cuestiones_cassio.pdf.

Ya Rubén Sánchez Gil se refiere en el 2002 al control de regularidad constitucional como un elemento indispensable del Estado constitucional que tiene como finalidad “*mantener la vigencia del orden establecido por la ley fundamental*”,³⁴¹ además refiere que la forma en que se realiza este control de regularidad es mediante los procesos *ad hoc* a través de los cuales se realiza la declaración de inconstitucionalidad de un acto o norma y el control ejercido por el resto de las autoridades ordinarias, como un mecanismo de control *difuso*.

Es entonces que según la anterior definición el *control de regularidad constitucional* lo ejercen todas las autoridades en el ámbito de sus competencias al velar por el efectivo cumplimiento de la normativa constitucional, ya sea que este lo realice la SCJN mediante los procedimientos *ad hoc* en lo que se dicta una declaratoria de inconstitucionalidad de la norma, o bien, mediante el *control difuso de la regularidad constitucional* llevado a cabo por las autoridades ordinarias dentro de sus actuaciones diarias al aplicar y sobretodo no contravenir a la Constitución.

Ahora bien, la SCJN ha equiparado este término con el de control de constitucionalidad o bien, control de validez constitucional como se puede apreciar en las jurisprudencias:

❖ **ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AUTORIZA EL EXAMEN DE TODO TIPO DE VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.**³⁴² En esta tesis aislada se señala entre otras cosas que la SCJN realiza el control de regularidad constitucional a través del análisis de los

³⁴¹Sánchez Gil, Rubén A., “El control difuso de la constitucionalidad en México”. Reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002, *Revista Mexicana de Derechos Constitucional*, número 11, 2002, este texto puede ser encontrado en la página <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/11/ard/ard7.htm>.

³⁴² Tesis P. XI/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p. 673.

hechos que pudieran ser violatorios de la constitución, declarando finalmente si la norma general es válida o inválida.

- ❖ **CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTORIZA EL EXAMEN DE LOS ACTOS PROVENIENTES DE LAS LEGISLATURAS ESTATALES TENDIENTES A DIRIMIR CONFLICTOS DE LÍMITES ENTRE MUNICIPIOS.**³⁴³ Esta jurisprudencia equipara el control de regularidad constitucional a la facultad de la SCJN de ejercer el control de constitucionalidad ya que señala que este se lleva a cabo a través de los medios que le ha señalado el artículo 105 de la Carta Magna.

- ❖ **CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FINALIDAD DEL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN INCLUYE TAMBIÉN DE MANERA RELEVANTE EL BIENESTAR DE LA PERSONA HUMANA SUJETA AL IMPERIO DE LOS ENTES U ÓRGANOS DE PODER.**³⁴⁴ En esta tesis aislada que data del año 1999 podemos encontrar que el control de regularidad constitucional no solo se refiere a la salvaguarda de la Constitución General sino que además se debe tener en cuenta los derechos de los que son titulares las personas con el fin de no afectarlos.

Como se puede observar, en las tesis anteriores la SCJN se ha referido al control de regularidad constitucional como aquel mecanismo mediante el cual se lleva a cabo la salvaguarda de la Constitución, cumpliendo así con el principio de supremacía constitucional frente al resto de las normas que integran nuestro sistema jurídico y utilizándolo también como sinónimo de control de constitucionalidad o control de validez constitucional.

³⁴³ Tesis P./J. 130/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, Noviembre de 1999, p. 793.

³⁴⁴ Tesis P./J. 101/99, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, Septiembre de 1999, p. 708

Al respecto existe otra jurisprudencia en la que me parece que es más evidente que la SCJN ha utilizado los términos control de constitucionalidad y control de regularidad constitucional para referirse al mismo mecanismo de defensa de la Constitución Federal y por lo tanto me permito transcribirla en su totalidad:

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTORIZA EL EXAMEN DE TODO TIPO DE VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.³⁴⁵

Los Poderes Constituyente y Reformador han establecido diversos medios de control de la regularidad constitucional referidos a los órdenes jurídicos federal, estatal y municipal, y del Distrito Federal, entre los que se encuentran las controversias constitucionales, previstas en el artículo 105, fracción I, de la Carta Magna, cuya resolución se ha encomendado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su carácter de Tribunal Constitucional. La finalidad primordial de la reforma constitucional, vigente a partir de mil novecientos noventa y cinco, de fortalecer el federalismo y garantizar la supremacía de la Constitución, consistente en que la actuación de las autoridades se ajuste a lo establecido en aquella, lleva a apartarse de las tesis que ha venido sosteniendo este Tribunal Pleno, en las que se soslaya el análisis, en controversias constitucionales, de conceptos de invalidez que no guarden una relación directa e inmediata con preceptos o formalidades previstos en la Constitución Federal, porque si el control constitucional busca dar unidad y cohesión a los órdenes jurídicos descritos, en las relaciones de las entidades u órganos de poder que las conforman, tal situación justifica que una vez que se ha consagrado un medio de control para dirimir conflictos entre dichos entes, dejar de analizar ciertas argumentaciones sólo por sus características formales o su relación mediata o inmediata con la Norma Fundamental, produciría, en numerosos casos, su ineficacia, impidiendo salvaguardar la armonía y el ejercicio pleno de libertades y atribuciones, por lo que resultaría contrario al propósito señalado, así como al fortalecimiento del federalismo, cerrar la procedencia del citado medio de control por tales interpretaciones técnicas, lo que implícitamente podría autorizar arbitrariedades, máxime que por la naturaleza total que tiene el orden constitucional, en cuanto tiende a establecer y proteger todo el sistema de un Estado de derecho, su defensa debe ser también integral, independientemente de que pueda tratarse de la parte orgánica o la dogmática de la Norma Suprema, dado que no es posible parcializar este importante control.

Del texto anterior se desprende que existen ciertos medios –como la controversia constitucional- mediante los cuales se puede llevar a cabo el control de regularidad constitucional, por lo que al ser este un medio de defensa de la Constitución establecido como un medio de control constitucional, los términos son

³⁴⁵ Tesis P./J. 98/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, Septiembre de 1999, p. 703.

equiparables del todo, conforme al escaso desarrollo que se tiene sobre este concepto específicamente, la única diferenciación que podía existir, es que cuando se habla de “control de regularidad constitucional” se enfoca este en un aspecto procesal del término, es decir, se refiere a los mecanismos procesales que existen para la defensa de la Constitución.

Si el control de regularidad constitucional no es más que un sinónimo del control de constitucionalidad o bien, es otra forma de referirnos a la parte procesal del control de constitucionalidad, debemos recordar que hasta antes de la reforma sobre derechos humanos del 2011 era concentrado y ahora se debe realizar por todos las autoridades estatales, y para su realización se debe de tener en cuenta el catalogo que se ha conformado por los derechos convencionales y constitucionales.

De esta afirmación, desde mi perspectiva derivan avances y retrocesos. El avance en cuanto a que al ser los derechos convencionales parte de este bloque o parámetro, son parte integrante de la Constitución y por lo tanto, adquieren el mismo valor que los derechos constitucionales y la Constitución misma. El retroceso se debe a que a lo largo de toda la resolución se habla de este nuevo control de regularidad constitucional pero se evita el término “control de convencionalidad”.

Con esto, pareciera que se pretende limitar el ejercicio del control de convencionalidad ya que por un lado, al pertenecer los derechos convencionales al mismo catálogo de derechos fundamentales que conforma el parámetro de control, se están aplicando, por lo cual pudiera pensarse que se cumple con esta obligación. Sin embargo, habría que preguntarnos ¿Dónde queda el resto de las normas previstas en los tratados internacionales sobre derechos humanos que no constituyen derechos?

Lo que se determinó con esta resolución fue que los tratados internacionales sobre derechos humanos no tenían más valor que los tratados en general aunque estos tuvieran características especiales, lo cual implica que los derechos de fuente convencional tienen un valor constitucional, sin embargo el resto de las normas de aplicación, como aquellas en que se instituye la CIDH y la Comisión Interamericana, reglas como el principio pro persona, pacta sunt servanda y obligación de adecuación del derecho interno, han quedado fuera de esta elevación de jerarquía y no se plantean como parámetro de aplicación frente al resto de las normas.

El problema principal que se tiene con el término control de regularidad constitucional es que se mantiene con este solo dicho, la jerarquía suprema del texto constitucional sobre los derechos convencionales y evidentemente sobre el resto del texto de los tratados internacionales sobre derechos humanos al que se ha adherido México, que al no constituir un derecho en sí, no se incluye dentro del nuevo catálogo de derechos humanos reconocido.

La práctica jurisdiccional es la que finalmente terminará de sentar las bases sobre las cuales se aplicará el control de convencionalidad o si este se seguirá aplicando de la misma manera en la que se comenzaba a aplicar antes de que se dictara esta resolución, sin embargo, creo en definitiva que se limitó el control de convencionalidad en sede interna, sometiendo a todo el contenido de los tratados sobre derechos humanos y a los derechos convencionales al imperio de la Constitución, incluso si las normas de aplicación y actuación e implementación de los derechos establecidas en esos documentos internacionales beneficiaran más a la persona.

Además se debe hacer otro tipo de análisis. El término control de regularidad constitucional, si bien, no es nuevo del todo, se ha usado en pocas ocasiones por la SCJN y nunca ha sido un término muy explorado ni definido, por lo que normalmente se equipara –como ya se dijo- con el control de

constitucionalidad de las normas. Pese a esto, si nosotros hablamos de “regularidad constitucional” de una norma jurídica, ¿a qué nos referimos?

Se plantea esta pregunta porque el término regularidad, pareciera surgir de la forma de creación de la norma. Es decir, una norma es regular y por lo tanto válida, si ha sido creada bajo el proceso jurisdiccional establecido en la constitución por lo que formalmente es válida.

Sin embargo, esa norma que es regular por estar creada bajo el proceso de creación de una ley establecido en la Constitución y por la autoridad facultada para ello, puede ser materialmente inconstitucional, en virtud a que su contenido no es acorde o incluso es violatorio de la norma fundamental, lo cual resultaría de un análisis comparativo posterior de la norma con la Constitución para finalmente llegar a este señalamiento mediante una declaratoria de inconstitucionalidad por los órganos federales facultados para ello, o bien, mediante la inaplicación de la misma, por las autoridades de menor rango. En este supuesto, tendríamos una norma constitucionalmente regular, por estar creada de acuerdo a los cánones constitucionales. Sin embargo, esa misma norma podría ser materialmente inconstitucional por contravenir su texto.

Creo entonces, que si lo que la SCJN quiso referir con el término control de regularidad constitucional era sencillamente un control de constitucionalidad de las normas generales, debió referirlo de esta manera ya que el término utilizado puede resultar confuso por inexplorado, pues aunque ha sido utilizado en varias resoluciones de este órgano, nunca se ha creado una doctrina a su alrededor que nos indique sus características y métodos de realización o bien, que señale claramente que se trata de un sinónimo de control de constitucionalidad.

4.2.6. Aun supremacía constitucional, sobre todo y ante los derechos humanos de fuente convencional.

En la resolución analizada, además de señalar que con la reforma constitucional de 2011 se creó un parámetro para el ejercicio del control de regularidad constitucional, integrado por los derechos humanos de fuente convencional y constitucional, se estableció que estos no pueden ser entendidos en un orden de jerarquía ya que al ser derechos humanos, importa poco la fuente de donde emanan, ya que lo verdaderamente importante es su protección.

Esta es una las afirmaciones más importantes y trascendentales de la sentencia estudiada, y la SCJN lo sostiene de esta manera:

...los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y en la Constitución no se relacionan entre sí en términos jerárquicos. En consecuencia, el enfoque tradicional de la jerarquía de los tratados internacionales no constituye una herramienta satisfactoria para determinar el lugar que ocupan en el ordenamiento mexicano los derechos humanos reconocidos en dichos instrumentos normativos.³⁴⁶

Cuando se señala que los derechos humanos ya sean de fuente convencional o constitucional no pueden ser relacionados en términos jerárquicos pareciere que se está dando un gran salto en lo que ve a su protección integral, ya que no importaría en este supuesto la fuente de la cual derive un derecho sino que lo importante es que ese derecho nacional o internacional sea cumplido y protegido a cabalidad, sin embargo posteriormente se señala en la resolución en comentario:

*...las fuentes normativas que dan lugar a los dos parámetros de control son las normas de derechos humanos previstas en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte. Consecuentemente, ambos parámetros de control forman parte del mismo conjunto normativo y, por tanto, integran el aludido parámetro de control de regularidad, **de modo que hablar de constitucionalidad o convencionalidad implica hacer referencia al mismo parámetro de regularidad o validez**, aunque para efectos meramente didácticos pueda diferenciarse entre el origen de la norma empleada para desarrollar el estudio de validez respectivo.³⁴⁷*

³⁴⁶Resolución de la contradicción de tesis 293/2011... *op. cit.*, nota 212, p. 30.

³⁴⁷*Ibidem*, p. 53.

Por lo dicho en esta parte de la sentencia parece que se está equiparando el control de convencionalidad al control de constitucionalidad, o bien, se señala que ambos controles pueden ser realizados mediante un control de regularidad constitucional e incluso este Alto Órgano Jurisdiccional tiene a bien señalar que la misma CIDH ha establecido lo siguiente:

...“la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria”³⁴⁸

Es entonces que pareciera que la SCJN se fundamenta en esta última afirmación de la CIDH para suponer que el control de convencionalidad se debe llevar a cabo mediante un control de constitucionalidad por el hecho de que una vez que un Estado ratifica la Convención Americana, esta pasa a ser parte de su derecho interno, y aunque la afirmación de la Corte Interamericana ha sido del todo acertada, cuando la Suprema Corte señala que *hablar de constitucionalidad o convencionalidad implica hacer referencia a un mismo parámetro de validez* limita el control de convencionalidad solo al contenido del parámetro de regularidad constitucional creado, dejando fuera el resto de las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por México, por lo cual, se limita el adecuado ejercicio del control de convencionalidad.

Hasta el momento todos los argumentos plasmados indican que la SCJN incorporó de un modo u otro, los derechos humanos de carácter convencional a nuestro sistema jurídico en un nivel constitucional ya que se señala con toda claridad que estos no pueden ser relacionados en términos jerárquicos en virtud a

³⁴⁸Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gelman Vs. Uruguay, supervisión de cumplimiento de sentencia... *op. cit.*, nota 234, párrafo 88.

que todos conforman un mismo catálogo que conforma el parámetro de regularidad constitucional.

Pese a estas afirmaciones, la resolución se bifurca en un sentido férreo de supremacía constitucional incluso frente a los derechos convencionales al establecer:

*Como expresamente se estableció en el artículo 1º constitucional, en México todas las personas son titulares tanto de los derechos humanos reconocidos en la Constitución como de los previstos en los tratados internacionales que sean ratificados por el Estado mexicano, lo que significa que, con motivo de la reforma constitucional, los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales se han integrado expresamente a nuestro ordenamiento jurídico interno, para ampliar el catálogo constitucional de derechos humanos, en el entendido de que, **derivado de la parte final del primer párrafo del propio artículo 1º constitucional, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.***³⁴⁹

Con esta especie de “regla de aplicación” finalmente se reafirmó la supremacía del texto constitucional por encima de toda norma aplicable en México, incluso sobre los derechos humanos de fuente convencional lo cual significa un retroceso tanto en el ejercicio del control de convencionalidad como en la protección de estos derechos y además constituye el incumplimiento de las obligaciones internacionales por parte del Estado mexicano.

Se dividirán los razonamientos vertidos en torno a estas afirmaciones en dos partes. Primero es necesario señalar porqué esta decisión constituye un retroceso en el ejercicio del control de convencionalidad y la protección de los derechos humanos de fuente convencional y posteriormente se analizará lo que esta decisión implica en el cumplimiento de las obligaciones internacionales para el Estado mexicano.

Como ya se ha visto a lo largo de este trabajo, una de las características fundamentales del control de convencionalidad es el principio *pro persona*, es

³⁴⁹ Resolución de la contradicción de tesis 293/2011... *op. cit.*, nota 212, p. 37.

decir, el derecho internacional de los derechos humanos actúa como subsidiario al derecho interno de los países, por lo cual, cuando exista un conflicto al momento de decidir cuál legislación es la que se debe aplicar, se debe preferir la que más beneficie a la persona o menos la perjudique.

Este es un principio básico de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos y además, ejercido correctamente garantiza la protección de la persona por doble partida, mediante la legislación nacional y la internacional.

