



**UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS
DE HIDALGO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS
SOCIALES**



DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO

**LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO
CUANDO EXISTEN ANTINOMIAS**

TESIS

**QUE PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRA EN DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL, PRESENTA:**

LIC. NATALIA ESTEFANIA SORIA CASTILLO

ASESOR:

DOCTOR EN DERECHO CARLOS SALVADOR RODRÍGUEZ CAMARENA

MORELIA, MICHOACÁN, AGOSTO DE 2015

ÍNDICE

RESUMEN.....	1
ABSTRACT	1
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I. CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS	5
INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO I	5
1.1. Aproximaciones lingüísticas al concepto de Derechos Humanos	6
1.1.1. Derechos naturales	9
1.1.2. Derechos públicos subjetivos	10
1.1.3. Libertades públicas	11
1.1.4. Derechos morales	11
1.1.5. Derechos fundamentales	12
1.2. Aproximaciones lingüísticas al concepto de Constitución.....	12
1.2.1. La Constitución y otros textos normativos.....	13
1.2.2. La supremacía de la Constitución en el texto vigente de la Carta Magna	15
1.2.3. Aproximaciones lingüísticas al concepto de soberanía.....	17
1.2.3.1. Consideraciones sobre la soberanía interna y externa.....	19
1.2.3.2. La soberanía en la Constitución de 1917	20
1.3. Algunas consideraciones sobre el concepto de derecho internacional	21
1.3.1. Controversias sobre el carácter legal del derecho internacional	23
1.3.2. Fundamento de la validez del derecho internacional	24
1.3.3. Funciones del derecho internacional en materia normativa y de estructuración	27
1.3.3.1. Primacía del derecho internacional sobre la política	27
1.3.3.2. Efecto legitimador	28
1.3.3.3. Estabilización de las relaciones interestatales	28
1.3.3.4. Prevención de conflictos	29
1.3.3.5. Protección de los derechos humanos.....	30
1.3.3.6. Influencia del derecho internacional en la estructura interna de los Estados.	30

1.4. Control de convencionalidad y constitucionalidad	31
1.4.1. Supremacía constitucional	31
1.4.2. Bloque de convencionalidad	33
1.4.2.1. Control difuso de convencionalidad	33
1.4.2.2. Control concentrado de convencionalidad	34
1.4.3. ¿Qué es el bloque de constitucionalidad?	35
1.4.3.1. Alcances del bloque de constitucionalidad	37
1.4.3.2. Control Constitucional	38
1.4.3.2.1. Control Constitucional Concentrado	38
1.4.3.2.2. Control Constitucional Difuso	39
CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO	39
CAPÍTULO II. CONSIDERACIONES HISTÓRICAS PARA ENTENDER LA INTERACCIÓN EXISTENTE ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES	41
INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO II	41
2.1. Acontecimientos históricos que dieron origen a la soberanía	42
2.2. El concepto de soberanía en el ordenamiento jurídico mexicano	56
2.3. ORIGEN DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL	63
2.3.1. Contexto histórico	63
2.3.2. La Constitución de los Estados Unidos de América. Caso Marbury vs Madison ..	67
2.4. Los derechos humanos en los tratados internacionales	74
CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO	84
CAPÍTULO III. MARCO JURÍDICO	85
INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO III	85
3.1. LEGISLACIÓN INTERNA	86
3.1.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	86
3.1.2. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal	87
3.1.3. Ley sobre la Celebración de Tratados	87
3.1.4. Tesis aisladas de la suprema corte de justicia de la nación	88
3.2. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL	88
3.2.1. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)	88

3.3. Marco constitucional del derecho internacional en general y de los tratados en el ordenamiento nacional mexicano	90
3.4. DEL PROCEDIMIENTO PARA LA CELEBRACIÓN DE UN TRATADO INTERNACIONAL	92
3.4.1. PROCEDIMIENTO GENERAL	92
3.4.1.1. Negociación	92
3.4.1.2. Firma	93
3.4.1.2.1. Obligación de no frustrar el fin de un tratado firmado	94
3.4.1.2.2. Acuerdos administrativos	95
3.4.1.2.3. Vicios del consentimiento	98
3.4.1.2.4. Entrada en vigor provisional	99
3.4.1.2.5. Plenos poderes	100
3.4.1.2.6. Argumentación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	102
3.4.1.3. Ratificación	104
CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO	109
CAPÍTULO IV. EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO	110
INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO IV	110
4.1. ALEMANIA	112
4.2. DINAMARCA	114
4.3. ESPAÑA	115
4.4. FRANCIA	118
4.5. BOLIVIA	120
4.6. COLOMBIA	121
4.7. CHILE	122
4.8. ECUADOR	123
4.9. GUATEMALA	124
4.10. PERÚ	125
CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO	126
CAPÍTULO V. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD	127
INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO V	127

5.1. Aproximaciones al control de convencionalidad.....	129
5.2. Tipos de control de convencionalidad y órganos que los ejercen	131
5.3. Formas a través de las cuales se efectúa el control de convencionalidad.....	136
5.4. Parámetros para determinar la convencionalidad o inconvencionalidad de una conducta.	138
5.5. Factores determinantes del grado de intensidad y alcance del control de convencionalidad ejercido por Tribunales y Salas constitucionales.....	139
5.5.1. Constitucionalización del parámetro de convencionalidad y reconocimiento de su carácter eventualmente “supraconstitucional”	140
5.5.2. Efectos de la jurisprudencia de los Tribunales o Salas Constitucionales.....	140
5.5.3. Cuál es el efecto declarativo de la nulidad de la norma o disposición interna incompatible con el parámetro de convencionalidad	141
5.5.4. El control de convencionalidad <i>ex officio</i>	142
5.6. Cuál es el fin del control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas constitucionales	143
5.6.1. Fuentes no escritas	144
5.6.2. Leyes, reglamentos y actos de eficacia general sujetos al Derecho público... ..	144
5.6.3. La Constitución y sus reformas	145
5.6.4. Constitución.....	145
5.7. Medios procesales empleados por los Tribunales y Salas constitucionales para ejercer el control de convencionalidad	149
5.7.1. El control de constitucionalidad <i>a priori</i> y el control de convencionalidad.....	149
5.7.2. Acción de inconstitucionalidad	150
5.7.3. Consultas judiciales	150
5.7.4. Recursos de amparo y de hábeas corpus.....	151
5.8. CONFLICTOS NORMATIVOS. ANTINOMIAS	152
5.8.1. La caracterización de las antinomias	155
5.9. Tipología de las sentencias de los Tribunales y Salas constitucionales cuando ejercen el control de convencionalidad	159
5.9.1. Sentencias interpretativas conforme al parámetro de convencionalidad	159
5.9.2. Sentencia declarativa de inconvencionalidad	160
5.9.3. Sentencia desestimatoria de inconvencionalidad	161

5.10. Criterios para establecer una jerarquía.....	161
CONCLUSIONES.....	164
FUENTES DE INFORMACIÓN.....	171
BIBLIOGRAFÍA.....	171
ELECTRÓNICAS.....	175
HEMEROGRÁFICAS.....	176
LEGALES.....	177
PRECEDENTES JUDICIALES.....	178

RESUMEN

En esta tesis estudiamos la eficacia de los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano a raíz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, de fecha 10 de junio de 2011. Así como el control de convencionalidad y los principios que lo rigen a fin de determinar si será la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos los que deberán predominar cuando exista una antinomia entre ambos ordenamientos, tratándose de dicha materia.

Enfatizamos en la protección internacional de los derechos humanos y la necesidad de un cambio en su extensión, reubicación y fortalecimiento. Además, al no estar reducidos al reconocimiento constitucional, su protección y defensa también deja de depender meramente del mismo. Lo cual se robustece cuando se manifiesta que los derechos humanos serán garantizados, pues, la constitución reconoce que hay derechos situados sobre sí y se obliga a prestarles garantías.

PALABRAS CLAVE: TRATADOS INTERNACIONALES, CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, CONSTITUCIÓN POLÍTICA, PRINCIPIOS, GARANTÍAS.

ABSTRACT

In this thesis we study the effectiveness of international treaties in Mexican law, following the constitutional reform on human rights, dated June 10, 2011. As well, the control of conventionality and the principles governing it to determine if it will be the Constitution of the Mexican United States or international treaties on human rights which must prevail when there is a contradiction between the two systems in such case.

We emphasize the international protection of human rights and, therefore, the need for a change in its extension, relocation and strengthening. In addition to

that, by failing to be reduced to the constitutional recognition, protection and defense don't depend merely of it. This is strengthened when it states that human rights will be guaranteed, as it is understood that the constitution recognizes that there are rights placed upon himself and agrees to loan guarantees.

INTRODUCCIÓN

Es necesario determinar si será la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos los que deberán predominar cuando se resuelva una antinomia entre ambos ordenamientos.

Con este estudio pretendemos coadyuvar con la implementación de los Tratados Internacionales al sistema jurídico interno, así como con su reconocimiento supraconstitucional en aras de lograr la efectividad y vigencia de los derechos humanos en nuestro país, para estar en condiciones de alcanzar todos los beneficios que de ellos emanan. De modo que su vigencia comprometa además del bien común nacional, el bien común internacional, logrando con ello que los derechos humanos no sólo rijan por la voluntad del Estado, sino también por la voluntad de otros Estados e incluso de una organización supranacional. Máxime que el incumplimiento de los derechos humanos incluidos en un tratado internacional, por parte del Estado, puede contraerle responsabilidades internacionales.

Este tema surge en razón a las discusiones doctrinales respecto a si existe o no una jerarquía determinada entre Derecho Interno y Derecho Internacional, mismas que se han incrementado, al grado de que las relaciones internacionales han transitado del campo teórico al práctico.

Lo que hace único al presente trabajo de investigación es el enfoque con el que estudiamos el tema; pues, a diferencia de otros, no estimamos que tras la reforma de fecha 10 de junio de 2011 haya quedado determinado que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos siga teniendo el atributo de supremacía o superioridad por encima del resto de los ordenamientos legales, entre los que incluimos a los Tratados Internacionales.

Pues aun cuando en la reforma constitucional en derechos humanos no se reformó el artículo 133 constitucional que dota de dicho atributo a la constitución, de la reforma al artículo 1º del mismo ordenamiento sí se advierte que los tratados internacionales en materia de derechos humanos signados por México también gozarán de esta característica; lo cual genera un conflicto que no queda resuelto con la invocación a principios como el *pro homine* y consiguientes. Pues los alcances de la reforma constitucional en derechos humanos no fueron previstos por los legisladores reformadores, e implicaron la transformación de la concepción del constitucionalismo que prevalecía en México, propulsado por la soberanía, según la cual, la Constitución es el origen de todo derecho situándose por encima de cualquier otra norma. Y que ahora ha sido desplazado.

La importancia de este tema radica en que a partir de la reforma citada se han presentado numerosos casos en los cuales se requiere de la invocación de derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por México, que ha llevado a los ministros de la SCJN a reconsiderar la posición que deben guardar estos frente a la Constitución.

Sin embargo, como el país se encuentra en posibilidades de determinar la posición que ocuparán los tratados internacionales en orden jurídico mexicano, dado que ésta varía conforme al orden interno de los países, en razón al ejercicio de su soberanía, actualmente los ministros se encuentran en la disyuntiva relativa a la fijación de la posición que ocuparán estos tratados en el sistema jurídico mexicano al momento de resolver juicios contenciosos relativos a los derechos humanos; y que desembocó en una contradicción de tesis con número de expediente 293/2011, misma que, dada su trascendencia, ha dividido a los integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quienes han expresado posturas encontradas respecto de los acuerdos en materia de derechos humanos.

Debido a que el control de convencionalidad es un instrumento poderoso para el respeto y garantía efectiva de los derechos humanos incluidos en el

parámetro de convencionalidad que, esencialmente, incluye el cuerpo jurídico regional o interamericano, entendido como un estándar mínimo de protección, se sobreentiende que su constitucionalización y reconocimiento como miembro del bloque de constitucionalidad es fundamental para que los Tribunales y las Salas constitucionales puedan ejercer un control de convencionalidad amplio, eficaz y penetrante que resultaría benéfico para la sociedad en general, dado el impacto y relevancia que conlleva que ningún poder público constituido o sujeto de Derecho privado pueda sustraerse, en adelante, a control de convencionalidad. Lo cual conlleva la eficacia de la reforma en derechos humanos aludida.

CAPÍTULO I. CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO INTERNACIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO I

El propósito del presente capítulo consiste en fortalecer el conocimiento de del derecho internacional en materia de derechos humanos, para que a su vez, éste redunde, en su observancia y plena vigencia.

Se pretende que el lector entienda cabalmente diversos términos conceptuales de modo que esté en condiciones de achicar la distancia existente entre la normativa jurídica internacional e interamericana, por un lado, y la normativa nacional, por el otro. De modo que podrá encontrar la relación entre los conceptos planteados y resolver los conflictos suscitados entre ellos.

En este sentido, es importante reconocer que los tratados internacionales complementan a la normativa nacional. Sin embargo, la ratificación soberana que hacen los Estados de los instrumentos internacionales no siempre se acompaña de la transformación de la legislación interna, por lo cual la interpretación que realicen los organismos judiciales es crucial para no comprometer la responsabilidad del Estado. Siendo indispensable recuperar planteamientos

doctrinales que reivindiquen la aplicación de los estándares internacionales en el ámbito doméstico o interno.

Así, este capítulo está orientado a buscar herramientas teóricas y normativas que ayuden a promover la aplicación de estándares con una visión crítica que contribuya a reducir el estrecho margen que constituye la voluntad política de armonizar los tratados internacionales en el orden jurídico interno, cuya complejidad del tema nos lleva ineludiblemente a partir de un entendimiento conceptual diversos términos entrelazados entre sí.

1.1. Aproximaciones lingüísticas al concepto de Derechos Humanos

Este término (derechos humanos) es uno de los más usados en la cultura jurídica y política actual, tanto por los filósofos y los científicos que se ocupan del estudio del hombre, del Estado y del Derecho, como por los ciudadanos, debido a “su función reguladora de la legitimidad de los sistemas políticos y de los ordenamientos jurídicos”¹, así como por la convicción de algunos hombres de que constituyen una garantía para su dignidad y el cauce principal para su libertad e igualdad; la comprensión apropiada de los derechos constituye una tarea teórica de gran alcance práctico.

En este sentido, Antonio Pérez Luño señala “a medida que se ha ido alargando el ámbito del uso del término derechos humanos, su significación se ha tornado más imprecisa. Ello ha determinado una pérdida gradual de su significación descriptiva de determinadas situaciones o exigencias jurídico-políticas, en la misma medida en que su dimensión emocional ha ido ganando terreno”²

¹ Barba Martínez, Gregorio Peces, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid- Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, p. 21.

² Pérez Luño, Antonio Enrique, *Delimitación conceptual de los Derechos humanos en los Derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979, pp. 14 y 15.

Así, también funge como un término emotivo porque suscita sentimientos entre sus destinatarios, respecto del cual existe una tentación de manipulación permanente. Lo que lo coloca en el núcleo de la lucha política y, por consiguiente, presenta una dialéctica confusa, pues hay quienes emplean la expresión referida con diferentes sentidos o contenidos parciales; a los cuales se suman los mensajes de hecho y opinión vertidos por los medios masivos de comunicación. Incluso se habla de la existencia de una retórica de los derechos humanos, hecha desde sectores políticos distanciados del ideal moral que los fundamenta, mediante el empleo del término como justificación y legitimación de sistemas no democráticos³.

Dados los antecedentes, la función del pensamiento jurídico consiste en depurar las adherencias improcedentes al término e intentar comprender los derechos humanos, mediante la búsqueda de su concepto y fundamentación⁴.

Ahora bien, las definiciones léxicas reflejan el uso que los miembros de una sociedad histórica conceden a un término del lenguaje. Por eso otras palabras pueden expresar el concepto de derechos humanos como por ejemplo, los derechos naturales, los derechos públicos subjetivos, las libertades públicas, los derechos morales, los derechos fundamentales, los derechos individuales, los derechos del ciudadano, etc. Todos ellos conectados culturalmente y con explicaciones derivadas de un determinado contexto histórico, de ciertos intereses e ideologías, así como de posiciones científicas o filosóficas de fondo.

Por ello, autores como Eusebio Fernández afirman que el concepto de derechos humanos que hoy se conoce no es intemporal sino histórico del mundo moderno y/occidental. En sus propias palabras "... es un concepto que surge en

³ Para conocer detalladamente cuáles son las características o propiedades que debe reunir un sistema democrático, consúltase a Ramos Osorio, Marcos. *Características constitucionales para la determinación de un sistema democrático* en, *Memoria del Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, [en línea], Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1982, [citado 27/10/2103], Anuario Jurídico, IX Serie, Formato pdf, Disponible en Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2123/42.pdf>, ISBN 0185-3295.

⁴ Para más información véase el Capítulo I, del libro de Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1995.

un momento histórico y como consecuencia o resultado de un conjunto de hechos históricos de carácter religioso, político, moral, económico o jurídico...”⁵

De ahí que todos tengan su raíz común situada en el mundo moderno. Responden a una cultura individualista y antropocéntrica frente a la cultura objetivista y comunitaria propia de la Edad Media.

Hablar de derechos humanos es dialogar sobre un concepto histórico que aparece a partir del tránsito a la modernidad y que sustituye o complementa a las ideas del Derecho como orden creado por Dios y desarrollado por el legislador humano, o como la justicia que se descubre en la relación humana concreta.

La cultura de los derechos humanos, y el lenguaje que la significa, se inclina a la visión subjetiva, al referente individual, a la titularidad de los derechos, más que al sistema de normas que la sostiene y ampara. Dado que el sujeto y su protección es el núcleo central necesario para la comprensión del problema, aunado a que funge como elemento último unificador, que comunica a todos los términos usados como sinónimos de la expresión derechos humanos.⁶

Conforme a Jorge Carpizo, fue la Declaración de los Derechos Humanos la que concibió dicho concepto en 1948.⁷

El empleo del término derechos humanos puede aludir a una pretensión moral o a un derecho subjetivo protegido por una norma jurídica; sin embargo, a la pretensión moral también se le reviste de lo jurídico cuando se le atribuye el adjetivo derecho.

Hablar de una pretensión moral, implica sostener que los derechos humanos son aquellos que el Estado otorga en su orden jurídico, pero si se entienden como un derecho subjetivo, se manifiesta que el Estado sólo los reconoce y los garantiza en alguna medida. En la primera perspectiva se

⁵ Fernández, Eusebio, *Los derechos humanos y la historia*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2004, pp. 1 y 2.

⁶ Barba Martínez, Gregorio Peces, *op. cit.*, p. 23.

⁷ Carpizo, Jorge, “*Los Derechos humanos: naturaleza, denominación y características*”, Cuestiones Constitucionales, núm. 25, julio-diciembre de 2011, p. 3

encuentran diversas concepciones o matices positivistas; en la segunda, la de derecho natural, cuyas escuelas son muy diversas entre sí.

Aun cuando existen diversos términos a los cuales se les han atribuido características y contenidos propios del término citado, e incluso, puedan resultar mejores en alcanzar un mayor ámbito de protección de estos derechos para las personas, estimo pertinente emplear el término de derechos humanos en el presente trabajo, por ser éste el que utilizan las leyes mexicanas.

Así, por derechos humanos entendemos aquellos mínimos de existencia, que al saberse respetados y promovidos, permiten que la persona se movilice con libertad para lograr vivir con dignidad.⁸

1.1.1. Derechos naturales

El término Derechos naturales, se identifica con una posición iusnaturalista y supone una terminología anticuada y en relativo desuso, dado que dicha posición epistemológica se sitúa en momentos históricos anteriores.

Esta concepción iusnaturalista racionalista abstracta prescinde de la historia y de la realidad social para la identificación de los derechos, por lo cual, a finales del siglo XX tras caer en crisis y recibir las duras críticas del positivismo, no consigue un arraigo sólido en la cultura jurídica y política. Se emplean por partidarios de posiciones ideológicas conservadoras que los enfrentan al poder del Estado y su derecho, pues es un término que se plantea entre iguales, en un estado de naturaleza donde no existe el poder.

En resumen, se trata de un término que alude a derechos que tienen una dimensión jurídica, pero son previos al poder y al Derecho positivo.

⁸ Carpizo, Jorge, *op. cit.*, pp. 4-6.

En ese sentido, tales derechos son descubiertos por la razón, en la naturaleza humana e impuestos a todas las normas del derecho creado por el soberano, fungiendo como límite a su acción.⁹

1.1.2. Derechos públicos subjetivos

Se trata de un término más moderno y técnico, con poca incidencia en el lenguaje natural y por consiguiente puede situarse en la terminología del derecho.

El término se creó en el seno de la escuela del Derecho público alemán en el siglo XIX, como especificación del concepto genérico del derecho subjetivo y como expresión del pensamiento individualista en el pensamiento positivista.¹⁰ Hay quienes afirman que, de algún modo, los derechos públicos subjetivos son la versión positivista de los derechos naturales, pues se escuda en el marco cultural antropocéntrico, sin embargo alcanzó menor extensión en su uso como lenguaje natural.

Para Luigi Ferrajoli, los derechos públicos son derechos primarios o sustanciales que el Estado reconoce sólo a los ciudadanos.¹¹

De ahí que el término circunscribe a los derechos como límites al poder y, por consiguiente, sólo son válidos ante autoridades y funcionarios, pero no en las relaciones entre particulares; aunado a que tampoco brinda crédito para exigir comportamientos positivos de los poderes públicos. Consecuentemente también alude a derechos restringidos de una u otra forma, motivo por el cual se aconseja distanciarse del término “derechos subjetivos” porque ofrece más dificultades que ventajas para impulsar la reflexión y práctica de los derechos humanos.¹²

⁹ Barba Martínez, Gregorio Peces, *op. cit.*, pp. 25-27.

¹⁰ Guzmán Brito, Alejandro, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1976, pp. 140-152.

¹¹ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2001, p. 22.

¹² Barba Martínez, Gregorio Peces, *op. cit.*, pp. 27 y 28.

1.1.3. Libertades públicas

Este término se sitúa en el ámbito de la doctrina francesa, así como en una dimensión positivista. “Se pretende identificar con unos derechos, reconocidos en el sistema jurídico, eficaces y protegidos por los jueces”.¹³ “En efecto, el término libertades se usa junto con el término privilegios, y a veces con derechos y franquicias...”¹⁴

Las libertades públicas suponen una idea de derechos situados en el derecho positivo, aunque sus raíces se encuentran en el plano de la moralidad. Es una expresión que no incluye todas las facetas posibles de los derechos humanos, sino que se identifica con los derechos de autonomía porque supone que el derecho cree un ámbito exento para la libre acción de la voluntad.

1.1.4. Derechos morales

Hablar de derechos morales es concebirllos como derechos previos al Estado y a su Derecho; es suponer que son derechos válidos frente al poder; así como implicar que los derechos son poseídos o pertenecientes a los individuos.

Constituye un concepto moral al que se añade el de derecho. Predispone una aproximación racional, abstracta y a-histórica de los derechos que prescinde de sus necesarias conexiones con la evolución de la realidad social. Se presume que el término parte de un prejuicio, dado que se inclina a una moral que usa conceptos contruidos por el derecho sin querer dejar el ámbito de la moral. Máxime que orilla al rompimiento de un principio base de la tolerancia y la libertad que distinguía fehacientemente entre el derecho y la moral, que superó el dogmatismo y la imposición por la fuerza de las verdades morales.¹⁵

¹³ *Ibidem*, p. 28.

¹⁴ *Idem*

¹⁵ *Ibidem*, pp. 31-35.

1.1.5. Derechos fundamentales

Para Gregorio Peces Barba el término derechos fundamentales representa la forma lingüística más precisa y procedente, al considerarla carente del lastre de la ambigüedad que la expresión derechos humanos supone, aunado a que puede abarcar las dos dimensiones en las que aparecen los derechos humanos, sin incurrir en los reduccionismos iusnaturalistas o positivistas. Consecuentemente, el término comprende tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos, fungiendo como instrumento necesario para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades¹⁶.

De este modo los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad como una juridicidad básicas.

No obstante ello, como se indicó con antelación, el término que se empleará a lo largo de este documento será el de derechos humanos.

1.2. Aproximaciones lingüísticas al concepto de Constitución

El término Constitución se emplea en el lenguaje jurídico- político con una diversidad de significados, muchos de ellos incluso incompatibles y contradictorios entre sí. Atendiendo a Riccardo Guastini, a continuación se distinguen los cuatro significados principales:

- a. En una primera acepción, la Constitución puede entenderse como un límite al poder político, dado que se dicta en un ordenamiento político- jurídico de tipo liberal- garantista, en el que la relación de los ciudadanos con el Estado está protegida mediante la división del poder político. Esta concepción se afirmó en el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, que estableció: “Una sociedad en la que no esté

¹⁶ *Ibidem*, pp. 37-42.

asegurada la garantía de los derechos ni reconocida la división de poderes, no tiene Constitución”¹⁷.

- b. En un segundo significado, la Constitución se entiende como un conjunto de normas jurídicas fundamentales que caracterizan a un Estado. Ésta acepción es adoptada por la teoría general del derecho. En general, son normas fundamentales de cualquier ordenamiento las que determinan la forma de Estado y de gobierno, así como las que reglamentan la creación de las normas.

Desde este punto de vista, todo Estado necesariamente tiene una Constitución de cualquier tipo. Bajo esta perspectiva, una constitución es tal, independientemente de su contenido político.

- c. Como un texto normativo que tiene ese nombre; y
- d. En una cuarta acepción, como un documento normativo expresivo de normas jurídicas de un ordenamiento jurídico determinado¹⁸.

1.2.1. La Constitución y otros textos normativos

Siguiendo a Riccardo Guastini y a Carl Schmitt, la Constitución, como documento normativo, se distingue de otros textos normativos por lo siguiente:

1. Por su nombre propio, porque éste individualiza a un singular documento normativo. Es el único documento normativo en el ordenamiento jurídico que se llama Constitución.
2. Por su contenido característico. Normalmente las Constituciones incluyen:
 - a. normas que otorgan derechos de libertad a los ciudadanos, normando así las relaciones entre estos y el poder político;

¹⁷ Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

¹⁸ Guastini, Riccardo, “*Sobre el concepto de Constitución*” en *Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007, p. 162.

- b. normas tendientes a regular la organización del poder político, mediante normas legislativas y normas que confieren poderes a los órganos del Estado;
 - c. normas de principio -contenedoras de valores y principios- o programáticas –relativas a programas de reforma económica y/o social-
3. Por sus destinatarios típicos, aunque no únicos, que son los órganos constitucionales supremos del Estado, para los que establece el ámbito competencial y la organización y estructura básicas.
 4. Por su procedimiento de formación único y diferente del resto de las normas jurídicas del ordenamiento, al ser la única norma que puede ser creada por el poder constituyente¹⁹, aunque también puede ser producto de una decisión unilateral del soberano –Constitución otorgada-.
 5. Por su régimen jurídico peculiar, lo que incluye, su ubicación en el ordenamiento jurídico -superior a cualquier otra norma- y el procedimiento para su reforma -distinto y más complejo al de las leyes ordinarias-²⁰.

Cabe resaltar que la Constitución también constituye una ley “porque necesita de la promulgación legislativa”²¹, más se trata de una fundamental, que informa y engendra a las demás leyes ordinarias basadas en ella y que actúa a través de las leyes ordinarias del país. La idea de fundamento incluye la noción de una necesidad activa de una fuerza eficaz o “factores reales de poder que rigen en

¹⁹ “El poder constituyente es la fuerza, poder o autoridad política que tiene la posibilidad, en situaciones concretas, para crear, garantizar o eliminar una Constitución”. Véase Cárdenas Gracia, Jaime, “*El Constituyente como restricción y como radicalidad democrática*” en *Procesos Constituyentes Contemporáneos en América Latina: tendencias y perspectivas*, UNAM, México, 2009 p. 165. Ahora bien, como lo señala Vanossi, “todo poder constituyente cumple cualquiera de las dos siguientes funciones: ya sea expresando un poder fundacional [creando el Estado] o... [un] poder de revolución [el cambio de formas del Estado]”. Véase Vanossi, Jorge Reinaldo, *Estudios de teoría constitucional*, UNAM, México, 2002, p. 241. En palabras de Cecilia Mora Donato, el concepto de Poder Constituyente está, “unido al concepto de Constitución como el creador a su criatura”. Véase Mora Donato, Cecilia, *El valor de la constitución normativa*, UNAM, México, 2002, p. 25.

²⁰ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, pp. 163-170 y Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, España, 2013, pp. 30,33, 37, 38, 45-47 y 58-62.

²¹ Lasalle, Fernando, *¿Qué es una Constitución?*, CENIT, S.A., Madrid, 1931, p. 54.

una sociedad determinada”²². En ese mismo orden de ideas, la Constitución de un país es la suma de todos los factores reales de poder que lo rigen para su posterior incorporación escrita en un papel, transformándolos en factores jurídicos, pues de este modo se han erigido como derecho, en instituciones jurídicas²³.

1.2.2. La supremacía de la Constitución en el texto vigente de la Carta Magna

Con el objetivo de comprender la visión que se tiene de la Constitución es indispensable entender que tanto la doctrina como la jurisprudencia en general coinciden en que la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico mexicano y que la supremacía se encuentra establecida esencialmente en el artículo 133 constitucional, aunque también se desprende de los artículo 41, que contiene el principio de la distribución de competencias entre los poderes de la unión y los de los Estados, en relación con el 124 que la establece; el 128 enuncia que todo funcionario deberá rendir protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen; y el 135 que establece un procedimiento especial para la adición y reforma de la Constitución²⁴.

“En un sistema jurídico, la supremacía constitucional significa que la Constitución es la norma que denominamos fundamental, que está en la cúspide o por encima de las demás normas jurídicas”²⁵ Bajo este enfoque, aludir a la supremacía conlleva a la norma primaria o elemento de referencia de todo el ordenamiento jurídico del Estado.

La Constitución de 1917, consagra su supremacía en su artículo 133, en cuya primera redacción se dispuso lo siguiente:

²² *Ibidem*, p. 58.

²³ *Ibidem*, p. 59-66.

²⁴ Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, 6ª ed., UNAM, México, 1998, pp. 17 y 18., y Arteaga Nava, Elisur, *Derecho Constitucional*, UNAM, México, 1994, t.III, p. 120.

²⁵ Acosta Quiroz, Enrique, *Teoría de la Constitución*, 3ª ed., Porrúa, México, 2005, p. 97.

“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 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”.²⁶

Esta disposición constitucional ha sido reformada sólo una vez por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 18 de enero de 1934, en los siguientes términos:

“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”.²⁷

Algunos autores opinan que los tratados internacionales que estén de acuerdo con la Constitución adquieren la misma jerarquía que ésta²⁸. Perezniето explica que si se excluye el requisito de que los tratados sean conformes a la Constitución, entonces son la ley suprema de la unión y el artículo 133 constitucional aludido los ubica al mismo nivel jerárquico de aquella²⁹. Sin embargo, en la pirámide kelseniana la exigencia de que los tratados sean acordes a la Constitución desvela la supremacía de ésta sobre aquellos. Así lo han

²⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la página web oficial de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx>

²⁷ Ídem, reformas por artículo.

²⁸ Perezniето, Leonel, “El artículo 133 constitucional: una relectura”, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, 1995, t. II, núm. 25, p. 273.

²⁹ *Ibidem*, p. 280.

entendido la mayoría de los autores y actualmente las dudas que el artículo multicitado pudo haber generado sobre la supremacía de la Constitución parecen haberse disipado.

1.2.3. Aproximaciones lingüísticas al concepto de soberanía

La soberanía es una característica muy propia del poder del Estado y consiste en dar órdenes que, por su carácter son definitivas para hacer sentir su poder en el orden interno del Estado; a la vez, es una forma de reafirmar su independencia frente a otros Estados.

Al respecto, han escrito entre otros:

Juan Jacobo Rousseau, el cual manifestaba que la idea del contrato social origina el concepto de soberanía del pueblo.

Afirma que en el interior del Estado cada individuo posee una parte igual e inalienable de soberanía, considerada en su totalidad la cual se recobra bajo la protección del Estado de los derechos de los cuales se había desprendido inicialmente.

De igual manera, expone que la voluntad general, es la voluntad de todos los que componen una comunidad, sin ninguna representación, así la voluntad individual se integra en la general.

Este escritor, también refiere que los caracteres de la soberanía – la inalienabilidad e indivisibilidad- son idénticos a los de la voluntad general, a los que añade el hecho de que es infalible y absoluta.

Nos indica que es infalible porque es intransferible; es indivisible porque es una cosa o la otra, es decir, o es la voluntad general de todo el pueblo o no lo es y sólo alude a la de una parte de éste; es infalible porque la razón es que la voluntad general no puede errar, dado que es recta y tiende a la utilidad pública; es

absoluta porque si el Estado o la ciudad consiste en una persona moral cuya idea radica en la unión de sus miembros y su conservación, requiere de una fuerza universal impulsiva para disponer de cada una de las partes de la manera más conveniente al todo³⁰.

Las ideas de este doctrinario han revestido trascendental importancia en los distintos ordenamientos jurídicos³¹.

Tomás Hobbes, por su parte, encuentra la soberanía en una construcción rigurosamente lógica. Por las desgracias que acarreaban consigo las guerras, decía que debía haber una mano fuerte que reintrodujera la ley y el orden, para, de este modo, restaurar la paz.

Hobbes considera que el soberano debe ser un cuerpo determinado; el soberano debe ser la fuente de la ley. El legislativo, es la fuente característica fundamental de la soberanía; el soberano es irresponsable ante cualquier otra autoridad humana, la soberanía es inalienable e indivisible.³²

La idea del contrato social aparece en Hobbes, donde los hombres deciden formar un poder, absoluto y perpetuo renunciando a su autodefensa y se someten a su señor, al cual delegan sus derechos naturales; surgiendo de ahí, el Leviatán o dios mortal en tanto la mejor garantía de paz y seguridad.

Por otro lado, tenemos a Juan Bodino, quien afirmaba que el poder del Estado se encontraba en la soberanía. Manifestaba que la soberanía es el poder supremo que reina entre los súbditos y ciudadanos sin restricciones legales.

³⁰ Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social o principios de Derecho Político*, Porrúa, México, 2004.

³¹ Serra, Rojas, Andrés, *Ciencia Política*, Porrúa, México, 1971, t. I, pp. 319 y 320.

³² Hobbes, Thomas, *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

Decía que el Estado es un recto gobierno de varias agrupaciones con potestad soberana. En ese sentido, la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de la República.³³

De lo anterior podemos concluir que la soberanía es una característica del poder del Estado que consiste en dar órdenes definitivas, en hacerse obedecer en el orden interno del Estado y de afirmar su independencia en relación con los demás Estados.

De manera simultánea a la evolución del derecho, la soberanía también ha tenido que modificarse y transformarse con el objetivo de poder satisfacer las exigencias de los grupos sociales, de acuerdo con las necesidades de cada pueblo.

Si bien la soberanía, en razón de su naturaleza, debe ser depositada en una persona o en un grupo de personas, para lo cual, previamente, se hace necesario recurrir al sufragio o elecciones. En la actualidad, el gobernante goza de un poder absoluto, dado que “no existe regla que no pueda ser modificada por un simple decreto”³⁴. Se ha desvirtuado la idea de soberanía con respecto a lo que pensaban Bodino y Thomas Hobbes, pues ellos reconocían ciertas reglas de derecho que servirían como una especie de guía moral del soberano.

1.2.3.1. Consideraciones sobre la soberanía interna y externa

Algunas de las características propias de un Estado soberano son la independencia y la supremacía. La independencia se asocia en forma exclusiva a las relaciones internacionales; desde este punto de vista, existe sobre bases de igualdad con los demás Estados soberanos. Por ello, un Estado no puede estar subordinado a otro, dado que si así fuera se vería menguada su soberanía. De esto se desprende que la independencia caracteriza a la soberanía exterior.

³³ Serra, Rojas, Andrés, *op., cit.*, p. 316.

³⁴ González Uribe Héctor, *Teoría política*, Porrúa, México, 1971, p. 330.

La supremacía, por su parte, alude a la soberanía interna que el estado ejerce sobre los individuos y las colectividades que están dentro de su órbita o potestad.³⁵

En un Estado, no debe existir más que un poder soberano con el objetivo de evitar el quebrantamiento de la unidad general del Estado.

En lo que respecta a la soberanía externa, ésta se reconoce a un país con el propósito de mantener su independencia en relación con los demás, los cuales deben reconocérsela. Hay quienes afirman que la soberanía externa es un reflejo de la soberanía interna.

