

CAPÍTULO SÉPTIMO

DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL ENTRE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS TRIBUNALES MEXICANOS

I. INTRODUCCIÓN

La ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) por parte de México,⁵⁸⁴ y el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH),⁵⁸⁵ han significado la inmersión de nuestro país en una dinámica de interpretación, aplicación y eficacia distinta en relación con los derechos humanos. Distinta, en la medida en que se la compara con una forma tradicional de entender cómo y quién interpreta, aplica y garantiza la eficacia de los derechos en México.

En la visión tradicional, es la Constitución la que define cuál es el catálogo de “garantías individuales” de las personas que se encuentran dentro del territorio nacional. Asimismo, corresponde a los tribunales nacionales (en el caso de México, a los tribunales federales y, en última instancia, a la Suprema Corte de Justicia de la Nación) interpretarlos, desarrollarlos y aplicarlos, a fin de hacerlos eficaces. A su vez, esta actividad jurisdiccional se da a través de diversos instrumentos procesales de defensa de la Constitución,⁵⁸⁶ entre los que se encuentran el amparo, la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional.⁵⁸⁷

⁵⁸⁴ México ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos el 24 de marzo de 1981, y que fue publicada en el *DOF* el 7 de mayo de 1981.

⁵⁸⁵ México aceptó la competencia contenciosa de la CrIDH el 16 de diciembre de 1998, y que fue publicada en el *DOF* el 24 de febrero de 1999.

⁵⁸⁶ Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, UNAM, 1998.

⁵⁸⁷ A partir del caso Temixco, la Suprema Corte puede, en vía de controversia constitucional, examinar también violaciones a la parte dogmática de la Constitución, como ha quedado asentado en la tesis de jurisprudencia P./J. 98/99: “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. EL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE

Sin embargo, el ingreso de México al sistema interamericano de derechos humanos ha significado, en primer término, la coexistencia de las “garantías individuales y sociales” (“derechos humanos” a partir de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011) previstas en la Constitución, con un catálogo paralelo de derechos humanos, previstos en la CADH y demás tratados que forman parte del SIDH. Asimismo, con el ingreso, el Estado mexicano (entiéndanse incluidos todos los poderes públicos) ha adquirido el compromiso internacional de respetar los derechos y libertades contemplados en la Convención⁵⁸⁸ y *adaptar* el derecho interno al Pacto de San José,

DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AUTORIZA EL EXAMEN DE TODO TIPO DE VIOLACIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Los Poderes Constituyente y Reformador han establecido diversos medios de control de la regularidad constitucional referidos a los órdenes jurídicos federal, estatal y municipal, y del Distrito Federal, entre los que se encuentran las controversias constitucionales, previstas en el artículo 105, fracción I, de la Carta Magna, cuya resolución se ha encomendado a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su carácter de Tribunal Constitucional. La finalidad primordial de la reforma constitucional, vigente a partir de mil novecientos noventa y cinco, de fortalecer el federalismo y garantizar la supremacía de la Constitución, consistente en que la actuación de las autoridades se ajuste a lo establecido en aquélla, lleva a apartarse de las tesis que ha venido sosteniendo este Tribunal Pleno, en las que se soslaya el análisis, en controversias constitucionales, de conceptos de invalidez que no guarden una relación directa e inmediata con preceptos o formalidades previstos en la Constitución Federal, porque si el control constitucional busca dar unidad y cohesión a los órdenes jurídicos descritos, en las relaciones de las entidades u órganos de poder que las conforman, tal situación justifica que una vez que se ha consagrado un medio de control para dirimir conflictos entre dichos entes, dejar de analizar ciertas argumentaciones sólo por sus características formales o su relación mediata o inmediata con la Norma Fundamental, produciría, en numerosos casos, su ineficacia, impidiendo salvaguardar la armonía y el ejercicio pleno de libertades y atribuciones, por lo que resultaría contrario al propósito señalado, así como al fortalecimiento del federalismo, cerrar la procedencia del citado medio de control por tales interpretaciones técnicas, lo que implícitamente podría autorizar arbitrariedades, máxime que por la naturaleza total que tiene el orden constitucional, en cuanto tiende a establecer y proteger todo el sistema de un Estado de derecho, su defensa debe ser también integral, independientemente de que pueda tratarse de la parte orgánica o la dogmática de la Norma Suprema, dado que no es posible parcializar este importante control”. Controversia constitucional 31/97. Ayuntamiento de Temixco, Morelos. 9 de agosto de 1999. Mayoría de ocho votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Humberto Suárez Camacho. *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, tomo X, septiembre de 1999, p. 703.