Hay que recordar también que la CADH recoge este principio en su artículo 29, por lo cual en ningún momento se pretende que ésta sea aplicada de manera preferente, por el contrario, el derecho internacional de los derechos humanos siempre se establece como un mínimo de derechos a reconocer por los países parte de la Convención, como una especie de piso de los derechos.

Es entonces que cuando la SCJN señaló que los derechos humanos de fuente tanto nacional como internacional se encontraban dentro de un mismo parámetro para realizar el control de regularidad constitucional, parecía que se había logrado una protección integral de los derechos humanos sin importar la fuente de la que provinieran, más aun cuando en la resolución se expresó:

...es la que la doctrina y la jurisprudencia han identificado como el principio pro persona, el cual obliga a que la interpretación de los derechos humanos se desarrolle favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia... En este sentido, adoptando como premisa la inviabilidad de resolver este tipo de situaciones con apoyo en los criterios tradicionales de interpretación y resolución de antinomias, el Poder Reformador otorgó rango constitucional al principio pro persona como elemento armonizador y dinámico para la interpretación y aplicación de normas de derechos humanos.

Con estas afirmaciones la SCJN reiteró la importancia fundamental del principio *pro persona* en la práctica de la aplicación de los derechos tanto nacionales como convencionales, por lo cual se podía dilucidar un gran avance en materia de protección a los derechos humanos. Sin embargo, cuando más adelante se afirmó que si bien, tanto los derechos reconocidos por la Constitución

como los de fuente convencional conformaban un mismo bloque, debían prevalecer las restricciones constitucionales por encima de ellos, eliminó todo avance que pudiera haberse visualizado.

No solo no existió un avance, sino que además pudiera afirmarse que se realizó una sobre-interpretación o inadecuada interpretación de la Constitución Federal, en virtud de que el texto del segundo párrafo del artículo primero constitucional, señala claramente que se deberá emplear el principio *pro persona* como regla para determinar cuál legislación se deberá aplicar, tal como se señala a la letra: *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.*

Es entonces que la misma Constitución Federal señala como regla para saber qué derecho se debe aplicar, si el nacional o el internacional, la aplicación del principio *pro persona*, situación que se limitó mediante la resolución estudiada. Esto me lleva a señalar que puede pensarse que cuando la SCJN resuelve que las restricciones constitucionales deberán aplicarse aunque el derecho convencional sea más amplio, limita este principio y por lo tanto **va en contra** del mismo texto constitucional.

Esta afirmación deriva de que la Constitución de manera literal establece que se deberá aplicar la norma que más beneficie a la persona por lo que la única regla para aplicar el catálogo que se ha formado, integrado por los derechos de fuente constitucional y nacional, es realizar un análisis comparativo entre ambas fuentes para determinar cuál de las dos es la que otorga más beneficios o es menos restrictiva. Una vez realizado este análisis, las restricciones que la Constitución establece al ejercicio de los derechos, se deben inaplicar si es que existe un derecho convencional reconocido por el Estado mexicano que sea menos restrictivo.

Si esta regla no se cumple se está limitando la protección de los derechos humanos tanto de fuente nacional como convencional así como su aplicación práctica, y se está incumpliendo con la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, contraviniendo así la obligación internacional de realizar un efectivo control de convencionalidad en sede interna o difuso ya que esta obligación es existente aunque la Constitución se reformará, mientras los tratados sobre derechos humanos signados por México sigan vigentes.

Además, esta limitación, se fundamentó en la última parte del párrafo primero constitucional que vale la pena recordar en este momento:

*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.***

En virtud del texto anterior es que la SCJN señaló que las restricciones que la Constitución señala a lo largo de todo su texto deben prevalecer por encima de cualquier otra norma, interpretando de una manera taxativa lo que este artículo establece.

Esta última parte del párrafo primero del artículo en comento pudiera interpretarse de muchas maneras. La SCJN en este caso actuó como limitante de los derechos humanos al preferir las restricciones constitucionales por encima de estos; sin embargo cabe otra interpretación.

El artículo 29 constitucional en su primer párrafo a la letra nos señala lo siguiente:

*Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, **podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación;** pero deberá hacerlo*

por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.

Como se puede apreciar, en el artículo 29 se establece cual es la causa por la que se pueden restringir o suspender los derechos, es decir, solo en caso de invasión, perturbación grave de la paz pública o de alguna causa que ponga en peligro a la Nación, los derechos humanos podrán ser **restringidos**, que no es lo mismo que suspensión o limitación.

Por lo cual, desde mi perspectiva el artículo primero constitucional en la parte final de su primer párrafo, nos remite directamente al texto del artículo 29 constitucional, y no se refiere a las restricciones que existen a lo largo de la Constitución.

Afirmar que el artículo primero señala que las restricciones constitucionales se encuentran por encima de todo derecho convencional es tanto como afirmar que el propio artículo primero se contradice en su letra ya que en todo caso, mediante el primer párrafo establece que prevalecen sobre los derechos las restricciones encontradas a lo largo de su cuerpo mismo; y, mediante el segundo párrafo señala como regla para determinar que legislación aplicar, si la nacional o la internacional, la que más beneficie a la persona, por lo que es claro que si el derecho internacional es menos restrictivo que el nacional, se deberá aplicar el nacional.

Entonces reitero que en caso de que la Constitución realmente señalara que las restricciones constitucionales se encuentran por encima de todo derecho, se contradeciría el primer párrafo del artículo primero constitucional con el segundo.

Ahora bien, si ponemos el texto del párrafo primero constitucional al lado del artículo 29, podemos ver la correspondencia con una mayor claridad.

<p>Artículo 1. <i>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.</i></p>	<p>Artículo 29. <i>En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación...</i></p>
---	---

Como se puede apreciar, el artículo 29 hace referencia de manera pormenorizada a los únicos casos en los que se puede restringir o suspender un derecho humano, lo cual tiene perfecta equivalencia a lo dispuesto en el artículo primero constitucional.

Por si esto no fuera suficiente hay que hacer una clara diferenciación entre lo que son restricciones y limitaciones a los derechos humanos, ya que no son lo mismo y pareciera que en la resolución criticada se toman como sinónimos.

En conclusión, no se puede hablar de un solo catálogo conformado por derechos convencionales y constitucionales que no se encuentran relacionados entre sí en términos jerárquicos, señalando que tienen la misma posición en nuestro sistema y forman un parámetro para la aplicación del control de regularidad constitucional y posteriormente señalar que las restricciones constitucionales a los derechos previstas en la Constitución prevalecerán ya que es contradictorio. No se puede decir que se tiene la misma jerarquía entre unos y otros derechos pero las restricciones constitucionales imperan sobre ellos, pues es evidente que en este caso la jerarquía mayor la tienen esas restricciones.

Por último, es necesario señalar que el segundo párrafo del artículo primero constitucional señala que los derechos humanos se interpretaran de conformidad

a la Constitución y **los tratados internacionales en la materia**, con lo cual, aunque derivado de la interpretación del párrafo primero, se señale que lo que el constituyente permanente constitucionalizó fueron los derechos concebidos en tratados internacionales, del segundo párrafo se puede advertir con claridad que todos los derechos humanos que contiene nuestro sistema jurídico deben ser interpretados de conformidad a estas dos fuentes.

Por un lado, la Constitución, pero por otro lado, los tratados internacionales, no en general sino “en la materia” es decir, sobre derechos humanos, y este parámetro interpretativo no se conforma solo por los derechos que contienen dichos instrumentos sino por todas las normas que lo integran. Esta deducción no tiene cabida a otras interpretaciones ya que este párrafo es sumamente claro al hablar de *los tratados en la materia* y no los derechos que estos contienen.

Es entonces que en virtud a que el segundo párrafo del artículo en comento establece que todos los derechos humanos que conforman nuestro sistema jurídico deberán ser interpretados de conformidad a los tratados internacionales sobre derechos humanos y la Constitución, se les debe reconocer una fuerza aplicativa mucho mayor a los instrumentos internacionales en esta materia, cuestión que puede ser muy discutida por algunos teóricos e incluso por la SCJN sin embargo, esto se deriva del texto constitucional, de manera literal.

Pese a lo anteriormente mencionado, en la sentencia estudiada se señala:

*...el segundo párrafo contiene dos herramientas interpretativas cuya aplicación resulta obligatoria en la interpretación de las normas de derecho humanos. **La primera establece que todas las normas de derechos humanos deberán interpretarse de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de derechos humanos.** Sin pretender agotar los alcances de lo que tradicionalmente se ha entendido como “interpretación conforme”, basta decir que dicha herramienta obliga a los operadores jurídicos que se enfrenten a la necesidad de interpretar una norma de derechos humanos –incluyendo las previstas en la propia Constitución– **a considerar en dicha interpretación al catálogo de derechos humanos que ahora reconoce el texto constitucional. Esta obligación busca reforzar el principio desarrollado en el primer***

párrafo, en el sentido de que los derechos humanos, con independencia de su fuente normativa, forman parte de un mismo catálogo o conjunto normativo.³⁵⁰

Me parece incorrecta la apreciación de nuestro órgano jurisdiccional máximo, ya que la Constitución de manera literal, además de su propio texto, conduce a los tratados internacionales en la materia como parámetro hermenéutico de todas las normas sobre derechos humanos y en la interpretación realizada, se deja de lado el texto de los tratados para solo incluir los derechos que estos contienen.

Es por esto que una vez más se reitera que en la resolución analizada en este trabajo no solo se realizó una sobre-interpretación sino que además se fue en contra de la literalidad del texto constitucional ya que el párrafo segundo del artículo primero constitucional habla con toda claridad en que la Constitución y los tratados sobre derechos humanos forman un canon hermenéutico que debe ser tomado en cuenta en todo momento al aplicar el resto de las normas del ordenamiento jurídico y en la resolución de la contradicción de tesis se dice que este párrafo únicamente reitera la conformación del catálogo de derechos humanos que se conformó por los nacionales y los convencionales.

En este punto del trabajo de investigación me parece prudente mencionar cuales son las características de las limitaciones y las restricciones a los derechos humanos. Debemos comenzar por señalar que los derechos humanos no son absolutos. Esto es fundamental para el debido ejercicio de los derechos por una generalidad, ya que si los derechos humanos fueran absolutos chocarían en la práctica con los de los demás.

Es entonces que los derechos humanos tienen como limitante fundamental, los derechos de terceros; con lo cual una persona al ejercer sus derechos no está facultado para violar o limitar los de los demás.

³⁵⁰*Ibidem*, p. 34.

Ahora bien, no se debe equiparar el término restricción al de limitación, ya que no son sinónimos. Si nosotros hablamos de limitación, nos referimos en este caso al alcance que tienen los derechos humanos, como se puede deducir del significado que establece el diccionario de la Real Academia Española sobre esta palabra:

Limitación. (Del lat. *limitatio*, *-ōnis*). **1.** f. Acción y efecto de limitar o limitarse; **2.** f. p. us. Término o distrito; **3.** f. ant. Límite o término de un territorio.³⁵¹

Limitar. (Del lat. *limitāre*). **1.** tr. Poner límites a algo; **2.** tr. Acortar, ceñir... Fijar la extensión que pueden tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien; **4.** intr. Dicho de dos territorios o dos terrenos: lindar. **5.** intr. Dicho de un territorio o de un mar: Tener como frontera o término lo que se señala. *España limita al Oeste con Portugal*. **6.** prnl. Imponerse límites en lo que se dice o se hace, con renuncia voluntaria o forzada a otras cosas posibles o deseables.³⁵²

Por el contrario, cuando decimos que se imponen restricciones a los derechos humanos, podemos deducir que se impone un límite mayor al originalmente previsto tal como lo podemos ver en la siguiente definición:

Restricción. (Del lat. *restrictio*, *-ōnis*). **1.** f. Acción y efecto de **restringir** (ceñir). **2.** f. Limitación o reducción impuesta en el suministro de productos de consumo, generalmente por escasez de estos. U. m. en pl.³⁵³

Restringir. (Del lat. *restringere*). **1.** tr. Ceñir, circunscribir, **reducir a menores límites**. **2.** tr. Apretar, constreñir, restriñir.³⁵⁴

³⁵¹ <http://lema.rae.es/drae/?val=limitaci%C3%B3n>

³⁵² <http://lema.rae.es/drae/?val=limitar>.

³⁵³ <http://lema.rae.es/drae/?val=restricci%C3%B3n>.

³⁵⁴ <http://lema.rae.es/drae/?val=restringir>.

Es entonces que una limitación no es lo mismo que una restricción, ya que los límites son aquellos inherentes a los derechos por su naturaleza, que se conocen desde un principio, y las restricciones son puestas en práctica por situaciones extraordinarias que requieren la intervención del Estado.

Existe una amplia teoría sobre las restricciones y las limitaciones a los derechos humanos. En la teoría pura del derecho se dice que los derechos fundamentales no pueden estar sujetos a restricciones, sin embargo en la *teoría externa* se señala que no existe una relación entre los derechos y las restricciones más que para compatibilizar todos los derechos de los individuos en la sociedad, derivado de una necesidad externa del derecho. En la *teoría interna* por el contrario se señala que no existen los derechos y sus restricciones sino que el derecho tiene un determinado contenido, con lo que el término restricción es sustituido por el de *límite*, es decir, los derechos tienen un cierto contenido con límites predeterminados, que no pueden ser ampliados con posterioridad al reconocimiento del derecho y la fijación de su contenido.³⁵⁵

Se puede ver en estas dos teorías, que no es lo mismo restricción que límites. Incluso Alexy señala que en caso de que solo existiesen más que posiciones definitivas que no puedan ser ponderadas, los derechos fundamentales no pueden restringirse sino solo las libertades *iusfundamentales* que otorgan la facultad a la persona de hacer o no hacer.³⁵⁶ Es entonces que cuando en la decisión estudiada se dice que los derechos humanos no son absolutos y tienen límites, por lo cual pueden ser restringidos, se está confundiendo los términos.

Claro está, que con esto no se quiere decir que los derechos humanos no puedan ser restringidos, pues las restricciones son importantes dentro del sistema jurídico mexicano a la hora de impartir justicia, sin embargo, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, y del principio *pro persona* no se pueden

³⁵⁵Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Fareso, 1993, pp. 268 y ss.

³⁵⁶*Ibidem*, p. 269.

aplicar más restricciones que las permitidas en la CADH y demás Convenciones internacionales de las que forme parte México.

Ahora bien, en segundo lugar es necesario señalar que si en el Estado mexicano se pone en práctica lo resuelto en la contradicción de tesis analizada sobre las restricciones constitucionales, se incurrirá en una responsabilidad internacional. Esta situación deriva de que –como ya se ha visto en los capítulos precedentes- los tratados internacionales en materia de derechos humanos se regulan por el derecho internacional y no por el nacional. Es decir, México ha firmado un sinnúmero de tratados internacionales actuando como ente internacional de derecho, adquiriendo obligaciones que deben ser cumplidas so pena de incurrir en una responsabilidad internacional por la que puede ser sancionado.

En entonces que la firmar tratados internacionales sobre derechos humanos, máxime la CADH y aceptar la competencia contenciosa de la CIDH, México se obligó de manera autónoma y en ejercicio de su soberanía a cumplir a la letra todo el contenido de los tratados, no solo a reconocer a sus ciudadanos los derechos que estos instrumentos contienen.

Uno de los principios fundamentales que debe de cumplirse y que incluso en la misma sentencia se señala que en el artículo 1º se constitucionalizó, es el principio *pro persona*. Como ya se ha mencionado en múltiples ocasiones el derecho internacional de los derechos humanos forma un piso mínimo, es decir, los Estados pueden ampliar estos derechos más jamás restringirlos; por lo que al señalarse en esta sentencia que las restricciones constitucionales se encuentran por encima de los derechos convencionales, en la práctica no se cumple con este piso mínimo de protección en caso de que existan restricciones señaladas en la Constitución para un derecho en particular, lo cual resulta inconvencional.

4.2.7. Jurisprudencia de la CIDH. ¿Vinculante con excepción de condenas sobre restricciones constitucionales?

El segundo punto que se trata en la sentencia estudiada es la vinculatoriedad para el Estado mexicano de la jurisprudencia emitida por la CIDH. Cabe recordar que mediante el expediente varios 912/2010 ya se había señalado que las resoluciones de la CIDH son vinculatorias para el Estado Mexicano pero solo cuando fuera parte del asunto planteado, creándose la siguiente tesis aislada:

CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional. De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como 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 favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos.³⁵⁷

Esta tesis aislada fue un avance en la aceptación del ejercicio del control de convencionalidad y de la consideración de los precedentes de la CIDH, sin embargo se quedó corta al otorgarles un valor orientador únicamente ya que se restó toda vinculatoriedad a los mismos.