1.2.3.2. La soberanía en la Constitución de 1917

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos ofrece un concepto de soberanía nacional, como un derecho específico y característica que define al Estado Mexicano.

Al efecto, el artículo 39 constitucional establece:

“La soberanía reside esencial y originalmente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.”³⁶

Sin que sea óbice para lo anterior el hecho de que el pueblo ejerza su soberanía mediante su representante. En ese sentido, el artículo 41 de la Constitución Política enuncia:

“El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca

³⁵ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional*, Porrúa, México, 1976, p.4.

³⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada, UNAM- Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1985, p. 101.

a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal...”³⁷

Numerales de los cuales se desprende que la soberanía del pueblo es única porque es indivisible, inalienable, indelegable, suprema y sometida al derecho.

Única porque la soberanía es el carácter supremo de una potestad y, por ello, esa potestad no puede pertenecer a dos o más sujetos. Indivisible porque el pueblo es el único sujeto titular de la soberanía, en tanto unidad que no puede desintegrarse por determinarse a sí misma. Inalienable porque no se puede ceder, renunciar o enajenar. Indelegable porque los órganos del gobierno sólo ejercitan su voluntad. Es suprema porque no reconoce ni puede reconocer a otro poder de mayor jerarquía.

1.3. Algunas consideraciones sobre el concepto de derecho internacional

De forma similar a como ocurre en la comunidad humana, dentro de la comunidad estatal, el orden mundial estatal también requiere de reglas vinculantes, con base en las cuales se construyen las relaciones entre los Estados. Dichas reglas vinculantes incluyen tanto reglas no escritas como reglas consignadas en tratados internacionales sobre diversas materias. De manera que estas reglas han impuesto límites al ámbito de decisión política de los Estados. Su violación, ya sea por negligencia o por motivos políticos, resulta indebida en la comunidad internacional.

La colaboración de los Estados y la solución de los conflictos que llegaran a suscitarse se controlan, en gran medida, a través de la creación de organizaciones internacionales -como la Organización Internacional del Trabajo y la Organización

³⁷ *Ibidem*, p. 103.

Mundial del Comercio, entre otras- que actúan de manera independiente como portadoras de sus propios derechos, obligaciones y competencias, entre las que se encuentran, la expedición de reglas vinculantes para sus miembros o para la celebración de tratados.

En aras de reglamentar la conducta de los Estados recobra un significado especial el reconocimiento de los derechos humanos frente al poder estatal y los avances progresivos en la materia, mediante la firma de tratados mundiales o regionales.

En el concepto que en el presente trabajo se tendrá del término derecho internacional se entenderán reflejados esos desarrollos.

En ese orden de ideas, “el derecho internacional regula principalmente sólo aquellas relaciones entre los Estados, que por su naturaleza soberana o que por voluntad de los Estados participantes se sustraen del derecho nacional”.³⁸ Más habrá relaciones de derecho internacional en los casos en que dos Estados celebren un tratado para la promoción y protección de ciertos derechos.

Además de las relaciones interestatales, el derecho internacional regula la creación de organizaciones internacionales y otras entidades o asociaciones, que como sujetos de derecho internacional, tienen derechos y obligaciones propias.

Dado que el ordenamiento internacional no sólo sirve al equilibrio de los intereses entre los Estados, sino también a los pueblos y seres humanos considerados de manera individual. El concepto de derecho internacional también se extiende a las restricciones del poder estatal, en especial a la protección de los derechos humanos.

En lo concerniente al ámbito espacial de validez, se debe distinguir entre el derecho internacional universal –válido en todo el mundo- y el derecho

³⁸ Herdegen, Matthias, *Derecho internacional público*, UNAM, México, 2005, p. 2.

internacional particular, que sólo se aplica a un segmento de la comunidad de Estados.

1.3.1. Controversias sobre el carácter legal del derecho internacional

Desde la perspectiva del derecho interno, se acoge la idea de que el derecho está vinculado a la posibilidad de imponer mandatos o prohibiciones mediante la fuerza, lo cual ineludiblemente denota el establecimiento de una sanción en caso del incumplimiento de un deber. En el derecho nacional, existen incluso diferentes instrumentos de derecho que aseguran el cumplimiento de la ley dentro de una comunidad constituida en forma de Estado. El cumplimiento del derecho internacional no se puede asegurar con la misma efectividad. Dado que “no existe una jurisdicción general y vinculante, que conozca de las controversias en materia de derecho internacional, ni una instancia central que legisle mundialmente, ni se dispone de una fuerza [como la enunciada previamente]... que imponga efectiva y homogéneamente los principios del derecho internacional”³⁹

Las controversias acerca del carácter legal del derecho internacional son, sin embargo, desde hace algún tiempo, cosa del pasado, gracias al indiscutible poder del direccionamiento y legitimación de las reglas del derecho internacional. En este sentido, se considera que el mundo estatal actual se caracteriza, por regla general, por el alto grado de acatamiento de las obligaciones de derecho internacional, aunque ello no implica que no se incumplan las obligaciones del derecho internacional en aras de justificar la dominación de las relaciones de poder y la oportunidad política.

Como sucede cuando se alude a la soberanía de los Estados como brecha de acción libre frente a las restricciones experimentadas. Más ningún Estado puede derivar de su soberanía la libertad para incumplir los tratados u otras reglas

³⁹ Herdegen, Matthias, *op. cit.*, p. 9.

del derecho internacional. Sino todo lo contrario, ya que, en este sentido, la soberanía se caracteriza por el cumplimiento de las reglas del derecho internacional, que se origina en la vinculación de un Estado a la comunidad internacional. Así, la única forma en que muchos Estados pueden realizar y expresar su soberanía es mediante su participación en los diferentes regímenes que regulan y ordenan el sistema internacional. “El aislamiento del dominante y rico contexto significa que el potencial del Estado para el crecimiento económico y la influencia política... [es irrealizable]”⁴⁰. El hecho de que algunas reglas del derecho internacional estén indeterminadas y sea débil su aplicación colectiva, no vulnera la validez del derecho internacional⁴¹.

De este modo, el poder normativo de direccionamiento del derecho internacional radica en su introyección en los Estados. Lo que significa que en el ámbito interno del Estado, la garantía jurídica de las obligaciones del derecho internacional y el consenso social guían el proceso de decisión política por las vías del derecho internacional.

1.3.2. Fundamento de la validez del derecho internacional

Aún en el siglo XX, el fundamento de la validez del derecho internacional, constituye el más profundo efecto vinculante de las obligaciones del derecho internacional.

Por ello, el derecho internacional actual debe sostener su validez universal en un mundo de Estados heterogéneo. De ahí que, los recientes desarrollos legales aluden a un canon de valores que sirven de presupuesto al derecho

⁴⁰ Chayes, Abram y Handler, Chayes Antonia, *The New Sovereignty. Compliance with International Regulatory Agreements*, Harvard Univessity Press, 1995, p. 27.

⁴¹ Esto porque frecuentemente se asegura constitucionalmente el reconocimiento de las obligaciones del derecho internacional. Así lo prevé, por ejemplo, el artículo 1º de nuestra ley fundamental, que establece: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran 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.

internacional. Esto “es válido para los estándares imperativos en materia de derechos humanos [no para los dispositivos contenidos en los tratados], así como para los nacientes requisitos que debe llenar la estructura interna de un Estado [como un mínimo de elementos democráticos]”.⁴²

Siguiendo a Hans Kelsen, existe una escala de normas ordenadas jerárquicamente, hasta llegar a la norma fundamental⁴³. Más, como el efecto vinculante de los tratados, derivado del *pacta sunt servanda*, se establece en una norma del derecho consuetudinario. La norma fundamental, que deriva su efecto vinculante de la costumbre, requiere de la aceptación de la comunidad de Estados. De manera que esta aceptación aplica a una determinada Constitución, pero también a los valores elementales de la comunidad de Estados, que sirven para construir un ordenamiento interestatal estable y para reconocer al ser humano individual como persona. De acuerdo con esto, “la doctrina que prevalece en el derecho internacional se orienta hacia una perspectiva positivista, con el retorno a una validez del derecho internacional fundada en la aprobación de los Estados [el principio del consenso]”⁴⁴.

La doctrina del derecho internacional ha desarrollado diversas formas del principio del consenso. Más se requiere de una doctrina que se funde en forma individual y continúa en la aprobación de los Estados, que deje fuera el acuerdo de voluntades de las partes, y que no deje de ser exigible en forma unilateral. Se trata de la voluntad soberana de obligarse sobre determinados principios del ordenamiento.

La teoría del consenso que prevalece hoy en día, concede algunas concesiones, en razón a determinados valores e intereses fundamentales de la comunidad internacional, que se sustraen de la disposición contractual o unilateral

⁴² Herdegen, Matthias, *op. cit.*, p. 25.

⁴³ Kelsen, Hans, *La teoría pura del Derecho*, 2ª ed., trad. de Roberto J, Vernengo, UNAM-III, México, 1986.

⁴⁴ Herdegen, Matthias, *op. cit.* p. 26.

de los Estados individuales, como es el caso de los derechos humanos. Estos valores fundamentales se encuentran detrás de las normas del derecho internacional imperativo *-ius cogens-*, que los Estados no pueden desconocer mediante tratados (véase el artículo 53 de la Convención de Viena).⁴⁵ De modo que, un Estado, mediante la persistente objeción, puede romper el vínculo del derecho consuetudinario originado en contra de su voluntad. Lo cual no aplica a las normas fundamentales, cuyo cumplimiento es indispensable para la comunidad de Estados.

“El principio del consenso se niega como fundamento último exclusivo, en la medida en que, de acuerdo con éste, el derecho internacional funda el estándar de legitimidad en la voluntad de los Estados y en que la comunidad de Estados no toma en consideración la voluntad de un poder estatal no democrático”⁴⁶. Esto es así porque de lo contrario habría incertidumbre derivada de la volubilidad de las voluntades de los Estados firmantes de un tratado internacional.

“Al respecto, se presentan los primeros enfoques de que la legitimidad tiene un mayor peso que el poder estatal de facto, en estrecha relación con los requisitos del derecho internacional existentes sobre la estructura estatal interna”.⁴⁷ Lo que significa que los procesos del derecho internacional tienen efectos sobre la transformación de algunos Estados, pues este derecho se internacionaliza.

⁴⁵ Artículo 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (jus cogens). 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.

⁴⁶ Herdegen, Matthias, *op. cit.* p. 26.

⁴⁷ *Idem.*

1.3.3. Funciones del derecho internacional en materia normativa y de estructuración

1.3.3.1. Primacía del derecho internacional sobre la política

El derecho internacional, como orden normativo, vincula a los Estados y otros sujetos del derecho internacional. En su efecto rector de la conducta, las reglas del derecho internacional canalizan las decisiones políticas y excluyen determinadas opciones de actuación por considerarlas violatorias del derecho. De modo que, los principios del derecho internacional también influyen en el ámbito de actuación política de los Estados.

Esto gracias a que el derecho internacional actual es el resultado de una larga lucha para concretar los principios existentes y el desarrollo de las reglas del derecho internacional al servicio de los derechos humanos, en especial.

Se puede decir que la concepción del derecho internacional como proceso implica que la conducta de los Estados o de las organizaciones internacionales, así como la reacción de la comunidad de Estados, a valorar, puedan influir en su apreciación legal. Lo que significa que aquéllos siempre deberán conducirse conforme a los requisitos de legalidad y legitimidad correspondientes.

Sin embargo, al cualificar las normas del derecho internacional como determinantes de los procesos de decisión política, se corre el riesgo de convertirlas en simples factores de ponderación⁴⁸. De ahí que surja la necesidad de concretar algunos principios del derecho internacional, para proveerlo de un grado de profundidad normativa y precisión, similar al de un sistema legal nacional desarrollado.

La relación entre la doctrina del derecho internacional, con la comunidad de Estados actúa como catalizador de una revaloración fundamental de las relaciones

⁴⁸ *Ibidem*, pp.31-33.

contrapuestas entre la soberanía estatal y la protección de los derechos humanos más elementales.

1.3.3.2. Efecto legitimador

El poder de control del derecho internacional está estrechamente vinculado con el efecto legitimador del proceso político. Esto es así porque la observancia de las obligaciones de derecho internacional implica su efecto legitimador. Así que de uno u otro modo, los mandatos del derecho internacional eximen de la responsabilidad política. Por el contrario, la abierta violación de las normas del derecho internacional conlleva la ilegitimidad.

Además de su validez en los mandatos del derecho internacional, el efecto legitimador, también opera en la aplicación, conforme al derecho internacional, de los valores fundamentales del derecho internacional.

Como fundamento del obedecimiento real y efectivo de la ley, debe considerarse el desarrollo de las reglas del derecho internacional en determinados estándares de legitimación, a los cuales pertenecen los requisitos mínimos de la claridad del contenido, la consistencia interna y la necesaria flexibilidad.⁴⁹

1.3.3.3. Estabilización de las relaciones interestatales

La estabilización de las relaciones legales interestatales constituye una de las funciones esenciales del derecho internacional. “Los principios fundamentales para esto son la igualdad soberana de los Estados...”⁵⁰ [véase el artículo 2o., número 1, de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas]⁵¹ “...y la

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 33-35

⁵⁰ *Ibidem*, p. 36

⁵¹ Artículo 2o. Para la realización de los propósitos consignados en el artículo 1, la Organización y sus miembros procederán de acuerdo con los siguientes principios: 1. La Organización está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros.

protección de la integridad territorial de los Estados individualmente frente al empleo y uso de la fuerza” [véase artículo 2o., número 4 de la Carta citada]⁵².

Como ordenamiento interestatal, el derecho internacional yace en la aceptación de los Estados individuales, de los cuales depende su desarrollo posterior -mediante los tratados internacionales y el derecho consuetudinario-. La representación externa de un Estado radica, básicamente en su poder efectivo. “La seguridad y estabilidad en las relaciones legales interestatales privilegia los intereses frente a la justicia material”⁵³.

Esta situación, ha impulsado el desarrollo de tendencias contrarias en el derecho internacional moderno, en las cuales se relativiza y reprime la atención otorgada a los intereses sobre las situaciones existentes, en favor de otros intereses, como por ejemplo, el hecho de que la legitimidad gane terreno frente al principio de la efectividad.

Evidentemente, este pronunciamiento puede sacrificar diversos derechos, en pro de un orden territorial estable, ya que su propósito consiste en prevenir que la independencia y estabilidad de los Estados peligre.⁵⁴

1.3.3.4. Prevención de conflictos

Otra de las funciones centrales del derecho internacional moderno consiste en la prevención de conflictos, así como su solución pacífica y su monitoreo. El control de los conflictos a través del derecho internacional presupone su aplicación a organizaciones no gubernamentales y a los individuos. Adicionalmente, se trata del desarrollo de ordenamientos normativos de derecho internacional, que acompañen la reconstrucción de las estructuras normativas en un Estado.

⁵² *Ibidem*, 4. Los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas.

⁵³ Herdegen, Matthias, *op. cit.* p. 36.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 35-38.

El manejo de otros campos de conflicto, extiende la función del derecho internacional de controlar los conflictos a los factores desestabilizantes, que van más allá del empleo de la fuerza militar entre los Estados e incluye también los conflictos al interior de un Estado. Dentro de éstos se encuentran la lucha en contra del terrorismo internacional, así como el ataque al genocidio y otras violaciones masivas de los derechos humanos.⁵⁵

1.3.3.5. Protección de los derechos humanos

El respeto de los derechos humanos más elementales forma parte de los valores fundamentales del derecho internacional actual. Tan es así, que el conjunto de derechos humanos, considerado indispensable, tiene un amplio ámbito de estándares asegurados mediante tratados.

Un gran reto para el aseguramiento de los estándares universales de los derechos humanos son las diferencias culturales y religiosas en los heterogéneos Estados del mundo, al que se contraponen las diferentes concepciones culturales al reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos.⁵⁶

1.3.3.6. Influencia del derecho internacional en la estructura interna de los Estados

Desde la perspectiva tradicional, la influencia del derecho internacional en las estructuras internas del Estado ha tenido desarrollos revolucionarios. En primer lugar, el desarrollo dinámico de los estándares en materia de derechos humanos ha reducido la libre configuración de los asuntos relacionados con el ámbito interno de dominio de los Estados.

A lo que se suma el hecho de que actualmente, varios de los procesos de reordenamiento de las estructuras estatales se realizan siguiendo los parámetros o lineamientos del derecho internacional.

⁵⁵ *Ibidem* pp. 38 y 39.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 39 y 40.

En estrecha relación con los estándares democráticos se encuentra el concepto de *good governance* –buena gobernanza-, bajo el cual, se ha establecido que existe un gobierno responsable cuando los Estados soberanos, con derecho a establecer sus propias estructuras administrativas, y de darse su propia estructura constitucional, respetan una serie de principios generales de gobierno, tales como: mantener una política social y económica racional, así como decisiones democráticas, la creación de políticas de desarrollo compatibles con los principios de la economía de mercado, medidas para combatir la corrupción así como la garantía del Estado de derecho y los derechos humanos.⁵⁷

En este orden de ideas, lo Estados miembros de la Comunidad, apoyarán los esfuerzos de los países en desarrollo para promover gobiernos responsables, en los que, los principios anunciados jugarán un papel central en el marco de sus relaciones actuales o futuras en el ámbito de la cooperación para el desarrollo.

“Los estándares de un gobierno plenamente responsable han encontrado cabida en el ámbito de los tratados”.⁵⁸ Aun cuando este concepto no se ha podido profundizar en el derecho internacional. De modo que, su campo de aplicación se encuentra ante todo en el ámbito de la política de desarrollo.⁵⁹

1.4. Control de convencionalidad y constitucionalidad

1.4.1. Supremacía constitucional

La supremacía jurídica de la constitución es el rasgo más significativo del Estado constitucional de derecho y el control de constitucionalidad de las leyes una de sus expresiones más destacadas.

El principio de supremacía constitucional se constituye en la fuente de su razonamiento, al otorgar potestad a los jueces de realizar un control sobre las

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 41.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 44-46.

leyes inconstitucionales. En este sentido, una ley contraria a la Constitución deviene nula, máxime que, tanto los tribunales, como los demás poderes, están sometidos a la Constitución.

La nueva etapa evolutiva por la que atraviesa el principio de supremacía jurídica de la Constitución se ha convertido en uno de los signos distintivos de las Constituciones escritas y del Estado, donde el control de constitucionalidad de las leyes es una de sus manifestaciones más importantes.⁶⁰

El origen moderno del principio de supremacía constitucional se debe al federalismo estadounidense y México, en esencia, lo contempla desde la Constitución de 1824 y literalmente lo prevé en el artículo 126 de la Constitución Federal de 1857, para luego trasladarse al contenido del artículo 133 de la norma suprema de 1917.⁶¹

Continuando con el pensamiento de Enrique Carpizo, pasar de una supremacía constitucional a otra de índole convencional, no es del todo plausible. Pues, el aludir al principio de jerarquía cuando se trata de instrumentos que reconocen y salvaguardan derechos, forzosamente significa olvidar el avance interpretativo generado en sedes académicas o instancias nacionales e internacionales de justicia.

En donde de nada serviría ponderar o armonizar un contenido normativo si el diálogo terminaría a partir de una sola pregunta ¿qué documento tiene superioridad en el caso? Cuya respuesta plantea una solución de tipo legalista que, trasladada al ámbito protector de los derechos humanos, priva de escuchar las razones o debates que pudieran suscitarse ante un aparente conflicto entre el ejercicio de derechos o su contemplación en abstracto.

⁶⁰ Ferrer Mc Gregor, Eduardo. *El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional*, UNAM, México, 2010, pp. 157-158.

⁶¹ Carpizo, Enrique, *El Control de Convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano*. Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, México, 2013, pp. 950-955.

Es verdad que la relativización del concepto de soberanía y su clasificación en interna y externa provocó la flexibilización del principio de supremacía constitucional, lo cual no es sinónimo de inexistencia o inutilización, sino de entender que la carta magna debe ser interpretada en forma compatible al ámbito internacional y viceversa, sin soslayar la esencia del Estado y sus principios rectores, los cuales no podrán ser reformados a partir de leyes o resoluciones inferiores, salvo que privilegien el principio de progresividad o el ejercicio razonable del Estado y los derechos humanos que reconoce.⁶²

1.4.2. Bloque de convencionalidad

Se integra por la Convención Americana de Derechos Humanos, junto a los protocolos que le son adicionales, así como de otros instrumentos internacionales que se han integrado al corpus iuris –cuerpo legal- interamericano por parte de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁶³

1.4.2.1. Control difuso de convencionalidad

El ejercicio del control de convencionalidad que deben practicar los jueces domésticos es a lo que se le conoce como control difuso de convencionalidad, el cual implica confrontar, en las materias que son de su competencia, de acuerdo con los procedimientos previstos en el orden jurídico, que las normas internas no vulneran las reglas determinadas por el derecho convencional internacional o supranacional en su caso.

Dicho control de convencionalidad implica a los jueces nacionales asumir que el derecho vigente y vinculante, no es sólo el de fuente interna, sino también aquel emanado de fuente internacional, el cual debe ser asegurado y garantizado mediante la concreción de sus actos jurisdiccionales.

⁶² *Ibidem*, pp. 956-958.

⁶³ Nogueira Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre de 2012, pp. 14183.

De manera que la inobservancia de las normas convencionales o de la interpretación de las mismas, hecha por el órgano encargado de su interpretación y aplicación, implica la responsabilidad del Estado por dicho incumplimiento, por tratarse de un ilícito internacional.

Así, el control difuso de convencionalidad constituye, como señala Albanese, una “garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente”, con sus fuentes internas, internacionales o supranacionales.⁶⁴

1.4.2.2. Control concentrado de convencionalidad

El control de convencionalidad concentrado es el mecanismo que emplea la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en adelante CIDH- en sede contenciosa o consultiva, para determinar la incompatibilidad del derecho interno o de los actos de agentes de un Estado parte, mediante una sentencia judicial, en la que determina el sentido y alcance de las disposiciones convencionales y, en su caso, ordena al Estado aludido, como obligación de resultado, modificar, suprimir o derogar normas de derecho interno así como las prácticas de agentes estatales contrarias a los atributos y garantías de los derechos asegurados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos –en adelante CADH- y los tratados o convenciones complementarios del sistema interamericano, para garantizar efectivamente el ejercicio de los derechos humanos por las personas sujetas a la jurisdicción del Estado parte.

El control de convencionalidad en sede internacional de la CIDH implica una subordinación de todo el ordenamiento jurídico al respeto y garantía de los derechos humanos asegurados convencionalmente, lo cual se funda en que los derechos esenciales de la persona forman parte del bien común regional, superior al bien común nacional, desde la perspectiva de la estimativa jurídica, lo que obliga en la dimensión normativa del derecho a preferir los estándares mínimos de

⁶⁴ Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p.15.

los derechos asegurados por el derecho interno, incluido el texto constitucional. Los Estados asumen este compromiso al ratificar la CADH y al aceptar la jurisdicción vinculante de la CIDH.⁶⁵

Como bien señala Sagüés, el “Estado que no esté dispuesto a pagar el precio para sumarse al proceso integrativo en el ámbito de los derechos humanos,... [tendrá] la salida honrosa (si decide afrontar el costo jurídico y político que... también tiene) de denunciar al Pacto de San José de Costa Rica, e irse de él según el trámite de retiro. Lo que no parece honroso es ratificar el Pacto y después argumentar que no cumple alguna de sus cláusulas porque ella no coincide con su Constitución”.⁶⁶

1.4.3. ¿Qué es el bloque de constitucionalidad?

Aunque el bloque de constitucionalidad no tenga un significado único, generalmente aceptado, en términos generales podemos sostener que se trata de un concepto del derecho constitucional comparado que se refiere al conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico de cada país; así, el bloque de constitucionalidad parte del supuesto según el cual “las normas constitucionales no son sólo aquellas que aparecen expresamente en la Carta sino también aquellos principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional pero a los cuales la propia Constitución remite”.⁶⁷

Según Graciela Rodríguez Manzo, generalmente, son cuatro los diversos conceptos que resaltan del término bloque de constitucionalidad. Elaboradas conforme a diferentes realidades.

⁶⁵ Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, pp. 1167-1220.

⁶⁶ Sagüés, Nestor Pedro, “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, año VIII, núm. 1, 2010, p. 125.

⁶⁷ Rodríguez Manzo, Graciela *et. al*, “Bloque de Constitucionalidad en México” en *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de Derechos humanos*, México, DF., 2013, t. II, p.17.

Estos cuatro significados de la expresión de bloque de constitucionalidad pueden enunciarse del siguiente modo:

1. El bloque de constitucionalidad entendido como equivalente al conjunto de lo que, en la doctrina italiana, se denomina normas interpuestas.
Según esta primera definición, este bloque se integraría por normas que, no figurando en el texto constitucional, sirven de parámetro para determinar la constitucionalidad de otras normas, según lo dispuesto en la Constitución. Bajo esta perspectiva, el bloque de constitucionalidad posee un carácter exclusivamente funcional.
2. Según un segundo concepto, el bloque de constitucionalidad derivaría su existencia de la no inclusión de toda la materia constitucional dentro de la Constitución formal. Este concepto de índole dogmático, acerca al bloque de constitucionalidad a la llamada constitución en sentido material.
En este sentido, este concepto alude a un carácter sustancialmente constitucional.
3. Una tercera interpretación del bloque, coincidente en parte con las anteriores, lo concibe como un conjunto concreto de normas útil para enjuiciar la constitucionalidad de otra norma específica. De modo que el bloque sólo surgiría si se le impugnara, aunado a que no habría un bloque de constitucionalidad entendido como un ente general de normas, sino diferentes supuestos constitucionales para fijar la validez de las normas.
4. El cuarto concepto, hace depender el nacimiento del bloque de constitucionalidad de la existencia de un ordenamiento complejo, con el objetivo de establecer normas de referencia o parámetros susceptibles de regular la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En ese mismo orden de ideas, las normas aludidas son

exclusivamente la constitución y las demás disposiciones integradas en el bloque de constitucionalidad.⁶⁸

La existencia de un bloque de constitucionalidad implica identificar todas las normas y valores que, pese a no estar expresamente establecidas en la Constitución escrita, son materialmente constitucionales. Dentro de tales normas y valores integrados a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por remisión expresa o tácita, principalmente encontramos los estándares internacionales sobre derechos humanos.

1.4.3.1. Alcances del bloque de constitucionalidad

Cabe resaltar que la adopción de la categoría bloque de constitucionalidad más que crear una situación jurídica o generar nuevas implicaciones en el derecho constitucional, ofrece una explicación respecto de una realidad normativa en la que es el propio texto de la Constitución quien remite a otras normas, tales como los tratados internacionales.

Esta categoría/concepto reconoce que la propia remisión que hace el texto constitucional a ciertas normas, implica que éstas adquieran un alcance y un valor constitucional, para los efectos que la propia Constitución determina, generándose de esta manera una integración sistemática entre ellas. Al efecto, Rodríguez Manzo aclara que dicho alcance y valor constitucionales no derivan del uso del concepto bloque de constitucionalidad sino de la cláusula de remisión que la Constitución establece, por lo que, reitera, el bloque de constitucionalidad es una mera herramienta descriptiva y no prescriptiva.⁶⁹

Para el caso específico de los derechos humanos, esta integración normativa de naturaleza constitucional implica admitir que los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, a los que la propia Constitución alude,

⁶⁸ Rodríguez Manzo, Graciela, *op. cit.*, pp. 17-20.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 20.

también integran el orden jurídico constitucional. Hoy en muchos países del mundo las propias constituciones remiten a los tratados internacionales como fuente de los derechos humanos.

1.4.3.2. Control Constitucional

El control de constitucionalidad alude a procedimientos que buscan asegurar que se cumplan los preceptos de la Ley Suprema, ya que sus disposiciones constituyen mandatos encaminados a regir la conducta humana que pueden ser contravenidos, lo que hace necesaria la implementación de remedios para los actos contrarios a ella.

“Son dos los grandes sistemas de control constitucional: el político y el judicial. En el primero, la inconstitucionalidad es estudiada por un órgano que juzga la conveniencia y oportunidad de invalidar un acto de autoridad. En cambio, el judicial busca una resolución objetiva sobre la conformidad de dicho acto con las normas constitucionales; por ello se le encarga a órganos imparciales, formados por juristas profesionales, [mediante] un proceso –en el sentido más técnico y preciso–, cuyas formalidades salvaguardan la correcta resolución del asunto. Por eso el sistema judicial de control constitucional es el más difundido en la actualidad”.⁷⁰

1.4.3.2.1. Control Constitucional Concentrado

Es aquel que se encomienda a un solo órgano jurisdiccional con competencia especializada en materia constitucional, creado exprofeso para ello, de modo que ningún otro tribunal puede resolver cuestiones constitucionales.

Las resoluciones de inconstitucionalidad que dicte el órgano aludido tendrán efectos generales directos.

⁷⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad en Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, México, DF., 2013, t. 4, p. 13.

Cuando se analizan actos judiciales, el estudio de constitucionalidad se da siempre en un proceso distinto a aquel en que se originó el acto que se impugna.

Para ejercerlo, el tribunal debe ser instado especialmente, a través de la demanda respectiva que promueva la parte interesada.⁷¹

1.4.3.2.2. Control Constitucional Difuso

Todos los órganos judiciales pueden ejercerlo. Lo resuelto por el tribunal únicamente surte efectos directos entre las partes del proceso (aunque indirectamente, por su calidad de precedente, podría tener repercusiones en otros asuntos).

Cuando se analizan actos judiciales, el estudio de constitucionalidad se da en el mismo proceso en que se originó el acto impugnado, aunque se trate de diversas instancias.

El tribunal puede ejercerlo oficiosamente dentro del proceso iniciado, aunque las partes no hubieran invocado la irregularidad constitucional de que se trate.⁷²

CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO

En 1948, cuando se aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos, se consideraba que los derechos humanos y el derecho humanitario eran campos separados. Ahora la situación ha cambiado drásticamente y se considera que los dos ámbitos son ramas distintas de la misma disciplina. Son varios los factores que han contribuido a esta confluencia, entre los que se encuentran la importancia del derecho penal internacional y la incriminación de las violaciones graves de los derechos humanos.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 10-35.

⁷² *Ibidem*, pp. 35-55.

Con el objeto de proteger a las personas y garantizarles un trato humano se ha recurrido a varias medidas no coercitivas para garantizar la observancia de las normas del derecho internacional humanitario, no obstante, también existen disposiciones que prevén la persecución y sanción de quienes las infrinjan.

El derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario (DIH), tienen en común que ambos integran el derecho internacional, pues tienen principios y características propias dentro de un sistema integrado de normas. Lo cual implica que a pesar de sus particularidades, dentro de cada sub-sistema las normas son creadas por los mismos mecanismos o fuentes tanto convencionales como consuetudinarias. Asimismo la violación de cualquiera de sus normas hace operativas las reglas del derecho internacional general relativas a la responsabilidad internacional tanto de estados como de individuos.

Estando regulados hoy día tanto los derechos humanos como el DIH por el derecho internacional, ambos sub-sistemas tienden en esencia a limitar o restringir las facultades propias del estado que hacen a su soberanía. Esos límites a la soberanía estadual se concentran en la necesaria protección del individuo frente a actos arbitrarios del estado que menoscaben derechos de los individuos o que les infrinjan sufrimientos innecesarios.

El objetivo primordial de los derechos humanos está directamente relacionado con el goce de las libertades y garantías individuales del ser humano y con su bienestar y protección en general. Por su parte, el objetivo central del DIH se relaciona con la protección debida a las víctimas de los conflictos armados.

La convergencia y complementariedad de los derechos humanos y el DIH se concentra entonces en un interés compartido a través de sus normativas específicas relativas en última instancia a la protección del individuo en toda circunstancia.

CAPÍTULO II. CONSIDERACIONES HISTÓRICAS PARA ENTENDER LA INTERACCIÓN EXISTENTE ENTRE LA CONSTITUCIÓN Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES

INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO II

El propósito del presente capítulo consiste en proporcionar al lector los elementos históricos necesarios para entender que en materia de Derechos humanos existe una interacción efectiva entre la Constitución mexicana y los tratados internacionales de los que México forma parte.

Para ello brindaremos un panorama general sobre la integración de la soberanía, incluyendo su pasado, su presente y su proyección. Para aclarar cómo su transformación influye de manera directa y trascendental en el modo en que interactúan la Constitución y los Tratados Internacionales.

Al efecto haremos algunas breves consideraciones sobre la soberanía interna y externa con el objetivo de situar este concepto en la globalización.

De igual forma resaltaremos la influencia de algunas de las corrientes doctrinarias respecto a la soberanía en el ordenamiento jurídico mexicano, las cuales han sido implementadas en las constituciones mexicanas, desde la de 1814 hasta la Constitución de 1917.

Finalmente desarrollaremos varios aspectos relativos a la historia de los derechos humanos en México, así como una remembranza de la inmersión de nuestro país en la firma de tratados internacionales en esta materia.

2.1. Acontecimientos históricos que dieron origen a la soberanía

Indubitablemente, las principales culturas que sentaron las bases del orden y la civilización occidental fueron Grecia y Roma.

Aun cuando en Grecia hubo grandes avances en los estudios concernientes al Estado, la sociedad y el Derecho, que más tarde contribuirían a la organización de las políticas occidentales, los griegos no construyeron un concepto de soberanía con el sentido que se le atribuye actualmente. Si bien éstos reconocen un poder de dominación e independencia en su autonomía y autosuficiencia para la satisfacción de sus necesidades, no cuestionaron la detentación del ejercicio del poder y aceptaron que fuese el rey, el monarca o el faraón quien lo ejerciera. En este sentido llegó a pronunciarse Aristóteles, quien demandó para el Estado “independencia potencial y... respeto del exterior; independencia que se funda tal vez no tanto en su naturaleza de poder supremo, cuanto en la situación que le es propia al Estado de ser en sí mismo suficiente para satisfacer todas sus necesidades”.⁷³

Tampoco los romanos conciben al Estado soberano con los atributos que actualmente le son atribuidos.

Éstos no se preocuparon por encontrar ni resaltar las características del poderío que ejercían frente a otros Estados. Se conformaron con apreciar y promover la fuerza y superioridad del imperio romano, sin detenerse en revelar o conformar el contenido exacto de dicho poder y, por consiguiente, tampoco del Estado.

Sin embargo, en aras de encontrar el equilibrio romano, ante una sociedad separada entre nobles terratenientes y el pueblo, en Roma se sostienen ciertos principios relativos a la detentación y ejercicio del poder, concediendo al pueblo la

⁷³ Cfr., Jellinek, George, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, p. 402.

potestas, mientras que, a los nobles la *auctoritas*. De esta manera, los nobles estarían en condiciones de gobernar la *res pública* sin coartar la libertad del pueblo quien, teniéndola, no la usaba. Más tarde, como producto de una extensa lucha entre patricios y plebeyos, la dualidad aludida se incluyó en una triada conformada por el *imperium* de los magistrados, la *maiestas* de los comicios populares y la *auctoritas* del senado. Así, superada, pero no resuelta, la tensión social dual reaparecería en un desdoblamiento territorial que acabaría por separar a Oriente de Occidente durante la Edad Media.⁷⁴

La división del imperio romano en dos, trajo consigo la fragmentación del poder, lo cual caracterizó a la época de la edad media en la lucha entre poderes de diferentes esferas que demandaban su supremacía.

Todos estos acontecimientos favorecieron a la Iglesia Cristiana, la cual había manifestado su pretensión de dominio universal y se había expandido lo suficiente como para hacer del Papa un líder europeo que fungía como eje de partida de la vida de estos reinos, derrotando con ello a las dinastías germánicas que exigían la sucesión del Imperio romano. El Cristianismo ocupó el papel de única y oficial religión, así como el de guía de la organización social, económica y política. Esto ocasionó la aparición de una ley distinta a la humana: la eterna y natural, la de Dios, a la cual debían sujetarse todos los órdenes temporales de poder. Era así como la iglesia demandaba su papel legitimador de poder.⁷⁵ Para Heller, “en la edad media, la Iglesia reclamó una obediencia... de todos los hombres... obligando a ella... por eficaces medios coactivos espirituales...”.⁷⁶ Esa situación cambiaría después, en el renacimiento, tras la independencia del poder

⁷⁴ Vanney, María Alejandra, *Potestas, Auctoritas y Estado Moderno. Apuntes sobre el pensamiento político de Álvaro D’Ors*, [en línea], Instituto Empresa y Humanismo- Universidad de Navarra, España, 2009, Cuadernos Empresa y Humanismo, No. 109, febrero 2009, p. 31, formato pdf, Disponible en: <http://www.unav.es/empresayhumanismo/publicaciones/.../cuaderno109.pdf>, ISSN:1139-8698.