⁵⁸⁸ Artículo 1o. de la CADH: “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

adoptando "...las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".⁵⁸⁹

Por otro lado, el sistema interamericano de derechos humanos ha creado sendos órganos de garantía, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH), los cuales se encargan de determinar si las acciones u omisiones de los Estados parte son o no compatibles con los compromisos adquiridos a raíz de la suscripción del Pacto de San José. Para el desempeño de sus funciones, la Comisión puede realizar y publicar informes, realizar visitas *in locu*, tramitar y resolver peticiones individuales relativas a la violación de derechos humanos y emitir recomendaciones dirigidas a los Estados. Puede también ordenar la adopción de medidas cautelares, o bien solicitar a la CrIDH la adopción de medidas provisionales. Asimismo, está facultada para la celebración de audiencias referidas a los casos de que conoce, o bien sobre cuestiones generales o específicas relativas a la determinación de si hay o no violación de los compromisos derivados del Pacto de San José por los Estados parte. Finalmente, en caso de incumplimiento de sus recomendaciones, la Comisión puede decidir llevar el caso correspondiente ante la CrIDH.

Por su parte, la CrIDH tiene una competencia consultiva y otra contenciosa. La primera, significa que los Estados parte pueden consultar a la Corte sobre la interpretación de la CADH; o bien sobre la compatibilidad entre sus normas internas con la CADH y demás tratados que forman parte del sistema interamericano.⁵⁹⁰ La competencia contenciosa se refiere a la facultad de la CrIDH para conocer de casos concretos de violación de derechos humanos que le sean sometidos por algún Estado o por la CIDH,⁵⁹¹ que puede derivar en la producción de sentencias declarativas de violaciones de derechos humanos y condenatorias a reparaciones.⁵⁹² La solución de asuntos contenciosos se da con motivo de violaciones a la CADH, pero también por violaciones a otros instrumentos internacionales del sistema interamericano que abren la

⁵⁸⁹ Artículo 2 de la CADH: "Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

⁵⁹⁰ Artículo 64 de la CADH.

⁵⁹¹ Artículo 61 de la CADH.

⁵⁹² García Ramírez, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, 2002, pp. 90-93.

puerta a la competencia contenciosa de la CrIDH.⁵⁹³ Esta función de la CrIDH, como intérprete último de los derechos humanos previstos en los tratados de derechos humanos del sistema interamericano, ha hecho que algunos autores la identifiquen como una especie de ‘jurisdicción constitucional en sede internacional’, o bien como un ‘tribunal constitucional internacional’.⁵⁹⁴

Asimismo, en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes.⁵⁹⁵ Finalmente, la CrIDH es el órgano de última instancia de interpretación y aplicación de la CADH,⁵⁹⁶ y ha sido reconocida como el “órgano natural” para la interpretación de dicha Convención.⁵⁹⁷

El sistema interamericano ha dado lugar a expresiones por parte de la doctrina, que van desde la internacionalización creciente de la regulación y protección de los derechos humanos⁵⁹⁸ hasta la idea de una “justicia constitucional transnacional”;⁵⁹⁹ de un nivel jurídico metanacional y uniforme (*lex universalis*)⁶⁰⁰ o el amparo interamericano.⁶⁰¹

⁵⁹³ Tales como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, de 1988; específicamente el artículo 19.6, relativo al derecho a la educación y a los derechos sindicales, únicos controvertibles ante la Corte); la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (artículo 8o.) y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (artículo XIII). Asimismo, según refiere García Ramírez, otras convenciones que no contienen esa misma atribución explícita de competencia a favor de la CrIDH, solo pueden ser consideradas por esta a título de elementos de interpretación de las normas convencionales americanas, tal y como lo ha sostenido la propia Corte. *Idem*.

⁵⁹⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, “El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional”, en Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional *et al.*, *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, t. 2, Lima, IDEMSA, 2009, pp. 601 y 602.

⁵⁹⁵ Si se tratara de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión (artículo 63.2 de la CADH).

⁵⁹⁶ Artículo 67 de la CADH.

⁵⁹⁷ Así lo ha reconocido la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica a raíz de la OC-5/85 solicitada por Costa Rica en relación con una ley sobre colegiación obligatoria de periodistas. Véase CSJ, Sala Constitucional *cfr.* sentencia 2313-95, 9 de mayo de 1995.

⁵⁹⁸ Fix-Zamudio, Héctor, *La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos. Memoria 2008*, México, El Colegio Nacional, 2008.

⁵⁹⁹ Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa, 1993, pp. 61-63.

⁶⁰⁰ Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1999, t. I, p. 29.

⁶⁰¹ Ayala Corao, Carlos, *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institutos para la protección de los derechos humanos*, Caracas-San José, IIDH/EJV, 1998.