Es entonces que se necesitaba un nuevo criterio que otorgara una mayor fuerza aplicativa a estos precedentes que en el ámbito internacional, por el hecho de haber aceptado la competencia de la Corte y considerarse parte integrante de la CADH. Esta necesidad fue evidente al cobrar los tratados internacionales sobre derechos humanos y los derechos que contienen los tratados en general una

³⁵⁷ Tesis P. LXVI/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, diciembre de 2011, t. 1, p. 550

mayor fuerza dentro de nuestro sistema normativo, ya que se necesitaba dilucidar con claridad y mediante jurisprudencia el valor que se les debe dar a las resoluciones de este órgano judicial supranacional.

Es importante señalar que todas las resoluciones de la CIDH son considerados como jurisprudencia por el mismo órgano protector de los derechos humanos, evidentemente no en cuanto a la condena o absolución del Estado inculpado; ya que sería ilógico suponer que todos los países parte de la Convención deben cumplir con una condena impuesta a uno de los Estados.

Lo que se considera jurisprudencia entonces, es el conjunto de interpretaciones que se realiza del articulado de la CADH, mediante el cual se amplía su contenido y se brinda una mayor protección con cada resolución dictada, e incluso como lo ha manifestado la SCJN mediante la resolución estudiada *“la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituye una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*³⁵⁸

Estas interpretaciones realizadas en las resoluciones que dicta la Corte, y llamadas jurisprudencia, son de obligatorio reconocimiento para todos los países que hayan ratificado la CADH y aceptado la competencia contenciosa de la Corte, precisamente por considerarse una extensión de la misma Convención y esta cuestión es algo que teóricamente no es opción decidir a los Estados.

Es decir, si un país ha ratificado la CADH y aceptado la competencia contenciosa de la CIDH, es evidente que está imposibilitado para desconocer las resoluciones dictadas por este órgano que amplíen el contenido de la Convención, aunque no sea parte en la resolución de manera directa a menos que denuncie el tratado y salga de la jurisdicción de este sistema, ya que la jurisprudencia que emite es parte integrante de la Convención y conforma *“un bloque de*

³⁵⁸Resolución de la contradicción de tesis 293/2011... *op. cit.*, nota 212, p. 57.

convencionalidad” que tiene una aplicación obligatoria para los Estados que se encuentren en las condiciones citadas.³⁵⁹ Lo único que debe resolver el Estado es la manera en la que estas resoluciones serán aplicadas en el Derecho interno del país.

Aun así, en México la SCJN por medio de la resolución señalada, reiteró la obligación de acatar las sentencias de la CIDH, tanto aquellas en las que el Estado mexicano sea parte como aquellas en las que no lo sea, tomando en cuenta la interpretación que de la Convención haya realizado la Corte, siempre y cuando esta sea más benéfica para la persona, resolviendo finalmente expedir la siguiente jurisprudencia:

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1º constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

Esta jurisprudencia resulta adecuada tanto para realizar una protección adecuada de los derechos humanos de fuente nacional como convencional, como para dar cumplimiento a la obligación internacional del Estado de ejercer control de convencionalidad, entendiendo que la jurisprudencia emitida por la CIDH forma parte del bloque de convencionalidad que tiene aplicación directa en nuestro país.

³⁵⁹Sobre el tema consultar García Sayán, Diego, “Una viva interacción: Corte interamericana y Tribunales Internos” en la página http://www.corteidh.or.cr/tablas/diego_06.pdf y Hitters, Juan Carlos “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)” en la página <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf>

Las reglas establecidas para aplicar la jurisprudencia de la CIDH tienen como consecuencia una efectiva colaboración entre el sistema interamericano de protección a los derechos humanos y la protección de los derechos en sede nacional ya que en base a esta nueva interpretación de la SCJN, la jurisprudencia interamericana no se aplica de manera preferente, sino que se debe ponderar cada caso en concreto para determinar finalmente si la jurisprudencia es aplicable al caso concreto de que se trata.

Además, también se señala como regla la armonización de la jurisprudencia nacional con la interamericana y en caso de que esto no sea posible se aplicará la que más le beneficie a la persona cumpliendo así con el principio *pro persona*, por lo que, mínimamente en este aspecto si se avanzó, ya que de tener un criterio en donde solo las sentencias de la CIDH en que México haya sido parte, son vinculatorias para el Estado, mientras que aquellas en las que México no ha sido parte tienen solo un carácter meramente “orientador”, se evolucionó hacia un criterio en el que toda la jurisprudencia elaborada por la Corte Interamericana es vinculante para el Estado mexicano siempre y cuando beneficie más a la persona.

Cabe hacer dos críticas a este aspecto. La primera es, que como se ha visto ya en el capítulo primero de este trabajo, México se encuentra supeditado a dos sistemas internacionales de protección a los derechos humanos. Como se ha planteado en la sentencia analizada, nos encontramos supeditados al sistema interamericano de protección a los derechos humanos, que está concebido como un sistema regional en América; por lo cual en la resolución comentada toda la decisión giró en torno a la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos, la obligación de aplicar los derechos humanos establecidos en los instrumentos de los que México es parte y la importancia jurídica que tiene en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia de la CIDH y si esta es vinculatoria en todo caso o no.

Sin embargo, lo que no se planteó en ningún momento, fue que además de esta integración al sistema interamericano, formamos parte también de la ONU y que por lo tanto también nos encontramos supeditados a un sistema universal de protección a los derechos humanos. Por esta razón, si bien, la litis de la contradicción resuelta versa sobre la jurisprudencia de la CIDH, hubiera sido importante que la SCJN se pronunciara por la sentencia de todos los órganos jurisdiccionales supranacionales a los que México se encuentra supeditado, tales como el Tribunal Internacional de Justicia dependiente de la ONU.

Me parece sumamente importante que nuestro órgano jurisdiccional máximo se pronuncie en un futuro cercano sobre la obligatoriedad y la manera de integración a nuestro sistema jurídico de la jurisprudencia emitida por todos los órganos jurisdiccionales supranacionales a los que nos encontramos supeditados y evite ser conservadora con sus resoluciones ya que de lo contrario se evolucionara a un paso bastante limitado lo que acarreará como consecuencia la protección e integración “a medias” de los derechos convencionales y todas sus normas de aplicación.

4.2.8. ¿Dónde quedó el control de convencionalidad?

La resolución 293/2011 ha sido sin lugar a dudas uno de los precedentes más importantes hasta el momento, sobre la forma en la que se debe poner en práctica la cláusula de apertura constitucional hacia el derecho internacional de los derechos humanos contenida en nuestro artículo primero constitucional, ya sea para bien o para mal.

Nótese que se habla del precedente más importante en lo que al texto constitucional se refiere, ya que la SCJN es el órgano idóneo para interpretar la Constitución así como el órgano judicial supremo del país. Esto no quiere decir que las obligaciones del Estado mexicano se hayan modificado de manera alguna

frente a la comunidad internacional por resolver la contradicción de tesis analizada en un sentido o en el otro.

Esta continuación de las obligaciones internacionales se debe como ya lo hemos visto, a la firma de tratados internacionales sobre derechos humanos y la supeditación de México a Tribunales internacionales protectores de los derechos humanos tales como la Corte Internacional de Justicia y la CIDH.

Es entonces que es necesario resaltar que aunque en México se reformara el día de hoy su Constitución para dejar de reconocer los derechos existentes en los tratados internacionales de los que México forma parte o bien, impedir la aplicación del control de convencionalidad, seguiría obligado a reconocer a sus ciudadanos los derechos convencionales y a aplicarlos bajo el principio *pro persona*, pues de lo contrario incurriría en una responsabilidad internacional.

También se debe señalar que si bien es cierto que la SCJN es el supremo interprete de la Constitución, es la CIDH el máximo intérprete del CADH, por lo cual, al ser los precedentes jurisprudenciales una extensión de la propia CADH, estos tienen un cumplimiento obligatorio para todos sus signatarios, por lo cual, la única potestad que corresponde al país firmante de la Convención es determinar cómo cumplir con las condenas impuestas y como recibir la jurisprudencia internacional en su sede.

Al ser el derecho internacional de los derechos humanos complementario al nacional y no impositivo, no pretende tener una jerarquía mayor al nacional, sino que mediante la aplicación del principio *pro persona*, se pretende elegir que legislación aplicar, otorgándole una mayor importancia a la protección fundamental de la persona que al nivel jerárquico que estas posean en un sistema formal de fuentes.

Ahora bien, el principio *pro persona*, forma parte, como regla fundamental del control de convencionalidad, que es precisamente el medio a través del cual se armoniza la legislación interna del país, con la legislación internacional sobre derechos humanos, control que deben llevar a cabo todas las autoridades de los países parte de la CADH, como se ha visto en el capítulo que precede.

Sin embargo, con la resolución de la contradicción de tesis estudiada pareciera que este control dejó de existir de esta manera, para cambiarlo por un reconocimiento a nivel constitucional de los derechos convencionales, sin ser este el caso para el resto de las normas convencionales incluidas en los instrumentos sobre derechos humanos.

Dicho lo anterior, debemos preguntarnos: ¿Dónde quedo el control de convencionalidad? Y esta pregunta se realiza, toda vez que desde el caso 912/2010, el Estado mexicano aceptó su obligación de llevar a cabo este control e incluso se crearon reglas de aplicación vía tesis jurisprudenciales como se vio ya en el capítulo anterior, por lo cual la evidente evolución de esta postura sería la aplicación de manera general por todas las autoridades de este medio de control, sin embargo pareciera que por el contrario, el camino recorrido desde la reforma constitucional de 2011 hasta ahora, retrocedió en vez de avanzar.

En la resolución de la contradicción de tesis, se habla en todo momento de la aplicación de los derechos convencionales, de la elevación de su jerarquía para considerarse parte conformante de la Constitución, pero se dice también que el resto de las normas convencionales, se trate de instrumentos sobre derechos humanos o no, se quedan en el mismo nivel al anterior a la Constitución.

Incluso se señala que la fuente de la que emane el derecho, convencional o constitucional solo importará ya para fines pedagógicos pero no en términos legales. Como ya se ha dicho esta situación implica avances y retrocesos. Los

avances son tangibles si hablamos de un mismo parámetro conformado por derechos convencionales y constitucionales.

Sin embargo, al dejar fuera el resto de las normas de aplicación, del funcionamiento de la Corte y de su constitución, pareciera dejarse en un segundo plano las obligaciones de aplicación, para realizar una ponderación de manera nacional sobre la aplicación de derechos convencionales, si son más amplios que los nacionales y en todo caso no aplicarlos por alguna disposición constitucional que impida su aplicación de manera directa o a determinadas personas.

Es entonces que entramos al tema de las restricciones constitucionales. El retroceso más grande y evidente en esta resolución, fue imponer el texto constitucional por encima de los derechos humanos, en caso de existir restricciones expresas al respecto, como se puede leer en la jurisprudencia derivada de la resolución estudiada:

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 AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. *El primer párrafo del artículo 1º constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1º, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.*

Como se puede apreciar en esta tesis se señala por un lado que el artículo primero constitucional reconoce un catálogo de derechos humanos provenientes tanto de la propia Constitución como de los tratados internacionales de los que México es parte, y se señala que de la interpretación de este artículo estos derechos no pueden ser interpretados en términos jerárquicos, sin embargo, posteriormente, se apunta que de la interpretación de la parte final del párrafo uno del señalado artículo se desprende que cuando existan en la Constitución restricciones expresas al ejercicio de esos derechos se deberá estar al contenido constitucional.

Esta decisión se fundamenta en la supremacía de la Constitución, por lo que todo el resto de las normas deben ser conformes con la misma. Entonces se puede entender que si una norma internacional ratificada por México, amplía un determinado derecho, sobre el cual existe una restricción constitucional, al no estar acorde con nuestra norma fundamental, bajo el principio de supremacía constitucional, se aplicará directamente la Constitución y se inaplicará la norma internacional signada por México.

Esta situación no es nada simple; por el contrario, podría considerarse violatoria de los derechos humanos convencionales. Se sostiene esta afirmación, ya que al oponer las restricciones constitucionales por encima de cualquier derecho humano, se elimina la posibilidad de aplicar el principio *pro persona*, con lo cual, no solo se viola un principio fundamental del derecho internacional, sino que además, se limita –si no es que suprime- el ejercicio del control de convencionalidad en nuestro país, o por lo menos, **“el control de convencionalidad de restricciones constitucionales en sede interna”**, que es precisamente el título de este trabajo.

Ahora bien, se debe tener siempre presente que el control de convencionalidad es una obligación internacional que no deriva de ninguna ley estatal sino de tratados internacionales sobre derechos humanos que deben ser

cumplidos, independientemente de las decisiones internas de las autoridades de los Estados, y si a esto le sumamos que esta obligación se encuentra recogida con toda claridad a lo largo de los primeros tres párrafos del artículo primero constitucional, esta obligación cobra una fuerza aún mayor.

La obligación de realizar control de convencionalidad se maximiza en el párrafo tercero del artículo 1° constitucional cuando a la letra señala:

...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...

Esta afirmación obliga a que todas las autoridades nacionales velen por el cumplimiento del efecto útil de todos los derechos humanos de fuente tanto nacional como convencional, por lo que se debe armonizar ambos sistemas jurídicos con el fin de que se cumpla con su carácter complementario.

Además el párrafo segundo del artículo primero constitucional, nos señala – como ya se dijo- de una manera muy clara, la obligación de aplicar el principio *pro persona* como regla para dirimir los conflictos de aplicación e interpretación que se pudieran dar entre ambos sistemas, por lo que **siempre**, sin excepción alguna este principio se debería aplicar.

Entonces, al limitar la aplicación del principio *pro persona*, se está limitando el ejercicio del control de convencionalidad, por lo que ve a la aplicación prioritaria de las restricciones constitucionales por encima de cualquier derecho aplicable.

Esto deriva de la evidencia de que si se realizara un control de convencionalidad entre una norma constitucional restrictiva de un derecho y una norma convencional que amplía ese derecho, es evidente que la norma constitucional se debería inaplicar, para en su lugar aplicar la norma que más protección o menos restricción reconozca a la persona.

Pero no solo eso sino que además se tendría que reformar el derecho interno con el fin de expulsar la norma inconvencional del ordenamiento jurídico mexicano como parte de las obligaciones internacionales en virtud del artículo 2 de la CADH, que como no es un derecho en sí, cabe mencionar que no forma parte del texto constitucionalizado por la decisión analizada.

Es entonces que las características del control de convencionalidad en sede interna han sido desdibujadas mediante esta decisión para en su lugar dejar solo la creación de un *parámetro de control de regularidad constitucional* que se encuentra integrado incluso por normas de derechos humanos previstas en tratados sobre materias diversas y, por otro lado, deja fuera normas y principios de aplicación contenidos en los tratados sobre derechos humanos que delinear las características con las que se debe aplicar este medio de control.

Es evidente que se ha limitado el control de convencionalidad; especialmente el principio *pro persona* en su ejercicio de ponderación de las normas para aplicar la que contenga el derecho más amplio o las menores restricciones, lo cual además de ser violatorio de los derechos humanos de las personas, viola el principio de progresividad de los derechos, ya que estos se pueden ampliar en todo momento mas no restringir. Guillermo Pacheco Pulido nos señala que el principio de progresividad fundamentalmente se refiere a que los derechos *“van evolucionando en su realidad, en su momento histórico para dar respuesta a su presencia...”*³⁶⁰ En este contexto, toda aquella acción que vaya en contra de la evolución de los derechos, va en contra de este principio de progresividad.

³⁶⁰ Pacheco Pulido Guillermo, *La inmensidad del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Porrúa 2013, p. 37.

Con esta decisión sin lugar a dudas se restringió el campo constitucional ganado, por lo que la interpretación realizada por la SCJN sobre este artículo, más que ampliar el contenido del artículo lo restringió y cambio la literalidad del mismo.

Y claro está, que además de la limitación del control de convencionalidad mediante la preponderancia de las restricciones constitucionales, y de lo que esto significa en el ámbito interno de los derechos y su ejercicio, también se está incumpliendo con la obligación de reconocer a los ciudadanos esos derechos sin limitación alguna, por lo que está incurriendo en una responsabilidad internacional.

4.2.9. Votos particulares de la resolución. ¿Aclaratorios o contradictorios?

Me parece oportuno hacer mención de los siete votos particulares llevados a cabo por los Señores Ministros José Ramón Cossío Díaz, Luis María Aguilar Morales, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, José Fernando Franco González Salas, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Jorge Mario Pardo Rebolledo y Olga Sánchez Cordero.