⁷⁵ Ramiro Rico, Nicolás, *El animal ladino y otros escritos políticos. La soberanía*, Alianza Editorial, Madrid, 1980, pp. 125-129.

⁷⁶ Heller, Hermann, *Teoría del Estado*, 13.a reimp., Fondo de Cultura Económica, México, 1992, pág. 134.

teleológico. A lo que se añadió la colisión de este tipo de poderes con el que los reyes detentaban en su territorio.

De todo esto se advierte que, durante la edad media no hubo una forma típica del ejercicio del poder, sino poderes orientados en sentido universalista, pero comúnmente dotados de escasa efectividad en la vida concreta de la sociedad medieval.

La estabilidad económica, política y geográfica de los reinos logró el fortalecimiento del sistema feudal de protección. A partir de entonces, los monarcas concentran el poder en ciudades como Roma, Francia y otros territorios europeos. Ahora, los reinos se edifican cerca de los que están económicamente abastecidos como para conseguir la consolidación geográfica de un territorio, lo cual provoca un sentimiento nacional diferente, así como la integración de nuevas clases sociales, entre otros cambios, en los que se incluye el arribo del absolutismo. Y, el conflicto entre los reyes y los señores feudales, al que se añade posteriormente, con el renacimiento urbano, el poder municipal, como lucha entre poderes temporales autónomos, en su ámbito territorial concreto de autoridad.⁷⁷

Existieron poderes con otro grado de concreción sobre espacios territoriales limitados, cuya legitimidad, en su mayoría, radicaba únicamente en la posesión de tierra, de donde derivó el ejercicio de los poderes de *imperium*: la administración de la justicia, la recaudación de impuestos, la llamada a las armas. Existen reyes, príncipes, señores, laicos y eclesiásticos, que derivan sus poderes de manera más o menos segura y lineal de los poderes orientados en sentido universalista, y que de manera más o menos clara, tienden a considerar el objeto de su dominio como un territorio más o menos unificado, o como un simple conjunto de tierras unidas por relaciones de carácter feudal.

⁷⁷ Gonzáles Jiménez, Arturo, *Apuntes de Teoría General del Estado*, Ediciones Jurídicas Alma, México, 2003, p. 37.

Hubo diferentes formas de ejercicio de los poderes públicos y modos de legitimación también distintos, como los autocráticos oligárquicos, más o menos cerrados, o quizá abiertos, que nos lleva a deducir que la realidad política medieval es infinitamente compleja.

En realidad, todos estos poderes, independientemente de su radio de acción sobre las personas, sobre las cosas y sobre las tierras, e independientemente de la manera de su legitimación, tienen en común el hecho de no ser poderes soberanos, de no tener ninguna pretensión totalizadora y omnicomprendiva en relación con los sujetos, los bienes, las fuerzas y los órdenes que existen en concreto dentro de sus respectivas jurisdicciones. La vida de los ciudadanos se desarrolla fuera de las escasas previsiones normativas, es decir, en la praxis, siguiendo la fuerza normativa autónoma y primaria de la costumbre.⁷⁸

La cual, convertida en ley, prohíbe su alteración mediante formas y procedimientos distintos de aquellos que han llevado a su aprobación.

Los límites a los poderes públicos no estaban instituidos en normas positivas generales y escritas, que en ese entonces ninguno tenía el poder de elaborar, ni la voluntad de hacerlo, sino de una limitación de hecho, conformada después de la caída del edificio político romano. Con el que no sólo cae la política imperial romana, sino que desaparece la misma posibilidad de ordenar en sentido global el conjunto de relaciones civiles, económicas y políticas.

El valor tranquilizador de la comunidad revivía esencialmente a través del derecho, a través de la presencia de reglas escritas en las cosas, establecidas consuetudinariamente, sobre cuya base cada uno podía encontrar la medida concreta de sus propias pretensiones, la seguridad propia y, también, el límite al ejercicio de los más penetrantes poderes públicos de coacción, los de aquellos

⁷⁸ Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001, p. 34.

que legítimamente podían imponer atributos, llamar a las armas, ejercer el oficio de juez.

Entonces, si aquellos poderes se detenían ante un umbral concreto, no eran por una deliberada y consciente voluntad de respetar la autonomía de los particulares, ni siquiera por el temor a una verdadera y autentica sanción efectivamente aplicable, sino porque los titulares de esos poderes se habían habituado a considerar más lo relevante de las relaciones económicas, sociales y políticas como algo que se situaba más allá de su capacidad normativa, como algo que, de hecho, ya estaba en sí jurídicamente ordenado.

Un orden jurídico dado que había que preservar y defender frente a todos aquellos que pretendieran introducir alteraciones arbitrarias en los equilibrios existentes.

Estas realidades jurídicamente ordenadas tenderán a convertirse en comunidades políticas dotadas de propias y particulares formas de gobierno, dentro de las cuales específicamente aparecerá el problema general de la supremacía de la comunidad política.

Los hombres estaban habituados a gozar de sus libertades concretas, establecidas directamente en la práctica social, según el lugar y la función que a cada uno correspondía en el ámbito del orden jurídico dado.

De ahí que se hable de una metáfora organicista, según la cual todas las articulaciones de un cuerpo, natural o político, viven en armonía entre sí, con la condición de que exista un solo corazón o centro motor para todo el organismo. Cuyo papel desempeñaba el príncipe, quien existía para dar vida al organismo, pues en la edad media ninguna comunidad pública puede pensarse sin un principio de autoridad en ella presente.

Y sin embargo, no existe ninguna duda sobre el hecho de que la comunidad política medieval –partiendo de su integridad y supremacía- pretende saber más cuales reglas gobiernan la relación entre el príncipe y cada una de sus partes, así que comienza a pensar en estas reglas en los términos de un contrato. Se pide al príncipe que jure fidelidad a esas reglas.

De modo que, la Edad Media puede describirse como la edad en la que el discurso sobre la constitución deja de pertenecer de manera exclusiva al campo político y moral y comienza a entrar en el mundo del derecho, a convertirse en discurso jurídico, que nace de la práctica social.

En aquel tiempo, gobernar no significaba elegir y dirigir, sino juzgar según el derecho preexistente a la voluntad del príncipe. Ciertamente, su sentencia era inapelable pero porque no podía pronunciarse de manera injusta o disconforme a derecho.

El poder del monarca se volvió absoluto cuando derrotó a la Iglesia que buscaba mantener al Estado a su servicio, así como a todo imperio que no concedía a los Estados particulares más que el valor de provincias, y derrotar también a los grandes señores y corporaciones que se sentían poderes independientes.⁷⁹ Esto porque en el tiempo medieval el principal enemigo era toda posibilidad de desmedida pretensión de dominio sobre la complejidad de la realidad jurídicamente ordenada.⁸⁰

Se defiende el carácter plural compositivo de la sociedad y de los poderes que ella expresa; se teme el surgimiento de un poder público que rompa este equilibrio, por sentirse legitimado para fomentar presiones de dominio.

No se elige al gobernante para afirmar su soberanía, sino para asegurarse de que aquel gobernante sabrá mantener unida a la comunidad política, y junto a

⁷⁹ Jellinek, George, *op.cit.*, p. 407.

⁸⁰ Fioravanti, Maurizio, *op.cit.*, p. 41.

ella aquel orden del que debe formar parte, como cada uno de los ciudadanos. La elección es para reafirmar la supremacía medieval de la comunidad política o la supremacía del todo sobre las partes.

El pueblo está perfectamente en grado de retomar por sí todo el poder que originariamente tenía. El pueblo existe antes que el rey y, por ello, siempre puede existir también sin él.

Por una parte, ahora es posible pensar en un “cuerpo” sin el príncipe. Pero por otro lado, el pueblo, sigue siendo representado, aún en ausencia del príncipe, como un organismo vivo, compuesto de muchos grupos y órdenes, entre ellos en proporción y relación armónica, según el principio, natural y necesario, de asociación.

De este modo, el pueblo mantiene firme el vínculo de la obediencia siempre y cuando el rey no infrinja su juramento. La unidad política se logra de manera asociativa, construida sobre partes y sujetos distintos que así desean permanecer, aunque dentro de una amplia comunidad política.

Se trata de una realidad política y social pluralmente compuesta, opuesta a todo intento de uniformización, dispuesta a reconocerse en una ley fundamental común porque es consciente de que esa ley no viene de arriba -no es impuesta- pues constituye la síntesis de la pluralidad de pactos y acuerdos que tanto las distintas partes, como las realidades territoriales y órdenes, han estipulado entre sí.

Dicha ley fundamental establecería con claridad los límites entre lo que el rey podía y debía hacer por sí, así como lo que el rey estaba obligado a hacer; de tal manera que no fuese posible ni una desmedida extensión de las prerrogativas regias en detrimento de la comunidad.

En este contexto, autores como Manuel García Pelayo, encuentran en la expresión de soberanía la alusión al poder de los señores feudales que ostentan las más amplias potestades.⁸¹

Sin embargo, posteriormente este sistema feudal poliárquico⁸² cambiaría de naturaleza. Surge un renacimiento urbano y municipal, acompañado de un gran desarrollo social y económico, que más el crecimiento demográfico, contribuye a la desarticulación de los vínculos feudales.⁸³ Se asientan las bases de una laicización de la vida estatal en aumento, de modo que la realeza deja de formar parte de la Iglesia, para constituirse en el centro de un nuevo orden político independiente: el Estado nacional. El resultado es la existencia de una situación de inseguridad y ausencia del Derecho. Los príncipes tratan entre sí, en un plano de igualdad, restringiendo de este modo su poder.⁸⁴

En esa época se produce una situación generalizada de crisis económica, política e ideológica. Como resultado del debilitamiento del papado, se quebranta la unidad cristiana. Se intensifican las guerras entre los príncipes. Y, simultáneamente, florece el sentir patriótico y el desarrollo de la idea nacional.

Las tendencias autoritarias y centralizadoras de las monarquías europeas prevalecen hasta el siglo XVI, bajo la forma de Estados modernos. Aunque ciertas particularidades del orden feudal sobreviven, el poder logra concentrarse en una unidad de acción política, creando tanto órganos de poder nuevos, como nuevas formas de adhesión y homogeneización en la sociedad.⁸⁵

En este orden de ideas, durante este período, se emplean los ejércitos mercenarios permanentes para conformar una unidad militar en el Estado, gracias

⁸¹ García Pelayo, Manuel, *Idea de la política y otros escritos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 117-130.

⁸² Heller, Hermann, *op.cit.*, p.142.

⁸³ Jellinek, George, *op.cit.*, pp. 239-242.

⁸⁴ Heller, Hermann, *op.cit.*, p.144.

⁸⁵ Jellinek, George, *op.cit.*, pp. 243 y 244.

a la cual el rey logra independizarse de sus feudatarios para la defensa del reino. La reorganización que resulta de la administración de las finanzas para el sustento de este ejército, se extiende a otros ámbitos como producto de las exigencias sociales. Estas funciones públicas se confieren a especialistas asalariados dotados del carácter de autoridad, conforme a sus competencias y atendiendo un orden jerárquico.

Se estatuye un sistema impositivo estable, sustentado en bases racionales porque se obtiene el financiamiento económico preciso para remunerar a estos nuevos actores políticos y estar en condiciones de afrontar las nuevas exigencias sociales. Luego, surge una nueva forma de comprender la economía, dirigida a enriquecer la monarquía, a través del impulso del desarrollo capitalista mediante el mercantilismo.⁸⁶

Esto porque, mientras el orden social estamental- feudal descansaba sobre un ideal de bien común presupuesto y materialmente definido frente al cual el particular no podía exigir ninguna libertad. El orden social burgués entendía el bien común como resultado de la cooperación de conductas voluntarias libres e individuales, de modo que, los distintos ámbitos funcionales de la sociedad fueron liberados del control político y entregados al mercado, donde se desarrollaron mediante decisiones individuales bajo sus propios criterios de racionalidad.⁸⁷ Lo cual hizo necesaria una nueva ordenación de las relaciones entre el Estado y la sociedad.

Fue a partir del siglo XVI en adelante cuando como producto “...de la larga guerra y tiempos difíciles por los que atraviesa el mundo”⁸⁸ se transita desde el orden social de tipo feudal estamental al liberal burgués, como como una época

⁸⁶ Marx, Karl, *El capital*, vol. I, Alianza, Madrid, 1978, p. 801.

⁸⁷ Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, trad. de Raúl Sanz Burgos y otro, México, Trotta, 2006, colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho, p. 177.

⁸⁸ Stammer, Rudolf, *Tratado de filosofía del derecho*, trad. Wenceslao Roces, Editora Nacional, México, 1974, p. 38.

caracterizada principalmente por el despliegue de la voluntad individualidad libre, que viene a reivindicar un espacio autónomo frente al control político de épocas anteriores y que anhela el reconocimiento de su valor y dignidad. Lo cual hizo necesaria una nueva ordenación de las relaciones entre el Estado y la sociedad.

Pues de ninguna forma, la capacidad de autogobierno de la sociedad hizo superfluo al Estado, quien se vio en la necesidad de sustituir el poder estatal no consensual y autolegitimado por otro basado en el consenso y legitimado por la sociedad, que ahora, reclamaba la primacía y que, por consiguiente, lo colocaba en una posición derivada de ella.

Sin embargo, bajo las premisas burguesas de la aceptación de la capacidad de autogobierno de la sociedad, libre de coacción externa, el Estado perdió la responsabilidad integral sobre el buen actuar y la justicia social que hasta entonces tenía. Pues, al tolerar la autonomía social, sólo se reservó la labor de la defensa frente a los peligros para la libertad. Lo que más tarde devino en la separación entre el Estado y la sociedad, que implicó la libertad a la sociedad y el sometimiento al Estado.⁸⁹

La función restringida de defensa frente a las amenazas a la libertad no era posible sino mediante un poder coactivo, que incluso había de ser monopolizado por el Estado, puesto que todo poder jurídico interno a la sociedad habría quebrantado la libertad de los sujetos sociales y bloqueado el mecanismo de autogobierno. De ahí que la revolución burguesa concluyera el proceso de formación de la soberanía al transferir al Estado los derechos de dominación que en el absolutismo pertenecían a la nobleza y el clero, cambiando a la vez al titular de la soberanía situando al pueblo en el lugar del monarca.⁹⁰ Así, la detentación y ejercicio poder de dominación se disgregó en lo sucesivo.

⁸⁹ Grimm, Dieter, *op. cit.*, p. 178-179.

⁹⁰ *Ibídem*, p.181.

Esto planteó un problema de regulación del poder hasta ese momento desconocido y que provocaría la adopción de un sistema de pesos y contrapesos.

Ahora, separados pero ligados entre sí, los ámbitos funcionales del Estado y la sociedad se reunirían. Por una parte, el Estado gozaría de todos los medios necesarios para realizar sus funciones de garantía de la libertad individual y la autonomía de la sociedad y, por otra, se estorbaba su empleo, contra la libertad, para sus propios fines de gobierno.

Así planteado, el problema, encontró solución en el derecho constitucional. La Constitución, necesariamente superior a todas las normas de ella derivadas, marcó el ámbito en el cual la sociedad disfrutaba de autonomía y otorgó competencia a las decisiones voluntarias de los particulares a través de los derechos fundamentales que, considerados en relación al Estado, representaban limitaciones de actuar y, en relación con los particulares, pretensiones de omisión.⁹¹

Sin embargo, la limitación del Estado por parte de los derechos fundamentales no podía ser absoluta debido a la amenaza que toda libertad individual contenía para la libertad ajena. El Estado podría actuar con todos sus medios, cuando resultara necesario para proteger la libertad. Pero esta actividad se convirtió en intervención. Intervención estatal que constituyó la más poderosa amenaza a la esfera individual protegida por los derechos fundamentales, al no poder descartarse que los gobernantes la usaran para fines distintos a la salvaguarda de la libertad.⁹² Por eso, “las intervenciones en materia de derechos fundamentales sólo le son permitidas al Estado cuando hay fundamentos legales”.⁹³

⁹¹ *Ibidem*, p. 182.

⁹² Cfr. Dietrich, Jesch, *Ley y administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978, pp. 102-126.

⁹³ Grimm, Dieter, *op. cit.*, 183.

La ley se convierte en eje del sistema⁹⁴ y el derecho subjetivo en un tipo de privilegio legal para el individuo al que le es atribuido, pues en ese entonces los derechos eran atributos pertenecientes sólo a ciertas personas.

El contacto del Estado con la sociedad se limita a los casos legalmente previstos; por tanto, las posibles amenazas se combaten a través del Estado y la protección contra él por medio legales. Esto implicó que todo titular de un poder público precisara de una legitimación constitucional.

No obstante, hubo afectaciones graves por las transformaciones sociales resultantes del incumplimiento de las promesas hechas por el modelo social burgués, que propiciaban límites económicos entre las clases.

Así se comprobó que el mecanismo de mercado no creaba el justo equilibrio de intereses en cualquier circunstancia o para cualquier mercancía; lo cual, no desacreditó el objetivo del ordenamiento sino el medio de su realización.

Por lo tanto, el problema de la justicia vuelve a materializarse y el Estado tiene la necesidad de reactivarse adquiriendo nuevas tareas, desarrollando nuevos medios para cumplir sus cometidos e incluyendo nuevos actores políticos.

La inclusión de la población en las prestaciones de todos los sistemas sociales estaba, inicialmente, condicionada por los costes de la industrialización, por lo cual, el Estado se desprendió poco a poco de las cuestiones sociales, ocasionando una elevada sensibilidad para los asuntos propios con una considerable indiferencia hacia todo lo extraño.

El incremento de las tareas públicas conduce progresivamente a la dependencia internacional y reduce el número de los problemas que aún pueden

⁹⁴ Loewenstein, Karl, *Teoría de la constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Ediciones Ariel, 2ª ed., Barcelona, 1970, p. 138.

resolverse en el ámbito nacional-estatal o por la vía de los tratados internacionales.⁹⁵

Es tal el papel de intervención del Estado en la configuración social que, tanto los particulares, como los sistemas sociales parciales están en creciente dependencia del Estado. La seguridad se eleva a cometido urgente del Estado. La defensa se dirige a la conservación o restablecimiento de un estado de cosas libre de perturbación, a una previsión de riesgos orientada al futuro, lo que conduce al Estado a un dilema. Para no quedarse atrás en la competencia internacional y sobrellevar los costes de la política de inclusión, trata únicamente de canalizar y contener los riesgos. La toma de decisiones, en ese punto, sin certeza, provoca consecuencias negativas e irreversibles para las siguientes generaciones.⁹⁶

Por otro lado, el Estado, en la imposición de su política, cada vez depende más de la libre disposición a obedecer de los destinatarios de su acción, lo cual los ubica en un contexto de negociación frente a él.⁹⁷

En condiciones de legítimo pluralismo y derecho universal de sufragio, los partidos políticos se convierten en el presupuesto funcional del sistema. Pues, el pueblo sólo puede ejercer su derecho de elección cuando todos los intereses y creencias individuales se reducen a unas pocas posibilidades de decisión.⁹⁸

A consecuencia de esta evolución, la formación de la voluntad política se traslada considerablemente de los órganos del Estado a los de los partidos, desde donde se controla centralizadamente.⁹⁹

⁹⁵ Grimm, Dieter, *op. cit.*, pp. 188-191.

⁹⁶ *Idem*, pp. 193-196.

⁹⁷ Guastini, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2001, p.211.

⁹⁸ Ruffia, Paolo Biscaretti di, *Derecho constitucional*, trad. de Pablo Lucas Verdú, Tecnos, Madrid, 1987 pp. 710-712.

⁹⁹ Guastini, Ricardo, *op. cit.*, p. 216.

Luego surge una nueva forma asociativa que la concepción liberal no previó ni consideró necesaria: las organizaciones complejas. Las cuales pretenden orientar las decisiones estatales en favor de sus intereses. Pero como se limitan a presentar sus exigencias y necesidades a los órganos estatales, sin insertarse en ellos como los partidos, no han sido tomadas muy en cuenta por las constituciones.¹⁰⁰

Esto ocurrió porque inicialmente la Constitución aludía a la separación de Estado y sociedad, como quedó asentado con antelación, de forma que éste tenía la obligación de limitarse a garantizar el orden social. Por eso, la ampliación funcional del moderno “Estado de bienestar” deja un déficit de regulación jurídico-constitucional resultante del cambio funcional de la intervención estatal.

Dicha intervención ahora debe regirse por el principio de proporcionalidad, “que ya no hace depender la constitucionalidad de una restricción administrativa [sólo] de una autorización legal... de la administración, sino también de que la misma ley autorizante no restrinja... [irracionalmente] el derecho fundamental afectado y consiga... [adecuadamente] el compromiso de las posiciones enfrentadas en materia de derechos fundamentales”.¹⁰¹

De lo anterior se infiere que, como criterio relativo, hace depender la conveniencia de una restricción de los derechos fundamentales de la dimensión del peligro que se pretenda combatir.

Pero, ante todo, los derechos fundamentales dejan de entenderse únicamente como derechos subjetivos de defensa contra el Estado, sino también como principios objetivos que obligan al amparo universal de la libertad jurídico-

¹⁰⁰ Ruffia, Paolo Biscaretti di, *op.cit.*, pp. 715-718.

¹⁰¹ Grimm, Dieter, *op. cit.*, p. 206.

fundamental y establecen su actividad organizadora de la sociedad sobre los principios jurídico-fundamentales.¹⁰²

A pesar de las particularidades, avances y retrocesos de todo este proceso, en el que concurren múltiples elementos, se suele considerar la Paz de Westfalia, 1648, como el momento en el que se puede decir que está definitivamente asentado y generalizado un sistema de Estados en Europa, como sistema de nuevas potencias que actúan con independencia y soberanía, coexistiendo como iguales.¹⁰³

Surgen un conjunto de acuerdos basados en la soberanía de la nación-Estado que consideraban válida la consolidación del poder soberano en los príncipes, reyes o monarcas, pero además repudiaban cualquier sumisión a cualquier autoridad.¹⁰⁴

2.2. El concepto de soberanía en el ordenamiento jurídico mexicano

La soberanía es y ha sido un concepto trascendental en nuestro país, mismo que se ha visto influenciado por diferentes doctrinarios entre los que encontramos a Juan Jacobo Rousseau, cuyo pensamiento repercutió de manera indirecta en la Nueva España por la abdicación de Carlos IV en favor de su hijo Fernando VII y la posterior renuncia de éste. Luego, el hermano de Napoleón Bonaparte ocuparía el trono, gestando con ello el momento en que se proclamaría la soberanía de la nación, en aras de desconocer a dicho gobernante. Una vez que se tiene conocimiento de estos hechos, en México, empiezan a surgir ideas de libertad y soberanía.

¹⁰² Cfr., Peter Häberle, *Grundrechte im Leistungsstaat*, en Dieter Grimm, *el Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1987 pp. 206.

¹⁰³ Jellinek, George, op.cit., p. 280.

¹⁰⁴ S. Pearson, Frederic y otro, *Relaciones Internacionales: Situación global en el siglo XXI*, 4ª ed., McGraw Hill, Colombia, 2000, pp. 38 y 39.

En la Constitución española de 1812 -Constitución de Cádiz- se aprecian vestigios de la teoría de Rousseau; al manifestar en su artículo que el poder soberano radica esencialmente en la nación y que, por lo tanto, corresponde a ella en forma exclusiva el derecho de establecer sus leyes fundamentales.

Por otra parte, el artículo cinco de los Elementos Constitucionales de Don Ignacio López Rayón establece que la soberanía dimana inmediatamente del pueblo, reside en la persona del señor don Fernando VII y su ejercicio en el Supremo Congreso Nacional Americano. De igual forma, en el artículo seis del mismo ordenamiento se lee: “Ningún otro derecho a esta soberanía puede ser atendido, por incontestable que parezca, cuando sea perjudicial a la independencia y felicidad de la Nación.”

Otro de los pensadores que se pronunciaron sobre el tema fue José María Morelos y Pavón. Quien, en sus Sentimientos de la nación, del 13 de septiembre de 1814, plasma su ideal político y social. En dicho documento, Morelos coincide con el pensamiento de Rousseau sobre la soberanía, haciéndola dimanar inmediatamente del pueblo, el cual la deposita en sus representantes. En este sentido, el artículo cinco del documento referido enuncia: “La soberanía dimana inmediatamente del pueblo, el que sólo quiere depositarla en sus representantes dividiendo los poderes de ella en Legislativo, Ejecutivo y Judicial, eligiendo las provincias sus vocales y, éstos a los demás que deben ser sujetos sabios y de probidad”.

Tales principios se adoptaron en el Acta de la Independencia Mexicana, de noviembre de 1813; que incluía la reivindicación de la soberanía en favor de la América septentrional. Dentro de las ideas de este documento destaca la alusión a la usurpación de la soberanía por pertenecer sólo a la nación mexicana; así como la declaración manifiesta de que quedaba rota la independencia del trono español y la afirmación de que es la nación a la cual corresponden los atributos esenciales

de la soberanía, dictar las leyes constitucionales, hacer la guerra y la paz, y mantener las relaciones diplomáticas.

En el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, el Supremo Congreso mexicano se propuso lograr que la nación mexicana, se sustrajera de la dominación extranjera para estatuir un sistema de administración que le reconociera y la guiara hacia la independencia.

El capítulo II de dicho documento alude a la soberanía en diferentes artículos, que esencialmente enunciaban:

Artículo 2. La facultad de dictar leyes, y establecer la forma de gobierno que más convenga a los intereses de la sociedad, constituye la soberanía.

Artículo 3. La soberanía es por naturaleza imprescriptible, inajenable e indivisible.

Artículo 4. Como el gobierno no se instituye por honra o intereses particulares de ninguna familia, de ningún hombre ni clase de hombres, sino para la protección y seguridad general de todos los ciudadanos, unidos voluntariamente en sociedad, ésta tiene derecho incontestable a establecer el gobierno que más le convenga, alterarlo, modificarlo y abolirlo totalmente cuando su felicidad así lo requiera.

Artículo 5. Por consiguiente, la soberanía reside originariamente en el pueblo y su ejercicio en la representación nacional compuesta de diputados elegidos por los ciudadanos bajo la forma que prescriba la Constitución.

Artículo 9. Ninguna nación tiene derecho de impedir a otra el uso libre de su soberanía. El título de conquista no puede legitimar los actos de la fuerza; el pueblo que lo intente debe ser obligado por las armas a respetar el derecho convencional de las naciones.

Artículo 10. Si el atentado contra la soberanía del pueblo se cometiere por algún individuo, corporación o ciudad se castigará por la autoridad pública como delito de esa nación.

Artículo 11. Tres son las atribuciones de la soberanía: La facultad de dictar leyes, la facultad de hacerlas ejecutar y la facultad de aplicarlas a los casos particulares.

En todos los artículos enunciados se advierte la trascendencia e influencia de las ideas francesas en lo correspondiente a la soberanía, mismas que quedaran insertas en esta Constitución, lo cual nos da muestra de lo que entonces significa el multicitado concepto.

En lo correspondiente a la Constitución española de 1812, la cual revistió gran trascendencia e importancia en la integración de nuestras formas políticas, por haber estado en vigor de 1812 a 1814, en plena efervescencia de la insurgencia; así como de 1820 a 1824, aunque de manera parcial.

Viene a relucir sobre el tema abordado porque, conforme al artículo tercero de dicho ordenamiento la soberanía se entendía residida esencialmente en la Nación y por lo mismo, pertenecía a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales. Ideas que no hacen más que remarcar la influencia del pensamiento político francés en los constituyentes españoles. Ideas que, actualmente, siguen teniendo validez.

Fue en la Constitución de Cádiz donde se recogió la idea de que la soberanía reside en la nación y no en el monarca, lo cual constituyó un avance, pues Ignacio López Rayón sostuvo que la soberanía dimanaba del pueblo, pero residía en la persona de Fernando VII.

El avance que al respecto se tenía en México sobre el concepto de soberanía, se debe en gran parte a José María Morelos y Pavón.

La Constitución de Apatzingán, por su parte, es el documento que toma la teoría rousseauiana en una forma más precisa y fiel; pues en el articulado de esta Constitución se establecen los atributos del poder soberano que sostenía Juan Jacobo Rousseau y que son: la imprescriptibilidad, inalienabilidad e indivisibilidad. En el artículo 5 de este ordenamiento se establece a quién corresponde la detentación y el ejercicio de la soberanía, diciendo que es la representación nacional compuesta de diputados elegidos por los ciudadanos bajo la forma que prescriba la Constitución. Este documento también reconoce a la soberanía como una facultad del pueblo.

En las constituciones posteriores se ha seguido conservando esta tesis; así, el artículo 3 del Acta Constitutiva de la Federación de 1824, expresa que la soberanía reside radical y esencialmente en la nación y por lo mismo le pertenece exclusivamente el derecho de adoptar y establecer a través de sus representantes la forma de gobierno y demás leyes fundamentales que estime conveniente para su conservación y mayor prosperidad, modificándolos o variándolos, según estime pertinente.

En la Constitución de 1836 no se estableció ningún artículo relativo a la soberanía de manera textual, sin que ello signifique que no estuviera determinada.

Por su parte, las Bases Orgánicas de 1843, establecieron en el artículo primero que: la nación mexicana en uso de sus prerrogativas y derechos como independiente, libre y soberana, adopta para su gobierno la forma de República representativa popular. Por consiguiente, hasta nuestros días permanece la doctrina expuesta desde finales del siglo XVIII, la cual fue retomada por los constituyentes de siglos pasados.

En la Constitución de 1857, en el título II, sección primera, encontramos lo concerniente a la soberanía en sus artículos 39, 40, 41.

En el artículo 39, se estatuye que la soberanía reside esencial y originariamente en el pueblo. Por ser de él de donde dimana todo el poder público, el cual se instituye para su beneficio. El pueblo tiene en todo el tiempo el inalienable derecho de alterar y modificar la forma de su gobierno.

Mientras que en el artículo 41, se estableció que el pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión en los casos de su competencia y por los de los Estados para lo que toca a su régimen interior, en los términos respectivamente establecidos por esta Constitución federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrían contravenir a las estipulaciones del pacto federal.

La Constitución de 1917 ha conservado íntegras las disposiciones que con respecto a la soberanía ya se tenían en la Constitución de 1857; ellas han quedado plasmadas en los artículos 39, 40 y 41 de ambos ordenamientos.

Más cabe resaltar que la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos ofrece un concepto de soberanía nacional, como un derecho que caracteriza y define al Estado mexicano.

El artículo 39 de dicha Constitución establece la radicalización de la soberanía y dice que ésta se encuentra en el pueblo mexicano.

Del artículo aludido se desprenden dos cuestiones: se alude a la radicación popular de la soberanía, como algo consustancial al pueblo; por lo que respecta al origen, es el pueblo su único dueño, pero, por circunstancias prácticas, no puede desempeñarla y por ello delega su ejercicio en los órganos que crea, los cuales hacen valer su derecho, como un poder soberano.

La primera parte del artículo que se menciona contiene dos posiciones; la primera es con respecto a la idea que tenía Rousseau al hablar de la soberanía, es decir, la expresión de la voluntad general que confiere al pueblo en lo interno

como titular del poder soberano, entre otros, la exclusividad para darse el orden jurídico y estructura socio- política que más le convenga, sin que pueda ser limitado en su ejercicio por ningún otro poder; la segunda posición es la que se refiere a lo que sostenía Sieyès, el cual decía que la soberanía reside en el pueblo, pero no como una unidad naturalmente considerada, carente de pasado y tradición, sino como un cuerpo estable llamado nación donde los valores históricos se amalgaman para impedir los cambios bruscos que puedan violentar la tradición e historia del país.

Esta Constitución, al hacer residir la soberanía nacional en el pueblo, se pronuncia por la teoría rousseauiana.

Del artículo 39, también se desprende el derecho del pueblo para alterar o modificar la forma de su gobierno.

El pueblo, como ya se dijo, ejercita su soberanía, mediante representantes. Al efecto, el artículo 41 de la Constitución Política dice: que el pueblo ejerce su soberanía a través de los Poderes de la Unión, según su la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos en la Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal...

Según este artículo, el pueblo, una vez que se organiza políticamente, ejerce su soberanía, su suprema potestad, mediante los órganos de poder por él creados, los cuales sólo podrán actuar dentro de límites que la propia Constitución les asigna.

De esta manera el pueblo decide darse una organización jurídica y política, mediante el su establecimiento en el ordenamiento fundamental, determinando así su forma de gobierno, lo que, lógicamente, excluye la injerencia de cualquier otro poder, en lo externo y en lo interno.

La forma de gobierno está consignada en el artículo 40 constitucional que enuncia como voluntad del pueblo mexicano, el constituirse en una república representativa, democrática, federal, compuesta en estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

La soberanía del pueblo es única porque es indivisible, inalienable, indelegable, suprema y sometida al derecho. Única porque la soberanía es el carácter supremo de una potestad y, por ello, esa potestad no puede pertenecer a dos o más sujetos. Indivisible porque el pueblo, único sujeto titular de la soberanía, es una unidad que no se puede desintegrar y que se determina por sí misma. Inalienable porque no se puede ceder, renunciar o enajenar. Indelegable porque los órganos del gobierno sólo ejercitan su voluntad. Es suprema porque no reconoce ni puede reconocer a otro poder de mayor jerarquía.

2.3. ORIGEN DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

2.3.1. Contexto histórico

La Supremacía de la Constitución, en el constitucionalismo escrito y unitario, se remonta al país de los Estados Unidos de América, cuyo origen como nación se derivó del descubrimiento realizado por Jean Cabot, navegante genovés al servicio del reino de Inglaterra, quien en 1497 visualizó la porción territorial estadounidense del continente americano. Posteriormente, en el año de 1584, los hermanastros, Sir Humphrey Gilbert y Sir Walter Raleigh, llamaron a la región ocupada Virginia, en honor a la reina Isabel I, conocida como la "Reina Virgen", surgiendo tiempo después otras más colonias inglesas, llamadas Maryland, las Carolinas, Massachusetts, Connecticut, Nueva Holanda (hoy Nueva York), Nueva Jersey y Georgia. Sus pobladores integraban sectas y tenían religiones puritanas, derivadas del protestantismo, destacando los cuáqueros, cuyo líder de dicho culto William Penn, tuvo la primera idea de unificación de las colonias en 1698.

El antecedente más remoto del derecho constitucional norteamericano, se encuentra en un documento denominado Mayflower, el cual fue redactado el 11 de noviembre de 1620 a bordo de un barco que tenía ese nombre, el cual llegó a Plymouth, Massachussetts, con peregrinos que establecieron la primera colonia permanente de Nueva Inglaterra en el mencionado año. Documento en el que figuran cuatro condiciones que serían las que trazarían la organización constitucional posterior de los Estados Unidos de América: un gobierno predeterminado; un inicial pacto social; los gérmenes del autogobierno; y la redacción de las condiciones políticas mínimas establecidas por escrito.

Al crecer la población las colonias se transformaron en tres tipos: las dependientes directas de la Corona Británica, las propietarias de grandes extensiones de tierra y las que poseían un gobierno delegado bajo una Carta Real. Las hostilidades impositivas del Parlamento para mantener a su ejército y la ausencia de derechos esenciales de los habitantes de las tierras ocupadas por los colonos, fue intolerable para que la única opción estuviera en la independencia. En efecto, los principios relativos al consentimiento de los gobernados, la soberanía popular y el derecho a la rebelión, estuvieron presentes en los colonos, al concretizarse y sintetizarse en la expresión "no imposición, sin representación". Los ideólogos que influyeron en el pensamiento independentista fueron James Harrington, quien abordó el tema de la soberanía popular en su utopía llamada Ocean; John Locke, en su obra Segundo Tratado del Gobierno Civil, concluyó que el gobierno es un resultado del acuerdo entre hombres con ciertos derechos anteriores (libertad y propiedad) a la constitución de la sociedad civil, la que se forma para preservar esos derechos, los cuales no pueden afectarse sin el consentimiento de los gobernados; y Thomas Paine, quien fue categórico en términos de independencia en su obra los derechos del hombre. Empero, en 1765 se reunieron en Nueva York nueve colonias, quienes acordaron fidelidad a la Corona y al Parlamento, siempre y cuando tuvieran los mismos derechos y privilegios de que gozaban los habitantes del reino inglés, pero hubo altercados y

represión, por lo que tiempo después en 1774, los representantes de las colonias realizaron un primer congreso en Filadelfia, cuyo objeto fue el de hacerse escuchar ante el Parlamento inglés y acordar que los colonos tenían derechos que debían ser reconocidos y respetados. Hubo un segundo Congreso, también en Filadelfia en 1775, para explicar al rey Jorge III, al pueblo inglés, al de Canadá y al de la Asamblea de Jamaica, los motivos que los obligaron a crear un ejército, cuya jefatura recayó en George Washington, quien fue el caudillo de la independencia. Fue el 4 de julio de 1776, cuando en Filadelfia, el Congreso promulgó la Declaración de Independencia, con Thomas Jefferson, pero continuó la guerra, siendo hasta 1783 en que los británicos reconocieron la independencia de las colonias.