Ahora bien, hablar de derechos fundamentales previstos en las Constituciones nacionales, y del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), nos lleva a identificar dos regímenes paralelos de derecho positivo, dos esferas jurídico-normativas válidas en sus propios términos, en principio separadas, pero a la vez unidas por diversos puentes.⁶⁰² Asimismo, cada una de estas esferas cuenta con órganos de garantía propios, para la interpretación y aplicación de los correspondientes derechos, órganos que además tienen una pretensión de ser autoridad de última instancia en su respectivo ámbito.⁶⁰³

La existencia de estos regímenes paralelos, que en los hechos conforma un esquema de protección dual de la persona humana, en el que la concepción, interpretación y aplicación de los derechos por parte de los dos niveles puede no coincidir, ha dado lugar a una serie de debates acerca de cuál es y cuál debe ser la relación adecuada entre ambos. En el presente trabajo nos referiremos a estos debates, y de manera más específica a la relación entre la CrIDH y los tribunales mexicanos.

En primer lugar, haremos una reseña del debate entre las posturas que hemos denominado ‘internacionalista’ *versus* ‘nacionalista’, relativo a la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno. En segundo lugar, examinaremos las posibilidades de construir un modelo ‘dialógico’ que pueda guiar la interacción entre tribunales nacionales y la CrIDH, en la interpretación y aplicación de los derechos humanos en nuestro país. Finalmente, discutiremos una serie de líneas de investigación que quedan abiertas para mayor reflexión, y que derivan del análisis emprendido en el presente trabajo.

⁶⁰² La metáfora de los puentes es empleada por García Ramírez, Sergio. Presentación del libro de Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008, pp. XXVII-XXXII.

⁶⁰³ Al examinar la relación entre derecho internacional y derecho interno, Manuel Becerra señala que ambos son distintos, cada uno con sus propios sujetos y que, en lugar de contraponerse, se complementan. “El derecho internacional obliga a sus sujetos, y ocasionalmente a los individuos, a través de los Estados o de las organizaciones internacionales. Generalmente, para que una norma jurídica internacional tenga aplicación en el derecho interno; por ejemplo, una norma derivada de un tratado, se necesita que una norma interna de recepción la reconozca. Hay casos como el mexicano... que tiene una apertura a los tratados internacionales que no es muy usual entre los Estados, pero, por otra parte, es muy estrecha en cuanto se refiere a otro tipo de fuentes. Siendo el derecho internacional un sistema descentralizado, requiere del concurso de los sujetos para la aplicación de su normativa”. Becerra, Manuel, “La jerarquía de los tratados en el orden jurídico interno. Una visión desde la perspectiva del derecho internacional”, en García Ramírez, Sergio y Castañeda Hernández, Mireya, *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM-SER-CRIDH, 2009, p. 299.

II. INTERNACIONALISTAS VS. NACIONALISTAS

1. *La postura internacionalista*

Simplificando para los efectos de este trabajo, podríamos decir que en el debate mexicano sobre la recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno, por un lado están los ‘internacionalistas’, quienes racionalizan el sistema interamericano de derechos humanos más o menos de la siguiente manera: al ingresar al sistema interamericano de derechos humanos, los Estados adoptan la decisión soberana de formar parte de un esquema supranacional de protección de los derechos humanos, y al hacerlo se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en la CADH y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción; asimismo, los Estados, en ejercicio de su soberanía, se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la propia Convención, las medidas legislativas o de otro carácter (es decir, administrativas y judiciales), que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (artículos 1.1 y 2 de la CADH).

Asimismo, en la visión internacionalista, se considera que los Estados parte, al decidir soberanamente suscribir la Convención y formar así parte del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), aceptan también los llamados “medios de protección”, que están conformados por dos órganos como son la Comisión y la Corte interamericanas de Derechos Humanos. En relación con esta última, los Estados tienen la opción de reconocer o no como obligatoria la competencia de la Corte, en términos del artículo 62.1 de la Convención:

Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

Por otro lado, el artículo 68.1 de la Convención establece que “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

En esta visión está claro que la obligatoriedad de cumplir con los compromisos adquiridos por los Estados que suscriben la Convención, expresando así su consentimiento en obligarse por un tratado, deriva de los principios de *pacta sunt servanda* y buena fe consagrados en el artículo 26 de la

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969,⁶⁰⁴ y de la regla según la cual un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, como lo indica el artículo 27 de esa misma Convención.