Esto, toda vez que aunque la votación final para la aprobación de la tesis jurisprudencial que crea un catálogo de derechos humanos convencionales y constitucionales en donde prevalece el texto constitucional en caso de existir restricciones constitucionales expresas sobre los mismos, fue aprobado por un total de 10 votos, con solo el voto del Ministro José Ramón Cossío Díaz en contra, se realizaron 7 votos particulares, en los que se exponen opiniones contrarias o en un parcial desacuerdo con la resolución.

Esta situación es relevante ya que aunque la SCJN pareciere que tenía una respuesta casi unánime sobre este asunto, algunos Ministros se plantean cuestiones similares a las que se han venido planteando en el desarrollo del presente capítulo, lo cual desentraña lo complicado de la decisión y lo frágil de la mayoría.

Cabe mencionar que con excepción del voto concurrente elaborado por la Ministra Olga Sánchez Cordero, los demás fueron muy breves y poco explicativos, sin embargo resulta interesante resaltar las diferentes posturas que tomó cada quien en cuanto a este trascendental tema, ya que a pesar de que los propios Ministros que elaboraron sus votos votaron a favor –con excepción de Cossío- en los votos se puede ver que realmente no compartían la opinión de los demás, sobre todo por lo que ve a las restricciones constitucionales.

Es entonces que trataré de ser breve y señalar voto a voto cuales son las posturas que se separan de la decisión final de la contradicción de tesis. Iniciando por el orden de aparición por lo cual, el primer voto analizado será más detalle mientras que en los subsecuentes solo se dirán divergencias y similitudes con los anteriores con el fin de no ser repetitiva.

- José Ramón Cossío Díaz.

El voto particular que realiza en Ministro Cossío resulta por demás interesante ya que no solo señala su postura sino que también critica la manera en la que se tomó la decisión final por el pleno de la SCJN, ya que como él bien lo refiere, se invocaba *...de manera reiterada la necesidad de encontrar una solución de “consenso” al problema que la Corte tenía que resolver, como si lo importante del caso fuera el establecimiento de un criterio, cualquiera que fuera este... hay decisiones, en este caso constitucionales, que no pueden tener al consenso como única razón de ser...*³⁶¹

Tal vez en este punto aún no se pueda dilucidar, sin embargo he de adherirme a esta inconformidad del Ministro Cossío, y esto es debido a que el consenso se logró, pero los Ministros tenían otras posturas como se desprenderá de las próximas líneas. Posturas que no defendieron en aras del consenso general

³⁶¹ Voto particular que formula el Ministro José Ramón Cossío Díaz derivado de la contradicción de tesis 293/2011 resuelta por el Pleno de la SCJN, p. 2.

que derivó en una desprotección de los derechos humanos de fuente convencional, al prevalecer el texto constitucional sobre ellos en caso de existir restricciones expresas al respecto.

El Ministro Cossío se acerca mucho a la postura establecida en el presente trabajo toda vez que señala a lo largo de su voto particular, lo siguiente:

*Si el párrafo segundo del artículo 1° dispone que a las personas se les dará en todo momento la protección más amplia en términos de lo que dispongan los derechos humanos de fuente constitucional o convencional, no puede establecerse la prevalencia de las normas constitucionales en los casos en que establezcan restricciones, **sin admitir que con ello se incorpora expresamente un criterio de jerarquía constitucional...***³⁶²

*...Hasta este momento la Constitución es jerárquicamente superior al tratado, sencillamente por prever sus requisitos de validez. Sin embargo, a partir de ahí **el artículo 1° da lugar a una operación normativa completamente diferenciada, que nada tiene que ver ya con cuestiones de jerarquía...***³⁶³

*Es por ello que independientemente de la posición que se tenga con respecto a la idea “derechos humanos”, **en la Constitución se les ha otorgado un estatus específico que debe ser cabalmente garantizado.** Lo dispuesto en ella nos conduce a maximizar la interpretación conjunta de los derechos humanos de fuente constitucional y convencional en aras de otorgarle la mayor protección posible a las personas. **Desde el momento en que se dice que ello será así “salvo” cuando exista una restricción constitucional expresa, se está desconociendo lo dispuesto en el propio texto constitucional en razón del desplazamiento que se hace de los derechos de fuente convencional frente a lo dispuesto, no como derecho, sino restricción, por la Constitución nacional, utilizándose así un criterio jerárquico...***³⁶⁴

Como se puede ver, la postura manejada por este jurista es cercana a la sustentada en este trabajo de investigación, ya que su crítica va encaminada a señalar que por un lado la sentencia plantea la existencia de un mismo catálogo de derechos convencionales y constitucionales que no se distinguen por su fuente; y por otro lado se señala que prevalecerán las normas constitucionales que contengan restricciones a esos derechos. El Ministro señala que estas afirmaciones son contradictorias, pues es evidente que se está otorgando una mayor jerarquía a las normas constitucionales y en esta virtud no puede existir un catálogo de derechos indiferenciados.

³⁶² *ibidem*, pp. 2 y 3.

³⁶³ *ibidem*, p. 3.

³⁶⁴ *ibidem*, p. 4.

Además, también se comparte la idea de que la Constitución crea un estatus específico a los derechos convencionales que debe ser garantizado por las autoridades jurisdiccionales y en este caso, la resolución dictada va en contra del texto constitucional mismo, o como lo dice el Ministro Cossío, se le está “desconociendo”.

También se señala en este voto particular algo importantísimo, dentro de lo cual se desenvuelve toda la inconformidad surgida de la resolución comentada:

Quando la Constitución dispone en el primer párrafo del artículo 1° que el ejercicio de los derechos humanos “no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos bajo las condiciones que esta Constitución establece”, ello también debe entenderse bajo la clave interpretativa del principio pro persona. Por lo mismo, debe referirse única y exclusivamente a las condiciones establecidas en varios párrafos del artículo 29 de la propia Constitución. Estas no son expresiones retóricas, sino técnicas y específicas que deben utilizarse sólo en estos casos, sin extenderse a cualquier restricción que pudiera entenderse contiene la Constitución. Las últimas reformas a los artículos 1° y 29 tienen la misma génesis, por lo que no deben ser interpretadas con orientaciones diversas y aun contrarias entre sí.³⁶⁵

Esta afirmación es precisamente la postura manejada en este trabajo. Si el artículo primero constitucional señala en su segundo párrafo la incorporación del principio *pro persona*, como elemento indispensable para el ejercicio de los derechos humanos, es imposible, -si se quiere interpretar este artículo en su literalidad y además proteger los derechos convencionales- colocar al texto constitucional por encima de estos en caso de que existan restricciones expresas a su ejercicio.

Por el contrario, si observamos la literalidad del artículo 1 y 29 constitucionales, nos daremos cuenta de que el primero, dirige necesariamente al segundo, ya que al determinar el principio *pro persona*, como único medio para elegir que legislación aplicar en última instancia, es absurdo pensar que al mismo tiempo, este mismo artículo eleva las restricciones constitucionales por encima de los propios derechos.

³⁶⁵ *Idem.*

Es entonces que lo que se logró con la decisión tomada fue eliminar el ejercicio de esta regla, para decidir entre la legislación nacional y la internacional en caso de que se contenga una restricción constitucional, lo cual va en contra del principio de progresividad mismo como lo señala también el Ministro Cossío en su voto particular.

Finalmente en el voto se señala algo que me parece de suma importancia, ya que sostiene que no es verdad que se permita una ponderación caso a caso sobre los derechos para saber si resulta aplicable el *principio pro persona* y además señala que existe un retroceso en la actuación de la SCJN con respecto a la protección de derechos humanos en la resolución de otros asuntos:

No es verdad, como sostiene la resolución votada por la mayoría, que la interpretación generada por ella permita la ponderación caso por caso de todos los derechos humanos. Para que ello fuere así, debía darse la plena igualdad entre los derechos humanos de fuente constitucional y de fuente convencional. Pero como se introdujo una diferenciación entre uno y otro tipo de derechos al darle preeminencia jerárquica a las restricciones constitucionales, tal igualdad se rompió.... La resolución adoptada significa una regresión grave respecto a lo que habíamos votado en otros asuntos en los que, precisamente, existían soluciones diversas entre las normas convencionales y constitucionales en materia de derechos humanos.³⁶⁶

Estas afirmaciones me parecen interesantes al venir de un integrante de la SCJN, sin embargo pueden resultar en un análisis a profundidad del asunto planteado y ayudar a una verdadera progresividad de los derechos humanos, logrando de una vez por todas que de verdad no importe su fuente, sino su efectiva protección.

- Luis María Aguilar Morales

Me parece oportuno iniciar este análisis con las palabras del Ministro:

³⁶⁶ *Ibidem* p. 5.

coincido plenamente... que en caso de que en la Constitución se prevea una restricción a un derecho humano, deberá prevalecer lo establecido en el texto constitucional, a mi juicio deriva, precisamente de su supremacía... los derechos humanos contenidos en la propia Constitución deben limitarse a la amplitud que las restricciones que ella misma impone, por lo que en igualdad de circunstancias las normas internacionales de derechos humanos deben someterse a esas mismas restricciones, lo que deriva de la naturaleza de Norma Suprema de la Constitución, que siempre debe prevalecer.³⁶⁷

Es más que suficiente con las palabras del Ministro transcritas, para vislumbrar su postura. Sin embargo, con el fin de señalar su teoría en amplios términos, me permito transcribir también el siguiente párrafo:

Si bien habría que hacer una interpretación pro persona, esto no podría conllevar a que se prefiera la aplicación de las normas establecidas en los tratados internacionales sobre la Constitución, porque esto implicaría que se encontrarían por encima de la Constitución, al dejar de aplicar simplemente una norma constitucional, dando así preeminencia a la norma internacional respecto de una norma constitucional, con el riesgo de que sea ya no el juez el que determine la interpretación de la norma sino propiamente el que reforme, incluso, de hecho, la Constitución misma.³⁶⁸

Vista la postura manejada en este trabajo, al compararla con la anterior, podría decirse sin error, que es totalmente contraria a la misma; y no solo eso, sino que me parece por demás imprecisa la apreciación sostenida. En estas instancias de la controversia, manifestar que el hecho de que la obligación de aplicar el principio *pro persona* no pueda conllevar la inaplicación de la Constitución, y que esas manifestaciones provengan de un Ministro de la SCJN, conlleva todo un estanco en el estudio del derecho internacional de los derechos humanos, del estudio de los derechos humanos en sí, y de una falta de entendimiento total de la complementariedad del sistema internacional de protección a los derechos humanos con el nacional.

Pero no solo eso, sino que además, se vislumbra más una preocupación por la supremacía constitucional a ultranza que por la promoción, aplicación, garantía y respeto por los derechos humanos. Es evidente que la Constitución es nuestra norma fundamental y que no existe ni debe existir nada por encima de la misma, eso nos enseñan en las facultades, desde siempre.

³⁶⁷ Voto particular que formula el señor Ministro Luis María Aguilar Morales, respecto de la resolución pronunciada por el pleno de la SCJN en la contradicción de tesis 293/2011, p. 5.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 4.

Sin embargo, en cuanto a la protección de los derechos humanos, no se puede poner como límite, la norma constitucional restrictiva, ya que por tener una Constitución intocable, se violarían derechos humanos y obligaciones internacionales asumidas por México, precisamente en uno de las facultades otorgadas por la misma Constitución. Claro está, que con esto no se quiere decir que la importancia fundamental de la Constitución quede soslayada por un tratado o por un derecho contenido en él, simplemente ambos sistemas deben complementarse para brindar una efectiva protección a los derechos humanos.

Esto no quiere decir que la Constitución sea menoscabada o que los tratados internacionales se encuentren por encima de la misma, pues al ser la Constitución la que determine el procedimiento para firmar tratados internacionales por el Estado mexicano siempre se encontrará en un nivel supremo de jerarquía. Simplemente quiere decir que se debe aplicar en todo momento la norma que más beneficie a la persona, sin importar su fuente, y si la Constitución tuviera normas contrarias a los derechos humanos, ¿Acaso no debería inaplicarse en ejercicio del principio *pro persona*?

Debemos comprender, para poder cambiar realmente a un nuevo paradigma, que el futuro del derecho es la protección de la persona por encima de cualquier legislación, si la norma internacional es la más amplia, esa deberá ser aplicada, si por el contrario es la nacional, la Constitución se aplicará.

Por último señalo una afirmación encontrada en el voto particular estudiado con la cual discrepo:

...el artículo 2º de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que para poder hacer efectivos los derechos contenidos en ella, será necesario que los Estados, si no lo han hecho, lleven a cabo las medidas legislativas para hacerlos efectivos; lo que denota que no basta una simple desaplicación de la norma nacional y una aplicación indiscriminada de la norma internacional, sino que sería necesario que el Legislador, o si

*fuese necesario el Constituyente, como dispone y exige el artículo 2º de la Convención, reformen las normas correspondientes para hacer efectivos esos derechos.*³⁶⁹

El Ministro Aguilar Morales, señala que para poder hacer efectivos los derechos contenidos en los tratados internacionales se debe reformar la norma interna, como lo señala el artículo 2 de la CADH. Me parece que esto se debe a una confusión ya que, aunque efectivamente el artículo de referencia impone esa obligación a sus estados parte, una vez que ha sido ratificado un tratado internacional este forma parte del derecho interno del país y debe ser cumplido. Tan es así que hasta ahora los tratados internacionales en general tienen una jerarquía *supra-legal* por lo cual deben ser cumplidos incluso sobre las normas federales, por formar parte del derecho interno.

Es entonces que el hecho de no reformar la legislación interna, en primer lugar no es óbice para que el tratado firmado se ponga en práctica y en segundo lugar, no reformar la ley significaría el incumplimiento de una obligación internacional que puede derivar en una sanción, más no es un impedimento para que el tratado goce de plenos efectos jurídicos al interior del país.

Con fundamento en sus señalamientos pasados, el Ministro reiteró su postura señalando que se debió señalar expresamente la prevalencia de las restricciones constitucionales por encima de toda norma jurídica:

*la Constitución tiene un carácter preeminente de supremacía por sobre toda norma jurídica interna o externa, de origen internacional o con motivo de reconocer un derecho humano... se debió mencionar que tampoco deben ser contrarios (los derechos contenidos en tratados) a las restricciones constitucionales establecidas por la propia norma constitucional.*³⁷⁰

Está por demás decir que la anterior afirmación no se comparte, sin embargo, algo en lo que si coincido es en lo que se señala en el siguiente párrafo del voto estudiado: *“es un contrasentido afirmar que las normas de derechos*

³⁶⁹*Ibidem*, p. 5.

³⁷⁰*Ibidem*, pp. 6 y 8.

*humanos previstas en tratados internacionales y las establecidas en la Constitución Federal no se relacionan en términos jerárquicos, y luego decir que aun así prevalecen las restricciones establecidas en la Constitución.*³⁷¹

Coincido plenamente con este planteamiento ya que se está colocando al texto constitucional por encima del texto internacional y esto es evidente, no tiene más interpretación que la literal, primero se habla de que todos los derechos forman un “*parámetro del control de regularidad constitucional*” y después se señala que en caso de restricciones constitucionales prevalece la Constitución por encima de los derechos convencionales. La resolución resulta contradictoria en este sentido.

Por último, existen dos aspectos de este voto particular que me parecen por demás preocupantes. En primer lugar es evidente que la postura del Ministro Aguilar Morales es conservadora, lo cual no necesariamente es malo ya que siempre deben existir posturas diferentes dentro de un Tribunal Supremo, y esta situación enriquece la discusión sobre temas fundamentales. Sin embargo en la última parte de su voto señala lo siguiente: “*Debe tenerse siempre en cuenta que lo que señala el artículo 1º constitucional es **preferir la interpretación –y no la aplicación-, más favorable.***”³⁷²

Esta postura me parece errónea ya que puede crear un retroceso en el camino que hasta ahora se tiene logrado. Y es que es evidente que si se está formando un bloque de constitucionalidad, o bien, como insisten en llamarlo, un “*parámetro de control de regularidad constitucional*” al cual pertenecen todos los derechos de fuente nacional y convencional, estos se deben aplicar de manera directa, mediante la ponderación de los mismos para determinar cuál es el que más beneficios o menos restricciones conlleva. Es entonces que tanto en la

³⁷¹ *Ibidem*, p. 7.

³⁷² *Ibidem*, p. 9.

aplicación directa como vía interpretación se debe aplicar este principio que conforma un principio general del derecho internacional de los derechos humanos.

La segunda y última cuestión que me queda por señalar, es que el Ministro Luis María Aguilar no coincide con la aceptación de la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH, ya que señala que esta debe ser solo orientadora en los casos en que México no sea parte, mientras que cuando lo sea tendría plenos efectos jurídicos en nuestro sistema, pero solo así.