Posteriormente, cada Estado expidió su propia constitución:

- New Hampshire en 1776, actualmente rige la de 1784.
- Massachussets en 1780, que rige en la actualidad, es la más antigua.
- Rhode Island en 1843; antes, se regía por su Carta real de 1663.
- Connecticut en 1818, actualmente rige la de 1965. Inicialmente tuvo las órdenes fundamentales de 1638 y después la Carta de la Colonia de 1662.
- New York en 1777. Posteriormente expidió las constituciones de 1821, 1846, 1894 y la que está en vigor desde 1938.
- Pennsylvania en 1776, después emitió las de 1790, 1838, 1874 y 1968 que rige a la fecha.
- Delaware en 1776; la segunda en 1792, la tercera en 1831 y la que está en vigor en 1897.
- Maryland en 1771. Después expidió tres constituciones, la de 1851, 1864 y 1867 que está en vigor.

- Virginia en 1776; en 1830 expidió otra y en 1971 la que está en vigor.
- Carolina del Norte en 1776. Expidió otras dos en 1868 y 1971, estando en vigor esta última.
- Carolina del Sur en 1776. Ulteriormente emitió seis constituciones en los años de 1778, 1790, 1861, 1865, 1868 y la de 1895 que es la que rige.
- Georgia ha expedido diez constituciones en los años de 1777, 1789, 1798, 1861, 1865, 1868, 1877, 1945, 1976 y la de 1983 que está en vigor.

La primera forma jurídica de organización política que adoptaron las trece colonias fueron los "Artículos de Confederación y Unión Perpetua entre los Estados de New Hampshire, Bahía de Massachussets, Rhode Island y Providence Plantations, Connecticut, New York, New Jersey, Pennsylvania, Delaware, Maryland, Virginia, Carolina del Norte, Carolina del Sur y Georgia", aprobados el 15 de noviembre de 1777, por el Congreso de los Estados Unidos de América, previa convocatoria para su erección. No se pretendía consolidar un Estado, sino una liga de Estados libres y soberanos, que se prometieron fidelidad y ayuda recíproca.

El 21 de febrero de 1787, se convocó a una Convención Federal Constitucional en Filadelfia, a efecto de llenar las omisiones de los Artículos de la Confederación. Sin embargo, los constituyentes elaboraron un documento con siete artículos y secciones, el cual fue aprobado y generó pugna de grupos federalistas (que estaban de acuerdo en la unión para evitar intervención de potencias extranjeras, la fortaleza económica, la extensión del territorio, la regulación de una guardia nacional, la recaudación fiscal, el gobierno republicano, la distribución de competencia a los tres poderes federales y locales, etc.) y antifederalistas (que rechazaban la inexistencia de un catálogo de derechos, la independencia excesiva del presidente y lo aristocrático del Senado), cuyos argumentos se publicaban en el periódico llamado El Federalista, lo que permitió

persuadir para que alcanzara su eficacia en la novena ratificación estatal, que requería el artículo VII, párrafo primero. El primero en ratificar la Constitución de los Estados Unidos de América, fue Delaware el 7 de diciembre de 1787; y el noveno New Hampshire, el 21 de junio de 1788. Las diez primeras enmiendas, relativas a la declaración de derechos, se propusieron en septiembre de 1789 y se aprobaron en diciembre de 1791.

2.3.2. La Constitución de los Estados Unidos de América. Caso Marbury vs Madison

La Constitución de los Estados Unidos de América de 1789 reviste especial importancia en el tema sujeto a estudio por ser la primer Constitución escrita que incorpora de manera expresa el principio de supremacía constitucional y el control difuso de la constitucionalidad; motivo por el cual, diversos estudiosos de la teoría de la constitución le atribuyen su origen.¹⁰⁵

El principio de la supremacía constitucional se encuentra establecido en los párrafos segundo y tercero del artículo VI de la Constitución referida, esencialmente en los siguientes términos:

La presente Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en seguimiento de ella se aprueben; y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán suprema ley del país; los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla aun cuando hubiese alguna disposición en contrario en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado.

Los Senadores y Representantes antes mencionados, los miembros de las asambleas legislativas de los diversos Estados, así como todos los funcionarios ejecutivos y judiciales, tanto de los Estados Unidos como de los diversos Estados, serán obligados bajo juramento o declaración solemne a acatar esta Constitución;

¹⁰⁵ Poder Judicial de la Federación, *La Supremacía Constitucional*, Serie Grandes Temas del Constitucionalismo Mexicano. Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1ª ed., México, 2005, p. 17.

pero nunca habrá un requisito religioso para desempeñar ningún cargo o empleo, retribuido o de confianza, bajo la autoridad de los Estados Unidos. 106

En el artículo citado se consideran ley suprema del país: la Constitución, las leyes que se plieguen a ella y los tratados celebrados o que se celebren.

De la interpretación gramatical o literal al artículo en comento, podría advertirse que en cuanto como ley suprema, tanto la Constitución, como las leyes y los tratados, están ubicados en el mismo nivel o plano normativo.

Sin embargo, de una interpretación histórico-genética y teleológica, se desprende un principio de jerarquía entre dichos cuerpos normativos. La oportunidad de realizar este tipo de interpretación, tuvo lugar cuando la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, conoció y resolvió el caso Marbury vs Madison, que en términos generales fue el siguiente:

John Adams fue electo Presidente de los Estados Unidos de América en el año de 1796, y en ejercicio de sus facultades nombró como secretario de Estado a John Marshall -ambos fervientes federalistas-. Antes de finalizar el período presidencial de cuatro años, se realizaron elecciones y resultó vencedor el republicano Thomas Jefferson, pero antes de que éste tomara posesión de su cargo en 1801, el Presidente saliente, con el afán de posicionar a fieles federalistas, en enero de ese año nombró a su Secretario de Estado John Marshall, Presidente de la Suprema Corte. Por su parte, el Congreso de ese país, en el mismo año expidió una ley en la que facultó a John Adams para nombrar cuarenta y dos jueces de paz para el Distrito de Columbia, pero debido a la premura del tiempo éste no firmó algunos nombramientos sino hasta la medianoche del 3 de marzo de 1801, los cuales quedaron en la oficina de su entonces Secretario de Estado John Marshall, con la intención de que fueran entregados cuando Thomas Jefferson tomara posesión de su cargo, más, al

106 Constitución de los Estados Unidos de América, 4ª edición bilingüe, ediciones Luciana, México, 2002.

hacerlo así, ordenó a su Secretario de Estado, James Madison, que no entregara algunos nombramientos designados esa medianoche.

Entre las personas a las cuales no se les entregó el nombramiento estaba William Marbury, quien, acompañado por otros tres que se encontraban en las mismas condiciones, demandó ante la Suprema Corte, por medio del *Write of Mandamus* -derecho de pedir a los tribunales que obliguen a una autoridad a cumplir con un deber legal-, que se ordenara la entrega de los nombramientos al Secretario de Estado, Madison, el cual arguyó que el nombramiento no había surtido efectos porque no se había entregado.

La sentencia de la Suprema Corte fue elaborada por John Marshall, a la luz del artículo III, secciones 1 y 2, constitucional, esencialmente en los siguientes términos:

1. ¿Tiene el demandante derecho al nombramiento que reclama? -la Corte decidió que el nombramiento estaba completo y tenía derecho a él-.

2. ¿Si él tiene un derecho y ese derecho ha sido violado, le proporcionan un remedio las leyes de este país? –Se decidió que tales leyes sí le otorgaban un recurso o medio de defensa-.

3. ¿Tiene derecho al remedio que pide?, lo cual dependía de la naturaleza del derecho -acción- que ejercita y de las facultades de la Corte.

En cuanto a la naturaleza de la acción, se trataba de un mandamus. Más la trascendencia del fallo radicaba en dilucidar si la Corte lo podía expedir. La ley que estableció los tribunales judiciales de los Estados Unidos, faculta a la Suprema Corte para expedir órdenes -mandamus-, en los casos protegidos por la ley, a cualesquiera tribunales o personas. La Constitución inviste todo el Poder Judicial de los Estados Unidos en una Suprema Corte y en los tribunales inferiores. Poder que se extiende a todos los casos que surjan bajo las leyes del país, en

consecuencia, en alguna forma puede ser ejercido en el presente caso, ya que el derecho que se reclama está dado por una ley de los Estados Unidos.

Se declara que en la distribución de este poder la Suprema Corte tendrá jurisdicción original en todos los casos que afecten a los embajadores, a otros ministros públicos y Cónsules, y aquellos en que un Estado sea parte. Pero en todos los demás casos, la Suprema Corte tendrá jurisdicción de apelación. Si en la Constitución se hubiese tenido la intención de dejar a la discreción de la legislatura el dividir el poder judicial entre la Suprema Corte y los tribunales inferiores, sería inútil seguir más allá en la definición del Poder Judicial y de los tribunales en que se deposita, pues el hacerlo así lo convertiría en un exceso sin significado.

Esto, porque si el Congreso tuviera libertad para dar a la Corte jurisdicción de apelación pese a que la Constitución le declara una jurisdicción original, que debe ser de apelación, la distribución de jurisdicciones en la Constitución sería forma sin sustancia. Por ello, para que la Suprema Corte esté capacitada para expedir un mandamus, se debe mostrar que lo es en el ejercicio de una jurisdicción de apelación, o que es necesario para posibilitar el ejercicio de ésta. La jurisdicción de apelación tiene como criterio esencial revisar y corregir los procedimientos en una causa instaurada, pero no crearla. De modo que, expedir un mandamus es lo mismo que conocer de una acción original –uniinstancial- que no corresponde a la jurisdicción de apelación. En este caso no es necesario facultar a la Corte para ejercer su jurisdicción de apelación.

Por tanto, la autoridad dada a la Suprema Corte por la ley que estableció los tribunales de los Estados Unidos, para expedir mandamus a los agentes de autoridad, no está otorgada por la Constitución, lo cual hacía necesario el estudio y análisis de si una jurisdicción así otorgada podía ejercitarse.

La cuestión de si una ley contraria a la Constitución podía llegar a ser ley del país, interesó profundamente a Estados Unidos. Para dirimir esta cuestión, la Corte reconoció ciertos principios previamente establecidos.

Como el derecho originario del pueblo a establecer para su futuro gobierno los principios adecuados -en su opinión- para llevarlo a su felicidad, base a partir de la cual todo el edificio estadounidense había sido erigido. Al efecto, se señaló que el ejercicio de este derecho originario implicaba un gran esfuerzo que no debía ni podía ser frecuentemente repetido. Por ende, los principios así establecidos eran fundamentales; y como la autoridad de la cual procedían era suprema y rara vez podía actuar, estaban destinados a ser permanentes.

La Corte consideró que tal voluntad suprema y originaria organiza al gobierno y asigna a las diversas dependencias determinadas facultades. Puede detenerse ahí o además establecerles ciertos límites que no pudieran traspasar aquellos a quienes intentan restringir. El gobierno de Estados Unidos pertenecía a esta última idea. Más si bien las facultades de la legislatura estaban definidas y limitadas, se escribió la Constitución para que esos límites no se confundieran ni olvidaran.

La distinción entre un gobierno, con límites o sin ellos, quedaba abolida si esos límites no constreñían a las personas a quienes se les imponían, y si tanto las leyes permitidas como las prohibidas eran igualmente obligatorias.

Se trataba de una disyuntiva demasiado clara para ser controvertida: o bien la Constitución prevalecía sobre todo acto legislativo que la contrariaba, o bien la legislatura podía modificar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre estas alternativas no había término medio. O la Constitución era una ley suprema que no podía ser modificada por medios ordinarios, o estaba al mismo nivel que las leyes ordinarias y, como cualquier otra ley, podía modificarse cuando así lo estimara la legislatura. En ese sentido, se indicó que si el primer término de la alternativa era

cierto, entonces un acto legislativo, contrario a la Constitución, no era ley. Si el segundo término lo era, entonces las constituciones escritas son intentos absurdos del pueblo para limitar un poder que, por naturaleza, es ilimitable.

Todos los que han estructurado constituciones escritas las ven como ley fundamental y suprema de la nación, en consecuencia la teoría de esos gobiernos debe ser que una ley contraria a la Constitución es nula. Esta teoría está unida esencialmente a una Constitución escrita y debe ser considerada por la Corte como uno de los principios fundamentales de la sociedad.

Se enfatiza que era competencia y deber del Poder Judicial decir qué era la ley. Los que aplicaban la norma a los casos particulares, debían exponer e interpretar esa norma. Si dos leyes estaban en conflicto, los tribunales debían decidir sobre los efectos de cada una. Así, si una ley estaba en oposición a la Constitución y si tanto la ley como la Constitución se aplicaban a un caso particular, la Corte debía resolver ya sea ajustándose a la ley sin atender a la Constitución, o ajustándose a la Constitución, sin atender a la ley, cuál de las normas en conflicto debía prevalecer. Pues esa era la esencia del deber judicial.

Consecuentemente, los tribunales debían atender a la Constitución, por ser superior a cualquier ley, siendo aquélla, y no ésta, la que debía regular el caso al que ambas aplicaban.

Así, el Poder Judicial de Estados Unidos se extiende a todos los casos que surgen bajo la Constitución. ¿Podría ser la intención de quienes le dieron esa facultad decir, que al usarla, no habría que fijarse en la Constitución? ¿Un caso que surge bajo la Constitución debía ser resuelto sin examinar el documento bajo el cual surgió? Eso era demasiado extravagante para ser sostenido. En consecuencia, en algunos casos los jueces debían fijarse en la Constitución, pero ¿qué parte les estaba prohibido leer u obedecer?

Muchos otros fragmentos de la Constitución sirven para ilustrar esta materia. La Constitución declara que no se aprobarán leyes que castiguen con posterioridad al hecho. Es decir, tipificando retroactivamente los delitos. Si, a pesar de ello, se aprueba o tipifica una de esas figuras, y una persona es juzgada bajo ella, ¿debe la Corte condenar a muerte a esas víctimas que la Constitución quiere proteger?

Ninguna persona, dice la Constitución, será condenada por traición, si no es bajo el testimonio de dos testigos respecto al mismo acto, o por confesión en tribunal público. Aquí, el lenguaje de la Constitución se dirige especialmente a los tribunales. Prescribe, para ellos, una regla de prueba de la que no se deben apartar. Si la legislatura cambiara esas reglas y declarase que un solo testigo, o una confesión extrajudicial, son suficientes para una condena, ¿debe el principio constitucional ceder ante la ley?

De estas y de otras citas que pueden hacerse resulta claro que quienes hicieron la Constitución contemplaron ese instrumento como una norma para regular a los tribunales, lo mismo que a la legislatura. ¿Por qué, si no, indica que los jueces deben jurar respetarla?. Este juramento se aplica, de manera especial, al desempeño de una conducta de carácter oficial.

El juramento se formula de la siguiente manera: Juro solemnemente administrar justicia, sin consideración de las personas, y satisfacer por igual el derecho del pobre que el del rico; y que desempeñaré fiel e imparcialmente todos los deberes que me correspondan conforme a lo mejor de mi capacidad y entendimiento, conforme a la Constitución y a las leyes de Estados Unidos.

¿Para qué jura un juez desempeñar sus funciones de acuerdo con la Constitución de Estados Unidos, si esa Constitución no constituye una norma para su actuación, si está cerrada para él y no puede analizarla?. Si tal fuese el estado real de las cosas, ello representaría algo peor que una burla solemne.

La Corte también mencionó que, al declarar cuál es la ley suprema del país, la Constitución se menciona así misma en primer lugar, y que no todas las leyes de Estados Unidos tienen ese rango; sólo las que se expidan conforme a ella.

Consecuentemente, la fraseología particular de la Constitución de Estados Unidos confirma y refuerza el principio que se supone esencial en todas las constituciones escritas, de que una ley contraria a la Constitución es nula, y que los tribunales, igual que las demás dependencias, están vinculadas por ese instrumento.

Con estos argumentos se resolvió que la norma en que se fundó William Marbury, para solicitar el *write of mandamus*, debía ser desestimada, es decir, la ley judicial de 1789.¹⁰⁷

Diversos juristas afirman que en este fallo, también se encuentra el antecedente de la revisión judicial de las leyes o constitucionalidad de leyes -la *judicial review*-.

2.4. Los derechos humanos en los tratados internacionales

La idea de la difusión de los derechos humanos alrededor del mundo, resaltó la necesidad de crear un derecho especial cuyo eje principal fuese la internacionalización de estos derechos. Como la protección efectiva de éstos requería compromisos vinculantes por parte de los Estados, entidades especialistas en la materia, principalmente la Organización de Naciones Unidas decide, a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, hacer respetar estos derechos a nivel mundial.

¹⁰⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Fallas históricas de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América*, México, 2004, pp. 81-87.

De este modo, una vez que estos derechos se reconocen en los ámbitos internacional y nacional, los Estados se obligan a respetarlos, mediante el establecimiento en sus legislaciones.

Si bien la positivación de los derechos humanos en el derecho internacional también fue consecuencia de causas sociales, como el proceso de los derechos del ciudadano en la Declaración Francesa de 1789, en cuanto resultado del progreso social, lo cierto es que la irrupción de los derechos humanos en la esfera internacional fue resultado de fenómenos sociales que de ningún modo podrían considerarse positivos. "La despiadada y masiva destrucción de individuos y grupos en los Estados fascistas, el desprecio... -evidenciado- ... por el ser humano y el deterioro -agudo- de las relaciones entre el Estado y el hombre fueron factores que ayudaron a que se intentara... elevar los derechos humanos a la categoría de leyes internacionales..." y conseguirles una cierta protección.

Otros de los acontecimientos que promovieron la adopción de medidas tendentes a asegurar la protección internacional de los derechos humanos, fueron las incontables atrocidades cometidas contra la humanidad durante la Segunda Guerra Mundial, lo cual evidenció la necesidad de proteger los derechos humanos de las personas, aun cuando la normativa relativa a estos derechos, se observa desde finales del siglo XIX y principios del XX.

El derecho internacional de los derechos humanos predominó a partir de la Segunda Guerra Mundial. Debido a la necesidad de instaurar compromisos internacionales que obligaran a los Estados a proteger los derechos fundamentales de sus ciudadanos y evitar con ello la repetición de las brutalidades vividas en esa época. A partir de entonces nacen diversos instrumentos internacionales dedicados a la protección de estos derechos.

Las declaraciones sobre derechos humanos tienen su fundamento jurídico en fuentes del Derecho Internacional que les permiten, tanto su obligatoriedad, como su superioridad. Los derechos humanos no pierden su vigencia, las generaciones de derechos son progresivas y por consiguiente no desplazan a la anterior, sino fortalecen e incrementan su protección, por lo cual son jurídicamente exigibles por todas las personas, independientemente de su nacionalidad.

Debido a la trascendencia que revisten los documentos internacionales en derechos humanos, son considerados normas superiores colocadas sobre los tratados comunes y las costumbres internacionales, pues éstos no pueden derogarlas ni restringirlas, sino sólo complementarlas y hacerlas efectivas.

Todo el conjunto de normas jurídicas y de principios fundamentales que constituye el derecho internacional de los derechos humanos, se consolida como el resultado de la limitación de la soberanía de los gobiernos, a favor de los derechos de la humanidad. Por eso, el reconocimiento de los Estados del significado de los derechos del hombre representa una obligación internacional que deben asumir.

Aun cuando el Derecho Internacional de los Derechos Humanos proviene del Derecho Internacional, posee diversas particularidades que lo diferencian de éste, como por ejemplo la posibilidad de que el ser humano, en cuanto sujeto de derecho, reclame per se ante los órganos metanacionales, mientras en el Derecho Internacional Común solo los Estados tienen esa facultad.

Aunque el Sistema de Protección internacional de los Derechos Humanos se ve como una conquista del hombre frente al Estado, pues inicialmente no eran más que declaraciones, se ha desarrollado paulatinamente hasta lograr la existencia de numerosos tratados sobre el tema, así como la creación de diferentes organismos encargados de velar por estos derechos.

Sin embargo, el Estado continúa siendo el principal responsable de la protección de los Derechos Humanos, a pesar de que ello sea insuficiente, y de que ocasionalmente sea el principal infractor. Evidentemente “es difícil afirmar que... -existe un lugar donde- ...no se violan o se han violado –de algún modo- los Derechos Humanos; lo patológico es que estas violaciones... -se constituyan- en una actuación deliberada, consentida, o institucionalizada... -en- ...la realidad estatal.” Es adecuado perfeccionar en la medida de lo posible el sistema internacional de protección de los Derechos Humanos para contar con una normativa poderosa e idónea para combatir las violaciones a estos derechos, más lo ideal sería que no fuera necesario aplicar dichas disposiciones.

La protección internacional de estos derechos debe ser responsabilidad de los Estados sin estar al arbitrio de sus ordenamientos internos, para evitar con ello que las declaraciones de derechos humanos y los derechos en ellas estatuidos pierdan su razón de ser.

Ahora bien, si se sigue la teoría de que los derechos humanos están por encima del Estado y su soberanía, no podría considerarse violentado el principio de no-intervención cuando operan los mecanismos constituidos por la comunidad internacional para su promoción y protección. Sin embargo, si los derechos humanos están por encima del resto de las fuentes del derecho interno, no lo están los tratados, como simples instrumentos internacionales.

Al efecto se deben diferenciar los derechos humanos del instrumento que los lleva a introducirse en la normativa de un Estado, así la magnitud de protección concedida al derecho, que debe ser la máxima posible, no debe relacionarse con la jerarquía que a estos instrumentos les otorga el Estado receptor.

En este orden de ideas, los derechos humanos son irreversibles en el sentido de que una vez que un determinado derecho ha sido formalmente reconocido como inherente a la persona, queda definitiva e irrevocablemente

integrado a la categoría de aquellos derechos cuya inviolabilidad debe ser respetada y garantizada.

El respeto a los derechos humanos implica que la actuación de los órganos del Estado no puede traspasar los límites establecidos por estos derechos, en cuanto atributos inherentes a la dignidad de la persona y superiores al poder del Estado. En palabras de Nikken “la garantía de los derechos humanos [...] impone al Estado el deber de asegurar... -su- efectividad con todos los medios a su alcance; implica que existan medios para asegurar la reparación de los daños causados, así como para investigar seriamente los hechos cuando ello sea preciso para establecer la verdad, identificar a los culpables y aplicarles las sanciones pertinentes”.

Los conflictos principales que resultan de oponer el sistema internacional con el interno, consisten en la independencia que tiene cada uno de ellos y el de la prioridad o prelación que les corresponde.

El hecho es que las normas transnacionales no pretenden reemplazar a las domésticas, que continúan siendo la plataforma principal de protección y promoción de las prerrogativas del hombre; el derecho internacional complementa al doméstico e intenta cubrir sus vacíos. Así, el juez nacional se convierte en un mecanismo de garantía cuando emplea el ordenamiento interno, pero a su vez considera la protección internacional.

La introducción del DIDH en los ordenamientos internos, obedece principalmente al modelo dualista o monista que cada país sostenga en su Carta Constitucional. El modelo dualista entiende que el derecho internacional no se puede imponer directamente en los países, sin una previa adecuación o incorporación por parte del sistema interno, por lo tanto hay una dicotomía entre ambos derechos. De esta manera se hace necesario un acto de “novación” que

correspondería efectivamente en una nueva norma jurídica que daría paso al derecho internacional.

Por otra parte, los monistas se basan en que los preceptos internacionales pueden ser utilizados por los países, sin ninguna adaptación interna, no se requiere por tanto, ninguna transformación para darle fuerza obligatoria al derecho internacional, precisamente este modelo es el que encontramos en México, una vez que un instrumento internacional es aprobado por los canales establecidos, éste entra directamente a regir dentro del ordenamiento.

El conflicto sobre la pertenencia de una materia al derecho interno o al derecho internacional se resuelve de distintas formas, aunque existen materias que actualmente son dominio exclusivo de cada Estado y ni siquiera el Derecho Internacional puede tratar de regular, sin embargo, cuando entramos en el tema de los Derechos Humanos, la materia se convierte realmente en una preocupación internacional y pareciera que el principio de dominio exclusivo se excluye en estos casos, puesto que los derechos humanos no son derechos convencionales ni voluntarios de los Estado.

No obstante, tratándose de derechos humanos cuando existan normas de derecho interno y normas de derecho internacional que regulen un mismo caso, lo correcto es aplicar la norma que más favorece al ser humano. “Si la ley interna de un Estado ofrece mayores garantías y derechos al ser humano que las que ofrece una convención o tratado internacional, debe aplicarse, respecto del Estado Parte, la ley del orden jurídico interno por encima del tratado o el convenio internacional, aunque en general, el tratado internacional tenga una vigencia y una autoridad superior a las leyes”

Cuando se habla de tratados sobre derechos humanos, se presenta el debate en cuanto a los derechos mínimos que revisten estos instrumentos, esto quiere decir que tienen dos sentidos: primero que en ellos sólo se incluyen los

derechos humanos, fundamentales para toda persona, y segundo que las “fórmulas normativas tienen el detalle mínimo descriptivo de esos derechos y de su contenido, con elasticidad y generalidad lexicales para facilitar la ratificación y adhesión de los Estados, de modo que el derecho interno de éstos no tropiece con barreras demasiado rígidas y disponga de suficiente margen reglamentario interno, compatible con la aludida apertura de las disposiciones normativas internacionales.”

Antonio Cancado explica que la columna vertebral del sistema universal de los derechos humanos ha sido, precisamente los tratados sobre este tema. Estos instrumentos deben ser examinados en sus efectos en el derecho interno, puesto que no es posible concebir la ratificación de un tratado de derechos humanos, privándolo al mismo tiempo de efectos directos en su derecho interno.

“La libre aceptación por los Estados de obligaciones convencionales internacionales de protección de los derechos humanos se manifiesta, v.g., en el momento de la ratificación de los tratados que incorporan tales obligaciones, [...] un Estado Parte no puede alegar o invocar supuestas dificultades de orden interno o constitucional para intentar justificar el no-cumplimiento de obligaciones internacionales”

Respecto de lo anterior, México ha establecido, que precisamente en cuanto a derechos humanos, queda prohibida la celebración de convenios que alteren las garantías y derechos establecidos por la Constitución, entendiendo por alteración, la disminución o restricción del normal desarrollo de los derechos; por lo que concluimos que todo aquel que acreciente los derechos fundamentales, no tendrá ningún problema en entrar a formar parte del ordenamiento jurídico mexicano.

Cuando un tratado sobre derechos humanos ha sido incorporado al Derecho Interno, obliga a todos, “inclusive a los legisladores, pudiéndose, pues,

presumir el cumplimiento de las obligaciones convencionales de protección por parte del Poder Legislativo (al igual que de los Poderes Ejecutivo y Judicial). En materia de derechos humanos, esto implica la obligación de adecuar el derecho interno a la normativa internacional de protección (sea reglamentando los tratados para asegurarles eficacia en el derecho interno, sea alterando las leyes nacionales para armonizarlas con las disposiciones convencionales internacionales).”

La diferencia que presentan estos instrumentos internacionales, con los tratados de derecho internacional común, es evidente, en primera instancia porque la meta de los tratados tradicionales es perseguir un intercambio recíproco de beneficios y ventajas, se busca la correlación entre los derechos y los deberes entre las partes, incluso la terminación del tratado, por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un tratado lo encontramos en el artículo 60 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Ahora bien, cuando se refiere a un tratado sobre derechos humanos, no se puede considerar como objeto o fin el equilibrio de intereses entre los Estados, puesto que lo que persiguen es el establecimiento de un orden público común a las partes, que no es precisamente para los Estados como tales, sino más bien para los individuos. Así lo ha dispuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando ha expresado que “los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano”

Igualmente en otra opinión consultiva se declaró “La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general y en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados

contratantes. Así, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” Por esto el cumplimiento de las obligaciones contraídas en la convención requiere la participación de órganos internos de los Estados, los cuales son llamados a aplicar las normas internacionales.

La inaplicabilidad del principio de reciprocidad, lo observamos claramente, cuando un Estado incumple una norma de un tratado internacional, en lugar de permitir la terminación o suspensión del mismo, se establece que los demás Estados presenten denuncias ante los órganos de protección indicados.

Así, los miembros de la comunidad internacional han asumido los derechos humanos como un contenido primordial del bien común general, de este modo el hombre se convierte directamente en un sujeto de derecho internacional, antes ausente de este escenario.

En este sentido, los tratados referentes a derechos humanos tienen un contenido que apunta a una garantía mínima, como lo hemos mencionado, cuyo desarrollo progresivo casi siempre se prevé, y al no estar restringidos por la contraposición del interés de los signatarios, no rige el principio de reciprocidad entre los derechos y obligaciones contraídas. “En tal tipo de instrumentos el destinatario es el ser humano, y los Estados no tienen un interés propio, ya que apuntan a mantener las prerrogativas del hombre. Por otra parte la mayoría de ellos crea para los gobiernos obligaciones erga omnes [...]”.

Es importante en este punto el tema de la interpretación de los tratados sobre derechos humanos. Se conoce que los tratados comunes son regidos estrictamente por la Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados, sin embargo, los tratados sobre derechos humanos tienen ciertas peculiaridades, como ya lo hemos apuntado.

Si bien es cierto que al igual que los tradicionales, éstos deben ser interpretados de buena fe, como lo establece la Convención de Viena, también deben ser tomados en cuenta el objeto y el fin de los instrumentos de derechos humanos. Se parte entonces del hecho de que estos tratados deben ser desarrollados según el método de interpretación humanitario, el cual “apunta en definitiva a extraer de ellos justamente los principios que favorezcan al hombre como destinatario último de los mismos”

También se debe tomar en cuenta que conforme se desarrolla el DIDH, así también debe de ajustarse la interpretación y aplicación de los tratados, en este sentido, se entraría en una interpretación evolutiva, esto significa que estos tratados deben evaluarse con base en las valoraciones imperantes a la época de su utilización.

Es por lo anterior que los órganos judiciales de derechos humanos, subrayan la necesidad de interpretar las cláusulas de los tratados en esta materia, de manera que se resguarde la operación del tratado y la efectiva protección que aquél brinda, pero además, es imperante que se le dé a los términos del tratado el significado comúnmente aceptado en la actualidad, y no en el momento en el que se redactó dicho documento, esto para que las normas allí establecidas estén en permanente evolución, y el tratado sea realmente un instrumento vivo.

También se establecen las normas del *ius cogens* como interpretativas siguiendo al artículo 53 de la Convención de Viena “es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho Internacional general [...] una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho Internacional general que tenga el mismo carácter”. Algunos ejemplos de este tipo de normas son las que se refieren a la prevención y represión del

genocidio, la prohibición de uso de la fuerza, de la piratería, de toma de rehenes, etc.

Ahora bien, la interpretación que se haga de los tratados internacionales, queda establecido en los ordenamientos jurídicos de cada Estado, no obstante, el simple uso, o la utilización obligatoria del tratado internacional como instrumento de interpretación, para los derechos fundamentales internos, no queda tan clara. Por lo menos en México no se ha establecido la obligatoriedad explícita en este tema, así como tampoco ha quedado estipulado explícitamente el lugar que se le ha de dar a los tratados sobre derechos humanos dentro del ordenamiento mexicano.

CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO

Los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción

Al ratificar tratados sobre derechos humanos, el Estado, en el ejercicio de su potestad pública soberana ha consentido en limitar su propio poder en beneficio de un bien superior al mismo, que es el respeto de la dignidad inherente a toda persona humana que se expresa en el reconocimiento de derechos humanos o fundamentales, los cuales se constituyen como un límite al ejercicio del poder estatal. En tal sentido, ello implica reconocer que el poder del Estado, la soberanía estatal, se encuentra limitada en su ejercicio por el respeto y garantía efectiva de

tales derechos, reconociendo los estados partes de la CADH, jurisdicción a la CIDH para que ésta determine con carácter vinculante y con la obligación del Estado-Parte de acatar la sentencia y concretarla como obligación de resultado, aunque ello implique la reforma misma de la Constitución.

El Estado-Parte de la CADH debe eliminar de su ordenamiento jurídico y está impedido de crear o generar leyes que vulneren los derechos asegurados convencionalmente

CAPÍTULO III. MARCO JURÍDICO

INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO III

El Derecho Internacional define las responsabilidades legales de los Estados respecto a su forma de proceder con otros países y al trato que brindan a las personas dentro de las fronteras estatales. Su dominio engloba un ámbito muy amplio de temas de interés internacional, tal como los derechos humanos, los programas de desarme, los delitos internacionales, los refugiados, la inmigración, los problemas de nacionalidad, el trato a los prisioneros, el uso de la fuerza y la forma de actuar en la guerra, entre otros. También regula el patrimonio mundial, como el medio ambiente, el desarrollo sostenible, las aguas internacionales, el espacio exterior, las comunicaciones mundiales y el comercio mundial.

Dado que el derecho internacional principalmente se reglamenta a través de la firma de tratados internacionales, es fundamental conocer cuál es el marco jurídico que los rige y condiciona en nuestro país, así como la forma en que opera y su procedimiento en nuestro país.

3.1. LEGISLACIÓN INTERNA

3.1.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución, las leyes federales y los tratados son ley suprema de la nación y por tanto, tienen la misma jerarquía; además de establecer la jerarquía legislativa en el sistema jurídico mexicano, esta disposición define el nivel en el cual deben de considerarse los tratados, respecto al resto de la normatividad.

La Constitución mexicana vigente hace referencia a los tratados o convenciones internacionales en los artículos 15, 18, 76, fracción I; 89, fracción X; 104 fracción I; 117 fracción I y 133.

La celebración de un tratado se integra en nuestro derecho público interno por la concurrencia de dos voluntades: la del Presidente y la del Senado, la de éste último tomada por la mayoría de votos de los presentes.

El artículo 15 constitucional, restringe las facultades del poder Ejecutivo y del Senado para celebrar tratados.

El último párrafo, del artículo 18, prevé la celebración de tratados para llevar a cabo el intercambio internacional de reos de nacionalidad mexicana o extranjeros.

De igual manera el artículo 89 constitucional, habla de las facultades del Presidente con respecto a la celebración de tratados.

En lo concerniente al Senado, sus facultades están establecidas en el artículo 76, fracción I.

Por su parte, el artículo 117, en su fracción I, dispone la prohibición de los Estados para la celebración de tratados. Esta prohibición a las entidades federativas resulta congruente con la naturaleza jurídica del Estado federal

mexicano, ya que los Estados miembros carecen de personalidad jurídica para actuar como sujetos del derecho internacional.

De acuerdo con nuestro sistema jurídico, el Ejecutivo federal puede celebrar tratados internacionales, y tales tratados sólo requieren de la aprobación del Senado, sin que sea necesaria la intervención de otro órgano para que el Presidente pueda ratificarlos o adherirse a ellos en el ámbito internacional.

3.1.2. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal

Mediante la intervención de la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), México, a lo largo de su vida independiente, ha celebrado numerosos tratados tanto bilaterales como multilaterales sobre muy diversas materias.

La Ley Orgánica de la Administración Pública Federal otorga a la SRE la facultad de intervenir “en toda clase de tratados, acuerdos y convenciones en los que el país sea parte”, la cual ejerce a través de la Consultoría jurídica, como lo prevé el artículo 11 de su Reglamento Interior.

3.1.3. Ley sobre la Celebración de Tratados

Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 2 de enero de 1992, la Ley sobre la Celebración de los Tratados tiene por objeto regular la celebración de los tratados y acuerdos interinstitucionales en el ámbito internacional, estableciendo en su artículo 2º. que se entiende por Tratado: “I. El convenio regido por el Derecho Internacional Público, celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdo en materias específicas, cualquier que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos” y por “IV.- Aprobación: el acto por el cual el senado aprueba los tratados que celebra el Presidente de la República.”

3.1.4. Tesis aisladas de la suprema corte de justicia de la nación

Pendiente

3.2. LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

3.2.1. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)

Durante 15 años, a partir de 1950, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas estuvo trabajando en el tema del derecho de tratados, cuando terminó un proyecto de articulado, lo presentó a la Asamblea General de las Naciones Unidas con la recomendación de celebrar una conferencia internacional de plenipotenciarios para examinar dicho proyecto con miras a la adopción de una convención.

El 22 de mayo de 1969 se adoptó el texto de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que recoge y formula de una manera más precisa y sistemática las normas del derecho internacional consuetudinario referentes a los tratados y adopta otras que no existían o sobre cuyo texto había duda.

Incluye dos principios de derecho aplicables especialmente a tratados: *Pacta sunt servanda* (todo tratado en vigor obliga a las partes) y el de buena fe; así como dos artículos que, por su trascendencia, han merecido muchos comentarios: el artículo 18, que habla de la obligación de los Estados que han firmado o manifestado su consentimiento en obligarse por un tratado, de ‘no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor’, y el artículo 53; que introduce el concepto de ‘*jus cogens*’ (normas imperativas).

Aunque esta Convención representa sin duda un gran avance, no regula todas las cuestiones referentes al derecho de los tratados; por ello dispone, en el último párrafo de su preámbulo, que “las normas de derecho internacional consuetudinario continuaran rigiendo las cuestiones no reguladas en las disposiciones de la presente Convención”.

En todo caso, el mérito de la Convención de 1969 reside en que representa la opinión jurídica generalmente aceptada acerca del derecho de los tratados y por ello constituye una guía de gran valor para la comunidad internacional, gracias a la cual, los tratados se rigen tanto por el derecho internacional codificado como por el consuetudinario.

Sobra decir que si una norma incluida en las convenciones que codifican el derecho internacional sobre los tratados es parte del derecho consuetudinario, esa norma es aplicable a todos los Estados, aún a aquellos que no son parte de la Convención. Asimismo, los Estados parte en alguna de las convenciones aludidas pueden, por consentimiento mutuo, apartarse de las normas de las convenciones si convienen algo distinto, pues las únicas normas de las que no pueden apartarse ningún Estado, sea o no sea parte de las convenciones, son las normas imperativas del derecho internacional general (*jus cogens*).

Por este mismo procedimiento, los Estados pueden apartarse, si así lo convienen, de cualquier norma de derecho consuetudinario que no sea de *jus cogens*.

En diciembre de 2000, la Convención de 1969 había sido aceptada por 90 países. México la firmó el 23 de mayo de 1969, es decir, el mismo día en que se abrió a firma. El Senado de la República la aprobó el 29 de diciembre de 1972, según decreto publicado en el Diario Oficial del 28 de marzo de 1973.

El instrumento de ratificación fue depositado el 25 de septiembre de 1974, y el decreto de promulgación fue publicado en el Diario Oficial del 14 de febrero de 1975. Entró en vigor el 27 de enero de 1980, es decir, 30 días después de que 35 países la habían ratificado o se habían adherido a ella.

3.3. Marco constitucional del derecho internacional en general y de los tratados en el ordenamiento nacional mexicano

Haciendo un análisis somero de ese marco tenemos que:

El artículo 89, fracción X, otorga al Presidente de la República la facultad de dirigir la política exterior y la de celebrar tratados internacionales (con la condicionante de que sean aprobados o ratificados por el senado, según dispone el artículo 76, fracción I).

El primero de los artículos señalados dispone, de manera expresa, que “en la conducción de tal política el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o del uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los estados; la cooperación internacional para el desarrollo; y la lucha por la paz y la seguridad internacionales.”

Al señalarle al presidente estos principios como rectores de la política exterior de México, la Constitución los acepta e incorpora expresamente. Por lo que, en esa medida, deben prevalecer sobre cualquier norma que se les oponga, ya sea interna o externa.

Lo mismo sucede en el caso, por ejemplo, del artículo 15 de la Carta Magna, que prohíbe “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.”

Caso contrario es lo dispuesto por el artículo 27 constitucional que establece el dominio de la nación respecto del espacio situado sobre el territorio nacional y respecto de las aguas de los mares territoriales, “en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional”.

En este caso la Constitución, sin determinar la extensión del espacio aéreo ni del mar territorial, acepta, sean cuales sean, dichas normas. Es decir, sigue el sistema de reenvío a las normas internacionales.

Estos sistemas de reenvío e incorporación que hace la Constitución de manera excepcional implican que las normas internacionales en las materias relativas quedan comprendidas en la propia Constitución y que, por ende, adquieren su misma jerarquía. Por lo que es evidente que cualquier conflicto que se suscitara entre estas normas internacionales y las de derecho interno tendría que resolverse a favor de las primeras.

Del análisis de otros preceptos constitucionales se arriba a dos conclusiones:

1. Que con excepción de los casos antes señalados, no existe en la Constitución un reconocimiento de validez intrínseca del Derecho Internacional. Es decir, las normas de derecho internacional no son válidas *per se* en nuestro país, pues su eficacia opera en tanto son aceptadas expresamente por la Constitución; y

2. Que las normas de derecho internacional se encuentran en un rango inferior de jerarquía al de la propia Constitución.

Una vez que los tratados son celebrados y ratificados en los términos que la Constitución señala, es decir incorporados al ordenamiento nacional (lo que presupone su adecuación a la Constitución), se plantea el problema de su aplicación.

Al respecto, debemos decir que hay estipulaciones contenidas en los tratados internacionales que pueden ser aplicadas de inmediato (*self-executing*), en tanto que otras, en cambio, requieren de un procedimiento legislativo posterior (*non self-executing*).

3.4. DEL PROCEDIMIENTO PARA LA CELEBRACIÓN DE UN TRATADO INTERNACIONAL

3.4.1. PROCEDIMIENTO GENERAL

3.4.1.1. Negociación

La negociación comprende el inicio de los contactos entre las partes interesadas, el señalamiento de la materia objeto del tratado, su acotamiento temático, la redacción del texto, entre otros aspectos que ponen de manifiesto la complejidad de llegar a un arreglo respecto de posiciones e intereses naturalmente contrapuestos.

La dificultad de la negociación se observa en la determinación del idioma o los idiomas que asumirán valor probatorio, lo que conlleva complicaciones para homogeneizar o armonizar términos jurídicos en lenguas distintas y a menudo pertenecientes a sistemas jurídicos de extracción diferente. En un entorno internacional de disparidades fácticas y de niveles de poder desiguales, cada palabra y cada frase, pueden dar pie a interpretaciones elásticas y disparatadas.

En esta fase inicial se siembran los cimientos normativos de un régimen convencional futuro. La negociación de un tratado culmina con la adopción del texto, pero al adquirir su vigencia en caso de esclarecimiento necesario, la voluntad de las partes o el fin del tratado son escudriñados por el intérprete en los trabajos preparatorios y en los documentos preliminares. La negociación mantiene, consecuentemente, una importancia mayor a la ya de por sí relevante finalidad de concluir un texto.

De ahí que al elaborarse un texto, sea imprescindible darle autenticidad y no dejarlo al arbitrio de los negociantes que podrían estarlo modificando en todo su contenido. Esto no excluye la posibilidad de que, firmado el tratado, durante su aprobación legislativa o al momento de ratificarse, se introduzcan modificaciones o reservas sujetas a la autorización de los demás Estados, o bien, que se decida el

rechazo total del texto acordado en un principio. Lo cierto es que la elaboración del texto demanda autenticidad, que ocurre con la firma y anuncia el propósito del Estado de proseguir en la confección jurídica del acuerdo.

En nuestro sistema constitucional, la negociación es atribución del presidente de la República, aunque no se utiliza este término. Entre las facultades y obligaciones del presidente de la República se encuentra: "Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado". En México, desde el Constituyente del 1857, se rechazó la posibilidad de control legislativo durante esta fase.

Resulta obvio que en virtud de la importancia de ciertos tratados y las demandantes presiones de la opinión pública, las negociaciones son sometidas a escrutinio público, sin embargo, jurídicamente hablando es ésta una atribución exclusiva del Ejecutivo, a la luz de los antecedentes y del texto constitucional. Cabe reiterar que la participación del Senado en México es a posteriori de la negociación y de la firma.

3.4.1.2. Firma

La autenticación del texto, a menos que existiera un procedimiento especial contemplado en el mismo, tiene lugar con la firma o alternativamente con la firma ad referendum o la rúbrica, estampadas por los representantes de los Estados. En el Proyecto de la Comisión de derecho internacional de las Naciones Unidas de 1966, base de la Convención de Viena de 1969, se comentaba lo siguiente sobre la firma:

La autenticación del texto de un tratado es necesaria para que los Estados que han participado en la negociación sepan, de modo definitivo, antes de que hayan de decidir si serán parte de un tratado, cuál es el contenido del tratado, que han de suscribir. Por consiguiente tiene que haber un momento en el cual el proyecto sobre el cual se han puesto de acuerdo las partes queda establecido

como texto del tratado y no pueda ser alterado. La autenticación es el procedimiento por el cual se establece el texto definitivo y consiste en un acto por el cual se certifica que ese texto es correcto y auténtico.

La Convención de Viena dispone que el texto de un tratado quedará establecido como auténtico y definitivo, a falta de otro procedimiento especialmente pactado, "mediante la firma, la firma ad referendum o la rúbrica puesta por los representantes de esos Estados".

La firma tiene un peso político considerable, ya que el Estado manifiesta su determinación de continuar el proceso de concertación y de ahí que en ocasiones los Estados signen con carácter provisional un tratado, a reserva de estampar definitivamente su firma, como se ha asentado, a través de la firma ad referendum y la rúbrica. Mientras algunos detractores del derecho internacional arremeten contra su naturaleza vinculante, los Estados son cautos en firmar un texto, aun cuando sólo asuma plenitud jurídica con la ratificación. Algunos ejemplos ilustrativos: Estados Unidos no ha firmado la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 y México, en julio de 1998, se negó a firmar la Convención que establece el Tribunal Penal Internacional.

El perfeccionamiento jurídico del tratado cobra vida con la ratificación, sin embargo los Estados muestran cautela y no son pródigos en signar los textos convencionales.

3.4.1.2.1. Obligación de no frustrar el fin de un tratado firmado

Estamos en la lógica de que el tratado adquiere fuerza jurídica a partir de la ratificación, pero uno de los avances a resaltar, logrados por la Convención de Viena de 1969, es que impuso la obligación al Estado signatario de no frustrar el fin de un tratado antes de su entrada en vigor. No se le obliga a cumplir un tratado firmado, pero sí se le impone una obligación de no hacer: la de no frustrar el objeto y el fin del tratado, si lo ha firmado y está pendiente la ratificación, a no ser que,

habiéndolo firmado, haya manifestado posteriormente su intención de no llegar a ser parte del tratado. La misma obligación persiste si lo ha ratificado pero se abre un tiempo para la entrada en vigor.

Con esta salvedad, la firma no encarna valor jurídico alguno, hace exclusivamente, las veces de autenticación del texto. El tratado se perfecciona jurídicamente con la ratificación, a menos que los Estados, gobernados por el principio del consentimiento, decidan que entre en vigor con la firma, pero siempre y cuando esta posibilidad esté contemplada en sus ordenamientos constitucionales. El derecho internacional reconoce como un atributo esencial de la soberanía estatal al llamado Treaty Making Power, es decir, la facultad para determinar a los órganos constitucionales internos encargados de celebrar los tratados. La Convención de Viena admite la posibilidad de que los tratados entren en vigor con la firma, pero para ello es preciso que el régimen constitucional interno del Estado en cuestión lo admita.

Hace varios años, uno de los clásicos contemporáneos del derecho internacional, Charles Rousseau, alertaba sobre el declive de la ratificación, y destacaba su decadencia en la época contemporánea, en obsequio de la firma. La Convención de Viena de 1969 reconoció el terreno ganado por la firma frente a la ratificación pero a ninguna le concedió el rango de regla general y señaló que los Estados deberían clarificar en el texto la forma en la que el tratado entraría en vigor.

3.4.1.2.2. Acuerdos administrativos

La firma puede otorgarle fuerza jurídica a los tratados si se conviene de esta forma en el texto negociado, y si prevalece una disposición constitucional al respecto. El flujo intenso y avasallador de las relaciones internacionales ha impulsado la celebración de numerosos acuerdos que sólo guardan un lejano aire de familia con los tratados tradicionales y solemnes, y que abordan contenidos

nimios para el destino del Estado, usualmente celebrados por secretarías de Estado con sus contrapartes administrativas de otros países. Establecen obligaciones o marcos programáticos de colaboración pero en una esfera administrativa, en materias como concesión de becas, intercambios culturales, exención de visas, facilidades al turismo, promoción de inversiones, campañas de comercio exterior, etcétera.

En lo que respecta a los acuerdos suscritos por las secretarías de Estado, por su volumen y mínima importancia, sería un fárrago que pasaran a la consideración del órgano legislativo competente. Nuestra Constitución Política, sin embargo, no los contempla. El artículo 76, párrafo primero, concede al Senado la facultad de aprobar los tratados internacionales y las convenciones diplomáticas. Deliberadamente, el Constituyente de 1856 y 1857 adoptó estas expresiones para limitar la suscripción de acuerdos por el Ejecutivo. Ciertamente, el intercambio relacional entre los Estados a mediados del siglo pasado, y en 1917, cuando se retomó la redacción, no era de la magnitud actual. Hoy proliferan acuerdos administrativos entonces desconocidos.

La Ley mexicana sobre Tratados de 1992 reconoció la práctica de los acuerdos administrativos, los aceptó y reguló, bautizándolos como acuerdos interinstitucionales. Los definió como

el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la administración pública federal, estatal o municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que derive o no de un tratado previamente aprobado.

La propia Ley obliga a las dependencias gubernamentales o a las autoridades gubernamentales y municipales a registrar este tipo de acuerdos en la Secretaría de Relaciones Exteriores. No es posible desconocer la dinámica

acelerada de las relaciones internacionales que alcanza a la administración pública interna de los países, pero subsisten interrogantes y preocupaciones válidas. La Ley les concede el rango de acuerdos regidos por el derecho internacional y permite su celebración no sólo a cualquier dependencia e incluso organismos descentralizados, sino, de modo impreciso, incluso a autoridades gubernamentales y municipales. ¿Hasta dónde puede obligar un secretario de Estado al orden administrativo de la dependencia a su cargo que en ocasiones se desborda en situaciones generales? ¿O hasta qué límite le es dable a un gobernador o a un presidente municipal asumir compromisos para su Estado o ayuntamiento? ¿Son exigibles internacionalmente estos acuerdos administrativos o interinstitucionales? La Ley de manera libérrima está por la afirmativa, el texto y el espíritu constitucionales, según mi parecer, manifiestan una respuesta distinta.

Pero las complicaciones se agudizan con un tipo especial de acuerdos, denominados cartas de intención o entendimientos, celebrados en los últimos lustros por el gobierno mexicano con organismos financieros internacionales y gobiernos extranjeros para obtener asignaciones financieras urgentes de rescate económico que interesan e influyen en la totalidad del Estado y de la sociedad y que ni por equivocación son turnados al Senado.

Las cartas de intención y entendimientos con el Fondo Monetario Internacional, o bien, acuerdos en materia comercial previos al Tratado de Libre Comercio de América del Norte o los acuerdos de rescate financiero pactados con los Estados Unidos a raíz de la crisis de 1994, han establecido patrones generales de regulación o compromisos severos que desbordan la coyuntura, afectan al país en su modelo de desarrollo y aun en su proyecto nacional. Irrumpe una paradoja, los tratados tradicionales, no obstante cumplir con los requisitos formales de celebración, cuando un Estado no los cumple o se aleja de su letra y sentido, resulta difícil investirlos de obligatoriedad plena por la falta de instancias y mecanismos centralizadores. En cambio, tratándose de estos instrumentos del

"mundillo" financiero, los órganos de las instituciones internacionales como el Banco Mundial o el Fondo Monetario Internacional pueden exigir de manera concreta el cumplimiento de los compromisos, o por la vía extrajurídica negarle al Estado financiamiento -recurso mucho más efectivo que el de un tribunal de arbitraje o un litigio en la Corte Internacional de Justicia-. En México, con el auge de la actividad jurisdiccional y con la presión y vigilancia políticas de los partidos y de la sociedad civil, quizá algún día veamos un asunto de esta índole elevarse al conocimiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Consideraciones por separado requieren los acuerdos celebrados por autoridades de las entidades federativas. El artículo 117 constitucional señala que los estados no pueden en ningún caso celebrar alianza, tratado o coalición con otro Estado ni con las potencias extranjeras y también les prohíbe contraer directa o indirectamente obligaciones o empréstitos con gobiernos de otras naciones, con sociedades o particulares extranjeros, o cuando deban pagarse en moneda extranjera o fuera del territorio. En su accionar internacional, los acuerdos que celebren las entidades no pueden ser tratados que impongan obligaciones de carácter general. Ello en consonancia con el modelo teórico-práctico de la Federación en el que, por regla general, las entidades federativas declinan su personalidad internacional en aras del sujeto federal. Si este tipo de acuerdos abarcan materias estrictamente administrativas de poca monta y trascendencia, y no afectan lineamientos del orden constitucional, creo que no podemos desgarrarnos las vestiduras normativas y tachar simple y llanamente su constitucionalidad.

3.4.1.2.3. Vicios del consentimiento

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados incluyó en 1969 dos vicios del consentimiento que no habían sido considerados por el derecho consuetudinario internacional que había admitido tradicionalmente tan sólo al error y al dolo como vicios del consentimiento en las contrataciones interestatales.

Los dos nuevos vicios, directamente relacionados con la firma, son la corrupción del representante de un Estado, consignado del siguiente modo: "Si la manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado ha sido obtenida mediante la corrupción de su representante, efectuada directa o indirectamente por otro Estado negociador, aquel Estado podrá alegar esa corrupción como vicio de su consentimiento en obligarse por el tratado" (artículo 50). Y el siguiente comprende la coacción sobre el representante del Estado: "La manifestación del consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado que ha sido obtenida por coacción sobre su representante mediante actos o amenazas dirigidos contra él, carecerá de todo efecto jurídico" (artículo 51). La Convención de Viena reconoce como vicios del consentimiento el error, el dolo, los dos ya mencionados: la corrupción del representante del Estado, la coacción ejercida sobre él y la coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza que se inscribe en el capítulo de prohibición del uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Hasta 1969 prevalecía la discusión de si era o no válido un tratado de paz que, como es común, se celebre ejerciendo la fuerza física y moral del vencedor sobre el país vencido.

3.4.1.2.4. Entrada en vigor provisional

La Convención de Viena contempla la posibilidad de la entrada en vigor de un tratado con carácter provisional. En situaciones de emergencia y excepcionalmente, los Estados pueden pactar la entrada en vigor en forma provisional, antes del perfeccionamiento jurídico del tratado, lo que presupone dos circunstancias, después de la firma y antes de la ratificación, o en el lapso que se extiende entre la ratificación y la entrada en vigor del tratado en fecha posterior. La entrada en vigor de carácter provisional fue admitida por el derecho consuetudinario antes de la Convención de Viena de 1969 y demanda el consentimiento estricto de los Estados (artículo 25). La aplicación provisional termina si el Estado comunica a las contrapartes su determinación de no llegar a

ser parte del tratado. Al no estar el Estado en aptitud de ratificar puede dar por concluida su participación en la aplicación provisional del tratado.

Nuestra carta magna de 1917 no prevé la entrada en vigor provisional de un tratado, no obstante la Convención de Viena de 1969 es ley suprema de la Unión y contempla esta posibilidad que podría operar por causas de fuerza mayor, enteramente justificables, sujeta al trámite constitucional previsto.

3.4.1.2.5. Plenos poderes

Indisolublemente ligado a la firma se encuentra la figura de los plenos poderes, definida por el artículo 7o. de la Convención de Viena como

un documento que emana de la autoridad competente de un Estado y por el que se designa a una o varias personas para representar al Estado en la negociación, la adopción, la autenticación del texto de un tratado, para expresar el consentimiento del Estado en obligarse por un tratado, o para ejecutar cualquier otro acto con respecto a un tratado.

La Ley sobre Tratados de 1992 define a los plenos poderes como "el documento mediante el cual se designa a una o varias personas para representar a los Estados Unidos Mexicanos en cualquier acto relativo a la celebración de tratados" (artículo 2o., fracción VI).

En el caso que conoció la Suprema Corte de Justicia de la Nación se llegó a sostener que el secretario de Relaciones Exteriores no había recibido esta plena potencia. El argumento aparecía como una falacia, pues se olvidada deliberadamente lo prescrito en la Convención de Viena sobre los casos en los que los plenos poderes se estima son inherentes al cargo de un funcionario: 1) los jefes de Estado, 2) los jefes de gobierno, 3) los ministros de relaciones exteriores, 4) los jefes de misión diplomática para los casos de tratados entre el país acreditante y el país en el que se encuentran acreditados, 5) los representantes

acreditados por los Estados ante una conferencia internacional para la adopción dentro de ella de un tratado (artículo 7o., fracción 2).

Significativamente, la Convención de Viena relativa a las organizaciones internacionales agregó dos supuestos en los que no es preciso exhibir los plenos poderes: a) el de los representantes acreditados por los Estados ante una organización internacional o uno de sus órganos, para la adopción del texto de un tratado en tal organización u órgano y, b) los jefes de misiones permanentes ante una organización internacional, para la adopción del texto de un tratado entre los Estados acreditantes y esa organización (artículo 7o., fracción 2, incisos c y d).

Estas disposiciones ponen de relieve que ciertos funcionarios estatales y del medio diplomático, por la alta encomienda que desempeñan, tienen consustancialmente extendidos los plenos poderes. Así las cosas, no es preciso que un secretario de Relaciones Exteriores tenga expresamente otorgados los plenos poderes para negociar y firmar un tratado específico, toda vez que éste es uno de los casos expresamente previstos.

Es más, en el derecho internacional las declaraciones unilaterales de los responsables de la política exterior del Estado pueden comprometerlo jurídicamente, entiéndase por ellos, los jefes de Estado, de gobierno y secretarios de relaciones exteriores. Así lo sostuvo la Corte Internacional de Justicia en su sentencia de 1974 en el asunto de los ensayos nucleares entre Australia y Francia:

Se acepta que las declaraciones que revisten la forma de actos unilaterales y afectan a situaciones de derecho o de hecho pueden tener como efecto el crear obligaciones jurídicas. Un compromiso de esta naturaleza, expresado públicamente y con la intención de obligarse, incluso al margen de las negociaciones internacionales, posee un efecto obligatorio.

Entre otras declaraciones, en el asunto que conoció la Corte, se tomó en cuenta una declaración emitida por el ministro de Asuntos Exteriores ante la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 1974.

3.4.1.2.6. Argumentación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

En el caso que conoció la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la parte quejosa, como se ha asentado repetidamente, pretendió reposar en el hecho de que el tratado de extradición entre México y los Estados Unidos fue firmado únicamente por el secretario de Relaciones Exteriores de México y el secretario de Estado de los Estados Unidos de Norte-américa: "Esencialmente, es inconstitucional el Tratado de Extradición México-Estados Unidos, pues como ya se ha sostenido en otros casos, no fue celebrado por el presidente de la República, único a quien compete tal acto". Y agregaba enfáticamente que a pesar de que el Senado hubiera aprobado el convenio de referencia, es el presidente quien "en forma personalísima deberá de celebrar dicho convenio". A fin de desvirtuar el planteamiento anterior, la Suprema Corte de Justicia analizó diversos preceptos constitucionales (76-I, 80, 89-I, II y X; 92 y 133).

El Tribunal Pleno desestimó los planteamientos de inconstitucionalidad del quejoso y sostuvo que deben interpretarse (el artículo 133) con la limitación letrista de que en forma específica sea el titular del Poder Ejecutivo de la Unión quien necesariamente lo lleve a cabo en todas su fases, pues como ya se puso de manifiesto, los preceptos constitucionales [...] permiten la actuación del jefe del Ejecutivo a través del secretario de Estado correspondiente.

Descansó el razonamiento en el artículo 28, fracción I de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que le confiere a la Secretaría de Relaciones Exteriores la facultad de conducir la política exterior, "para lo cual intervendrá en toda clase de tratados, acuerdos y convenciones en los que el país sea parte". El querellante omitió mencionar esta atribución expresa de la Secretaría de

Relaciones Exteriores, contenida en una ley reglamentaria. La Corte exploró esta disposición y no halló atisbos de inconstitucionalidad, sino que la ubicó dentro de una lógica jurídica elemental de delegación de funciones, avalada por un criterio sustentado en la materia por la Suprema Corte de Justicia de la Nación desde la quinta época del Semanario Judicial de la Federación:

Secretaría de Estado. Estas secretarías, como componentes del Poder Ejecutivo, aunque tienen facultades y atribuciones propias, no por eso dejan de obrar como órganos de ese poder, atendiendo al funcionamiento interno del mismo; esto es, representando sus propias funciones, ya que no sería posible que el presidente de la República interviniera personalmente en todos y cada uno de los actos de funcionamiento de dicho poder.

El alegato resultó demeritado. Desde el punto de vista práctico se ofrecía igualmente insostenible. En cualquier país, por el volumen de actividades y asuntos gubernamentales, es imposible que el titular del Ejecutivo firme todos y cada uno de los tratados, puesto que la ceremonia de firma suele ocurrir en otros países, en conferencias internacionales o en sedes de organizaciones internacionales. Llevar hasta sus últimas consecuencias la argumentación del quejoso, en el sentido de que un tratado que no es firmado por el Ejecutivo es inconstitucional, acarrearía la anulación de la mayor parte de los tratados del mundo.

El alto tribunal avanzó en la consideración de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ley suprema de la Unión, en lo tocante a los plenos poderes. Tal como se apuntó párrafos arriba, el artículo 7o. advierte que representan a su Estado, sin necesidad de presentar plenos poderes, los jefes de Estado, jefes de gobierno y ministros de relaciones exteriores para la ejecución de todos los actos relativos a la celebración de un tratado. La Corte funda en esta previsión normativa la facultad del secretario de Relaciones Exteriores de

participar en todos los actos de ejecución de un tratado, entre los cuales figura notablemente la firma.

3.4.1.3. Ratificación

La ratificación es la fase que perfecciona jurídicamente a un tratado y manifiesta la voluntad postrera del Estado para obligarse internacionalmente. La Convención de Viena entiende por ratificación el acto internacional por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional su consentimiento en obligarse por un tratado (artículo 2.1.b.).

La figura de la ratificación surgió con los movimientos democráticos en el mundo, que limitaron la facultad omnímoda del Ejecutivo, llámese rey, monarca o emperador, para imponerle unilateralmente obligaciones al conjunto estatal. La Constitución norteamericana abrió los cauces para la participación del Poder Legislativo en la definición de las obligaciones internacionales del Estado y ello se aprecia en la celebración de los tratados y en otros renglones de la vida internacional como la declaración de guerra, la designación de embajadores, etcétera.

Contra el manejo ligero de los términos y de la aparente sinonimia de los mismos, es prudente reservar el de aprobación para el acto legislativo interno de aceptación de un tratado y el de ratificación para el acto internacional con el cual el Ejecutivo confirma un tratado. Lord McNair, antiguo presidente de la Corte Internacional de Justicia, y autor clásico de *The Law of Treaties*, aborda en su libro cuatro significados frecuentes del término ratificación: 1) el acto del órgano apropiado del Estado, sea un soberano, un presidente o un consejo federal, que implica la disposición del Estado de obligarse por un tratado. Éste es el significado de la ratificación en un sentido constitucional; 2) el procedimiento internacional por el cual un tratado entra en vigor, principalmente a través del intercambio o el depósito de los instrumentos de ratificación. Es sabido que en el caso de los

tratados bilaterales el trámite procedente es el intercambio de ratificaciones y en los multilaterales el depósito de los instrumentos de ratificación ante uno o varios depositarios, o bien, como ocurre a menudo, ante el secretario general de las Naciones Unidas; 3) el documento sellado o autenticado de alguna otra manera, por el cual el Estado expresa su voluntad de obligarse por el tratado; y 4) popularmente implica la aprobación del órgano legislativo u otro órgano estatal cuya aprobación pueda ser necesaria.

El fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció que no es requisito constitucional la firma personalísima del presidente de la República. La voluntad por parte del Estado en cuanto a la celebración del tratado "quedó plenamente expresada por el presidente de la República al haber ratificado el multi referido tratado internacional, cumpliendo así con los requisitos legales y constitucionales correspondientes". Destaca el Tribunal Pleno en sus consideraciones que el tratado fue enviado a la Cámara de Senadores el 12 de septiembre de 1978 y aprobado por este cuerpo legislativo el 23 de enero del año siguiente. El acto ratificatorio en el plano internacional del entonces presidente de la República, José López Portillo, fue externado en los siguientes términos:

Que el anterior Tratado de Extradición entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América, firmado en la Ciudad de México, Distrito Federal, el día cuatro del mes de mayo de mil novecientos setenta y ocho, fue aprobado por la H. Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, el día veinte del mes de diciembre del año de mil novecientos setenta y ocho, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día veintitrés del mes de enero del año de mil novecientos setenta y nueve. En tal virtud, yo, José López Portillo, presidente de los Estados Unidos Mexicanos, ratifico y confirmo el citado tratado y, prometo en nombre de la nación mexicana cumplirlo y observarlo y hacer que se cumpla y observe. En fe de lo cual, expido las presentes, firmadas de mi mano, autorizadas con el gran sello de la nación y refrendadas por el señor licenciado

Santiago Roel, secretario de Relaciones Exteriores, en la residencia del Poder Ejecutivo Federal, en la Ciudad de México, Distrito Federal, a los treinta y un días del mes de enero del año de mil novecientos setenta y nueve.

Para completar el circuito procedimental, el mismo presidente de la República promulgó el decreto correspondiente al tratado de extradición, el 12 de febrero de 1980 y ordenó su publicación en el Diario Oficial de la Federación el 26 del mismo mes y año.

Este es el acto de confirmación de un tratado, la ratificación propiamente dicha, en un documento solemne autenticado formalmente, según lo expone Lord McNair, con el gran sello de la nación y, conforme a nuestro sistema constitucional, refrendado por el secretario de Relaciones Exteriores, a la sazón Santiago Roel, uno de los litigantes que a la vuelta de tres lustros reclamaría la inconstitucionalidad de este tratado por no haberlo firmado en forma personalísima el presidente de la República.

Cabe enfatizar que, desde 1874, es el Senado el encargado de la aprobación de los tratados. En la Constitución de 1824 se encomendó tal facultad al Congreso, siendo éste bicameral y en 1857 al mismo órgano siendo en su origen unicameral. El procedimiento general de ratificación es un método de creación normativo heterodoxo. En dos sentidos, respecto a los actores que intervienen en su elaboración y en las materias que comprende. Sin intervenir la Cámara de Diputados se crea en el ámbito interno una ley suprema de la Unión y los tratados abarcan materias que pueden estar reservadas a los Estados o bien ser atribuciones exclusivas del Congreso. En este último supuesto, México celebró el Tratado Libre de Comercio con los Estados Unidos, siendo atribución del Congreso legislar en materia de comercio y de inversiones extranjeras. El artículo 73 constitucional señala:

El Congreso tiene facultad:..

Fracción X. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, industria cinematográfica, comercio...;

Fracción XXIX-F. Para expedir leyes tendentes a la promoción de la inversión mexicana, la regulación de la inversión extranjera, la transferencia de tecnología y la generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional.

El tratado generó una agria oposición política por parte de distintos sectores en el país pero de manera muy aislada se esgrimió la improcedencia constitucional del tratado. A decir verdad, sería una cuestión a ser dilucidada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En una sentencia del máximo tribunal, del 19 de abril de 1948, se abordó el tema pero aquel señalamiento judicial requeriría una clarificación más contundente:

Los jueces de cada estado se sujetarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en Constituciones o leyes de los estados. Los estudiosos de nuestra Constitución, sostienen invariablemente, que la misma ley suprema no fija la materia sobre la cual deben versar los tratados y convenciones que celebra el gobierno de la República; pero en lo que también están de acuerdo, es que la locución, y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, se refiere a que las convenciones y tratados celebrados, no estén en pugna con los preceptos de la misma ley fundamental.

La inquietud de que ciertos tratados pasen a la consideración de la Cámara de Diputados, además de al Senado, ha sido contemplada por algunos autores, entre ellos don Antonio Carrillo Flores, pero vertió su preocupación a través de la propuesta de una reforma explícita a la Constitución Política y no por el camino de una interpretación jurisprudencial.

De manera semejante, nuestra Constitución previene que las materias que no han sido expresamente delegadas a la Federación se entienden reservadas a los estados y, salvo lo previsto en el artículo 15 constitucional (dicho artículo prohibió la celebración de tres tipos de acuerdos: los referentes a la extradición de reos políticos; a la de delincuentes del orden común que hayan tenido, en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni los tratados que alteren las garantías y derechos establecidos por la Constitución. Además, el artículo 117 prohíbe expresamente a las entidades federativas celebrar tratados), no se incluyó en el texto del máximo ordenamiento constitucional una limitación de asuntos que pudieran asumir los tratados. Si bien no en elaboraciones doctrinarias, suelen escucharse voces que intenten impugnar la constitucionalidad de tratados celebrados por la Federación que versan sobre asuntos de competencia de las entidades. Puede argüirse al respecto que la creación normativa a través de los tratados es heterodoxa y que este método se adoptó en la carta magna sin que se hubiera formulado limitación expresa. En nuestro caso las entidades federativas participan directamente en la confección de los tratados por conducto de su representación en el Senado de la República. El sujeto federal adquiere en el plano internacional compromisos jurídicos por medio de la participación de las entidades federativas en la aprobación de un tratado que las vinculará directamente como ley suprema de la Unión.

Cuando un Estado negocia en el plano internacional y prevé que los compromisos difícilmente serán aceptados por alguna o algunas de las entidades federativas, las partes suelen incluir en el texto una cláusula federal que excluye la aplicación de un tratado respecto a ellas. Una previsión de tal índole es la que salva a las entidades federativas de la aplicación de un régimen concertado internacionalmente.

CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO

Los Estados-Parte de Los tratados internacionales deben abstenerse de emitir resoluciones judiciales que constituyan actos arbitrarios e írritos que vulneren derechos humanos, los cuales se declararán sin valor y eficacia jurídica.

Ahora bien, los órganos jurisdiccionales ordinarios o especiales que contempla el ordenamiento estatal, en cuanto órganos del Estado, se encuentran vinculados directa e inmediatamente por los derechos asegurados convencionalmente, más aún cuando el ordenamiento jurídico estatal al ratificar la Convención, por ejemplo, la convierte en derecho interno sin que deje de ser simultáneamente derecho internacional.

Así, la norma convencional posee una doble dimensión, de norma interna e internacional, y por ende, vincula a los jueces ordinarios, constitucionales y otros especiales, a respetar y a garantizar los atributos y garantías de los derechos asegurados por dicha normativa en el estándar mínimo asegurado convencionalmente.

La obligación legislativa del artículo 2 de la Convención americana por ejemplo, tiene la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera

de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

Es conveniente dejar establecido que la CIDH ha establecido que no existe jerarquía entre los derechos específicos protegidos en la CADH, lo que no permite afirmar la existencia de un núcleo de derechos más importante que otros de aquellos asegurados convencionalmente, sino sólo hay algunos que son más protegidos que otros durante los estados de excepción constitucional.

En definitiva, cuando un Estado ha manifestado su consentimiento en aceptar la competencia de órganos internacionales de protección de derechos humanos admite que la determinación de la infracción del Pacto o Convención Internacional determinado por dichos órganos jurisdiccionales o cuasi jurisdiccionales, según sea el caso, genera la responsabilidad internacional del Estado, con todas sus consecuencias jurídicas y políticas.

CAPÍTULO IV. EL CONTROL PREVIO DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO

INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO IV

De la comparación entre los distintos modelos de control previo y sucesivo, así como el análisis de sus semejanzas y diferencias, se advierte la diferencia esencial que justifica esta clasificación dicotómica. Esta diferencia se relaciona con el hecho de que el texto sometido a control haya entrado o no en vigor, lo cual se verá reflejado en la manera de producirse la depuración objetiva del ordenamiento. De este modo, el control previo logrará una depuración *a priori*, evitando que llegue a estar vigente, y por tanto a ser obligatoria y aplicable, una ley contraria a la Constitución. El control sucesivo, por su parte, cumplirá su función mediante la eliminación del ordenamiento de una norma jurídica hasta entonces vigente.