Me parece preocupante ya que incluso la decisión mediante la cual se decreta la vinculatoriedad de la jurisprudencia interamericana solo vino a reiterar lo que la misma Corte ya había señalado desde mucho tiempo antes ya que –como ya se dijo– esta decisión no le correspondía tomarla a nuestro órgano jurisdiccional supremo sino que, forma parte del mismo control de convencionalidad y de las obligaciones internacionales que deben ser cumplidas por el Estado.

El conjunto de posturas derivadas de este voto particular resulta interesante a la crítica y nos otorga un panorama distinto, sin embargo también deja ver las contradicciones internas y la divergencia de criterios que se tuvieron al dictar esta resolución.

- Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

El Ministro Gutiérrez Ortiz Mena, señala una cuestión que me parece interesante. En la primera parte de su voto realiza un análisis de la aplicación del principio *por persona* y por qué este debe ser ejercido en la aplicación de los derechos humanos. Concluye que el hecho de que la constitución cambiara el término “*otorga*” por el de “*reconoce*” fue fundamental, ya que al reconocer los derechos humanos y no otorgarlos, esta debe velar porque se aplique siempre el que más beneficie a la persona.

En la segunda parte se señala que en la decisión analizada solo se resolvió una parte del problema. Comenta que se declaró que las restricciones constitucionales son vinculatorias y preponderantes, pero no se definieron las condiciones bajo las cuales estas restricciones serán aplicadas, tal como se expresa en este párrafo:

...la decisión de la mayoría de los integrantes del Tribunal Pleno sólo resuelve la primera de las cuestiones —la obligatoriedad de las restricciones constitucionales—, pero no contesta el punto central: las condiciones de aplicación de esas normas establecedoras de restricciones, pues no se definió si son reglas, principios, normas competenciales, normas definitorias, etcétera. Posiblemente, una conceptualización de esa naturaleza no podría ser materia de esta sola resolución, pues parece que las restricciones constitucionales son heterogéneas y requieren una exploración caso por caso.³⁷³

Es precisamente este último punto el que me parece relevante. Si el Ministro lleva la razón, nos encontraremos con que las restricciones constitucionales no se aplicarían a rajatabla sino que se tendrá que analizar caso por caso para concluir si las restricciones son aplicables o no, en cada caso concreto.

Esto conlleva un enorme trabajo jurisprudencial que vaya creando más que la propia legislación, las reglas de aplicación de las restricciones bajo una especie de sistema de precedentes, que desde mi punto de vista, por un lado pudiera dar un giro a esta decisión que se debe complementar con interpretaciones posteriores aunque también, se podría retroceder aún más.

Ahora bien, desde la visión del Ministro Alfredo Gutiérrez las restricciones de que habla la última parte del artículo 1º constitucional no se ciñen solo a las señaladas por su similar 29, ya que esto sería tanto como “*claudicar en el ejercicio de una interpretación integral de la Constitución*”.³⁷⁴

³⁷³Voto concurrente que formula el señor Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, respecto de la resolución pronunciada por el pleno de la SCJN en la contradicción de tesis 293/2011, p. 6.

³⁷⁴*Ibidem*, p.7.

Sustenta su dicho en dos razones. Los derechos fundamentales no son absolutos y el valor normativo de las restricciones constitucionales es equivalente a reconocer a los derechos humanos dentro del modelo de Estado constitucional y democrático de derecho.³⁷⁵

Aunque pareciere razonable su dicho e incluso un tanto revelador, se debe tener en cuenta que aunque efectivamente los derechos no son absolutos, las restricciones no constituyen un límite normal sino uno extraordinario. Tal como se ha señalado ya.

Por tanto los derechos humanos efectivamente tienen límites, y esto conlleva su ejercicio racional, sin embargo, las restricciones a esos derechos son una causa externa de limitación a su ejercicio y al señalar que se debe aplicar en todo momento el principio *pro persona*, no se pretende postular que los derechos humanos no tengan límites y que sean absolutos, sino que aun con estos límites siempre se debe aplicar el que más beneficie a la persona.

Por otro lado, desde mi punto de vista, no es debido fundamentar la prevalencia de las restricciones constitucionales sobre la base de que estas han sido creadas en un Estado democrático que a su vez tiene como equivalencia el reconocimiento a los derechos humanos. Esta afirmación sería tanto como decir que al ser las restricciones impuestas por una mayoría estas tienen que ser acatadas sin importar los derechos establecidos en las Convenciones.

Además es necesario recordar que dentro de ese mismo país democrático han sido firmadas todas las Convenciones de las que derivan los derechos que ahora forman parte del bloque o parámetro de control de regularidad constitucional, por lo cual una vez más, entre las restricciones constitucionales y los derechos humanos de fuente convencional debe imperar en todo momento el principio *pro persona*.

³⁷⁵*Ibidem*, pp. 7 y 8.

Finalmente el Ministro Ortiz Mena, señala que deben existir dos reglas para la aplicación de las restricciones constitucionales: *a) ser el resultado de un ejercicio de ponderación propio del Constituyente de los mismos derechos humanos y b) ser el resultado de un ejercicio democrático de ponderación entre determinados derechos y otros bienes constitucionalmente protegidos, como el régimen democrático, federalismo, división de poderes, etcétera.*³⁷⁶

Aunque estas reglas en la aplicación de las restricciones podrían ser un pequeño avance más a la decisión tomada por el Pleno de la SCJN, lo ideal es que las restricciones constitucionales sean sometidas también al principio *pro persona*, pues de lo contrario no podemos hablar de que derechos constitucionales y convencionales tengan una misma jerarquía ni que los derechos convencionales tengan una plena efectividad en el país.

- Olga Sánchez Cordero

En primer lugar me parece relevante señalar que la Ministra si se refiere a la creación de un bloque, llamándolo “*bloque especial*”³⁷⁷ integrado por los derechos tanto de fuente constitucional y convencional, aunque no se refiere específicamente al bloque de constitucionalidad; término que se evitó en la decisión estudiada.

Además, señala que la sentencia le genera duda respecto a que se señala que los derechos contenidos tanto en los tratados como en la Constitución no se relacionan entre sí en términos jerárquicos más sin embargo, posteriormente se dice que en caso de existir alguna restricción constitucional, prevalecerá el texto constitucional ya que este solo hecho implica una subordinación a la norma suprema.

³⁷⁶*Ibidem*, p. 11.

³⁷⁷Voto concurrente que formula la señora Ministra Olga Sánchez Cordero, respecto de la resolución pronunciada por el pleno de la SCJN en la contradicción de tesis 293/2011, p. 4 y s.

La Ministra entiende que los derechos humanos no son absolutos sin embargo hace una diferenciación entre sus límites normales ya sean internos o externos, derivados de su propia composición, y los casos en que pueden ser restringidos o suspendidos, señalados en el artículo 29 constitucional, expresando que los límites no deben ser entendidos como las restricciones a los derechos. Por tanto, dada la literalidad del artículo 1º constitucional, considera que las restricciones a que se refiere este artículo remiten directamente a los casos señalados en su correspondiente artículo 29.

También señala que en la integración nacional de un derecho proveniente de una fuente internacional, corresponde al aplicador ejercer el principio *pro persona* teniendo en cuenta que siempre deberá favorecerse a la persona con la interpretación más amplia o menos restrictiva. A diferencia del Ministro Aguilar Morales, distingue que el principio *pro persona* debe ser aplicado no solo en la interpretación sino en la conservación y aplicación directa de la norma más favorable.³⁷⁸

Además, la Ministra desarrolla aún más lo expuesto por el Ministro Cossío ya que señala la parte fundamental del principio *pro persona* que da identidad a la protección integral de las personas:

*La segunda forma en que se manifiesta el Principio pro Persona, es a través de su aplicación, cuando a una situación concreta le es aplicable a dos o más normas vigentes, nacionales o internacionales; el aplicador jurídico debe seleccionar entre las normas que concurren, eligiendo aquella que contenga mayor protección o la más favorable para la persona en relación con sus derechos humanos. **Lo que significa que la tradicional regla de la jerarquía, cedería frente a la conveniencia de otra norma, aun de una jerarquía inferior, en caso que mejor proteja al ser humano.***³⁷⁹

Esta es entonces la esencia de la compatibilidad de los sistemas nacional, internacional e interamericano. La norma de mayor jerarquía dentro del territorio nacional puede ser inaplicable para que en su lugar, se aplique una norma inferior

³⁷⁸*Ibidem*, p. 18 y s.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 20.

que otorgue una mayor protección a la persona. No se postula entonces en ningún momento que la Constitución haya cedido su supremacía ni siquiera en pro de los derechos humanos, sino que, se deberá compatibilizar con aquella norma que proporcione mayores derechos a la persona.

Simplemente la norma que debe ser aplicada es aquella que brinda una mayor protección a la persona, y que cabe señalar, en caso de que esta norma sea de fuente convencional, debe haber sido introducida al derecho nacional mediante las reglas que la propia Constitución señale; por lo cual, no podemos decir que esta pierda o ceda su supremacía.

La Ministra expresa además que se crea un pluralismo constitucional a partir de la reforma con los derechos que se integraron al bloque o parámetro por lo que no es necesario reformar el artículo 133 constitucional ya que la elevación de jerarquía de los derechos convencionales la establece el artículo 1º mientras que el resto de los tratados continúan teniendo la misma jerarquía.

En esta parte discrepo ya que no es necesario reformar el artículo 133 constitucional incluso si la jerarquía de los tratados en general hubiese cambiado ya que este –como ya se ha dicho-, solo establece el bloque que conforma la *”ley suprema de toda la Unión”*, integrado por la Constitución, los tratados internacionales que se encuentren conformes con la misma y las leyes federales, más el artículo por sí mismo no impone un orden a tales fuentes; este orden lo ha ido creando la SCJN vía interpretación.

Es entonces que la Ministra comparte la postura en la que los derechos humanos de fuente convencional se integran a este bloque o parámetro de control de regularidad constitucional mientras que discrepa en cuanto a las restricciones. Sobre la segunda tesis que sostiene la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH, se encuentra a favor sin embargo sostiene que no solo se debió reconocer la jurisprudencia interamericana sino la internacional, ya que como bien señala,

pertenece no solo al sistema interamericano de protección a los derechos humanos sino a la ONU, por lo que las resoluciones de sus órganos jurisdiccionales deben considerarse igualmente vinculatorias.

- Jorge Mario Pardo Rebolledo

El Ministro Pardo Rebolledo ostenta una postura conservadora frente a los derechos convencionales y la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH. Señala que las restricciones constitucionales deben ocupar un lugar privilegiado frente a los derechos de fuente convencional y señala de manera literal: “el artículo 1° de la Carga Magna refleja el **principio de supremacía constitucional** que conlleva implícito el **principio de jerarquía normativa**, previsto en el artículo 133 constitucional.”³⁸⁰ Es entonces que con el fin de mantener esta supremacía constitucional y aplicar las restricciones constitucionales sobre los derechos convencionales señala los supuestos que se deben seguir:

- a) Cuando la Constitución reconozca o enuncie un derecho sin marcarle alguna restricción a su ejercicio, la norma de fuente internacional debe aplicarse, sin que exista impedimento para poder hacer la interpretación de las normas a la luz del principio *pro persona*.
- b) Cuando la norma constitucional mexicana establece una restricción al ejercicio de un derecho humano, en términos de la última parte del primer párrafo del artículo 1° constitucional antes transcrito, es aplicable tanto a las normas constitucionales como a las normas de fuente internacional. En este supuesto, no opera la interpretación conforme con una norma de derecho internacional, pues ésta deberá atenerse en todo caso a las restricciones que marca el orden constitucional.³⁸¹

A diferencia del Ministro Ortiz Mena, que señala supuestos que pueden llegar a ser incluyentes de los derechos convencionales bajo ponderación de cada caso concreto, para el Ministro Pardo Rebolledo, las restricciones siempre se deben aplicar de existir sobre un derecho concreto, en cuyo caso los derechos convencionales solo se pueden aplicar cuando no exista ninguna restricción sobre ellos.

³⁸⁰Voto concurrente que formula el señor Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, respecto de la resolución pronunciada por el pleno de la SCJN en la contradicción de tesis 293/2011, p. 7.

³⁸¹*Idem*.

La polémica de la postura del Ministro Pardo Rebolledo es que vela más por una supremacía férrea de la Constitución que por la protección de sus ideales y lo que establece su propio texto. Si la Constitución reconoce los tratados internacionales, señala los requisitos para su firma y ratificación, y además eleva a una posición constitucional los derechos contenidos en ellos e incluso los tratados internacionales sobre derechos humanos –derivado del párrafo II del artículo 1º constitucional que los menciona de manera literal-, no se debe ir en contra del texto constitucional en aras de defender su supremacía. No se necesita una visión conservadora de la Constitución sino una abierta y progresista, incluyente frente a todos los derechos reconocidos, sin necesidad de que pierda supremacía alguna.

En cuanto a la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH, el Ministro Pardo Rebolledo emitió su voto en contra, por lo cual es evidente que no se encuentra de acuerdo con que los asuntos en los que no es parte México ante este órgano jurisdiccional supranacional sean vinculatorios para nuestro país.

E incluso enfatiza su postura ya que no le parece adecuado que los jueces internos puedan inaplicar la jurisprudencia del Poder Judicial Federal. Señala además que derivado de la última parte del primer párrafo del artículo 1º constitucional, los jueces deben atender a las restricciones señaladas en la Constitución. Este señalamiento me parece inadecuado ya que en primer lugar creo que existe una mala interpretación del artículo 1º constitucional y en segundo lugar, está ubicando a las restricciones constitucionales por encima de los derechos humanos, cuando lo que debe obtener mayor protección es la persona.

- Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

El Ministro Zaldívar formula tanto un voto aclaratorio como uno recurrente. La razón del voto aclaratorio es que al ser el ponente de dicha resolución, su proyecto inicial señalaba que los derechos humanos tanto de fuente nacional como convencional formaban un mismo *“bloque de constitucionalidad”*, sin

embargo en las discusiones llevadas a cabo en las sesiones del pleno, y a petición de la Ministra Margarita Luna Ramos, modificó el proyecto inicial para cambiar el término por el de “*parámetro de control de regularidad constitucional*” e incluir la primacía del texto constitucional el caso de existir restricciones constitucionales, por encima de los derechos de fuente convencional.

El voto aclaratorio señala porqué se cambió la posición de su voto a favor de las restricciones constitucionales señalando que aunque él no comparte esta idea el objetivo último de este cambio fue llegar a un consenso sobre la decisión final de la contradicción estudiada, una especie de movimiento estratégico. Relevante es que en este voto aclaratorio señala que el *parámetro* del que tanto se habla no es más que un “*bloque de constitucionalidad*” bajo el cual se debe llevar a cabo el control de regularidad constitucional. Sin embargo me parece que es difícil hablar de un *bloque de constitucionalidad* cuando se antepone el texto constitucional a los derechos convencionales en caso de existir restricciones al respecto.

En el voto concurrente señala su postura respecto a las restricciones constitucionales. En primer lugar describe una serie de asuntos en los cuales se ha aplicado el principio *pro persona* como medio para resolver cual norma es la que se debe aplicar por beneficiar más a la persona, postura con la que se encuentra de acuerdo. Sin embargo posteriormente y refiriéndose específicamente al artículo 1º constitucional, señala que efectivamente cuando existan restricciones constitucionales, debe imperar el texto constitucional, sin embargo se deberá realizar una ponderación caso por caso para decidir si estas deben ser aplicadas y sobre todo si determinada norma constituye o no una restricción expresa.

El ministro Zaldívar al ser el ponente en dicha resolución, trata de mantener una posición algo neutral y no se adhiere por completo a ninguna de las tesis sobre el tema, sin embargo deja ver que se inclina más por la aplicación irrestricta del principio *pro persona*. Esto lo podemos ver reflejado en su dicho:

...no estimo conveniente ni posible adelantar mi posición sobre la forma en la que debe interpretarse esta parte de la tesis. (sobre restricciones constitucionales) Sin embargo, ello no me impide sostener que al afirmarse que “se deberá estar a lo que indica el texto constitucional”, ello incluye al artículo 1º constitucional y los principios que éste contiene a efecto de interpretar las restricciones expresas al ejercicio de los derechos humanos de forma restrictiva, maximándose el ámbito protector del derecho humano en cuestión.³⁸²

Finalmente señala que no se puede ver desde una postura de jerarquía absoluta a la Constitución con respecto a los derechos convencionales ya que no podría en este caso siquiera existir un mismo parámetro conformado por los derechos nacionales y convencionales y que además las restricciones constitucionales deben operar como siempre lo han hecho, como “*reglas especiales o excepcionales*” y la imposición de estas restricciones debe operar en base al criterio de especialidad de la norma.³⁸³

Aunque el Ministro Lelo de Larrea no se adhiere a ninguna postura de manera literal, en sus votos aclaratorio y concurrente deja ver que su postura conlleva la aplicación del principio *pro persona* incluso sobre las restricciones constitucionales, aunque claro está, como fue el ponente del asunto y cambio el proyecto de resolución a petición de otros Ministros, no podía inclinarse hacia algún lado u otro.

- José Fernando Franco González Salas

En su voto concurrente el Ministro González Salas señala que el juez constitucional siempre debe tomar sus decisiones conforme a la Constitución aunque existan tratados internacionales sobre derechos humanos que amplifiquen un derecho.

Sin embargo, llama la atención de que a diferencia del resto de los Ministros, González Salas señala que no solo los derechos contenidos en los

³⁸² Voto concurrente que formula el señor Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, respecto de la resolución pronunciada por el pleno de la SCJN en la contradicción de tesis 293/2011, p. 23.

³⁸³ *Ibidem*, p. 24.

tratados, sino los tratados internacionales que contengan derechos elevan su jerarquía a constitucional, mientras que el resto de los tratados mantienen una jerarquía *infra-constitucional*, como lo señala de manera literal:

1º. Los tratados internacionales, salvo los que se refieran a derechos humanos, quedan jerárquicamente, desde el punto de vista formal, por debajo de nuestra Constitución;

2º. Hoy, a la luz de la reforma al artículo 1º de ese texto fundamental, por regla general, los tratados internacionales cuya materia son los derechos humanos o que contienen normas relacionadas con ellos, son, junto con la Constitución, el parámetro de control de regularidad constitucional por lo que, para estos efectos, aquéllos no guardan una relación de subordinación jerárquica formal frente a la Constitución; pero,

3º. Esa regla general tiene una excepción importante puesto que, de acuerdo con la última parte del párrafo primero, del artículo 1º constitucional, el ejercicio de los derechos humanos y las garantías para su protección pueden restringirse o suspenderse en los casos y bajo las condiciones que la propia Ley Fundamental establece. Consecuentemente, en los casos en que exista una suspensión o restricción constitucional para el ejercicio de un derecho humano, el único parámetro para el control de regularidad constitucional para resolver el caso concreto, deberá ser el texto de la Ley Fundamental, lo cual deberá hacerse de la manera más favorable a la persona, en términos del segundo párrafo del artículo 1º constitucional...³⁸⁴

Aunque por un lado sostiene que los tratados internacionales sobre derechos humanos o que contengan derechos elevan su jerarquía, por otro lado, desde mi perspectiva malinterpreta la última parte del párrafo primero del artículo 1º constitucional ya que señala que en caso de existir restricciones a un derecho humano, solo se podrá aplicar el parámetro constitucional y el principio *pro persona* se seguirá aplicando pero solo entre la Constitución y las interpretaciones nacionales, lo cual es del todo limitativo.

Posteriormente señala que se encuentra en desacuerdo con la segunda de las tesis que señala que la jurisprudencia de la CIDH debe ser vinculante en todo momento, aunque el Estado mexicano no sea parte ya que incluso en el expediente varios 912/2010, el Ministro manifestó que las sentencias de la Corte debían ser vinculantes solo en caso de que no contravinieran a la Constitución Federal. Esta cuestión como ya se ha señalado en el cuerpo del presente trabajo,

³⁸⁴Voto concurrente y particular que formula el señor Ministro José Fernando Franco González Salas, respecto de la resolución pronunciada por el pleno de la SCJN en la contradicción de tesis 293/2011, p. 9.

no es potestad de los Estados decidirla, ya que lo único que deben decidir una vez firmada la CADH, es la forma en la que se recibirán las sentencias condenatorias por el Estado y como se integrará su jurisprudencia al sistema jurídico interno.

- Recapitulando.

Hasta ahora hemos hecho un brevísimo análisis de los votos particulares y concurrentes realizados por los Ministros. En la tabla que se presenta a continuación, se resume la postura de cada uno de los Ministros y de la Ministra que formularon su voto particular o concurrente sobre la decisión de la contradicción de tesis estudiada con el fin de visualizar con más claridad la diferencia de criterios.

Nombre del Ministro	Jerarquía de los derechos convencionales	Preeminencia de las restricciones constitucionales	Vinculatoriedad de la jurisprudencia interamericana	¿Le parece contradictoria la resolución final?
José Ramón Cossío Díaz	Constitucional	No	Sí	Sí
Luis María Aguilar Morales	No constitucional	Sí	No	Sí
Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena	Constitucional bajo salvedades	Si	SI	No
Olga Sánchez Cordero	Constitucional	No	Si	Sí
Jorge Mario Pardo Rebolledo	Constitucional bajo salvedades	Sí	No	No
Arturo Zaldívar Lelo de Larrea	Constitucional	No	SI	No
José Fernando Franco González Salas	Constitucional bajo salvedades	Si	No	No

Como se puede apreciar, a pesar de que la primera de las tesis ***“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***

AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”, obtuvo una mayoría de diez votos a favor con solo uno en contra, los Ministros tenían posturas encontradas e incluso tres de los siete Ministros que realizaron votos particulares o concurrentes consideran que la resolución final fue contradictoria a pesar de haber votado a favor.

Esta situación puede hacer pensar que contrario a lo que manifiesta en Ministro Lelo de Larrea en su voto aclaratorio, lo que se quiso lograr, fue una negociación con el fin de llegar a un consenso, en donde se aceptara cambiar unas cosas por otras pero llegar a una resolución al fin, progresista, si tomamos en cuenta que hubo avances, aunque no hubieran sido los esperados.

Falta aún un desarrollo jurisprudencial basto y rico que nos permita aclarar muchos puntos que no han quedado del todo resueltos, resulta enriquecedora la existencia de varias posturas, ya que con esto se crea un desarrollo doctrinario y jurisprudencial aun mayor, sin embargo, es necesario reiterar que el Estado mexicano forma parte de un sinfín de Convenciones Internacionales integrantes del *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y por tal motivo está obligado a cumplir con lo pactado en las mismas, independientemente de lo que resuelva nuestro máximo órgano jurisdiccional.

Además de esto, la soberanía nacional y la supremacía constitucional no son ni deben ser óbice en la práctica de los derechos humanos de fuente internacional, por lo cual creo que es necesario que la mayoría de los Ministros cambien sus posturas en aras de la progresividad de los derechos humanos, sea cual sea su fuente.

Como conclusión de este apartado me parece adecuado citar a Eduardo Freiler, quien al tratar el tema de la aplicación de derechos humanos de fuente convencional, señala de manera adecuada lo que se ha querido transmitir mediante la crítica realizada a esta resolución:

*...nada podrá ser logrado si las sociedades no crean ciudadanía, de suerte tal que sus jueces, legisladores, miembros de los poderes ejecutivos, agencias policiales, militares y la sociedad en general, entiendan que el **dogma de la soberanía se encuentra totalmente limitado al adecuado uso que de ella hagan los Estados** en función de los seres humanos, cuyos DD HH se sitúan en un rango superior al de las pretendidas razones de Estado. No puede haber razón de Estado, que no esté directamente vinculada al efectivo ejercicio de los DD HH. Todo el andamiaje jurídico deberá estar construido a este fin.*³⁸⁵

En esta tesitura, los derechos humanos, deben estar por encima de toda razón que justifique la soberanía estatal, los actos de autoridad y normas de cualquier jerarquía que limiten los derechos humanos, por lo cual en definitiva, la sentencia analizada, es restrictiva de derechos humanos e incluso, va en contra del texto mismo de la Constitución, como ya se ha señalado.

4.3. A MODO DE CONCLUSIÓN, PANORAMA ACTUAL DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES; EL EPÍLOGO DE LA HISTORIA.

La creación del derecho internacional de los derechos humanos tuvo como motivo principal, la regulación externa del ejercicio de los derechos humanos de las personas nacionales de un Estado parte de las diferentes convenciones internacionales que se fueron creando con el paso del tiempo.

Esta necesidad, como ya se ha visto, atendió a las violaciones a los derechos humanos cometidas principalmente en la primera y segunda guerra mundial. Con el tiempo los documentos internacionales sobre derechos humanos dejaron de ser postulados y declaraciones de derechos para comenzar a tener fuerza vinculatoria culminando esto en la creación de sistemas regionales de protección a los derechos humanos, hasta ahora en Europa, América y África.

El derecho internacional de los derechos humanos nunca ha pretendido ser preponderante dentro de los sistemas jurídicos internos de los países, por el

³⁸⁵Freiler, Eduardo, *op. cit.*, nota 51, p. 254.

contrario pretende coadyuvar en la protección de los derechos de las personas, por lo cual, la protección que ejerce es complementaria a la que deben brindar los países parte de los tratados, en cuanto al reconocimiento y garantías para su correcto ejercicio.

Actualmente, todo país que se considere un Estado democrático y constitucional, por lo menos en el mundo occidental, se ha adherido a tratados internacionales sobre derechos humanos, y con mayor o menor intensidad, han aceptado la vinculatoriedad de estos tratados y la jurisprudencia internacional como parte de su derecho interno.

En junio de 2011 se dio un magnífico y grandioso paso respecto a la protección y debido ejercicio de los derechos humanos de fuente convencional y el cumplimiento de los tratados internacionales sobre derechos humanos, al reformar el artículo 1º constitucional, para reconocer los derechos humanos contenidos en tratados internacionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos como parte integrante de la Constitución, creando así un nuevo bloque de constitucionalidad. Además se amplió la procedencia del amparo contra leyes o actos que violasen derechos contenidos en los tratados de los que México es parte.

Posterior a la reforma del mencionado artículo, se ha creado un mundo jurisprudencial y doctrinal diverso, que señala posiciones a favor y en contra de esta apertura. Existen dos posturas primordiales dentro de las cuales se pueden englobar muchas más con diferencias mínimas o que no cambian el sentido primordial.

La primera de ellas, la he de llamar “conservadora” o “internista”, y mediante ella se sostiene que la Constitución federal es el documento supremo de la Nación y como tal, debe ser el único instrumento sobre el cual se realice el control de convencionalidad, por lo que no es debida la incorporación de derechos

convencionales o bien, de tratados internacionales sobre derechos humanos al bloque de constitucionalidad o parámetro de control de regularidad constitucional.

La segunda de ellas la llamaré “progresista” o “internacionalista” y las personas que se adhieren a esta postura, como la autora de este trabajo, sustentan que efectivamente, la Constitución Federal es la ley suprema de todo Estado, sin embargo, cuando un País en uso de su soberanía se adhiere a tratados internacionales sobre derechos humanos, por un lado adquiere obligaciones que deben ser cumplidas en su territorio, y por otro lado, estos tratados pasan a formar parte de su derecho interno. Esto implica que deben ser cumplidos y tomando en cuenta el carácter subsidiario del derecho internacional de los derechos humanos, en caso de existir algún conflicto entre las normas, se deberá utilizar en todo momento el principio *pro persona* como técnica para decidir que legislación se deberá aplicar.

Desde mi perspectiva la segunda de las posturas se acerca más al texto literal de la Constitución ya que ella misma es la que establece de manera expresa el principio *pro persona* como regla para decidir la norma que se debe aplicar al realizar un estudio ponderativo en cada caso concreto.

Sin embargo en la resolución 293/2011, toda vez que los Ministros tenían posturas encontradas prevaleciendo principalmente alguna de las dos posturas señaladas, se llegó a una especie de decisión intermedia entre las dos posturas anteriores que dejó más dudas que respuestas y que no es suficiente por sí misma para servir de parámetro para la aplicación posterior de derechos convencionales y la resolución de conflictos en ese aspecto, sino que necesita de un vasto desarrollo jurisprudencial que la complemente.

Sostengo esto, ya que se evitaron utilizar términos como *bloque de constitucionalidad*, *control de convencionalidad* y *control de constitucionalidad*, por lo cual pareciera que se quiere realizar un limitado control de convencionalidad

solo por lo que ve a los derechos de fuente convencional dejando de lado el resto de las normas, y limitándolo a su vez mediante las restricciones constitucionales, ya que si el principio *pro persona* no tiene una virtualidad práctica en tratándose de restricciones constitucionales, al ser este un elemento indispensable del control de convencionalidad, se ve limitado.

En el Capítulo 2 de este trabajo se realizó una comparación entre la recepción de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México. Me parece importante señalar que la cláusula establecida en nuestro artículo 1º es mucho más amplia que la contenida en el 10.2 de la Constitución española. Sin embargo a pesar de esto, en México nos falta mucho camino por recorrer en el efectivo cumplimiento de los derechos humanos de fuente convencional.

Aunque en España se tiene un catálogo de derechos fundamentales único que no varía en número y este no se puede ampliar, vía interpretación los derechos convencionales son efectivamente aplicados, mientras que en México, a pesar de que se pueden aplicar de manera directa, existen hasta hoy obstáculos insalvables para su debido ejercicio. El obstáculo principal es la primacía de las restricciones constitucionales.

Lo cierto es que el artículo 1º constitucional en México, crea en definitiva un bloque de constitucionalidad, conformado por la Constitución, la jurisprudencia nacional e interamericana, los tratados internacionales sobre derechos humanos así como todos los derechos reconocidos en cualesquier otro tratado internacional, tal como lo refiere Rosa María de la Torre Torres:

En el texto del artículo 1º reformado se configura lo que en la doctrina se conoce como “Bloque de constitucionalidad”. En este sentido debemos entender que este nuevo modelo, en sentido amplio, se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes y de los actos de autoridad, por cuanto han sido

*normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución.*³⁸⁶

Por el contrario en España, no se crea este bloque de constitucionalidad sino solo un parámetro hermenéutico, en base al cual se deberán interpretar los derechos establecidos previamente en la Constitución; esta diferencia es fundamental.

Es entonces que en virtud de la creación de este bloque de constitucionalidad, en México se crean dos formas para su aplicación. Mediante interpretación del resto de las normas del ordenamiento interno y mediante la aplicación directa de los mismos realizando una ponderación de cuál norma de entre el nuevo bloque beneficia más a la persona, **esto incluye a las restricciones constitucionales.**

Si no existiera un derecho convencional más amplio, se pueden aplicar las restricciones constitucionales, pero de existir una norma convencional que amplíe determinado derecho, si se prefiere el texto constitucional –como se establece en la decisión 293- se estaría incurriendo en una violación al control de convencionalidad y por lo tanto se incurriría en una responsabilidad internacional.

Por último, queda señalar que efectivamente los derechos humanos no son absolutos, sin embargo, es imposible abanderarse en esta verdad para preferir una norma más restrictiva al momento del ejercicio de los derechos humanos, ya que incluso se iría en contra del mismo texto de la Constitución federal.

Pese a las consideraciones anteriores, verdaderamente existió un avance con esta decisión ya que se ratificó la obligatoriedad de cumplir con la jurisprudencia de la CIDH y además, -aunque con sus limitaciones- se elevaron los derechos convencionales a una jerarquía constitucional.

³⁸⁶ De la Torre, Torres, Rosa María, *El nuevo paradigma constitucional*, Morelia, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2013, p. 78.

Queda un arduo trabajo aun por hacer. Es necesario que todos los operadores jurídicos cambiemos ese paradigma de jerarquía constitucional a rajatabla por uno nuevo de protección a los derechos humanos que, sin limitar en forma alguna la soberanía nacional ni la supremacía de la Constitución federal, sea realmente puesto en práctica. Se debe entender que el derecho internacional de los derechos humanos es un complemento a las garantías internas de protección de los derechos y no un suplente que viene a ponerse en lugar de la legislación creada por el constituyente nacional.

CONCLUSIONES

En el trabajo realizado se llegó a la conclusión de que los tratados internacionales sobre derechos humanos y los tratados en general que contienen derechos, son medios de protección coadyuvantes en la protección a los derechos humanos protegidos por los Estados, por lo cual, todos aquellos países que formen parte de dichos instrumentos deben ejercer un control de convencionalidad que tiene como características fundamentales la aplicación del derecho que más convenga a la persona, es decir, la aplicación del principio *pro persona*, además de la adecuación del derecho interno con el fin de no contravenir un tratado sobre derechos humanos o que en su contenido se señalen los mismos, y su cumplimiento de buena fe.