La posibilidad del control de constitucionalidad previo en los tratados internacionales ha sido reconocido en diversos países con la “doble finalidad de preservar la supremacía de la constitución frente a los tratados y por otra parte evitar la posibilidad de impugnar la constitucionalidad de estos una vez que han sido definitivamente estipulados, evitando las perturbaciones que una declaración de inconstitucionalidad a *posteriori* puede producir en el orden internacional”.¹⁰⁸

El control de constitucionalidad surge del derecho comparado y se ejerce por el órgano que en el Estado tiene a su cargo esta función, como lo es el Tribunal Constitucional en España, Francia, entre otros, cuya decisión es vinculante para los órganos a cuyo cargo está la celebración de los tratados.

Se considera que no puede ser ejercido de oficio, debiendo ser requerido por los órganos ejecutivo o legislativo y, eventualmente, por cualquier ciudadano.¹⁰⁹

Este control previo puede recaer sobre el contenido del tratado, en cuyo caso existe una incompatibilidad material con la constitución, o, también, sobre los procedimientos que deben seguirse para su celebración y, en uno y otro caso, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad serán distintos.

Si la inconstitucionalidad es material y el tratado es bilateral, corresponderá que se inste a la otra parte a renegociar; si fuera multilateral debería ser ratificado con las reservas correspondientes a los aspectos considerados incompatibles con la constitución. En cambio, si la inconstitucionalidad resulta de la inobservancia de

¹⁰⁸ H. Guerrero, Raúl, *El control de constitucionalidad previo de los tratados internacionales en el derecho comparado. Un ejemplo a seguir en el ordenamiento jurídico argentino*, Revista La Ley, Actualidad, del 19 de agosto de 2004, p. 1.

¹⁰⁹ Véase el artículo 241, inciso 10, de la Constitución Política de la República de Colombia, que al efecto señala: ... cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad”...

los procedimientos que deben seguirse para su celebración, no podrá ser incorporado al derecho interno debiendo reiniciarse el trámite pertinente.¹¹⁰

4.1. ALEMANIA

La Ley Fundamental de Bonn,¹¹¹ carta constitucional de la República Federal de Alemania dispone, en su artículo 25, que “las normas generales del Derecho Internacional forman parte del Derecho federal. Tales normas tienen primacía sobre las leyes y generan inmediatamente derechos y obligaciones para los residentes en el territorio federal”.¹¹²

Por lo que se refiere a la capacidad de celebrar y concluir tratados internacionales, ésta la tiene el presidente federal (Bundespräsident), según lo prevé el artículo 59 de la propia Ley Fundamental. No obstante, en el caso de tratados “...que regulen las relaciones políticas de la federación o que se refieran a materia de legislación federal requieren del acuerdo o el concurso de las cámaras competentes en cada caso para la legislación, en forma de ley federal”.¹¹³ Tal disposición abre, a efectos de la ratificación de los tratados internacionales, el proceso legislativo federal¹¹⁴ y convoca, en la fase de aprobación de los instrumentos convencionales, la participación del Poder Legislativo federal. El resultado del proceso, una vez que ambas cámaras prestan su conformidad, será una “ley aprobadora del tratado” o, en la terminología doctrinal, “ley-tratado”.¹¹⁵

¹¹⁰ Ana María Reina, “El régimen jurídico de los tratados en la república Argentina” en Dardo Pérez Guilhou y otros, Atribuciones del Congreso Argentino, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Argentina, Ed. Depalma, 1986, p. 368.

¹¹¹ Adoptada el 23 de mayo de 1949. Puede verse una versión en inglés de la Ley Fundamental de Bonn en la siguiente página web: http://www.uni-wuerzburg.de/law/gm00000_.html

¹¹² La versión española de los artículos de la Ley Fundamental de Bonn se tomaron de la obra de Benda, E. et al., *Manual de derecho constitucional*, trad. de A. López Pina, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública Marcial Pons, 1996, pp. 861-900.

¹¹³ Artículo 59.2 de la Ley Fundamental de Bonn. Las cámaras a que se refiere el numeral citado son, tanto la Cámara de Diputados (Bundestag), como, la Cámara de Representación de los Länder (Bundesrat).

¹¹⁴ Regulado por los artículos 70-82 de la Ley Fundamental de Bonn.

¹¹⁵ Cfr. Bülow, E., “La legislación”, en Benda, E. et al., op. cit., pp. 734, 739 y 740.

En este sentido, es importante destacar que la propia Ley Fundamental contempla la posibilidad de verificar si una regla de derecho internacional -que incluye a las normas convencionales- “forma parte integrante del ordenamiento jurídico federal y si es fuente inmediata de derechos y obligaciones individuales, *en cuyo caso* el tribunal recabará el parecer del Tribunal Constitucional federal”.¹¹⁶ La Ley del Tribunal Constitucional federal (Gesetz über das Bundesverfassungsgericht),¹¹⁷ en su artículo 13.2, reitera tal facultad del alto tribunal y desarrolla el procedimiento en sus artículos 83 y 84.

Ahora bien, la redacción tanto del texto constitucional como de la Ley del Tribunal Constitucional federal sólo configuran un control de constitucionalidad a posteriori y a instancia de un órgano judicial, legitimado activamente para solicitar el “ parecer” del Tribunal Constitucional federal (Bundesverfassungsgericht).

A pesar de lo anterior, ha sido el propio Tribunal Constitucional federal el que ha desarrollado un control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales.

En efecto, a través de una serie de decisiones judiciales, el alto tribunal germano ha sostenido —aunque sin fundamento legal alguno sino exclusivamente con base en su creatividad judicial— que es posible el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales.

No deja de llamar la atención el hecho de que, aún sin ser previsto por la normativa, Alemania cuente con tal mecanismo, estructurado en sede judicial.

¹¹⁶ Artículo 25 de la Ley Fundamental de Bonn.

¹¹⁷ Adoptada el 12 de marzo de 1951.

4.2. DINAMARCA

En Dinamarca, el proceso de celebración de los tratados internacionales está regido por el artículo 19 de la Constitución de 1953¹¹⁸ (Dan-marks Riges Grundlov).¹¹⁹ De conformidad con dicho numeral, el *treaty-making power* lo detenta el Ejecutivo,¹²⁰ aunque es práctica usual obtener, previamente a la manifestación del consentimiento en obligarse por un instrumento convencional internacional, la anuencia del Parlamento (*Folketing*).

Lo anterior hace que Dinamarca opte por la tesis dualista, en virtud de que si la aplicación del tratado internacional exige la reforma o abrogación de leyes, esto sólo se puede lograr a través del procedimiento seguido ante el Parlamento.¹²¹

Ahora bien, el consentimiento parlamentario puede adoptar la forma de una decisión o la forma de una ley (*lov*). Si esto último es el caso, el Parlamento puede decidir someter la cuestión de la ratificación a un previo referéndum.¹²² Se exceptúan de tal disposición las leyes cuyo propósito sea la modificación de tratados internacionales, vinculantes para Dinamarca, en el sentido que se reduzcan las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado danés.

También cabe mencionar el supuesto del artículo 20 de la Ley Fundamental. En dicho artículo se prevé que si por el tratado internacional se va a transferir el ejercicio de atribuciones soberanas a “autoridades internacionales” -es

¹¹⁸ Adoptada por la Ley número 169 de 5 de junio de 1953. Puede consultarse el texto constitucional danés en versión inglesa en la página web: <http://dorit.ihl.ku.dk/~pe-terr/grundlov.html>

¹¹⁹ Adoptada por la Ley número 169 de 5 de junio de 1953. Puede consultarse el texto constitucional danés en versión inglesa en la página web: <http://dorit.ihl.ku.dk/~peterr/grundlov.html>

¹²⁰ Dyrberg, P., *La Constitución danesa y la Unión Europea (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo Danés de 12 de Agosto de 1996)*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, Madrid, vol. 1, núm. 1, enero-junio de 1997, pp. 97-103.

¹²¹ Dinamarca es una Monarquía Parlamentaria. El rey (Kongen) es el jefe del Estado mientras que la jefatura de gobierno se deposita en la figura de un primer ministro (Statsministeren).

¹²² El proceso legislativo danés está regulado por los artículos 41 y 42 constitucionales. El proceso de reforma a la Constitución está previsto por el artículo 88 de la misma ley fundamental.

decir, organismos de integración supranacional-, se activará un procedimiento especial a efectos de prestar el consentimiento en obligarse.¹²³

Como se puede apreciar, la ley fundamental danesa contempla un mecanismo de control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales —que puede clasificarse como *sui generis*— a fin de asegurar que el Estado danés cumpla efectivamente con las obligaciones contraídas por virtud de un tratado internacional.

El recurso al referéndum ciertamente refuerza la legitimidad de la vinculación de Dinamarca a los instrumentos convencionales que se someten a este control abstracto de constitucionalidad e involucran, en el proceso de ratificación, no sólo al Parlamento, sino a la población, quien tiene la oportunidad de manifestarse al respecto.

4.3. ESPAÑA

De conformidad con lo dispuesto en la Constitución española de 1978,¹²⁴ el proceso de celebración de los tratados internacionales comprende tres fases.¹²⁵ La primera de ellas, denominada “fase inicial”, comprende una serie de actividades que son competencia de las autoridades internas.¹²⁶ En este sentido, el artículo 97 constitucional establece la base jurídica que atribuye al Ejecutivo la competencia para dirigir la política exterior,¹²⁷ mientras que el artículo 94 establece una lista en la que taxativamente se enuncian los tratados o convenios internacionales que

¹²³ Cfr. artículo 42, subsección 6, de la Constitución danesa.

¹²⁴ Aprobada el 31 de octubre de 1978, ratificada en referéndum el 6 de diciembre de ese mismo año y sancionada por el rey el 27 de ese mismo mes y año.

¹²⁵ Cfr. Alzaga Villaamil, Óscar et al., *Derecho político español según la Constitución de 1978*, I, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1997, pp. 611-622.

¹²⁶ Toda vez que el rey funge como jefe de Estado y el presidente tiene la jefatura de gobierno, se puede inferir que España es una monarquía parlamentaria.

¹²⁷ En este sentido, cuando inicia el procedimiento de celebración de los tratados internacionales -sobre la negociación del texto del tratado-, las comunidades autónomas españolas tienen la posibilidad de incidir en ella, al serles reconocidas facultades de “instancia y solicitud” para que el Ejecutivo negocie un acuerdo internacional que responda a los intereses autonómicos.

requieren la “previa autorización de las Cortes Generales” para que se preste el consentimiento en obligarse.¹²⁸

La fase intermedia requiere de la intervención de las Cortes Generales - Congreso de los Diputados y Senado- y, eventualmente, del Consejo de Estado así como del Tribunal Constitucional; este último ejerciendo funciones de control previo de constitucionalidad.

Por último, la fase final del proceso de celebración se despliega mediante la firma del rey en el instrumento de ratificación o adhesión y en la publicación de éste en el Boletín Oficial del Estado.

Ahora bien, el párrafo primero del artículo 95 dispone que: La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.

Es decir, la Constitución española prevé un mecanismo de control que asegure la conformidad de los instrumentos convencionales con el texto de la propia ley fundamental.

La legitimación activa para los efectos de que el Tribunal Constitucional, órgano encargado de la determinación de conformidad o no del tratado en cuestión con la Constitución, despliegue el control a priori de los tratados internacionales recae en el Gobierno o cualquiera de las Cámaras.¹²⁹ Sin embargo, tal facultad es potestativa, pues del texto constitucional no se desprende obligatoriedad alguna para el Ejecutivo o para las Cortes Generales a fin de que

¹²⁸ Tratados de carácter político; tratados o convenios de carácter militar; tratados o convenios que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el título I de la Constitución; tratados o convenios que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública, y, tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

¹²⁹ Artículo 95 de la Constitución española.

se accione el mecanismo de control. Este último sólo se desplegará en caso de que el contenido del tratado despierte dudas de constitucionalidad.¹³⁰

El control previo de tratados queda, además, configurado como un procedimiento encaminado a garantizar la supremacía constitucional, garantizando al mismo tiempo la seguridad y estabilidad de los compromisos internacionales.¹³¹

Por lo que corresponde a la intervención del Tribunal Constitucional en el control abstracto y previo a la ratificación de los tratados internacionales, el artículo 78 de su Ley Orgánica¹³² desarrolla lo dispuesto por el artículo 95 de la Constitución.

Fundamentalmente, se trata de que el alto tribunal emita una declaración en la que se haga constar la “existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un tratado internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado”.¹³³

A tal fin, se da la oportunidad de que tanto el solicitante del control previo como los demás órganos con interés legítimo manifiesten, en el plazo de un mes, lo que a su opinión convenga. El Tribunal Constitucional tendrá, asimismo, el término de un mes para emitir la declaración correspondiente. La declaración tiene naturaleza vinculante.

En síntesis, la coherencia y la lógica de la arquitectura constitucional se preserva y salvaguarda, por lo que concierne a las relaciones entre el derecho convencional internacional y el derecho interno español, a través de este mecanismo de control previo de constitucionalidad.

¹³⁰ Alzaga Villaamil, Óscar, et al., *op. cit.*, p. 609.

¹³¹ Un panorama comparativo del control de constitucionalidad de los tratados y de la problemática de su ejercicio *a priori* o *a posteriori*, puede apreciarse en Brage Camazano, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, pp. 243-245.

¹³² Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

¹³³ Artículo 78 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

4.4. FRANCIA

La Constitución del 4 de octubre de 1958 regula la celebración de los tratados internacionales en sus artículos 52 al 55.

En virtud de que el artículo 52 faculta al presidente de la república francesa para negociar y ratificar los instrumentos convencionales, el *treaty making power* es retenido prima facie por el jefe de Estado.

No obstante, el texto constitucional también dispone que ciertos tratados internacionales¹³⁴ no pueden ser ratificados sino en virtud de una ley que los incorpore al sistema de fuentes nomogenéticas.¹³⁵ De ahí que para efectos de la aprobación de la ley incorporadora del tratado en cuestión, sea imprescindible la apertura del proceso legislativo¹³⁶ y la participación, por supuesto, del Parlamento -*Parlement*-¹³⁷ en el mismo.

Ahora bien, la Constitución francesa prevé la intervención del Consejo Constitucional -*Conseil Constitutionnel*- en el proceso de celebración de los tratados internacionales.¹³⁸ Tal intervención se da en el supuesto de que se planteen dudas respecto de la presunta inconstitucionalidad que pueda contener un tratado internacional y antes de su ratificación o aprobación.

Dos son las modalidades en las que el Consejo Constitucional puede desplegar el mecanismo de control previo de constitucionalidad. En primer lugar, el previsto por el artículo 54, que faculta al presidente, al primer ministro, a los presidentes, tanto de la Asamblea Nacional como del Senado, o bien, a sesenta diputados o sesenta senadores, para que pidan el pronunciamiento del Consejo

¹³⁴ Artículo 53 de la Constitución Francesa.

¹³⁵ Por virtud de tal dispositivo, el ordenamiento francés es dualista.

¹³⁶ Artículos del 34 al 51 de la Constitución francesa.

¹³⁷ De conformidad con el artículo 24 de la Constitución francesa, el Parlamento francés está integrado por la Asamblea Nacional (*Assemblée Nationale*) y el Senado (*Sénat*).

¹³⁸ Artículo 54 de la Constitución Francesa.

Constitucional sobre la no contradicción de un tratado internacional con la Constitución.

La segunda modalidad la prevé el segundo párrafo del artículo 61 de la propia ley fundamental francesa, que dispone: “...*les lois peuvent être déférées au Conseil Constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de l’Assemblée Nationale, le Président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs*”, lo que significa que las leyes pueden ser remitidas al Consejo Constitucional antes de su promulgación, por el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente de la Asamblea Nacional, el Presidente del Senado, sesenta diputados o sesenta senadores.

En ambos supuestos, si el Consejo Constitucional declara la inconstitucionalidad del tratado internacional, o de parte de su contenido, éste no puede ser promulgado ni aplicado -“...être promulgué ni mise en application”-.¹³⁹ Lo anterior conduce, necesariamente, a la revisión y eventual modificación del texto constitucional¹⁴⁰ si el Ejecutivo francés desea ratificar o aprobar el tratado internacional cuya incompatibilidad con la Constitución ha sido declarada.¹⁴¹

La eficacia del mecanismo de control previo de constitucionalidad que contempla la Constitución francesa ha sido demostrada en varias ocasiones, siendo modificado el texto constitucional a fin de preservar la coherencia lógica del ordenamiento jurídico interno y permitiendo asumir las obligaciones internacionales sin menoscabo del principio de supremacía constitucional.

¹³⁹ Artículo 62, primer párrafo, de la Constitución francesa.

¹⁴⁰ Artículo 54 de la Constitución francesa.

¹⁴¹ De conformidad con el artículo 62, segundo párrafo, de la Constitución francesa, las decisiones del Consejo Constitucional francés no son susceptibles de recurso alguno y son de naturaleza vinculante.

4.5. BOLIVIA

En Bolivia el control de la constitucionalidad es ejercitado por el Tribunal Constitucional, según el párrafo cuarto, del artículo 116 constitucional y, según el artículo 228, la Constitución es la ley suprema.

Según García Belaunde “aquél Tribunal –Constitucional- es parte integrante del Poder Judicial, el cual puede ejercer el control difuso”. Esto debido al artículo 120 constitucional, que entre sus atribuciones establece le corresponde revisar y resolver sobre “la constitucionalidad de tratados o convenios con Gobiernos extranjeros u organismos internacionales”.

La persona o el Órgano que tiene la potestad para negociar y concluir tratados con naciones extranjeras es el Presidente de la República, según el artículo 96, número 2, de la Constitución; y le corresponde al Poder Legislativo aprobar los tratados, concordatos y convenios internacionales -artículo 59, número 12 constitucional.

El artículo 116 de la Constitución por su parte, se relaciona con el primer párrafo del artículo 220, del mismo cuerpo normativo, que establece como atribución del Tribunal Constitucional conocer y resolver -en esta ocasión de manera expresa- de “la constitucionalidad de tratados o convenios con Gobiernos extranjeros u organismos internacionales”.

Es en los artículos 113 al 115 de la Ley número 1836,¹⁴² donde se regula el control previo en lo relativo a los tratados, en los casos en los cuales exista duda fundada. Debiendo ser resuelta de forma previa a la ratificación por parte del Poder Legislativo.

¹⁴² La Ley número 1836 (Ley del Tribunal Constitucional) se puede encontrar en la siguiente dirección de internet: http://www.poderjudicial.gov.bo/main1.php?page_id=104

Como se puede apreciar de la redacción del artículo 115, el fallo dictado por el Tribunal Constitucional tiene fuerza vinculante, por lo que en el caso de que el tratado sea declarado inconstitucional, no será aprobado por el Poder Legislativo.

Otro de los puntos a resaltar consiste en que el texto constitucional no contiene previsiones expresas referentes a la recepción de la norma internacional en el sistema del Derecho interno del Estado boliviano; ni a la determinación del lugar jerárquico que en dicho sistema ocupa la norma internacional... de manera que tal carencia normológica provoca que la labor jurisprudencial del Tribunal Constitucional acoja, en el particular, un innegable ascenso como instrumento hermenéutico idóneo para desentrañar la posición que los señalados instrumentos internacionales adquieren de cara a la legislación interna.

4.6. COLOMBIA

En el número dos, del artículo 189 de la Constitución Colombiana,¹⁴³ se establece que atañe al Presidente de la República: “Dirigir las relaciones internacionales. Nombrar a los agentes diplomáticos y consulares, recibir a los agentes respectivos y celebrar con otros Estados y entidades de derecho internacional tratados o convenios que se someterán a la aprobación del Congreso”. Esto se relaciona con el artículo 150, número dieciséis, del mismo cuerpo normativo, en el cual se detalla esta facultad del Congreso.

Según se puede entender de la redacción del artículo 241, el análisis constitucional del tratado es posterior a la firma del Presidente de la República, pero anterior a la ratificación por parte del Congreso. Si se declara inconstitucional quedan dos alternativas: a) no se ratifica el tratado ó, b) De ser posible, se hacen las reservas correspondientes.

¹⁴³ La Constitución Colombiana se puede encontrar en la siguiente dirección de internet: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01477399988225539732268/index.htm>

En el caso colombiano se ha llegado a la conclusión de que la declaratoria de inconstitucionalidad de un tratado ya perfeccionado, no afecta el vínculo creado a nivel internacional ya que dicha sentencia, en ese ámbito, no tiene ningún tipo de validez jurídica y que sólo sería un acto que se utilizaría para evaluar si el Estado colombiano cumple con sus responsabilidades internacionales.

4.7. CHILE

A partir del artículo 82, número dos, de la Constitución Chilena¹⁴⁴ se aprecia que una de las facultades del Tribunal Constitucional consiste en resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de ley o de reforma constitucional y de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso. Sin embargo, según el artículo 32, número 17 Constitucional, le corresponde al Presidente de la República: conducir las relaciones políticas con las potencias extranjeras y organismos internacionales, y llevar a cabo las negociaciones; concluir, firmar y ratificar los tratados que estime convenientes para los intereses del país, los que deberán ser sometidos a la aprobación del Congreso conforme a lo prescrito en el artículo 50, número 1. Añadiendo que las discusiones y deliberaciones sobre estos objetos serán secretas si el Presidente de la República así lo exige.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional, sólo se pronunciará en relación con el fondo del tratado o el procedimiento de su tramitación, resolviendo si dicho instrumento se ajusta o no a la Constitución. Más no podrá actuar mientras el Presidente de la República no lo haya sometido aún a la aprobación del Congreso.

Siendo así, el sistema en el cual interviene el Tribunal Constitucional, es un modelo político *sui generis* que actúa como un filtro en la actividad legislativa.

¹⁴⁴ La Constitución Chilena se puede encontrar en la siguiente dirección de internet:
<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/07038518922925095209079/index.htm>

Se trata de un control preventivo de índole obligatorio respecto de los tratados internacionales, de tal forma que no puedan ingresar al ordenamiento jurídico interno, normas que contravengan la Constitución.

4.8. ECUADOR

Según el artículo 171, número doce, de la Constitución de Ecuador es atribución del Presidente de la República, al igual que en las diversas legislaciones analizadas, “definir la política exterior, dirigir las relaciones internacionales, celebrar y ratificar los tratados y convenios internacionales, previa aprobación del Congreso Nacional, cuando la Constitución lo exija”.

El artículo 130, número siete del mismo ordenamiento, por su parte, establece la atribución al Congreso Nacional de aprobar o improbar los tratados internacionales, en los casos que corresponda.

Los artículos del 161 al 163 constitucionales, tratan lo relativo a los tratados internacionales, transcribir los primeros dos artículos.

Finalmente, para tener una somera idea de la forma en la que funciona la aprobación de los tratados internacionales, la función del Tribunal Constitucional de dictaminar de conformidad con la Constitución, tratados o convenios internacionales previos a su aprobación por el Congreso Nacional; cabe analizar el artículo 275, número cinco constitucional.

Al combinar toda la normativa anterior, es válido suponer que el Presidente puede celebrar y ratificar los tratados sin aprobación previa del Congreso Nacional, en caso de no entrar en los supuestos establecidos por el artículo 161 de la Constitución. Más en caso contrario, antes de dar su aprobación, es obligatorio solicitar el dictamen del Tribunal Constitucional y en base a lo anterior, aprobar o denegar el tratado. Si se declara inconstitucional, se tendría que rechazar definitivamente o hacer las reservas necesarias.

4.9. GUATEMALA

El sistema de control de constitucionalidad de Guatemala es mixto, pero con una tendencia a afianzar el control concentrado y a atenuar el difuso, lo cual se desprende de la relación existente entre los artículos 204, 266 y 267 de la Constitución de Guatemala.¹⁴⁵ En tanto que, encontramos el control difuso en los artículos 204 y 266 de dicha Constitución, mientras el control concentrado se ubica en el artículo 267 constitucional.

En lo concerniente a la Corte de Constitucionalidad, ubicamos una de sus funciones en el artículo 272, inciso e) constitucional que le atribuye el “emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados, convenios y proyecto de ley, a solicitud de cualquiera de los organismos del Estado”.

Al igual que en otras legislaciones, le corresponde al Presidente de la República, someter a la consideración del Congreso para su aprobación, y antes de su ratificación, los tratados y convenios de carácter internacional y los contratos y concesiones sobre servicios públicos.

Lo anterior, de conformidad con el artículo 183, inciso k) de la Constitución, el cual se relaciona con los artículos del 171 al 173 del mismo ordenamiento.

Lo cual incluso se puede relacionar con la superioridad de la Constitución frente a otras leyes, según el artículo 175 constitucional. Sin embargo, el artículo 46 del mismo ordenamiento establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno. Lo cual hace que la primera afirmación no sea del todo cierta al no mencionar en el artículo 46 lo que debe entenderse por “derecho interno”.

¹⁴⁵ La Constitución de Guatemala se puede consultar en la siguiente dirección de internet:
<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/79195066329571495200080/index.htm>

Al haber apreciado toda la normativa relativa a los tratados, el Presidente de la República somete al Congreso el Tratado cuando se incurra en alguno de los supuestos del artículo 171, inciso I, de la Constitución. Si hay duda respecto de la constitucionalidad de un tratado, se solicita la opinión consultiva de la Corte de Constitucionalidad -artículo 272, inciso e, de la Constitución. Dependiendo de la respuesta de la Corte, el tratado no se aprueba o se hace con reservas.

4.10. PERÚ

En Perú rige el sistema de control de constitucionalidad dual o paralelo, dado que los modelos difuso y concentrado coexisten simultánea pero separadamente, sin mezclarse, deformarse ni desnaturalizarse. Esto es así, porque en la Carta Magna se verifica la institucionalización del control difuso, cuando del artículo 138 se desprende que en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, los jueces prefieren la primera, y, coetáneamente, la del concentrado, al estatuir -en el artículo 202, primer inciso, y su remisión al artículo 200, número cuatro-, la competencia del Tribunal Constitucional para conocer y resolver, en instancia única, las acciones de inconstitucionalidad contra las normas que tienen rango de ley.¹⁴⁶

En lo concerniente al control de constitucionalidad *a posteriori* o represivo cabe resaltar que la sentencia en la cual se declara la inconstitucionalidad de un tratado, se publica en el Diario Oficial y el siguiente día, el tratado queda sin efecto -artículo 204 constitucional-. Lo cual es sumamente peligroso, pues genera inestabilidad jurídica de los compromisos internacionales contraídos por Perú como sujeto de Derecho Internacional.

Acercándose un poco más a lo establecido por la Constitución en lo relativo a los tratados, existen ciertos temas por los cuales deberán pasar en manos del Congreso antes de la ratificación por parte del Presidente de la República, siendo

¹⁴⁶ La Constitución Peruana se puede consultar en la siguiente dirección de internet:
<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371418455614815210035/index.htm>

estos, los relativos Derechos humanos; soberanía, dominio o integridad del Estado; defensa Nacional; obligaciones financieras del Estado; los que crean, modifican o suprimen tributos; los que exigen modificación o derogación de alguna ley y los que requieren medidas legislativas para su ejecución -artículo 56 de la Constitución-.

En caso de que el Presidente no necesite de la autorización del Congreso, solamente le rendirá cuentas -artículo 57, inciso primero-.

El número segundo, del artículo 57, estatuye el control previo de los tratados al establecer que: “Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución, antes de ser ratificado por el Presidente de la República.”

Procedimiento de reforma constitucional que se encuentra regulado en el artículo 206, del mismo cuerpo normativo.

CONCLUSIÓN DEL CAPÍTULO

La realidad cotidiana hace evidente que gran número de las actividades de nuestros colectivos se encuentre regulado, o sea posible, por virtud de la aplicación de instrumentos convencionales internacionales.

La incidencia de los tratados internacionales en la vida, pública y privada, es cada vez más creciente y su vis expansiva parece no tener, afortunadamente, un final vislumbrable.

Así, desde las cuestiones económicas a las familiares, pasando por la resolución de controversias en el ámbito jurídico-privado a la consolidación de los Derechos Fundamentales, el ámbito convencional internacional se constituye en una auténtica marea que va cubriendo, paulatina pero irrefrenablemente,

numerosas áreas que tradicionalmente se habían entendido reservadas a la determinación soberana del Estado.

Nuestro país no ha sido ajeno a esta tendencia. Los instrumentos internacionales, bilaterales o multilaterales, de los que México es parte forman un entramado normativo nada despreciable. De igual manera, los procesos de negociación internacional en los que interviene el Ejecutivo (y que desembocarán en la adopción y firma de un tratado), así como las ratificaciones de instrumentos convencionales que se encuentran pendientes ante el Senado de la República demuestran el interés del Estado Mexicano por participar en el creciente entramado de relaciones a que dan origen los tratados internacionales.

Ahora bien, dado el enorme potencial que tienen los instrumentos internacionales de ser invocados en sede judicial con motivo de la impartición y procuración de justicia, el pleno despliegue de sus efectos será objeto del escrutinio judicial. Aspecto esencial de esa actividad realizada por el juez es, precisamente, el contraste de lo dispuesto por el tratado con la Norma Constitucional.

Lo anterior nos conduce a la necesaria reflexión sobre los mecanismos de control que el ordenamiento jurídico mexicano prevé a efectos de hacer coherentes los compromisos asumidos por nuestro país con el exterior, vía tratados internacionales, con las propias disposiciones de nuestra Ley Fundamental.

CAPÍTULO V. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO V

Es evidente que la vigente Constitución mexicana de 1917 dispone de una serie de mecanismos a través de los cuales se asegura, en cierta forma, la

compatibilidad entre el Derecho Convencional –tratados internacionales ratificados– y el Derecho Nacional.

Como no podía ser de otra manera, mecanismos como el juicio de amparo y las acciones de inconstitucionalidad encuentran su sede en el propio texto constitucional, siendo desarrollados y precisados mediante leyes reglamentarias.

No obstante, la característica de ambos medios de control es que sólo se activan a posteriori, y ello implica que, en caso de que los jueces o tribunales declaren la no compatibilidad del tratado internacional – ya ratificado y, por ende, vinculante para el país – con el contenido de la Constitución, nuestro país se coloque en franco incumplimiento de una obligación internacional asumida de buena fe.

Ahora bien, dada la relevancia que tienen para el país sus cada vez más numerosos compromisos en la esfera de las relaciones internacionales, y en virtud de una progresiva y más intensa práctica en la conclusión de tratados internacionales con otros Estados y organismos internacionales en un amplísimo rango de materias, es preciso que el ordenamiento nacional cuente con un mecanismo que prevenga el eventual conflicto esbozado en el párrafo inmediato anterior. En este sentido, la postura dualista que adopta el texto constitucional, aunada a la preservación de la coherencia y lógica internas del propio ordenamiento jurídico nacional, hace necesario –e incluso aconsejable– la inclusión de un control de constitucionalidad con tal vocación.

La perspectiva comparatista aporta las muy positivas experiencias de otros Estados, e incluso de ciertas organizaciones internacionales, que contemplan, en sus respectivas cartas constitucionales – o constitutivas en el caso de los entes de cooperación internacional institucional –, este tipo de medios de control previo de compatibilidad entre los tratados que negocian y firman y los dispositivos de sus

leyes o normas fundamentales antes de prestar el consentimiento en obligarse por el texto internacional.

5.1. Aproximaciones al control de convencionalidad

El control de convencionalidad consiste en el mecanismo que se ejercita para comprobar que una ley, reglamento o acto de las autoridades del Estado, se ajustan a las normas, los principios y obligaciones a las cuales se haya sujeto el Estado mexicano, como las provenientes de la Convención Americana de Derechos Humanos principalmente, en la cual se funda la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁴⁷

Se trata de una herramienta para el respeto, promoción, garantía y efectivización de los derechos humanos descritos en la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo útil a su vez para la práctica y elaboración inmediata de un *ius commune* interamericano en materia de derechos personales y constitucionales en la región de la cual se trate.¹⁴⁸

Esto es así porque los artículos 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica, establecen deberes específicos para los Estados a ella adheridos. El primer artículo mencionado, esencialmente, establece dos: 1) respetar los derechos de la Convención, y 2) garantizarlos, sin discriminación alguna. Por su parte, el art. 2º les obliga a adoptar disposiciones legislativas o de otro carácter necesarias para efectivizar aquella garantía.¹⁴⁹

¹⁴⁷ Rey Cantor, Ernesto, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2008, pp. 30-32.

¹⁴⁸ Sagüés, Néstor Pedro, *Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad*, Estudios Constitucionales, Chile, año VIII, núm. 1, 2010, pp. 117-118.

¹⁴⁹ Consúltense los artículos 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En otras palabras, el control de convencionalidad constituye la revisión que se lleva a cabo a fin de constatar la concordancia de la conducta de los órganos respectivos, sujetos a estudio, con el tratado internacional y el resto de las disposiciones aplicables en el caso concreto en cuestión. De este modo, el control de convencionalidad:

“... implica valorar los actos de la autoridad interna a la luz del Derecho Internacional de los derechos humanos, expresados en tratados o convenciones e interpretados, en su caso, por los órganos supranacionales que poseen esta atribución. Equivale, en su propio ámbito, al control de constitucionalidad que ejercen los tribunales de esta especialidad (o bien, todos los tribunales en supuestos de control difuso) cuando aprecian un acto desde la perspectiva de su conformidad o incompatibilidad con las normas constitucionales internas.”¹⁵⁰

Inicialmente, entre los años 2003 y 2004, esta doctrina se desarrolló en los distintos votos particulares que explicaban el razonamiento de la parte decisoria de la sentencia y no precisamente en el desenvolvimiento de tales argumentos como sucedió después. Un pronunciamiento claro en torno a la obligación de aplicar el control en comento se encuentra en uno de los argumentos de la sentencia pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Tibi vs Ecuador*, en donde al efecto se establece:

“... la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados -disposiciones de alcance general- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho

¹⁵⁰ García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, Porrúa, México, 2011, p. 208.

de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos.”¹⁵¹

Luego de un par de años, este concepto siguió desarrollándose en el cuerpo de las sentencias de la Corte Interamericana, por vez primera en el año 2006. Al resolver un caso en contra de Chile, en el que se determinó que ante las obligaciones internacionales derivadas de la ratificación de un tratado internacional como la Convención Interamericana, los Estados a ella adheridos, al estar sometidos a ella, debían “velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.¹⁵²

5.2. Tipos de control de convencionalidad y órganos que los ejercen

Tratándose del control de convencionalidad, es menester considerar que este término alude a dos cosas diferentes en razón a los órganos que los efectúan, aunque conectados en cuanto al contenido y procedimiento del control. Siendo así, podría decirse que el control de convencionalidad se ramifica o divide en dos tipos diferentes, llevados a cabo por dos órganos distintos: el primero es el denominado control concentrado de convencionalidad, que realiza únicamente la Corte Interamericana; el segundo es el nombrado control difuso de convencionalidad, que realizan los Estados, en el ámbito de sus competencias a través de todas sus autoridades.

¹⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Tribi vs Ecuador*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 7 de diciembre de 2004, Serie C No. 114.

¹⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos realiza el control concentrado de convencionalidad cuando, adicionalmente a los órganos del Estado, verifica que las disposiciones internas, las conductas y los actos de los Estados parte de la Convención Americana sean acordes al Pacto y no violenten su contenido.

Los Estados, en el ámbito de sus competencias y dentro de los procedimientos que las leyes les establecen, deben realizar el control difuso de la convencionalidad, bajo los mismos parámetros por los cuales lo hace la Corte Interamericana. En estos supuestos los jueces nacionales deben hacer la misma revisión que haría la Corte, sobre la legislación que aplican o las conductas que realizan los distintos órganos del Estado para corroborar la no contravención de estos respecto de la Convención Americana, fungiendo como una especie de jueces interamericanos de protección de derechos.¹⁵³

Cuando el control de convencionalidad se estableció, se resaltó la responsabilidad de los Estados frente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos por los actos de todos sus órganos (considerándolos como un todo integral), en virtud de las obligaciones hacia la Convención Americana relativas a “sustraer a otros de este régimen convencionalidad de responsabilidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional”.¹⁵⁴

Este criterio fue sostenido y reafirmado un año después en un voto razonado en el que el juez Sergio García Ramírez determinó que:

“... A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público -y, eventualmente, de otros

¹⁵³ Sobre esta concepción, véase el voto 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*, del 26 de noviembre de 2010.

¹⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 25 de noviembre de 2003.

agentes sociales- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.”¹⁵⁵

Una vez que se realiza la revisión de los actos del Estado, la Corte Interamericana determina, suponiendo la contrariedad de los actos a la Convención Americana, la responsabilidad completa del país en cuestión, no solamente del órgano directamente responsable. En estos casos, la Corte puede declarar que el acto es contrario a la convención y solicitar al Estado que lo modifique o lo repare.

La Corte Interamericana aplica control de convencionalidad cuando descarta normas locales, incluso constitucionales, por oponerse a la Convención.¹⁵⁶

El control difuso de convencionalidad, por su parte, transita del ámbito de competencia de la Corte Interamericana para insertarse en el ámbito de competencia de cada uno de los Estados miembros de la Convención Americana.

Ante la imperiosa necesidad de que las disposiciones establecidas en la Convención Americana se añadan al derecho interno, a lo cual se suma la obligación de que este derecho se adecue a las disposiciones de la misma Convención, tal como está establecido en el artículo 2 de la Convención, la Corte consideró que los Estados debían velar por ella también en el ámbito nacional. Por esta razón determinó que el control de convencionalidad no debía ejercerse solamente por ella, ni ser ella quien realizara este control en primera instancia.

¹⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 7 de septiembre de 2004.

¹⁵⁶ Sagüés, Néstor Pedro, *op. cit.*, p. 120.

Fue así que aproximadamente tres años después de comenzar a desarrollar doctrinariamente el tema del control de convencionalidad en distintos votos razonados, la Corte Interamericana resolvió en el cuerpo de una sentencia en el caso Almonacid Arellano contra el Estado de Chile, 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 porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos...”¹⁵⁷

En esta sentencia el criterio que ya había sido establecido en los votos razonados anteriores se especificó un poco más, al determinar que serían los jueces del Estado quienes además de la Corte Interamericana de Derechos Humanos estaban obligados a realizar el control de convencionalidad.

Fue en el caso de los Trabajadores cesados del Congreso en contra del Estado de Perú, en el año 2006, cuando el criterio se sustentó y se desarrolló todavía más, aun cuando la Corte retomó y sustentó el criterio antes establecido en el caso Almonacid Arellano.

El desarrollo importante en este caso, es que se establecía que los órganos en general, aludiendo a la totalidad, del Poder Judicial debían realizar el control de convencionalidad “*ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana,

¹⁵⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154.

evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.¹⁵⁸

La trascendencia de esta sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos consiste en que, además de continuar con la consistente línea doctrinaria respecto de la obligación de los jueces de realizar el control de convencionalidad, se añade el hecho de que ese control se realice de manera oficiosa; lo cual significa que no debe ser una atribución exigible por el actor del caso concreto para que lo realice el juzgador, sino que los jueces del poder judicial deben efectuarlo por sí.¹⁵⁹

El criterio que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso, indica que el juez que está habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, debe a su vez practicar el control de convencionalidad, debido a la imperiosa necesidad de un doble control.

En este sentido, Néstor Sagües, se ha cuestionado, ¿qué ocurre si según el régimen vigente en un país determinado, hay jueces del Poder Judicial que no se encuentran habilitados para ejercer el control de constitucionalidad, como es el caso de aquél reservado sólo a su Corte Suprema o a una Sala Constitucional de la Corte Suprema? Y agrega algunas alternativas cuando se trata de un control total o parcial concentrado -como sucede en México-, entre ellas alude a una reforma constitucional.

¹⁵⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de noviembre de 2006.

¹⁵⁹ Luego de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del Caso Almonacid Arellano y el Caso de los Trabajadores Cesados del Congreso, vinieron otras más correspondientes al Caso La Cantuta vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 29 de noviembre de 2006, el Caso Boyce y otros vs. Barbados, Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y Costas, Sentencia del 20 de noviembre de 2007, el Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 1 de septiembre de 2010, el Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, reparaciones y Costas, Sentencia del 31 de agosto de 2010, el Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 1 de julio de 2011 y el Caso López Mendoza vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 1 de septiembre de 2011.

La Corte Interamericana obliga al juez local a practicar directamente el control de convencionalidad, sin que para ello sea necesaria la autorización por parte de la Constitución o autoridades de índole interno, sin perjuicio de sus competencias. Y si una norma local constitucional intenta impedir el control de convencionalidad al juez apto para realizarlo, dicha norma sería “inconvencional” por oponerse, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁶⁰

5.3. Formas a través de las cuales se efectúa el control de convencionalidad

Son dos las maneras en las que el control de convencionalidad se puede realizar, tanto el concentrado como el difuso: la primera forma consiste en el control concreto de convencionalidad; mientras la segunda constituye el control abstracto de convencionalidad. Estas dos formas de control se dirigen a dos tipos de disposiciones: mientras el control concreto se realiza sobre normas o leyes aplicadas a casos específicos en los cuales se ha considerado la existencia de una violación de derechos por la aplicación de la norma; el control abstracto, por su parte, se realiza sobre normas o leyes que aún no han sido aplicadas a un caso concreto, pero que se considera violan derechos por su simple existencia.

Al efecto, cabe resaltar que tratándose del control concentrado será únicamente la Corte Interamericana la facultada para realizar este control, en tanto que, en el caso del control difuso, lo será el poder judicial de los Estados miembros.

Sin embargo, puede suceder que el control difuso asuma la forma de control concreto, cuando los jueces deban revisar las leyes, reglamentos y conductas de sus autoridades al momento en que les son aplicados a los individuos de un Estado, para asegurarse de que éstos cumplan con los parámetros convencionales de derechos humanos. En este supuesto, lo

¹⁶⁰ Sagúes, Néstor Pedro, *op. cit.*, p. 123.

procedente sería hacerlo del mismo modo en que la Corte Interamericana lo hace cuando realiza esta forma de control concreto, a saber, desde la perspectiva del control concentrado de convencionalidad.

En lo concerniente al control abstracto, la Corte IDH ha reconocido esta forma de control desde 1996, primero a través de un voto disidente en un caso en contra de Venezuela, en el que la Corte decidió abstenerse de conocer porque los artículos impugnados de la ley no habían sido aplicados a ningún caso en concreto. En este voto, se estaba en desacuerdo con la mayoría de la Corte porque:

“la propia existencia de una disposición legal puede crear *per se* una situación que afecta directamente los derechos protegidos por la Convención Americana. Una ley puede ciertamente violar estos derechos en razón de su propia existencia, y, en la ausencia de una medida de aplicación o ejecución, por la amenaza real a la(s) persona(s), representada por la situación creada por dicha ley.¹⁶¹

En este mismo voto, el argumento sobre el cual se sostiene la idea del control abstracto consiste en que no debe ser necesario esperar a que la norma se aplique para determinar que es contraria a los derechos humanos de una persona, ya que si tuvieran que esperar a que se lesionaran los derechos, el deber de prevención se estaría dejando de lado. Ello implica que una ley puede ser contraria a la convención por su propia existencia.

Un año después, el criterio del juez Cancado se sostuvo en el cuerpo de una sentencia contra Ecuador, donde se impugnaba la contrariedad de una disposición del Código Penal a diversos derechos fundamentales de los acusados por conductas relacionadas con sustancias estupefacientes y psicotrópicas. En

¹⁶¹ Voto disidente del juez Antonio A. Cancado Trindade, respecto de la resolución emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Caso El Amparo vs. Venezuela, Reparaciones y Costas, Sentencia del 14 de septiembre de 1996.

esta sentencia, la Corte consideró que la norma “despojaba a parte de la población carcelaria de un derecho fundamental... y... lesionaba intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados”. Incluso, se estimó que esta categoría violentaba por sí misma el artículo 2º de la Convención Americana, siendo posible declarar responsable al Estado.¹⁶²

Toda vez que la Corte ha considerado que los Estados parte están obligados a adaptar la Convención Americana y adecuarla a su sistema interno, a través de una especie de control de convencionalidad abstracto para cumplir con esta obligación,¹⁶³ el control abstracto también debe ser realizado por los jueces estatales a través del control difuso.

Tanto la forma concreta, como la abstracta de realizar el control de convencionalidad y los tipos de control de convencionalidad difuso y concentrado siguen ciertos parámetros con los que se revisan las disposiciones internas para determinar si las conductas de los órganos del Estado son o no convencionales.

5.4. Parámetros para determinar la convencionalidad o inconvencionalidad de una conducta.

Principalmente, el control de convencionalidad debe hacerse siguiendo el parámetro de la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados que den competencia a la Corte Interamericana. Sin embargo, la convencionalidad no se circunscribe solamente a estos instrumentos.

La Corte Interamericana ha establecido que cuando se revisa el derecho interno, debe contrastarse, con los tratados que suministran competencia a la misma Corte, así como con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que ésta ha emitido al interpretar la Convención Americana. Como parte de esa

¹⁶² Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Fondo, Sentencia del 12 de noviembre de 1997.

¹⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 12 de agosto de 2008.

jurisprudencia se encuentran también los protocolos adicionales a la Convención, las opiniones consultivas de la Corte, las medidas provisionales y las interpretaciones realizadas en todas ellas, como parte del corpus iuris interamericano.¹⁶⁴

Dicho criterio se mantuvo y desarrolló gradualmente en el voto razonado del Juez Ferrer Mac-Gregor, en el que manifestó que los documentos relacionados con la Corte Interamericana eran sólo el estándar mínimo que las autoridades estatales debían respetar, mismo que debía ser ampliado hacia todos los tratados internacionales sobre derechos humanos o, en su caso, que implicaran normas de derechos humanos ratificados por el país, así como las interpretaciones que de ellos hicieran los respectivos órganos.¹⁶⁵

5.5. Factores determinantes del grado de intensidad y alcance del control de convencionalidad ejercido por Tribunales y Salas constitucionales

El control de convencionalidad es más efectivo y determinante en aquellos ordenamientos jurídicos nacionales en los cuales existe un órgano de control de constitucionalidad facultado para declarar la inconvencionalidad de una norma local y, consecuentemente, anularla y expulsarla del ordenamiento jurídico con efectos generales.

Para lograr el mayor alcance y efecto del control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas constitucionales se requieren varios factores determinantes a saber:¹⁶⁶

¹⁶⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154.

¹⁶⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de noviembre de 2010; del que se derivó el Voto razonado del juez *ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

¹⁶⁶ Sagüés, Néstor Pedro, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. Estudios Constitucionales*, Chile, Año VIII, No. 1, 2010, p. 125.

5.5.1. Constitucionalización del parámetro de convencionalidad y reconocimiento de su carácter eventualmente “supraconstitucional”

Estas circunstancias son indispensables para que tanto los Tribunales como las Salas constitucionales ejerzan un control de convencionalidad amplio y eficaz; pues, en los ordenamientos jurídicos nacionales en los cuales el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es reconocido como parte integrante del bloque de constitucionalidad que abarca todas las convenciones y declaraciones en la materia, a causa de la influencia de una tesis tradicional, desfasada, en la cual el rango, la potencia, la resistencia y la jerarquía de una simple ley ordinaria o, de supra legalidad pero infra constitucionalidad, acarrea serias dificultades para la realización e implementación del control de convencionalidad.

En ese sentido, cabe resaltar que en los sistemas jurídicos en los cuales se reconoce la pertenencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos e, incluso, del corpus iuris interamericano, al parámetro de convencionalidad; las posibilidades del ejercicio del control de convencionalidad incrementan considerablemente. Máxime que, en circunstancias particulares, se les reconozca un rango supraconstitucional.

Atendiendo a Ferrer Mac-Gregor, la “constitucionalización” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, específicamente, del parámetro de convencionalidad, e incluso el reconocimiento de un rango eventualmente supraconstitucional depende de reformas o modificaciones constitucionales expresas o bien, de una jurisprudencia constitucional progresista que reconozca el carácter vinculante y supra constitucional de la jurisprudencia y opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana.¹⁶⁷

5.5.2. Efectos de la jurisprudencia de los Tribunales o Salas Constitucionales

En los sistemas de control de constitucionalidad donde la jurisprudencia vertida es obligatoria para todos los operadores jurídicos y sujetos del ordenamiento jurídico (públicos y privados), el control de convencionalidad está fatalmente destinado a tener un mayor impacto y relevancia. En este caso las sentencias tienen un efecto jurídico vinculante; tanto las interpretativas, acordes al

¹⁶⁷ Ferrer Macgregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, en *Derechos Humanos: Un nuevo modelo constitucional*, UNAM-III, México, 2011, pp. 350-352.

parámetro de convencionalidad, como las estimatorias, que declaran la “inconvencionalidad” de la norma o disposición local por transgredir el parámetro de convencionalidad, cuya consecuencia consiste en su expulsión del ordenamiento jurídico.

En esos modelos de control de constitucionalidad usualmente se establece conjuntamente, como una forma de aproximación o concordancia con los sistemas del *common law*, que la jurisprudencia funja como una fuente no escrita del ordenamiento jurídico e incluso, ocasionalmente, que pueda llegar a tener un nivel superior a la ley cuando interpreta, integra o delimita el campo de aplicación del ordenamiento constitucional o supraconstitucional escrito.

De este modo, en tales modelos de control de constitucionalidad, ningún poder público constituido o sujeto de Derecho privado puede sustraerse al control de convencionalidad ejercido por el Tribunal o Sala respectivo, por cuanto, sus sentencias integran el parámetro o bloque de constitucionalidad.

5.5.3. Cuál es el efecto declarativo de la nulidad de la norma o disposición interna incompatible con el parámetro de convencionalidad

Las sentencias estimatorias emitidas por los Tribunales o Salas constitucionales en los sistemas jurídicos nacionales suponen la anulación con efectos declarativos y retroactivos a la fecha de vigencia de la norma, disposición o acto, lo cual se amplía y fortalece notablemente con el control de convencionalidad.

Esto es así, aunque el ordenamiento jurídico interior disponga que esa declaratoria se hace sin menoscabo de los derechos adquiridos de buena fe, de las situaciones o relaciones jurídicas consolidadas por prescripción o de la caducidad o en virtud de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada material.

La posibilidad que tienen algunos órganos de control de constitucionalidad de graduar y dimensionar en el espacio, tiempo y la materia, el efecto retroactivo de la sentencia estimatoria, dictando las medidas necesarias para evitar graves dislocaciones de la seguridad, la justicia y la paz social, tampoco perjudica la intensidad del control de convencionalidad. Esto porque estamos ante un mecanismo de control de convencionalidad ejercido por Tribunales y Salas Constitucionales a fin de dotar a las sentencias estimatorias de una eficacia prospectiva.

Tales sentencias anulatorias y declarativas con efectos *ex tunc* o retroactivos y no *ex nunc*, además producen cosa juzgada material constitucional –sin posibilidad de reabrir el asunto- y suponen la expulsión o la eliminación de la norma, disposición o acto del ordenamiento jurídico.

Consecuentemente, la norma, disposición o acto contradictorio al “parámetro de convencionalidad” desaparece, con efectos generales y vinculantes, del ordenamiento jurídico, siendo innecesario un nuevo pronunciamiento sobre el particular por la subsistencia de la norma o acto inconvencional si hubiera sido únicamente desaplicado.

Las sentencias constitucionales tienen la virtud de establecer, definitivamente y para toda hipótesis futura, la transgresión del “parámetro de convencionalidad”, generando con ello gran seguridad jurídica sobre el tema y vinculando a toda la jurisdicción ordinaria y a cualquier operador jurídico.

El mayor impacto del control de convencionalidad ejercido por el órgano encargado del control de constitucionalidad se incrementa cuando el ordenamiento jurídico procesal constitucional prevé la posibilidad de que, por conexidad, la declaratoria de nulidad pueda incluir a los demás preceptos de la norma o disposición interna impugnada o revisada o de cualquier otra ley, disposición o acto –incluso los de aplicación específica cuestionados- cuya anulación sea evidentemente necesaria por conexión o consecuencia. En estos sistemas jurídicos, el control de convencionalidad tiene un alcance y extensión insospechados, sin olvidar que la declaratoria de nulidad por inconvencionalidad de las normas conexas debe pasar por los principios de prudencia y autocontención del Tribunal o Sala Constitucional respectivos.

5.5.4. El control de convencionalidad *ex officio*

La Corte Interamericana ha señalado que los órganos jurisdiccionales -entre los cuales se ubican los Tribunales y Salas constitucionales de América Latina- deben ejercer el control de convencionalidad de las normas, disposiciones o actos internos de manera *ex officio*, es decir, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes.¹⁶⁸

¹⁶⁸ Lo cual quedó establecido desde noviembre de 2006, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de noviembre de 2006. Como hemos indicado desde el caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c/. Perú” de 24 de noviembre de 2006.

Esta precisión que, del control de convencionalidad, hizo la Corte Interamericana tiene grandes repercusiones en el ejercicio de los Tribunales o Salas constitucionales sobre este control, pues lo intensifica y amplía ostensiblemente.

En la mayoría de los sistemas de control de constitucionalidad, incluidos los más anti formalistas, rige el principio dispuesto; de modo que, el promovente de la acción de inconstitucionalidad debe exponer, clara y precisamente, en el escrito inicial, los agravios, fundamentos y la cita específica de los componentes del parámetro de constitucionalidad que se estiman infringidos, con la posibilidad de prevenirle al gestionante las omisiones para que sean subsanadas, con el riesgo de que en caso de incumplir, se deniegue el trámite.

Sin embargo, con el mandato dirigido por la Corte Interamericana en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú, se produjo una modificación o reforma tácita de las legislaciones nacionales, en materia de acciones de inconstitucionalidad, relativas a que, el Tribunal o Sala constitucional correspondiente, de oficio y aunque no haya sido solicitado por la parte que plantea la acción, debe revisar la convencionalidad de la norma, disposición o acto interno o local. Consecuentemente, en el Derecho Procesal Constitucional se avanza, a nivel interamericano, de un sistema dispositivo a uno parcialmente inquisitivo en materia de control de convencionalidad, por lo cual los Tribunales y Salas, bajo el riesgo de hacer incurrir al Estado en cuestión en responsabilidad internacional por omisión, deben efectuar, oficiosamente, el control de convencionalidad dentro del marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales domésticas.

5.6. Cuál es el fin del control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas constitucionales

Resulta difícil establecer reglas unívocas sobre este tema debido a que cada ordenamiento interamericano de control de constitucionalidad establece, con singularidad propia, en qué supuestos cabe una acción de inconstitucionalidad.¹⁶⁹ A lo cual se suma la afirmación de la Corte Interamericana relativa a que el control de convencionalidad debe ser efectuado por los órganos jurisdiccionales “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes”, máxime que se deben “considerar otros supuestos formales y

¹⁶⁹ Ferrer Macgregor, Eduardo (coord.), *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, UNAM-Marcial Pons, Buenos Aires, 2009, 13-526.

materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones”,¹⁷⁰ como conceptos que le reconocen a los órganos internos encargados del control de convencionalidad un margen de apreciación nacional inequívoco.

No obstante, pueden establecerse algunas reglas de carácter general -sin perjuicio de su relatividad por las singularidades de cada ordenamiento jurídico- para el control de convencionalidad ejercido por el órgano nacional encargado del control de constitucionalidad.

5.6.1. Fuentes no escritas

En algunos ordenamientos jurídicos, las fuentes no escritas, como es el caso de los principios generales del Derecho, la jurisprudencia y la costumbre, tienen un efecto normativo expresamente otorgado por el ordenamiento jurídico, además de servir para interpretar, integrar y delimitar el campo de aplicación del ordenamiento escrito.

Incluso, esporádicamente, puede llegar a otorgárseles el rango de ley cuando suplen la ausencia de una, prevaleciendo sobre las normas escritas de grado inferior. Notoriamente, en estos supuestos, es admisible el control de convencionalidad sobre dichas fuentes no escritas.

En lo correspondiente a la jurisprudencia, cabe resaltar que, en algunos ordenamientos jurídicos no se admite la acción de inconstitucionalidad contra resoluciones jurisdiccionales concretas o específicas, pero sí contra pautas o líneas jurisprudenciales, por lo cual el Tribunal o Sala constitucional puede ejercer el control de convencionalidad sobre tal jurisprudencia.

5.6.2. Leyes, reglamentos y actos de eficacia general sujetos al Derecho público

Toda vez que la Corte Interamericana ha señalado que el control de convencionalidad recae sobre las “leyes”, “normas jurídicas internas” o “normas internas”,¹⁷¹ el control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas

¹⁷⁰ Véase la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de noviembre de 2006.

¹⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154 y Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú.

constitucionales, vía acción de inconstitucionalidad de las leyes y de los reglamentos está fuera de toda duda o discusión.

También es posible someter al control de convencionalidad a las manifestaciones y actos sujetos de los poderes públicos por su eficacia general.

5.6.3. La Constitución y sus reformas

Una de las cuestiones que genera dudas es si las reformas parciales a la Constitución emitidas por el poder reformador o poder constituyente derivado pueden estar o no sujetas al control de convencionalidad efectuado por los Tribunales y Salas Constitucionales.

Al respecto se establece que el poder reformador, en cuanto poder constituido, tiene como límite infranqueable el parámetro de convencionalidad, por lo cual, el órgano encargado del control de constitucionalidad puede ejercer el control de Control de convencionalidad ejercido por Tribunales y Salas Constitucionales de convencionalidad sobre las reformas que emita al texto constitucional, sobre todo considerando uno de los principios básicos de los derechos humanos, el de progresividad.

5.6.4. Constitución

El control de convencionalidad se puede ver reducido por una serie de mitos y ataduras dogmáticas cuando se trata del texto constitucional, pues a él están sujetos los Tribunales y Salas constitucionales por el principio de la supremacía constitucional.

Sobre este particular, es preciso que los Tribunales y Salas constitucionales comprendan que la fidelidad constitucional, aunque haya cláusula expresa en el texto fundamental, no opera cuando se contraría el parámetro de convencionalidad por su jerarquía, eventualmente, supraconstitucional.

Ciertamente, para cualquier Tribunal o Sala Constitucional de Latinoamérica, el declarar que un precepto constitucional quebranta el bloque de convencionalidad puede acarrearle críticas serias, resistencias y hasta represalias de la clase política que no entiende o no admite el rango supraconstitucional de aquél. Sin embargo, para aminorar los efectos de la declaratoria de inconventionalidad de una norma constitucional, los Tribunales y Salas constitucionales pueden hacer lo siguiente:

- a) Cuando el parámetro de convencionalidad es más favorable a la persona que un precepto constitucional, de conformidad con el principio *pro homine* o *pro persona*, el Tribunal o Sala Constitucional puede aplicarlo directamente, desaplicando el texto constitucional.
- b) Por otro lado, el Tribunal o la Sala Constitucional en cuestión tiene la opción de efectuar una interpretación conforme de un precepto constitucional atendiendo al parámetro de convencionalidad.

Ahora bien, el corpus iuris interamericano escrito debería modificarse para incluir una cuestión de prejudicialidad que incluya el Control de convencionalidad ejercido por Tribunales y Salas Constitucionales convencionales, de manera similar a la prevista en el sistema jurisdiccional de la Unión Europea,¹⁷² que le permita a los Tribunales y Salas constitucionales plantear la cuestión ante la Corte Interamericana para que este órgano respalde la declaración de inconvencionalidad de un precepto constitucional.

De modo que esta cuestión prejudicial de convencionalidad se constituya como una facultad de todo órgano jurisdiccional o de control de constitucionalidad interno, ejercitable cuando exista duda fundada de la convencionalidad de una norma constitucional.

La Corte Interamericana por su parte, al conocer y resolver esta cuestión, podría emitir un criterio de validez con efectos jurídicos vinculantes tanto para el órgano jurisdiccional o encargado de la custodia constitucional nacional que la plantea como para los órganos equivalentes del sistema interamericano y, en general, para todos los Estados del sistema interamericano que han reconocido la autoridad de la Corte Interamericana. De manera que se garantice la supremacía del parámetro de convencionalidad, así como su interpretación y aplicación uniforme.

En definitiva, se estaría ante una vertiente jurídico-formal para casos calificados o excepcionales, donde el pronunciamiento sobre la validez convencional de la Corte Interamericana avalaría la eventual declaratoria de ilegitimidad convencional de la norma o precepto constitucional, mitigando la reacción adversa de determinados sectores políticos absolutamente reaccionarios al control de convencionalidad. Desde luego que, para tal fin, no consideramos

¹⁷² Mangas Martín, Araceli y otro, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 5ª Reimpresión, 7ª ed., 2012, pp. 460-467.

apta la opinión consultiva actualmente existente, por cuanto sólo puede ser planteada por los Estados y ciertos órganos del sistema interamericano en el ámbito de sus competencias y no directamente por los órganos encargados del control de constitucionalidad, lo cual conduce a un contenido no vinculante.

En lo concerniente a la opinión consultiva prevista actualmente, no puede descartarse la posible existencia de un criterio discrepante entre el órgano interno, encargado del control de constitucionalidad, y los poderes legislativo y ejecutivo, sobre la eventual inconventionalidad de un precepto constitucional, lo cual dificultaría la consulta del Estado por la interferencia del criterio político.

No obstante, la regulación expresa de esta cuestión prejudicial de convencionalidad estaría exhortando a un Estado determinado para que reforme, modifique o suprima un precepto constitucional inconventional, ¹⁷³ de modo que el control de convencionalidad dejaría de estar centrado en la Corte Interamericana a través del control concentrado de convencionalidad que ésta ejerce, tal y como quedó asentado con anterioridad.¹⁷⁴

En todo caso, aunque no fuera expresamente introducida esta cuestión prejudicial de convencionalidad, es preciso aclarar uno de los mitos del control de constitucionalidad derivado de los principios de la supremacía y la fidelidad constitucional, relativo a que los jueces constitucionales no pueden controlar la legitimidad de un precepto constitucional. Pues esa posibilidad debe abrirse camino para transformar a los jueces constitucionales en verdaderos jueces interamericanos en tanto guardianes primeros y custodios del parámetro de convencionalidad capaces de fortalecer el carácter complementario o subsidiario de la jurisdicción regional de la Corte Interamericana.

Con mayor razón en los ordenamientos jurídicos en los cuales el influjo del fenómeno de la constitucionalización del derecho internacional de los Derechos Humanos ha logrado que los propios intérpretes definitivos de la Constitución o por reformas parciales a la Constitución, se admita que el parámetro de

¹⁷³ Ventura Robles, Manuel E., *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, t. II, CIDH, San José, Costa Rica, 2011, pp. 385-416.

¹⁷⁴ Véase lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs Chile, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 5 de febrero de 2001; así como lo dispuesto por la misma Corte, en el caso Boyce y otros vs Barbados, excepción preliminar, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de noviembre de 2007.

convencionalidad posee un rango supraconstitucional, lo cual supone una revolución en el sistema de las fuentes del Derecho.

La cuestión fundamental que subyace en esta discusión es que ni siquiera el poder fáctico o constituyente originario debe desmarcarse del parámetro de convencionalidad y, en particular, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por su carácter supraconstitucional¹⁷⁵ y de *ius cogens*.

Como afirma Rey Cantor, a partir del control de convencionalidad, es posible afirmar la existencia de un derecho a la supremacía del derecho internacional de los derechos humanos de carácter regional, lo que le permite, a cualquier justiciable, exigir a un juez constitucional la aplicación directa e inmediata de ese orden jurídico con preferencia a la legislación interna que lo contradiga,¹⁷⁶ incluso, si es de rango constitucional.

A diferencia del resto de los componentes del bloque de constitucionalidad que no constituyan preceptos o normas constitucionales los cuales pueden estar expresamente previstos o razonablemente implícitos, siendo forjados o introducidos por los pronunciamientos del Tribunal o la Sala Constitucional respectiva, la cuestión del control de convencionalidad pasa por un mecanismo a saber: el cambio de jurisprudencia o de criterio.

En efecto, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos la jurisprudencia emitida por los Tribunales o Salas constitucionales es vinculante *erga omnes*, salvo para éstos mismos órganos; consecuentemente cuando de oficio o a instancia de parte detectan una vertiente jurisprudencial o, incluso, en sus pronunciamientos dan por sentado un principio o valor constitucional que contraría el parámetro de convencionalidad, pueden replantearse el tema y promover un cambio jurisprudencial bajo una mejor ponderación de la cuestión.

¹⁷⁵ Sagüés, Néstor Pedro, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, t. IV, Opus Magna, Guatemala, 2001, p. 2.

¹⁷⁶ Rey Cantor, Ernesto, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2008, p. 204.

5.7. Medios procesales empleados por los Tribunales y Salas constitucionales para ejercer el control de convencionalidad

Este tema, depende de la regulación interna o nacional que se haga en la legislación procesal constitucional de cada país.¹⁷⁷

En los ordenamientos jurídicos interamericanos cuya legislación procesal constitucional admite diversos y múltiples mecanismos o cauces para hacer prevalecer el principio de la supremacía constitucional, las posibilidades de ejercer el control de convencionalidad por los Tribunales o Salas constitucionales crece notablemente.¹⁷⁸

5.7.1. El control de constitucionalidad *a priori* y el control de convencionalidad

Algunos sistemas jurídicos admiten el control de constitucionalidad *a priori* de proyectos legislativos discutidos en el seno del órgano legislativo previo a su aprobación, ya sea tratándose de la emisión de leyes ordinarias, de reforma parcial a la Constitución o de aprobación de tratados o convenios internacionales. En la mayoría de los supuestos, el control *a priori*, se proyecta sobre los vicios formales de carácter esencial cometidos por el órgano legislativo durante el procedimiento legislativo.

Sin embargo, algunos sistemas no excluyen la posibilidad del órgano encargado del control de constitucionalidad de advertir o señalar vicios sustanciales o cualquier otro dato relevante en el contenido del proyecto legislativo. Es en este último terreno, donde el control de convencionalidad que deben ejercer las Salas y Tribunales constitucionales, cumple un rol de primer orden y, ante todo, preventivo para evitar la emisión de disposiciones legislativas contrarias al parámetro de convencionalidad, evitando que se vea comprometida la responsabilidad internacional del Estado.

Nuevamente, respecto de este mecanismo de control de constitucionalidad, se rompe el principio dispositivo en materia procesal constitucional, por cuanto, ahora los Tribunales o Salas constitucionales deben ejercer un control de convencionalidad de oficio, pese a que quienes plantean la consulta de

¹⁷⁷ Esto, atendiendo a lo señalado en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de noviembre de 2006.

¹⁷⁸ Ferrer Macgregor, Eduardo (coord.), *op. cit.* pp. 13-526.

constitucionalidad deben expresar los aspectos cuestionados del proyecto de ley y los motivos por los cuales se tienen dudas u objeciones.

5.7.2. Acción de inconstitucionalidad

En términos generales, los sistemas jurídicos cuya legislación procesal constitucional admite una amplia legitimación para plantear la acción de inconstitucionalidad, las posibilidades de un control de convencionalidad se ven notablemente aumentadas.

Algunos ordenamientos jurídicos combinan el control concreto, a través de un asunto previo –en sede jurisdiccional ordinaria, administrativa o mediante los recursos de amparo y hábeas corpus- con el abstracto, cuando se lesionan intereses colectivos en su versión corporativa o difusa, no requiriéndose, en tales supuestos, de asunto previo o de una lesión individual o directa.

El control de convencionalidad ejercido por Tribunales y Salas constitucionales será mucho más intenso, cuando la legislación procesal constitucional admita la legitimación institucional ejercida por ciertos órganos de fiscalización o control tales como el Defensor del Pueblo, la Contraloría (Entidad de Fiscalización Superior en materia hacendaria y presupuestaria), la Procuraduría (representación y defensa del Estado y función consultiva) y la Fiscalía (encargada de las políticas de persecución penal). En estos casos, se compromete a ciertos órganos clave de la organización institucional o política de un país determinado a contribuir con el control de convencionalidad, independientemente de que el órgano encargado del control de constitucionalidad deba hacerlo de oficio.

5.7.3. Consultas judiciales

Algunas legislaciones nacionales, en materia procesal constitucional, admiten que los jueces ordinarios puedan plantear una consulta de constitucionalidad cuando, en un asunto concreto que les corresponda conocer y

resolver, tengan dudas fundadas de constitucionalidad sobre la norma o acto que deben aplicar.

Se trata de un mecanismo propio de algunos modelos de control de constitucionalidad concentrado, en los cuales el juez ordinario no puede anular las normas o actos sujetos al Derecho Público o enjuiciar su constitucionalidad, sin antes plantear la duda fundada de constitucionalidad al órgano encargado del control de constitucionalidad.

Este mecanismo, permite obviar los efectos poco intensos del control de convencionalidad ejercido por los jueces ordinarios –que sólo podrían desaplicar para el caso concreto con efectos jurídicos relativos o *inter partes*- la norma contraria al parámetro de convencionalidad, al plantear el tema ante el órgano encargado del control concentrado de constitucionalidad para que destierre, definitivamente, y con efectos generales, la norma o acto local del ordenamiento jurídico.

En estos casos, el juez ordinario o de legalidad debe tener un amplio conocimiento del Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos y, en particular, del bloque de convencionalidad para plantear la consulta, independientemente, de que el Tribunal o Sala Constitucional ejerza, de oficio, el control de convencionalidad.

5.7.4. Recursos de amparo y de hábeas corpus

En los ordenamientos jurídicos cuya legislación procesal constitucional prevé que los procesos de amparo y de hábeas corpus pueden servir como asunto previo a la cuestión de inconstitucionalidad o que regulan la posibilidad de “convertir” un proceso de amparo o de hábeas corpus –jurisdicción de la libertad,

en términos de Cappelletti¹⁷⁹- en una acción de inconstitucionalidad, la intensidad y amplitud del control de convencionalidad también crece exponencialmente.

Esta última posibilidad –conversión-, se da cuando las actuaciones u omisiones de la autoridad pública impugnadas en el amparo o hábeas corpus están razonablemente fundadas en normas vigentes, en cuyo caso, se suspende la tramitación del proceso y se otorga al promovente un plazo para que formalice la acción de inconstitucionalidad.

Por supuesto, que las posibilidades de ejercer el control de convencionalidad por el órgano encargado del control de constitucionalidad crecen cuando la legitimación para los procesos de habeas corpus y de amparo y los requisitos de admisibilidad, se rigen por principios y reglas flexibles y amplias tales como la legitimación vicaria y para la protección de intereses colectivos (corporativos o difusos), el informalismo, la gratuidad y la posibilidad de ejercer la defensa material, sin necesidad de patrocinio letrado.

5.8. CONFLICTOS NORMATIVOS. ANTINOMIAS

Fenómenos como la globalización y las nuevas tecnologías, no sólo han contribuido a mejorar las condiciones de vida del hombre, sino que han complicado las formas de relacionarnos y comunicarnos.

La preocupación progresiva sobre la protección de los derechos humanos y las condiciones de los países en desarrollo, que nos muestran la dura realidad de nuestro mundo polarizado, son claras muestras de esa complicación humana que ha traído consigo un cambio necesario en la regulación de las relaciones humanas tanto a nivel estatal como internacional. Pues es en éste complicado escenario donde se inscriben los tratados internacionales.

¹⁷⁹ V. Cappelletti, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad: Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austriaco*, Publicaciones del Instituto de Derecho Comparado, México, 1961, pp. 165-280.

Todos ellos concernientes al mejoramiento de las condiciones de vida de los grupos más vulnerables en el mundo: como es el caso de las mujeres y los niños; motivo por el cual, la aplicación de estos tratados, debe ser fehaciente.

De este modo, el desarrollo de la sociedad y su complejidad, han provocado numerosas necesidades normativas, lo cual conduce a un incremento notable de los órganos con capacidad para producir normas jurídicas, que a su vez produce, en el ordenamiento jurídico, una infinidad de normas jurídicas.

Esta circunstancia explica la dificultad de conocer cuántas y cuáles son las normas que integran un determinado ordenamiento jurídico. Lo cierto es que, frecuentemente, el Derecho de un Estado moderno es creado por diversos órganos legislativos y, además, está formado por normas de muchos tipos y de diversa antigüedad. De modo que hoy en día, cualquier ordenamiento jurídico se caracteriza por su amplitud y complejidad.

La razón de este embrollo radica en la imposibilidad de que un único órgano satisfaga todas las necesidades normativas de una sociedad desarrollada. Por tal motivo, las organizaciones jurídicas se auxilian de distintas técnicas de delegación de la potestad normativa originalmente atribuida al Congreso por los ciudadanos mediante las elecciones. Así, ocasionalmente, puede ocurrir que éste delegue en el Gobierno el desarrollo de una materia regulada en sus aspectos fundamentales mediante una ley, y en otras, se delegue a otro órgano la competencia para regular ciertas materias.