En esta tesitura, la resolución de la SCJN relativa a la contradicción de tesis 293/2011, significó una limitación al control de convencionalidad, ya que estableció que los derechos que contienen los tratados internacionales y la Constitución Federal, forman un “*parámetro de control de regularidad constitucional*” pero en el caso de existir una restricción al ejercicio de algún derecho en la Constitución, prevalecerá el texto de la misma.

En este supuesto, de existir alguna restricción constitucional sobre el ejercicio de los derechos, el principio *pro persona* solo se puede llevar a cabo entre las normas nacionales, dejando fuera cualquier norma convencional, por lo que es contradictorio el señalamiento que indica que los derechos convencionales y constitucionales se encuentran en un mismo nivel jerárquico pero se reafirme esta tajante limitación.

Esta situación es tanto violatoria de los derechos humanos convencionales como del principio de progresividad, que señala que los derechos se pueden ampliar, jamás restringirse, y con esta decisión, en ejercicio de los derechos ya

ganados mediante la firma de tratados internacionales que contienen derechos, se ven limitados en caso de que la Constitución disponga algo en contrario.

Esta conclusión global, se obtuvo a través de la realización de cuatro capítulos fundamentales, para entender que es el derecho internacional de los derechos humanos; para tener una visión comparada con un sistema jurídico hermano sobre la recepción de los instrumentos internacionales sobre derechos y la jurisprudencia internacional, notando fallas y aciertos en cada uno; para comprender el desenvolvimiento que ha tenido en la práctica jurídica el control de convencionalidad y finalmente para exponer la gravedad del giro que ha tomado el camino que hasta hoy a recorrido este mecanismo de protección de los derechos convencionales. A continuación se señalarán las conclusiones específicas.

PRIMERA

El derecho internacional de los derechos humanos es una disciplina independiente al derecho internacional público que en sus inicios se creó con el fin de limitar el poder interno de los Estados y proteger los derechos de sus ciudadanos. Sin embargo, desde sus inicios, el derecho internacional de los derechos humanos ha pretendido ser coadyuvante en la protección de los derechos de las personas y jamás ha pretendido imponerse por encima de las legislaciones estatales.

En un principio esta protección se pretendía llevar a cabo de manera universal, mediante la ONU y sus diferentes organismos, sin embargo, al comprenderse el campo tan amplio de protección que se necesitaba, se comenzaron a crear organismos regionales de protección a los derechos. Actualmente existen tres; el europeo, el americano y el africano.

Los Estados que han firmado tratados internacionales sobre derechos humanos, tanto universales como regionales, se encuentran obligados a cumplirlos dentro de su territorio así como garantizar a las personas el goce y disfrute de los mismos, sin embargo, ya que estos han sido firmados en uso de su soberanía y bajo las condiciones que señalan sus Constituciones, no se encuentra limitada en ningún momento su soberanía.

El derecho internacional de los derechos humanos actúa de manera paralela a los mecanismos internos de protección de los derechos implementados por los Estados firmantes, con el fin de brindar una doble protección a las personas mediante los tratados internacionales sobre derechos humanos o que contengan derechos y a través de los diferentes tribunales internacionales que se han creado para vigilar el cumplimiento de estos instrumentos por los Estados parte.

SEGUNDA

Todos los países firmantes de tratados sobre derechos humanos están obligados a cumplir con los mismos, sin embargo, la manera en la que reciban los tratados internacionales en sede nacional y los mecanismos mediante los cuales se hacen cumplir, son potestad de cada Estado.

La comparación realizada entre la recepción de los tratados internacionales y la jurisprudencia internacional por España y México resulto del todo enriquecedora ya que ambos sistemas tienen puntos de encuentro pero también diferencias que pueden ayudar al enriquecimiento de los mecanismos que actualmente poseen ambos países, para la protección de los derechos humanos.

Lo primero que se debe señalar es que ambos sistemas se separan desde el punto de vista internacionalista. Esto es debido a que en Europa se cuenta con dos sistemas que protegen los derechos convencionales a la par. Me refiero al

Consejo de Europa, al cual pertenece prácticamente la totalidad de los países que integran Europa, y por otro lado a la “pequeña Europa”, es decir, a la Unión Europea, que también tiene entre sus funciones la protección de los derechos convencionales.

Es entonces que al ser parte el Estado español de dos sistemas de derecho internacional y al estar supeditado a los mismos, la aplicación de tratados internacionales en territorio nacional es una tarea cotidiana y sin mayor complicación.

Sin embargo, a pesar de esta amplia apertura que se tiene al derecho internacional, la Constitución española data del año 1978, por lo cual, la cláusula de apertura al derecho internacional de los derechos humanos contenida en el artículo 10.2, es mucho más limitada que la que se tiene hoy en día en México en nuestro artículo 1 constitucional.

En España los tratados internacionales sobre derechos humanos forman un canon interpretativo bajo el cual deben ser interpretados los derechos fundamentales señalados en la Constitución. Es decir, el catálogo de derechos humanos concebido en España no varía, se tiene un catálogo de derechos fundamentales determinado únicamente por la Constitución, y simplemente el contenido de los derechos se amplía mediante la interpretación de conformidad a los tratados sobre derechos humanos.

En México, la cláusula de apertura es mucho más amplia. Los derechos concebidos en todos los tratados de los que el Estado forma parte, pasan a formar parte de nuestro catálogo de derechos y por lo tanto se pueden invocar de manera directa y fundamentarse directamente en una Convención internacional para ejercer los derechos que la misma estipula. Además a la par, los derechos contenidos tanto en la Constitución, como en los tratados, forman un “*parámetro de control de regularidad constitucional*” que no es otra cosa que un bloque de

constitucionalidad que siempre debe ser considerado al momento de aplicar derechos humanos y en la actuación de las autoridades en general.

Además mientras que en el TEDH las sentencias se limitan a declarar la violación de un derecho y es potestad del país buscar la forma de resarcir el daño causado salvo en algunos casos, como por ejemplo en los que se estipula una reparación pecuniaria, o bien, que se trate de una “*sentencia piloto*”; la CIDH dicta sentencias condenatorias en las que se le indica al Estado la manera en la que debe cumplir con la restitución del derecho al afectado o a sus familiares. A pesar de ello, los mecanismos de recepción de la jurisprudencia internacional es un asunto que aún se tiene pendiente tanto en España como en México.

En este capítulo se concluyó que a pesar de que la cláusula de apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en México es mucho más amplia, falta la experiencia que tienen sistemas jurídicos como el español.

Aunque la cláusula de apertura española pudiera parecer restrictiva por no poderse invocar los derechos convencionales de manera directa, la práctica ha superado del todo la teoría y se cumple de manera adecuada con los tratados signados aunque no se invoquen directamente ya que vía interpretación, el contenido de los derechos fundamentales plasmados en la Constitución española, es ampliado, con lo que no se contraviene ningún compromiso internacional.

Por el contrario en México, a pesar de que nuestra cláusula de apertura es de las más amplias creadas para reconocer igual jerarquía a los derechos provenientes de la Constitución o de los tratados y por formar un bloque sobre el que se deberán aplicar en todo momento los derechos humanos; parece que en la práctica cada vez se limita más la debida protección a estos derechos y al principio *pro persona*.

Pese a lo anterior, la CIDH tiene un avance jurisprudencial bastante amplio sobre la recepción de la jurisprudencia internacional, por parte de los países firmantes de la CADH. El sistema europeo, a pesar de ser más antiguo, no ha logrado un avance similar, máxime en virtud de que las Altas Partes Contratantes del CEDH fueron quienes decidieron que las sentencias de este Alto Tribunal se limitaran a la declaración de la violación del derecho convencional, lo que dificulta que esta situación cambie.

Por lo tanto, el TEDH también puede tomar la experiencia de la CIDH y así obtener un co-aprendizaje; un mutuo conocimiento que beneficiaría a ambos sistemas.

TERCERA

En este trabajo se realizó un estudio sobre el origen del control de convencionalidad tanto desde sus orígenes, es decir, con la creación del derecho internacional de los derechos humanos, –aunque el término haya surgido mucho después- como dentro del territorio nacional.

Se estudiaron las causas por las que México, se encuentra obligado a llevar a cabo este medio de protección de los derechos convencionales y se concluyó finalmente que aunque la reforma de junio del 2011 significó un parteaguas en la protección de estos derechos, no fue la causa primigenia del ejercicio de este medio de control.

Por el contrario, esta obligación surge para todos los Estados firmantes de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, desde el momento en que lo suscriben en pleno uso de su soberanía y se obligan a cumplir con el mismo de buena fe.

Se concluyó también que el texto del artículo primero constitucional reformado es claro al señalar que los tratados sobre derechos humanos, los

derechos contenidos en los tratados en general y la propia Constitución federal forman un bloque de constitucionalidad al cual se debe ceñir toda la actuación de las autoridades, aunque con la resolución de la contradicción de tesis 293/2011 se haya cambiado el sentido literal de este artículo.

Por último, se concluyó que en teoría - si de normatividad se trata- México proporciona una protección casi perfecta a los derechos humanos de fuente convencional y constitucional, sin embargo en la práctica, sobre todo debido a un marcado paradigma piramidal en donde la Constitución federal siempre ha sido nuestra ley suprema incuestionable, que se encuentra por encima de todo y de todos, se han tenido varios tropiezos en la práctica efectiva de este mecanismo de protección.

Con esto no se quiere decir que la Constitución federal haya dejado de ser nuestra norma suprema, simplemente se reitera que a pesar de seguir siéndolo, existen dos grandes razones para evolucionar de una jerarquía constitucional de la mayor rigidez, a una normatividad viva, dúctil, que se flexibilice cuando las personas requieran una amplia protección a sus derechos, más que la brindada por nuestra propia Constitución.

La primera de estas razones, consiste en que México ha adquirido compromisos internacionales que deben ser cumplidos sin poder invocar su derecho interno como excusa del incumplimiento de aquel. Estos compromisos los ha adquirido precisamente bajo los lineamientos que la propia Constitución establece, por lo cual son totalmente validos dentro del territorio nacional.

La segunda de las razones que me parece la más interesante y evolutiva es que, si el Estado se ha comprometido a brindar a las personas de nacionalidad mexicana, así como aquellos extranjeros que se encuentran en territorio nacional, los derechos contenidos en los tratados internacionales que ha firmado, así como ceñirse a las normas de actuación que se establecen en los tratados

internacionales sobre derechos humanos, y estos son más amplios que los señalados en las normas nacionales, se deben no solo respetar, sino garantizar, independientemente de que las normas constitucionales los prevean o no; más aún se debe reformar el derecho interno para incorporar estos derechos a la normativa nacional aunque, claro está que esta falta de incorporación, no es óbice para que sean invocados directamente de las Convenciones.

Es entonces que en este capítulo se concluyó que el control de convencionalidad es una obligación fundamental que debe ser ejercida en todo momento por el Estado mexicano, sin que sobre su ejercicio quepa la invocación del derecho interno como excusa o impedimento de aplicación de los derechos a los que el Estado mexicano se ha comprometido como parte de la firma de tratados.

CUARTA

En el capítulo 4 de este trabajo, se concluyó finalmente que después de la reforma de junio del 2011 se debían crear los parámetros necesarios para llevar a cabo un correcto ejercicio del control de convencionalidad y para la recepción de las sentencias de la CIDH con un adecuado cumplimiento de las mismas.

Incluso antes de esta reforma, el expediente varios 912/2010 derivado del caso Radilla Pacheco, marcó un antes y un después en la aplicación de tratados internacionales sobre derechos humanos y señaló la obligatoriedad del Estado mexicano de realizar este medio de control y de cumplir a cabalidad las sentencia de la CIDH.

Sin embargo, se llegó a la conclusión de que el camino recorrido con la instauración del expediente varios por la SCJN, la reforma y las diferentes jurisprudencias que marcaban la pauta para llevar a cabo el ejercicio del control de

convencionalidad, se vieron limitadas por la sentencia de la contradicción de tesis 293/2011.

A esta conclusión se ha llegado después de realizar el análisis crítico de la sentencia del 293/2011, ya que a pesar de que hasta antes de su resolución se había señalado que los tratados internacionales sobre derechos humanos y la Constitución federal formaban un bloque de constitucionalidad sobre el cual se debía ceñir toda la actuación de las autoridades, en la sentencia este término se omitió y en su lugar se habló de un “*parámetro de control de regularidad constitucional*”, conformado por los derechos que contienen los tratados internacionales que ha firmado México y por los contenidos en la Constitución.

Este señalamiento deja fuera a todas las normas de actuación contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos, que no consisten en derechos, como los principios “*pro persona, pacta sunt servanda y la no invocación de un derecho interno como excusa del incumplimiento de un tratado*”, que aunque no constituyen derechos en sí, conforman un parámetro de actuación por parte de los Estados firmantes que deben ser respetados y cumplidos en el territorio nacional.

Esto me ha llevado a concluir que la Constitución nacional señala incluso de manera literal que tanto los tratados internacionales, los derechos contenidos en los tratados internacionales en general firmados por el Estado mexicano y la Constitución, se encuentran en un nivel jerárquico de igualdad y por lo tanto la única regla que debe prevalecer para decidir cuál es la legislación que se debe aplicar, es el principio *pro persona* y, por lo tanto, la decisión 293/2011 es violatoria a la literalidad de la Constitución Federal, cuestión que debe ser subsanada en el menor tiempo posible.

Ahora bien, se concluyó también que esta sentencia es contraria a la Constitución toda vez que al señalar que los derechos contenidos en tratados

internacionales y en la Constitución forman un parámetro de control de regularidad constitucional, pero si existiere alguna restricción constitucional al respecto, prevalecerá el texto constitucional, se está limitando el principio *pro persona*, según el cual, como ya se vio, se debe aplicar siempre el derecho que más le beneficie a la persona.

Al ser este principio un pilar fundamental del control de convencionalidad, este mecanismo se ve limitado y por lo tanto los derechos convencionales son dejados en un segundo plano para ubicar al texto constitucional como siempre, soberano, por encima de cualquier otra norma, inclusive si esta amplía el contenido de un derecho o su protección.

Incluso el afirmar que los derechos convencionales y constitucionales tienen la misma jerarquía a menos de que exista una restricción constitucional al respecto, es una cuestión incompatible con la progresividad de los derechos y fuera de toda lógica, ya que no se puede señalar que no exista distinción entre ambas fuentes de derechos cuando finalmente la que prevalecerá será la Constitución y los derechos convencionales solo se podrán instar en caso de que esta no disponga lo contrario.

Como conclusión final debo señalar que este sencillo trabajo refleja el gran camino que se tiene pendiente en la protección de los derechos humanos, ya que la sentencia analizada en el último de los capítulos significó un verdadero retroceso en la protección de los derechos humanos de fuente convencional y dejó ver que aún se tiene el paradigma de la Constitución soberana ante todo y ante todos, idea rígida que impide una protección eficaz de los derechos humanos.

De la simple lectura y apreciación de la sentencia se puede concluir que se evita utilizar el término “control de convencionalidad”, y se plantea reconocer solo los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales y aplicarlos mediante un ejercicio de constitucionalidad, fundamentándose en que es la propia

Constitución quien ha dotado a los derechos convencionales de esta nueva jerarquía, lo cual hace pensar que si la Constitución fuese reformada o la reforma constitucional sobre derechos humanos de 2011 no hubiere acontecido, a pesar de la firma de tratados internacionales por México, no se tendría que reconocer los derechos contenidos en los mismos a las personas.

Para que el control de convencionalidad sea una realidad llevada a cabo de manera generalizada, se deben no solo crear leyes, jurisprudencia y reformas, lo que se necesita de manera primordial es cambiar ese paradigma piramidal que se tiene sobre las normas jurídicas en el Estado mexicano, para en su lugar, comenzar a preocuparse más por una efectiva protección de los derechos humanos y recordar que en un Estado constitucional, es primordial que se tengan derechos y que estos sean protegidos eficazmente. Sí el Estado ha reconocido múltiples derechos convencionales que en la práctica no se pueden ejercer por anteponer las restricciones constitucionales a ellos, no se está cumpliendo con las expectativas que todo Estado constitucional requiere.

GLOSARIO

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos

CCE: Comunidad Económica Europea CEE

CDFUE: Convenio de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

CDFUE: Convenio Europeo de Derechos Humanos

CE: Comunidad Europea

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Fundamentales

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos

Comisión EDH: Comisión Europea de Derechos Humanos

DOF: Diario Oficial de la Federación

DUDH: Declaración Universal de los Derechos Humanos

EURATOM: Comunidad Europea de la Energía Atómica

EUROPOL: Oficina Europea de Policía

OEA: Organización de Estados Americanos

OIT: Organización Internacional del Trabajo

ONU: Organización de las Naciones Unidas

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

PJF: Poder Judicial de la Federación

SCJN: Suprema Corte de Justicia de la Nación

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribuna Europeo de Derechos Humanos

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

UE: Unión Europea

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Fareso, 1993.