A pesar del sin número de normas jurídicas y de la dificultad que implica la existencia de órganos con competencias normativas de distinto tipo y nivel, unánimemente se asume entre los juristas que el conjunto de las normas jurídicas en vigor de las organizaciones estatales desarrolladas conforman un sistema, por lo cual, para referirse a él, se alude a un sistema jurídico, o bien, a un ordenamiento jurídico.

En ese sentido, cabe destacar que es la concepción sistemática –de sistema jurídico- la que otorga al conjunto de las normas jurídicas ese carácter.¹⁸⁰

Dentro de las consecuencias que se derivan de considerar el Derecho como un sistema encontramos la característica de la coherencia; de modo tal, que no coexisten en su seno normas incompatibles entre sí o bien que, en todo caso, si se detectan, existen mecanismos para repararlas.¹⁸¹

Por otro lado, aunque la coherencia del sistema jurídico sea una característica que guía todos los procesos de aplicación del Derecho, entre los juristas se aprecian dos posiciones claramente diferenciadas:

Para algunos la coherencia constituye una cualidad intrínseca y objetiva del sistema jurídico, por lo cual, éste disfruta de una lógica interna propia que influye en la manera de aplicar las normas jurídicas; y para otros, sólo podría hablarse de la coherencia del sistema jurídico como resultado de la interpretación efectuada por los órganos aplicadores del Derecho.

Quienes mantienen esta segunda postura destacan lo difícil que es lograr coherencia en un conjunto de normas creadas en regímenes políticos diversos y portadoras de finalidades ocasionalmente contradictorias.

Por eso, la coherencia no es más que una construcción mental de los juristas que los conduce a comportarse como si el sistema jurídico realmente fuera coherente aunque, el resultado de esa actitud que guía los procesos de aplicación de las normas jurídicas y que lleva a solucionar las contradicciones surgidas, finalmente el sistema puede presentarse como un conjunto de normas coherente.

¹⁸⁰ Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, trad. De Rolando Tamayo y Salmorán, IIJ-UNAM, México, 1986, pp. 151-223.

¹⁸¹ Sobre la coherencia de los sistemas jurídicos, véase Tamayo y Salmorán, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, IIJ-UNAM, México, 1976, pp. 93-110.

De este modo, independientemente de que el sistema jurídico sea coherente o de que se utilice como si lo fuera, unánimemente se admite que el Derecho no puede estar compuesto de normas jurídicas incompatibles.

Si en los procesos de aplicación jurídica llegaran a detectarse dos normas que atribuyan al mismo hecho dos soluciones normativas incompatibles, una de las dos, o ambas, deben ser eliminadas para restituir la coherencia del sistema.

Ello no implica que los juristas sean rígidos en el modo de comprender la relación de coherencia entre las normas. Pues, para que se considere satisfecho este requisito basta con la compatibilidad entre las normas, sin que sea necesario que todas ellas sean el producto de un proceso deductivo perfecto.

De lo anterior se infiere que la coherencia alude a las relaciones particulares de las normas que integran el sistema jurídico y no al sistema jurídico en su conjunto. Se trata de un requisito de validez de las normas jurídicas individuales -no ser incompatibles con las normas jurídicas jerárquicamente superiores del sistema-, más que de una propiedad del sistema jurídico como tal. Lo cual no impide que una vez sorteadas las incompatibilidades normativas, o resueltas cuando surgen, el sistema jurídico puede presentarse como un conjunto de normas coherente.

Se les denomina antinomias a los casos de incompatibilidad normativa. De ahí que la coherencia del sistema jurídico es equivalente a la inexistencia de antinomias o a su eliminación cuando aparecen.

5.8.1. La caracterización de las antinomias

En el problema de la caracterización de las antinomias es importante hacer tres consideraciones:

La primera alude a la necesidad de saber que la existencia de antinomias es inevitable, pues ni siquiera con la ayuda de herramientas e instrumentos

tecnológicos avanzados como pudiera ser el caso de los medios informáticos, los órganos legislativos pueden evitar en determinado momento la aparición de una contradicción, por lo cual, en la práctica, los órganos legislativos de los diferentes niveles y ámbitos de gobierno, incurren en una serie de contradicciones inevitables.

La segunda consideración consiste en que, a pesar de la inevitabilidad del riesgo de la aparición de las antinomias, el juez tiene la obligación de resolverlas. De este modo, incluso en circunstancias de contradicción el juez debe resolver, eligiendo una de las normas en conflicto.

Finalmente, la tercera consideración se refiere al proceso de solución, es decir, al criterio que debe elegir el juez para solucionar la contradicción, pues en nuestra cultura jurídica no sería admisible que en la motivación de la sentencia de un juez, se justificara la elección de una de las normas en conflicto conforme a la suerte, de lo que se advierte la necesidad de que el juez utilice un criterio formal que le sirva para motivar racional y adecuadamente su decisión.

Entre los requisitos indispensables para que se dé una antinomia: destacan el de incompatibilidad normativa, pertenencia al mismo sistema jurídico, y coincidencia en el ámbito de aplicación, los cuales serán abordados con posterioridad.¹⁸²

Sin embargo, es indispensable aclarar desde ahora que la apreciación de estos requisitos en los procesos de aplicación del Derecho no es meramente una operación mecánica, pues en el juez implica la adopción de una decisión no guiada por normas jurídicas, sino producto de valoraciones subjetivas. En este caso el motivo reside en que las antinomias se producen entre normas jurídicas,

¹⁸² Cisneros Farías, Germán, *Antinomias y lagunas constitucionales. Caso México*, Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México, no. 8, enero- junio de 2003, disponible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/8/ard/ard2.htm#N*

esto es, entre significados atribuidos a las disposiciones normativas como consecuencia de su interpretación.

Para entender los problemas de identificación de las antinomias, y de la interpretación en general, es sustancial distinguir entre el soporte lingüístico empleado por el legislador para promulgar una norma, es decir, el texto que redacta para transmitir su intención normativa o disposición, y la norma jurídica, entendida como su significado o resultado de la interpretación de la disposición.

Ocasionalmente, puede ocurrir que el significado que se le atribuya a la disposición, esto es, su interpretación, no plantee dudas al intérprete ni discrepancias entre los intervinientes en un acto de aplicación del Derecho, y la norma jurídica sugerida por la mera lectura de la disposición satisfaga el hecho en cuestión y, por ende, se aplique.

Pero en otros supuestos ese significado literal o *prima facie* puede llegar a provocar dudas en el intérprete o discrepancias entre los operadores jurídicos, lo cual puede conducir al sometimiento de la disposición a una interpretación diferente, aplicándose con ello una norma diferente a la sugerida por la simple lectura del texto legislativo.

Lo que ahora nos interesa es la posibilidad de que una de las posibles fuentes de duda para el intérprete, como puede ser el caso de la norma *prima facie*, exprese un significado incompatible con otra norma del mismo sistema jurídico, provocando con ello una antinomia.

Esta circunstancia, sumada a las inevitables valoraciones implícitas en todo proceso interpretativo, ocasiona que el juez posea un margen amplísimo para apreciar la existencia de una antinomia.

Según las circunstancias, se puede optar por una interpretación que evite una antinomia ocasionada por atribuir a dos disposiciones sus significados *prima*

facie, ya que, a veces ese significado literal, obtenido de la mera lectura del texto de dos enunciados, pone de manifiesto una antinomia, al ambas disposiciones expresar normas contradictorias u obligaciones que no pueden cumplirse simultáneamente. En cuya situación se puede: 1. Optar por aceptar la existencia de una antinomia a resolver, independientemente de cómo se haga; y 2. Proceder interpretativamente a eliminar la antinomia, reasignando a uno o a ambos enunciados un significado distinto que los haga compatibles.¹⁸³

Lo anterior es trascendental para lograr un sistema jurídico más coherente. Aunado a que, si el asunto se resuelve de este modo, el legislador se presenta más racional y el juez como más respetuoso de la legislación sin necesidad de anular, derogar o inaplicar una de las normas.

A través de la interpretación también es posible provocar una antinomia que no se daría entendiendo dos disposiciones con su significado literal. Puede ocurrir que el significado literal o *prima facie* de un enunciado provoca, a juicio del juzgador, una injusticia a reparar, para lo cual puede intentar manipular o reinterpretar de forma radical dicha disposición para darle un significado distinto.

En este caso, el juez provoca la antinomia para luego solucionarla sin considerar el significado literal de la norma “injusta”.

Consecuentemente, mediante la interpretación se pueden crear, evitar e incluso solucionar antinomias.

¹⁸³ Lastra Lastra, José Manuel, *El lenguaje jurídico y sus antinomias*, Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, UNAM, t. V, no. 20, abril-diciembre de 1943, pp. 23-50, Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/45/50-15.pdf>

5.9. Tipología de las sentencias de los Tribunales y Salas constitucionales¹⁸⁴ cuando ejercen el control de convencionalidad

Los Tribunales y Salas constitucionales en la aplicación del control de convencionalidad pueden dictar varios tipos de sentencias que, en términos generales, son las siguientes:

5.9.1. Sentencias interpretativas conforme al parámetro de convencionalidad¹⁸⁵

Al presumirse la conformidad o adecuación de las normas, disposiciones o actos sujetos al Derecho público de carácter interno con el parámetro de convencionalidad, los jueces constitucionales deben hacer un esfuerzo para salvar su validez convencional, efectuando interpretaciones conforme al parámetro de convencionalidad, evitando la anulación y expulsión del ordenamiento jurídico de la norma. Se trata, entonces, de un esfuerzo de armonización de la norma nacional con el parámetro de convencionalidad. Consecuentemente, los jueces constitucionales deben desechar todas las interpretaciones de la norma o disposición contrarias al parámetro de convencionalidad y optar por aquella que sea armónica con el parámetro de convencionalidad o más favorable al goce y ejercicio efectivos de los derechos humanos *-principios pro homine o pro libertate*, establecidos en el artículo 29 del Pacto de San José-.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Sobre la tipología de las sentencias constitucionales en general, véase a Fix Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, UNAM-Porrúa, México, 2009, pp. 220-256.

¹⁸⁵ En lo concerniente al principio de interpretación conforme con el parámetro de convencionalidad consúltese a Lucchetti, Alberto, *Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad. En El Control de Convencionalidad*, coord. Albanese, Susana, p. 144. Igualmente, a Nogueira Alcalá, Humberto, *Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano*, Revista Ius et Praxis, v. 12, no. 2, Universidad de Talca, 2006, pp. 363-384; y, finalmente a Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, pp. 352-359.

¹⁸⁶ Sobre el principio de armonización, Véase a Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, pp. 357-359.

Como lo apunta Sagüés, el control de convencionalidad puede tener un efecto positivo y no meramente negativo,¹⁸⁷ el cual se logra mediante la interpretación conforme con el corpus iuris interamericano.

En tal supuesto de sentencia interpretativa conforme, el juez constitucional debe estar plenamente seguro de la compatibilidad o adecuación de la norma o disposición cuestionada con el parámetro de convencionalidad; esto porque, mantener en el ordenamiento jurídico una norma irreconciliablemente contraria con el parámetro de convencionalidad bajo el disfraz o apariencia de una interpretación conforme, podría acarrearle responsabilidad internacional al Estado.

La Corte Interamericana podría plantear el asunto respectivo para luego enjuiciar la interpretación conforme vertida por el Tribunal o Sala nacional.

Finalmente, cabe mencionar que la Corte Interamericana ha recomendado, en la sentencia del caso “Radilla Pacheco c/. México” de 23 de noviembre de 2009, que el derecho nacional sea interpretado de manera conforme al parámetro de convencionalidad -considerandos 338-340-, incluso, cuando se trate de una norma constitucional de un Estado determinado.

5.9.2. Sentencia declarativa de inconvencionalidad

Cuando la norma o disposición sea absoluta y directamente incompatible o disconforme con el parámetro de convencionalidad, al juez constitucional no le queda otra opción más que dictar una sentencia estimatoria que declare su inconvencionalidad, con lo cual deberá anularla y expulsarla del ordenamiento jurídico.

Esta es la función negativa del control de convencionalidad. Para estar en condiciones de arribar a ella es necesario que se haya agotado la posibilidad de

¹⁸⁷ Sagüés, Néstor Pedro, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, p. 130.

interpretar la norma nacional conforme con el parámetro de convencionalidad -con el propósito de salvarla-.

El dictado de una sentencia estimatoria de inconventionalidad puede resultar, tanto de una acción normativa tomada por un poder público, como de una omisión de un poder público para ajustar una norma o precepto al parámetro de convencionalidad -inconventionalidad por omisión-.

5.9.3. Sentencia desestimatoria de inconventionalidad

Cuando el Tribunal o Sala constitucional respectivo estime que la norma o disposición local se adecua al parámetro de convencionalidad, así debe declararlo. Desde luego que este tipo de sentencias exponen, eventualmente, al Estado respectivo a la responsabilidad internacional y a enfrentar un caso ante la Corte Interamericana, pues la parte interesada puede estimar que la sentencia es errónea, lo cual la conducirá a procurar que ese órgano jurisdiccional regional ejerza el control concentrado de convencionalidad, sobre todo, si la jurisprudencia constitucional es vinculante erga omnes y reviste la condición de norma jurídica.

La sentencia desestimatoria de inconventionalidad, eventualmente puede derivar de la circunstancia de que el derecho local o internacional extra-regional, debidamente internalizado, otorgue una protección más amplia para el goce y ejercicio efectivo de los derechos humanos, circunstancia en la que el juez constitucional debe motivar y exponer las razones por las cuales se supera el umbral de protección mínima del parámetro de convencionalidad.

5.10. Criterios para establecer una jerarquía

La importancia de determinar la jerarquía de los tratados respecto al orden local resulta de las contradicciones que eventualmente pudieran resultar en la aplicación preferente de uno de los dos órdenes.

En relación con este problema potencial se han pronunciado diversos autores elaborando algunas teorías y criterios de solución que resumimos a continuación:

1. Que el tratado internacional se celebre con posterioridad a la expedición de la ley nacional.

En este caso, podría afirmarse que en el orden jurídico interno no existe una dificultad realmente seria para dirimir un conflicto entre tratados o convenciones internacionales y leyes nacionales que hayan sido expedidas con anterioridad, pues tal conflicto se solventaría aplicando el principio de *lex posterior derogat priori*, lo cual significa la prevalencia de la norma posterior en el tiempo.

Según este criterio, la contradicción que pudiera suscitarse únicamente sería aparente, pues bastaría la determinación de la esfera competencial en que operan las normas para estar en posibilidad de resolver en cada caso. Es decir, sería suficiente determinar en qué esfera se suscita la controversia para estar en condiciones de aplicar la norma adecuada.

Este argumento resulta poco convincente, pues tal afirmación resultaría aplicable indiscutiblemente si las dos esferas (la nacional y la interna) estuvieran claramente delimitadas; no obstante ya hemos mencionado que las relaciones internacionales se complican cada vez más, de este modo, es difícil encontrar campos perfectamente definidos sobre los cuales se originen los conflictos.

Sin duda este criterio podría ser aplicable en determinados casos; pero en realidad no hace sino confirmar la afirmación de que no puede existir una solución única y definitiva para todos los supuestos de hecho venideros. Por lo menos, no con los elementos constitucionales con los cuales se cuenta.

Para reafirmar lo expuesto, presentamos el siguiente ejemplo: suponiendo que exista una ley vigente que regule determinada materia y, posteriormente el

Estado suscriba una convención en la cual, siguiendo los procedimientos constitucionalmente establecidos, se obligue a legislar en sentido diferente.

Obviamente el compromiso sería totalmente válido; pero se requeriría de un acto legislativo para lograr que tales compromisos puedan ser jurídicamente eficaces en el ámbito estatal.

Consecuentemente, mientras esto no sucediera, no podría sostenerse que la sola celebración de la convención abroge, derogue, prive de efectos o haga inaplicable a la ley vigente.

Tampoco sería posible sostener que el tratado se aplique preferentemente sobre la ley porque no se estaría emitiendo una nueva ley adecuada al tratado; ni se abrogaría la ley anterior al mismo, pues es ese caso ello no significaría otra cosa más que el incumplimiento de los compromisos internacionales contraídos por el Estado. Lo cual podría acarrearle sanciones; entre las cuales no se incluye la pérdida de la vigencia de la ley, lo que significa que, por ese simple hecho no perdería su eficacia normativa.

2. Por el contrario, resulta más delicado determinar qué sucede cuando es la legislación nacional la que resulta posterior en el tiempo.

Ante este tipo de conflictos pueden suscitarse básicamente tres supuestos:

A. Que la ley emitida con anterioridad no sea obstáculo para que el derecho internacional pueda surtir efectos, aún y cuando esté en aparente contradicción con la normatividad interna.

B. Que la ley emitida con posterioridad y en contravención a las normas internacionales frene la aplicación del derecho internacional.

En esta categoría de casos generalmente es el Tribunal Constitucional quien declara la solución a favor de la aplicación del derecho nacional o del internacional según el caso y señale su inconstitucionalidad y posible anulación.

C. Que la legislación nacional paralice completamente la aplicación del derecho internacional.

Esta tercera categoría, que es la que con mayor frecuencia se presenta en los órdenes jurídicos internos, ha ido cediendo su lugar a nuevas formas de resolver los conflictos por los Tribunales.

Ejemplo de ello es el asunto narrado sobre la aplicación del convenio 87 de la OIT, que habiendo sido firmado por México desde años atrás, no comenzó plenamente su eficacia sino hasta el pronunciamiento de la Corte en el sentido de su primacía sobre el derecho interno y particularmente de la declaración de inconstitucionalidad de los artículos de la Ley Burocrática que limitaban la libertad de asociación.

CONCLUSIONES

El derecho de gentes prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas.

Se trata de una norma consuetudinaria universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas. Es decir, el Estado debe adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas

medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.

En el caso de México, cabe destacar que, si bien el primer párrafo del artículo primero constitucional permite las interferencias estatales en los derechos humanos en los términos que ésta permita, dichas excepciones no pueden ser contrarias a las permitidas por el derecho convencional de los derechos humanos.

Por ello, ningún Estado puede invocar su derecho interno para incumplir con las obligaciones internacionales, sobre todo tratándose de derechos humanos. Una autoridad violenta el Derecho de los Tratados cuando aplica normas de derecho interno para incumplir las obligaciones transnacionales en materia de derechos humanos.

Todas las autoridades del Estado mexicano conforme a los artículos 2.2 y 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente, se encuentran obligadas a sujetar sus prácticas a los estándares de protección internacional, principalmente en los supuestos que ofrezcan las mayores protecciones.

Por otra parte, se trata de un imperativo de adecuar el derecho interno a los instrumentos supranacionales.

Los poderes públicos del Estado mexicano asumen las obligaciones de respetar y garantizar, los derechos y libertades de fuente internacional. En consecuencia, no puede justificarse aquellas conductas gubernamentales que vulneren los derechos humanos aplicando el derecho constitucional cuando éste se encuentre en posición del Derecho convencional. De ahí que no pueda partirse de principios inamovibles como la supremacía de las llamadas leyes fundamentales para no aplicar el derecho convencional.

La sujeción al control de convencionalidad implica la interpretación armónica de la Ley Fundamental con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, salvo que se trate de restricciones establecidas en la Constitución, en cuyo caso prevalecerá la limitación constitucional sobre las normas atinentes de los instrumentos internacionales.

Se trata de un trabajo de armonización —integración de derechos— de la normativa interna con la convencional, a través de una interpretación convencional de la norma nacional. Éste es su objetivo fundamental; lo que cobra mayor relevancia en razón de su carácter difuso pues, al atender el marco de atribuciones judiciales habrá situaciones en que no sea posible desaplicar normas sobre casos concretos.

De esta forma, el propósito primordial del control de convencionalidad, y también de la cláusula de interpretación conforme, no es en primer lugar y solamente resolver problemas de colisión normativa —que los hay, y el operador jurídico deberá atenderlos definiéndose por una u otra norma— o declarar la invalidez de la norma inconvencional, sino preferentemente la expansión de los derechos, su integración en clave de armonización; desde luego, ejerciendo una actividad creativa que haga compatible la norma nacional de cara al parámetro convencional, y, al preferir las interpretaciones más expansivas, desechar las inconvencionales o las de menor efectividad en la protección de los derechos.

Asumir este aspecto es clave para entender la dimensión normativa que se gesta a partir de la cláusula de interpretación conforme y sus implicaciones.

Ahora bien, habrá quienes consideren que el otorgar el rango constitucional a los tratados internacionales haría imposible, ante una contradicción del tratado con la Constitución, impedir la aplicación de normas que afectaran nuestro orden jurídico ante el argumento de la igualdad normativa. Afectando con ello nuestro orden jurídico nacional y el equilibrio de poderes.

Lo anterior resulta muy sugerente porque da la impresión de que se estaría abriendo la puerta a la importación de un conjunto de derechos extraños, como elementos parasitarios a un orden normativo, colocándose de manera secreta en el vértice de la pirámide normativa.

Este discurso ha pretendido posicionar los temas de nueva cuenta en una noción particular de la supremacía constitucional, y ver como endeble la barrera de la jerarquía infraconstitucional que ya ofrece la interpretación del artículo 133 de la CPEUM ante esta penetración. El artículo 1o. tramposamente permitiría la irrupción de derechos constitucionalizados al tener los tratados jerarquía constitucional.

Más cabe destacar que esto no es así. Pues considero que en nuestro país se ha abierto un sistema de interpretación de normas preexistentes en nuestro orden jurídico al haber ratificado tales instrumentos, pero que no actúan en su individualidad normativa, sino en una aplicación a través de claves interpretativas que van decantándose ante una serie de criterios: principio *pro persona*, el criterio consensual, que opera en relación con la normativa interna, el margen de apreciación de los propios Estados, etcétera, lo que posibilita un verdadero diálogo jurisprudencial.

Estamos ante la adopción plena de un sistema de interpretación que cierra un círculo de reenvíos, desde el artículo 29 de la CADH a la Constitución, y viceversa, desde el artículo 1o., segundo párrafo, de la CPEUM, a la propia CADH. De esta forma, se integra un bloque de convencionalidad -que debe ser atendido por todos los operadores de justicia (difuso)- en relación con su incorporación a un bloque de constitucionalidad previsto en el ahora artículo 1o., primer párrafo.

La importancia de conferir rango constitucional a los derechos humanos y de que se establezca una cláusula abierta para reconocer como tales no sólo a los

contenidos en la Constitución, sino también a los provenientes de los tratados internacionales en los cuales sea parte nuestro país, consiste en el fortalecimiento de su estatus como límite no negociable frente a la actuación del Estado.

Esto, porque el cumplimiento de los requisitos formales y materiales de los tratados internacionales hace que los derechos en ellos estatuidos constituyan derechos humanos nacionales de fuente internacional, lo cual implica su obligatoriedad y aplicabilidad en el ámbito doméstico ajustándose a los parámetros internacionales. Aunado a que se favorece el reconocimiento y defensa de los derechos provenientes de fuente internacional.

La adición al bloque de constitucionalidad de los tratados internacionales que establezcan derechos humanos de los cuales el Estado mexicano sea parte, implica que ningún poder constituido está en posibilidad de restringirlos o suspenderlos, salvo en los casos de emergencia y los condicionamientos establecidos en la propia Constitución.

Lo cual se sustenta, entre otros argumentos, en el principio de que los compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y, por ende, comprometen a todas las autoridades frente a la comunidad internacional, por lo que en esta materia no existe limitación de competencias entre la Federación y las entidades federativas.

Sin embargo, mucho se ha hablado acerca de cuál es el valor o el peso específico que los tratados tienen dentro del derecho mexicano; pues bien, éste es relativo porque de acuerdo al desarrollo de las relaciones internacionales estos influirán mucho o poco en la vida de los mexicanos; internamente podemos decir que la constitución de 1917 no aborda sistemáticamente el problema de las fuentes del derecho; a lo más establece algunos artículos dispersos relativos a los tratados, su control constitucional y carácter de fuente interpretativa del

ordenamiento jurídico. Este déficit del constituyente se ha convertido en un desafío para la doctrina y la jurisprudencia.

Esto es así porque, como quedó establecido en el capítulo tercero de este estudio, los compromisos internacionales no pueden romperse unilateralmente después de haber sido ratificados y tampoco pueden hacerlo los actos efectuados durante el proceso de negociación por estar expresamente destinados a comprometer la voluntad del estado; de modo que aun cuando la negociación se ha considerado una facultad propia del ejecutivo no sometida a algún tipo de control constitucional, nosotros postulamos que su regulación atienda a al sistema de control previo de la constitucionalidad abordado en el acápite referido.

Los tratados internacionales tienen su origen en la voluntad soberana del pueblo expresada en la Constitución, en la cual residen los fundamentos de los Estados para la adhesión a los tratados internacionales. Por consiguiente, es en virtud de su capacidad soberana, como los Estados contraen obligaciones a través de tratados internacionales mediante los cuales se autolimitan. De ahí que no puedan desconocer las obligaciones libremente contraídas y, en su régimen interior, les corresponda elegir los medios para satisfacerlas.

En materia de tratados, el derecho internacional complementa el principio fundamental de *pacta sunt servanda* con la disposición del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, que claramente establece que un Estado no puede invocar los preceptos de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, disposición ratificada por la jurisprudencia.

El principio aludido constituye un deber jurídico para los Estados cuando ratifican tratados internacionales, con lo cual forman parte del derecho interno, mismo que debe adecuarse a dicho orden supranacional, incluyendo los propios textos constitucionales.

La permisión a los Estados partes de que hagan efectivos los derechos humanos de conformidad con los procedimientos constitucionales internos, no incluye la posibilidad de que estos Estados invoquen disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento o aplicación de las obligaciones dimanantes del tratado.

De ahí que, aun cuando se permite la interferencia estatal en los derechos humanos en los términos que permita la constitución, dichas excepciones no pueden ser contrarias a las permitidas por el Derecho convencional de los derechos humanos.

Por lo cual, ningún Estado puede invocar su derecho interno para incumplir con las obligaciones internacionales que versen sobre esta materia y, por consiguiente, están obligadas a adecuar su derecho interno a los instrumentos supranacionales.

Máxime que los poderes públicos del Estado mexicano asumen las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y libertades de fuente internacional.

Ahora bien, cuando la SCJ abandona la interpretación meramente gramatical de la Constitución y considera como constitucionales a los tratados que obligan a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o comprometer al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, la inserción en el sistema jurídico interno del derecho internacional de los tratados en materia de derechos humanos es directa y contundente. Y más cuando este criterio se complementa con el sistema de recepción de las sentencias internacionales a que se refiere el artículo 11 de la Ley de Tratados.

De ahí que, a nuestro juicio, sea viable el control de convencionalidad sobre el texto constitucional.

FUENTES DE INFORMACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA QUIROZ, Enrique, *Teoría de la Constitución*, 3ª ed., Porrúa, México, 2005.
- ALBANESE, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008.
- ALZAGA VILLAMIL, Óscar et al., *Derecho político español según la Constitución de 1978*, t. I, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1997.
- ARTEAGA NAVA, Elisur, *Derecho Constitucional*, UNAM, t. III, México, 1994.
- BARBA MARTÍNEZ, Gregorio Peces, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid- Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.
- BENDA, E. et al., *Manual de derecho constitucional*, trad. de A. López Pina, Madrid, Instituto Vasco de Administración Pública Marcial Pons, 1996.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, *La acción abstracta de inconstitucionalidad*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *El Constituyente como restricción y como radicalidad democrática en Procesos Constituyentes Contemporáneos en América Latina: tendencias y perspectivas*, UNAM, México, 2009.
- CARPIZO, Enrique, *El Control de Convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, México, 2013.
- CARPIZO, Jorge, *Estudios constitucionales*, 6ª ed., UNAM, México, 1998.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1985.
- DIETRICH, Jesch, *Ley y administración. Estudio de la evolución del principio de legalidad*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978.
- FERNÁNDEZ, Eusebio, *Los derechos humanos y la historia*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2004.

FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 4ª ed., Trotta, Madrid, 2001.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad en Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, t. IV, México, DF., 2013.

-----, *El Control Difuso de Convencionalidad en el Estado Constitucional*, UNAM, México, 2010.

----- (coord.), *Crónica de Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, UNAM-Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.

-----, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*, en *Derechos Humanos: Un nuevo modelo constitucional*, UNAM-IIJ, México, 2011.

FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Trotta, Madrid, 2001.

FIX ZAMUDIO, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Las sentencias de los Tribunales Constitucionales*, UNAM-Porrúa, México, 2009.

GARCÍA PELAYO, Manuel, *Idea de la política y otros escritos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, Porrúa, México, 2011.

GONZÁLES JIMÉNEZ, Arturo, *Apuntes de Teoría General del Estado*, Ediciones Jurídicas Alma, México, 2003.

GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Teoría política*, Porrúa, México, 1971.

GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, trad. de Raúl Sanz Burgos y otro, colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho, Trotta, México, 2006.

GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, Fontamara, México, 2001.

- , *Sobre el concepto de Constitución en Teoría del neoconstitucionalismo*, Trotta, Madrid, 2007.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1976.
- HÄBERLE, Peter, *Grundrechte im Leistungsstaat*, en Dieter Grimm, *el Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1987.
- HELLER, Hermann, *Teoría del Estado*, 13.ª reimp., Fondo de Cultura Económica, México, 1992.
- HERDEGEN, Matthias, *Derecho internacional público*, UNAM, México, 2005.
- HOBBS, Thomas, *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- JELLINEK, George, *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- KELSEN, Hans, *La teoría pura del Derecho*, 2ª ed., trad. de Roberto J. Vernengo, UNAM-IJ, México, 1986.
- LASALLE, Fernando, *¿Qué es una Constitución?*, CENIT, S.A., Madrid, 1931.
- LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la constitución*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Ediciones Ariel, 2ª ed., Barcelona, 1970.
- MANGAS MARTÍN, Araceli y otro, *Instituciones y derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 5ª Reimpresión, 7ª ed., 2012.
- MARX, Karl, *El capital*, vol. I, Alianza, Madrid, 1978.
- MORA DONATO, Cecilia, *El valor de la constitución normativa*, UNAM, México, 2002.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Delimitación conceptual de los Derechos humanos en los Derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1979.
- , *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1995.

- Poder Judicial de la Federación, *La Supremacía Constitucional*, Serie Grandes Temas del Constitucionalismo Mexicano. Ed. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1ª ed., México, 2005.
- RAMIRO RICO, Nicolás, *El animal ladino y otros escritos políticos. La soberanía*, Alianza Editorial, Madrid, 1980.
- RAZ, Joseph, *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, trad. De Rolando Tamayo y Salmorán, IIJ-UNAM, México, 1986.
- REINA, Ana María *"El régimen jurídico de los tratados en la república Argentina"* en Dardo Pérez Guilhou y otros, *Atribuciones del Congreso Argentino*, Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, Argentina, Ed. Depalma, 1986.
- REY CANTOR, Ernesto, *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*, Porrúa, México, 2008.
- RODRÍGUEZ MANZO, Graciela, et. al, *Bloque de Constitucionalidad en México en Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de Derechos humanos*, t. II, México, DF., 2013.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social o principios de Derecho Político*, Porrúa, México, 2004.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti di, *Derecho constitucional*, trad. de Pablo Lucas Verdú, Tecnos, Madrid, 1987.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, t. IV, Opus Magna, Guatemala, 2001.
- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza, Madrid, España, 2013.
- SERRA ROJAS, Andrés, *Ciencia Política*, Porrúa, t. I, México, 1971.
- S. PEARSON, Frederic y otro, *Relaciones Internacionales: Situación global en el siglo XXI*, 4ª ed., McGraw Hill, Colombia, 2000.
- STAMMLER, Rudolf, *Tratado de filosofía del derecho*, trad. Wenceslao Roces, Editora Nacional, México, 1974.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Fallas históricas de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América*, México, 2004.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Sobre el sistema jurídico y su creación*, IIJ-UNAM, México, 1976.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional*, Porrúa, México, 1976.

VANOSSI, Jorge Reinaldo, *Estudios de teoría constitucional*, UNAM, México, 2002.

VENTURA ROBLES, Manuel E., *El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* en Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, t. II, CIDH, San José, Costa Rica, 2011.

ELECTRÓNICAS

CISNEROS FARÍAS, Germán, Antinomias y lagunas constitucionales. Caso México, Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, México, no. 8, enero- junio de 2003, disponible en: http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/8/ard/ard2.htm#N*

VANNEY, María Alejandra, *Potestas, Auctoritas y Estado Moderno. Apuntes sobre el pensamiento político de Álvaro D'Ors*, [en línea], Instituto Empresa y Humanismo- Universidad de Navarra, España, 2009, Cuadernos Empresa y Humanismo, No. 109, febrero 2009, p. 31, formato pdf, Disponible en: <http://www.unav.es/empresayhumanismo/publicaciones/.../cuaderno109.pdf>, ISSN:1139-8698.

LASTRA LASTRA, José Manuel, *El lenguaje jurídico y sus antinomias*, Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, UNAM, t. V, no. 20, abril-diciembre de 1943, pp. 23-50, Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publicaciones/alegatos/pdfs/45/50-15.pdf>

RAMOS OSORIO, Marcos, Características constitucionales para la determinación de un sistema democrático en, Memoria del Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, [en línea], Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1982, [citado 27/10/2103], Anuario Jurídico, IX Serie, Formato pdf., Disponible en

Internet: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2123/42.pdf>, ISBN 0185-3295.

HEMEROGRÁFICAS

CAPPELLETTI, Mauro, *La jurisdicción constitucional de la libertad: Con referencia a los ordenamientos alemán, suizo y austríaco*, Publicaciones del Instituto de Derecho Comparado, México, 1961.

CARPIZO, Jorge, Los Derechos humanos: naturaleza, denominación y características, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 25, julio-diciembre de 2011.

DYRBERG, P., *La Constitución danesa y la Unión Europea (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo Danés de 12 de Agosto de 1996)*, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, vol. 1, núm. 1, enero-junio de 1997.

H. GUERRERO, Raúl, *El control de constitucionalidad previo de los tratados internacionales en el derecho comparado. Un ejemplo a seguir en el ordenamiento jurídico argentino*, *Revista La Ley, Actualidad*, del 19 de agosto de 2004.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Los desafíos del control de del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales*, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLV, núm. 135, septiembre-diciembre de 2012.

-----, *Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano*, *Revista Ius et Praxis*, v. 12, no. 2, Universidad de Talca, 2006.

PÉREZ NIETO, Leonel, El artículo 133 constitucional: una relectura, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 1995, t. II, núm. 25.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, *Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad*, *Estudios Constitucionales*, Chile, año VIII, núm. 1, 2010.

LEGALES

Constitución Chilena se puede encontrar en la siguiente dirección de internet:
<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/07038518922925095209079/index.htm>

Constitución Colombiana se puede encontrar en la siguiente dirección de internet:
<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01477399988225539732268/index.htm>

Constitución danesa.

Constitución de Guatemala se puede consultar en la siguiente dirección de internet:
<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/79195066329571495200080/index.htm>

Constitución de los Estados Unidos de América, 4ª edición bilingüe, ediciones Luciana, México, 2002

Constitución española.

Constitución Francesa.

Constitución Peruana se puede consultar en la siguiente dirección de internet:
<http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01371418455614815210035/index.htm>

Constitución Política de la República de Colombia

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la página web oficial de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, disponible en:
<http://www.diputados.gob.mx>

Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789.

Ley Fundamental de Bonn, adoptada el 23 de mayo de 1949, disponible en:
http://www.uni-wuerzburg.de/law/gm00000_.html

Ley número 169 del 5 de junio de 1953. Puede consultarse el texto constitucional danés en versión inglesa en la página web: <http://dorit.ihl.ku.dk/~pe-terr/grundlov.html>

Ley número 1836 (Ley del Tribunal Constitucional) se puede encontrar en la siguiente dirección de internet:
http://www.poderjudicial.gov.bo/main1.php?page_id=104

Ley Orgánica 2/1979, del 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

PRECEDENTES JUDICIALES

ANTONIO A. CANCADO TRINDADE, voto disidente respecto de la resolución emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Caso El Amparo vs. Venezuela, Reparaciones y Costas, Sentencia del 14 de septiembre de 1996.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 26 de noviembre de 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 12 de agosto de 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Fondo, Sentencia del 12 de noviembre de 1997.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de noviembre de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Tribi vs Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 7 de diciembre de 2004, Serie C No. 114.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, en el caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs Chile, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 5 de febrero de 2001; así como lo dispuesto por la misma Corte, en el caso Boyce y otros vs Barbados, excepción preliminar, Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de noviembre de 2007.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Myrna Mack Chang vs Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 25 de noviembre de 2003.

FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo, voto razonado en relación con la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs México, del 26 de noviembre de 2010.