BECERRA RAMIREZ, José de Jesús, *El constitucionalismo ante los instrumentos internacionales de los derechos fundamentales*”, México, UBIJUS, 2011.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, México, UNAM, 2006.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *“La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal”*, Barcelona, José María Bosch Editor, 2012.

BIDART CAMPOS, Germán J, *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

CABALLERO OCHOA, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, Distrito Federal, Porrúa, 2009.

CABALLERO OCHOA, José Luis, *La interpretación conforme*, México, Porrúa, 2013.

CARBONELL, Miguel y SALAZAR Pedro (coords), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.

CARBONELL, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, 4ta ed., México, Trotta, 2009.

CARPIZO, Enrique, *Diccionario práctico de justicia constitucional*, México, Porrúa, 2012.

CEBADA ROMERO, Alicia, “*La Unión Europea: ¿Una acción exterior inteligente?*”, Madrid, Iustel-Universidad Carlos III, 2008.

Coordinación de compilación y sistematización de tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Derechos Humanos. Parte general*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, serie derechos humanos.

DE LA TORRE, TORRES, Rosa María, *El nuevo paradigma constitucional*, Morelia, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, 2013, p. 78.

DEL ROSARIO, RODRÍGUEZ, Marcos, *Universalidad y primacía de los derechos humanos*, México, IBIJUS, 2012.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SAIZ ARNAIZ, Alejandro (coord.) *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa, 2012.

FIX-ZAMUDIO, Hector y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, México, Porrúa, 2013.

FRELIER, Eduardo, “Las tareas que los Estados deben cumplir” en OlleSesé, Manuel et al. (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos: su vigencia para los Estados y para los Ciudadanos*, Barcelona, ANTHROPOS, 2009, pp. 246 a 254.

- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ JULIETA, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa, 2012.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, *Derecho Internacional Privado. Parte general*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2010.
- GUASTINI, Riccardo, *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, 3a ed., Madrid, Trotta, IJ UNAM, 2010.
- HERDEGEN, Matthias, *Derecho internacional público*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2005.
- HERRERÍAS CUEVAS, Ignacio F. y DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos, *El control de constitucionalidad y convencionalidad*, México, IBIJUS, 2012.
- KUHN, Thomas, *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. de Agustín Contin, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- LEÓN BASTOS, Carolina, *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos*, Madrid, Talleres editoriales Cometa, 2010.
- LÓPEZ CASTILLO, Antonio *et. al.*, *“Constitución española y Constitución europea”*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- MARTÍNEZ SIERRA, José Manuel, *“La recepción constitucional del derecho comunitario”*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- MIRKINE-GUETZÉVITCH, B., *Derecho constitucional internacional*, Madrid, Reus, 2013.

NASH ROJAS, Claudio, *El sistema interamericano de derechos humanos en acción*, México, Porrúa, 2009.

O'DONELL, Daniel, *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, México, Tierra Firme, 2007.

OROZCO SÁNCHEZ, César Alejandro, *El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción en México*, 2ª ed., México, Ubijus, 2013.

ORTIZ AHLF, Loretta, *Derecho internacional público*, 3ª ed., México, Oxford, 2011.

OTÁLORA MALASSIS, Janine, *El control de legalidad y de la constitucionalidad en Francia*, México, Porrúa, 2009.

PACHECO PULIDO Guillermo, *La inmensidad del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Porrúa 2013, p. 37.

PACHECO PULIDO, Guillermo, *Control de convencionalidad*, México, Distrito Federal, Porrúa, 2012.

Propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos, elaborada por las organizaciones de la Sociedad Civil y por académicas y académicos especialistas en derechos humanos, Embajada de Canadá, programa global acción 2, grupo inter-agencial de derechos humanos de los equipo de país del Sistema de Naciones Unidas en México, The Ford Foundation, Talleres de Mar de letras, México, 2008.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

REY CANTOR, Ernesto y REY ANAYA, Ángela Margarita, *Medidas provisionales y medidas cautelares en el sistema interamericano de derechos humanos*, Bogotá, UNAM-IIDH, 2005.

RODRÍGUEZ, Ángel, *“Integración europea y derechos fundamentales”*, Madrid, Civitas, 2001.

ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *Los derechos humanos en México*, México, Porrúa, 2013.

SAAVEDRA ÁLVAREZ, Yuria, *“El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos”*, *Anuario mexicano de derecho internacional*, México, IJUNAM, 2008, t. VIII.

SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

SILVA DE LAPUERTA, Rosario, “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea: 60 años de existencia” en Ordóñez Solís, David (coord.), *La recepción del derecho de la Unión Europea en España*, Madrid, La ley, 2013.

ZAGREBELSKY, Gustavo, “Jueces Constituciones”, en Carbonell Miguel (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta-IJ UNAM, Madrid, 2007.

REVISTAS JURÍDICAS IMPRESAS.

CUENCA GÓMEZ, Patricia, “La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución española”, *Revista de estudios jurídicos*, Jaén, número 12, segunda época, Universidad de Jaén, 2012.

DE MIGUEL CANUTO, Enrique, “Eficacia interna de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 19, Noviembre 2013.

GARCÍA ROCA, Javier, “El dialogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, UNED, número 30, 2012.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José, “La doctrina Parot y el fallo del TEDH en el asunto del Rio Prada c. España”, *Revista de derecho penal y criminología*, Madrid, UNED, Tercera época, número 9, 2013.

TENORIO, Pedro, “Derechos en serio, recurso de amparo, reordenación de la garantía judicial y reforma de la ley orgánica del poder judicial”, *Revista de derecho político*, Madrid, UNED, número 88, septiembre-diciembre de 2013.

REVISTAS JURÍDICAS EN LÍNEA.

COOSÍO D., José Ramón, “Cuestiones Constitucionales. El control de regularidad de las reformas constitucionales”, *Revista Este país*, número 74, mayo 1997, http://estepais.com/inicio/historicos/74/5_ensayo_cuestiones_cassio.pdf.

HITTERS, Juan Carlos, *Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, N° 2, 2009, <http://cejil.org/comunicados/denuncia-de-convencion-americanasobre-derechos-humanos-por-venezuela-debilita-protecci-0>.

MUÑOZ NAVARRO, José de Jesús, *El Bloque de Constitucionalidad como parámetro del control constitucional en México*, Revista debate social, número 23, <http://debate.iteso.mx/N%C3%9AMERO%2023/Jos%C3%A9%20de%20Jes%C3%BAs%20Mu%C3%B1oz%20Navarro/el%20bloque%20de%20.%20.%20.pdf>.

SÁNCHEZ GIL, Rubén A., “El control difuso de la constitucionalidad en México”. Reflexiones en torno a la tesis P./J. 38/2002, *Revista Mexicana de Derechos Constitucional*, número 11, 2002, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/11/ard/ard7.htm>.

ARTÍCULOS PERIODÍSTICOS

García Morelos, Gumesindo, *Tribunal Administrativo y el control de las leyes*, El Sol de Morelia, 27 de julio de 2011, este texto se puede consultar en la página: <http://www.oem.com.mx/elsoldemorelia/notas/n2162277.htm>.

JURISPRUDENCIAS Y TESIS AISLADAS NACIONALES

Tesis 1a. CXCVI/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 1, junio de 2013, p. 602.

Tesis 1a./J. 18/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 1, diciembre de 2012, p. 420.

Tesis I.5o.C. J/1, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 2, mayo de 2013, p. 1305.

Tesis I.7o.C.46 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, agosto de 2008, p. 1083

Tesis IV.2o. A.22 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, Junio de 2013, p. 1247

Tesis IV.3o.A.11 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 2, diciembre de 2012, p. 1305.

Tesis P. C/92, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, t. 60, diciembre de 1992, p. 27.

Tesis P. IX/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, Abril de 2007, p. 6.

Tesis P. LXVI/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, diciembre de 2011, t. 1.

Tesis P. LXXVII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, Noviembre de 1999, p. 46

Tesis P. V/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. 1, marzo de 2013, p. 363.

Tesis P. XI/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p. 673.

Tesis P./J. 101/99, Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, Septiembre de 1999, p. 708

Tesis P./J. 130/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, Noviembre de 1999, p. 793.

Tesis P./J. 98/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, Septiembre de 1999, p. 703.

Tesis VI.3o.A. J/2, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 2, febrero de 2013, p. 1241.

Tesis XI.1o.A.T.45 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 2079.

Tesis XI.1o.A.T.47 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 1932

Tesis: I.3o.P. J/1, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 2, mayo de 2013, p. 1221

Tesis: I.7o.C.51 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, diciembre de 2008, p. 1052.

Tesis: IV.3o.A.10 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época, t. 2, diciembre de 2012, p. 1303.

Tesis: P./J. 18/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XXV, mayo de 2007, p. 1641.

JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “La última tentación de Cristo”, (Olmedo Bustos y otros) vs Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C, número 73, punto resolutive 4.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano vs Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre del 2006, serie C, número 154.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cabrera García y Montiel Flores vs México Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de noviembre del 2010, serie C, número 220.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6 de agosto de 2008, serie C, número 184, punto resolutive 6.

Corte Interamericana De Derechos Humanos, Caso Fernández Ortega y otros vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, serie C, número 215.

Corte Interamericana DE Derechos Humanos, Caso García Cruz y Sánchez Silvestre vs. Estados Unidos Mexicanos, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de noviembre de 2013, serie c, número 273.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gelman vs Uruguay, Fondo y Reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C, número 221, punto resolutivo 11.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Gelman vs. Uruguay, supervisión de cumplimiento de sentencia, 20 de marzo de 2013, serie C, número 221.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Jorge Castañeda Gutman vs Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, número 184.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, número 209.

Corte Interamericana de derechos humanos, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Supervisión de cumplimiento de sentencia, serie C, número 209.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Rosendo Cantú y Otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, serie C, número 216.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros). Vs. Perú, solicitud de Interpretación de la

Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de noviembre de 2007, serie C, número 174.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva OC 16/99, serie a 16, 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre “el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.”

Corte Interamericana de Derechos Humanos, voto concurrente razonado del Juez Interamericano Sergio García Ramírez en el caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 25 de noviembre del 2003, serie C, número 101.

Voto razonado del Juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac-GregorPoisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; serie C, número 220.

JURISPRUDENCIA DEL TEDH.

STEDH, 28 de septiembre de 2005, *Broniowski vs. Polonia* (arreglo amistoso), Gran Sala.

STEDH asunto *E. P. vs. Italia*, de 16 de noviembre de 1999.

STEDH, *Loizidou c. Turquía*, del 23 de marzo de 1995, A, 310.

STEDH asunto *Papamichalopolus vs. Grecia* de 31 de octubre de 1995.

VOTOS CONCURRENTES DE LA SENTENCIA DE LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 293/2011

Voto concurrente que formula el señor Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, respecto de la resolución pronunciada por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011.

Voto concurrente que formula el señor Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, respecto de la resolución pronunciada por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011.

Voto concurrente que formula el señor Ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, respecto de la resolución pronunciada por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011.

Voto concurrente que formula la señora Ministra Olga Sánchez Cordero, respecto de la resolución pronunciada por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011.

Voto concurrente y particular que formula el señor Ministro José Fernando Franco González Salas, respecto de la resolución pronunciada por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011.

Voto particular que formula el Ministro José Ramón Cossío Díaz en la contradicción de tesis 293/2011.

Voto particular que formula el señor Ministro Luis María Aguilar Morales, respecto de la resolución pronunciada por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011.

VERSIONES TAQUIGRÁFICAS DE LAS SESIONES DE LA CORTE

Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 26 de agosto de 2013.

Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 27 de agosto de 2013.

Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el miércoles 28 de agosto de 2013.

Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el jueves 29 de agosto de 2013.

Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el viernes 30 de agosto del 2013.

Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 2 de septiembre de 2013.

Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 3 de septiembre de 2013.

SENTENCIAS NACIONALES

Resolución de la contradicción de tesis 293/2011 resuelto por el pleno de la SCJN.

Sentencia del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano número SUP-JDC-695/2007, interpuesto por Jorge Hank Rhon contra la resolución de veintiuno de junio de dos mil siete, emitida por el Tribunal de

Justicia Electoral del Poder Judicial del Estado de Baja California, resuelta por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación el 6 de julio del 2007.

SENTENCIAS INTERNACIONALES

Sentencia *Costa vs. ENEL* de 15 de junio de 1964, 6/64.

Sentencia 197/2006 dictada por la Segunda Sala del Tribunal Supremo que resuelve el recurso de casación interpuesto por el representante de Henri Parot contra auto de fecha 6 de abril del 2005 de la Sección Primera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional dictado en la ejecutoria 1000012/1984.

FUENTES LEGALES

Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Carta Social Europea de Turín, 18 de octubre de 1961.

Constitución española.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales de 1986.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos.

Protocolo de San Salvador.

Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Protocolo número 14 del CEDH.

Protocolo número 5 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Proyecto de Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos creado por la ONU mediante la resolución A/RES/56/83.

Reglamento del TEDH con la adición de la regla 61.

Tratado de la Comunidad Europea.

Tratado de la Unión Europea

FUENTES ELECTRÓNICAS

García Sayán, Diego, *“Una viva interacción: Corte interamericana y Tribunales Internos”* en la página y Hitters, Juan Carlos *“¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”*:

<http://lema.rae.es/drae/?val=limitar>.

<http://lema.rae.es/drae/?val=limitaci%C3%B3n>

<http://lema.rae.es/drae/?val=restricci%C3%B3n>.

<http://lema.rae.es/drae/?val=restringir>.

http://www.corteidh.or.cr/tablas/diego_06.pdf

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/UPR/Pages/UPRMain.aspx>.

<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>.

Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos:

<http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/complaints.htm>.

Página oficial de la ONU: <http://www.ohchr.org/SP/HRBodies/Pages/HumanRightsBodies.aspx>.

Rueda Aguilar, Dolores, *El bloque de constitucionalidad en el sistema colombiano*:

http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/88/Becarios_088.pdf

www.boe.es/boe/dias/1979/10/10/pdfs/A23564-23570.pdf.

[www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1\(2013\)008rev2_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/47_1(2013)008rev2_EN.pdf).

www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/presentation/escrbooklet/Spanish.pdf.

www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf.

www.corteidh.or.cr/tablas/r25295.pdf

www.curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=150642&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=166970.

[www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/TUE/2008-TUELisboa .pdf](http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/europa/TUE/2008-TUELisboa.pdf).

www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011.

www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf.

www.europa.eu/about-eu/index_es.htm.

www.europa.eu/about-eu/institutions-bodies/courtjustice/index_es.htm.

www.europa.eu/about-eu/institutions-bodies/index_es.htm.

www.european-council.europa.eu/home-page.aspx?lang=es.

www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61828

www.judicatura.com/Legislacion/1473.pdf.

www.juecesdemocracia.es/pdf/sentencias/STS_Parot.pdf.

www.mjusticia.gob.es/cs/Satelite/1292375190464?blobheader=application%2Fpdf&blobheadertype=ContentDisposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPROPUESTA_DE_REFORMA_DE_LEY_ORGANICA_DEL_PODER_JUDICIAL.PDF

www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292424593607?blobheader=application%2Fpdf&blobheadertype=ContentDisposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DAsunto_Del_Rio_Prada_c._Espana._Violacion_del_Convenio.PDF.

www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_instrumentos_interamericanos_Protocolo_Adicional_Convencion_Americana_DH_OEA.pdf.

www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2011/indice.asp.

www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2012/indice.asp.

www.oas.org/es/estados_miembros/default.asp.

www.oem.com.mx/elsoldemorelia/notas/n1753765.htm.

www.ohchr.org/SP/Pages/WelcomePage.aspx. La referente a las ratificaciones de los mismos por el Estado Mexicano y sus publicaciones se obtuvo en la página de la Unidad General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Gobernación: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/>.

www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/03092013PO.pdf.

www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/03092013PO.pdf.

www.uib.es/depart/dpu/dip/pdf/dip0607/responsabilidad.pdf.

www.un.org/es/documents/udhr/.

www.un.org/spanish/geninfo/faq/hr2.htm, que está creada por la misma Organización de las Naciones Unidas y contiene el texto literal arriba mencionado.

www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/index.htm.

www2.ohchr.org/spanish/bodies/hrc/.

www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659.

www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/ResultadosPub.aspx?Tema=&Consecutivo=1475&Anio=1998&TipoAsunto=2&Pertenececia=0&MinistroID=0&SecretarioID=0&MaterialID=0