Conviene señalar que desde esta postura, cuyas premisas comparto, los Estados no se adhieren a ciegas al SIDH. Del texto de la Convención y a partir de diversas normas de derecho internacional público general, es posible conocer cuáles son las implicaciones de la decisión soberana de los Estados de integrarse al referido sistema. Asimismo, resulta importante señalar que el esquema está construido con base en el principio de subsidiariedad. Es decir, el SIDH no está diseñado como un sustituto de los esquemas nacionales de protección de derechos fundamentales. En la lógica del sistema, está la idea de que los tribunales nacionales son los primeros llamados a respetar y hacer respetar los derechos humanos previstos en la Convención, en el entendido de que los órganos interamericanos pueden intervenir solamente en caso de que el Estado ha fallado en el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de la Convención. Es decir, se espera que los Estados sean, en primera instancia, quienes respeten y hagan respetar los derechos, y solamente cuando el Estado no haya brindado protección adecuada o efectiva es que la jurisdicción internacional puede y debe ejercer su competencia.⁶⁰⁵ Ello está expresamente señalado en el párrafo segundo del Preámbulo de la Convención, que a la letra dice:

Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.

Ahora bien, uno de los temas más relevantes y polémicos es el relativo a los efectos de las sentencias de la CrIDH y su relación con los tribunales de los Estados parte de la CADH. En este sentido, podemos distinguir entre los efectos para los que han sido parte en un caso de que haya conocido la Corte, y los efectos respecto de los Estados que no hayan sido parte en el respectivo caso.

⁶⁰⁴ Artículo “26. ‘Pacta sunt servanda’. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

⁶⁰⁵ Toro Huerta, Mauricio Iván del, “El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano”, en Becerra Ramírez, Manuel, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, 2007, p. 24

En la primera hipótesis, estamos ante el efecto *inter partes*, regulado por el artículo 68.1 de la Convención: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. A partir de esta disposición se puede perfectamente concluir que los tribunales de un Estado que ha sido parte en un caso contencioso sí están obligados a cumplir con la correspondiente decisión de la CrIDH (efecto de cosa juzgada).

En la segunda hipótesis estamos ante el supuesto del llamado efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte: los tribunales nacionales de los Estados que no fueron parte en un caso concreto, del cual derivó una sentencia en la que la CIDH hace una interpretación de algún derecho previsto en la Convención, obliga a aquellos; ¿están obligados a aplicar el criterio de la CIDH en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales previstos en sus respectivas Constituciones nacionales?

La posición internacionalista considera que sí hay una obligación en este sentido (efecto de cosa interpretada). En apoyo de esta idea se puede invocar el derecho internacional, y en particular los principios de *pacta sunt servanda* y cumplimiento de buena fe de los compromisos internacionales.

Esta postura ha sido objeto de construcción paulatina por parte de la CrIDH. La construcción del argumento va desde, por ejemplo, la sentencia en el caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago, en el cual la CrIDH razonó de la siguiente manera:

112. ... esta Corte ha sostenido reiteradamente que la Convención Americana impone a los Estados partes la obligación general de adecuar su Derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta. Las disposiciones de Derecho interno que se adopten para tales fines han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Lo que significa que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica.⁶⁰⁶

Hasta sentencias como Cantos vs. Argentina, en la que quedó asentada la obligación de los Estados parte de adoptar en su orden jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica.⁶⁰⁷

⁶⁰⁶ Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago, sentencia del 21 de junio de 2002, serie C, núm. 94, párr. 112. V.

⁶⁰⁷ “59. Asimismo, en el derecho de gentes, una norma consuetudinaria 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. La Corte ha señalado en otras oportunidades que esta norma impone a los Es-

Y finalmente, en la sentencia relativa al caso Almonacid Arellano, la CrIDH determinó lo siguiente:

124. La corte es consciente que los Jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus Jueces, como parte del aparato del Estado, también serán 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. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁶⁰⁸

Por otro lado, y como señala Ayala Corao, se puede percibir el desarrollo de una jurisprudencia constitucional latinoamericana,⁶⁰⁹ que considera que las sentencias de los jueces en general y las de la jurisdicción constitucional en particular deben tomar en cuenta los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales, así como la interpretación de esos derechos desarrollada en las opiniones consultivas y sentencias de la CrIDH.⁶¹⁰

En este sentido, ya hemos mencionado la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, a raíz de la OC-5/85 solicitada

tados partes la obligación general de adecuar su derecho interno a las normas de la propia Convención, para garantizar así los derechos consagrados en ésta. Las disposiciones de derecho interno que se adopten para tales fines han de ser efectivas. Lo que significa que el Estado tiene la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido y puesto en práctica”. CrIDH, sentencia del 28 de noviembre de 2002, relativa al caso Cantos vs. Argentina, párr. 59.

⁶⁰⁸ CrIDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

⁶⁰⁹ En los Estados Unidos se debate también, a nivel de la Corte Suprema y a nivel académico-doctrinario, acerca del uso del derecho internacional en el análisis constitucional. En favor de la postura internacionalista, Sarah Cleveland ha reseñado el uso que históricamente se ha dado del derecho internacional en el análisis constitucional estadounidense (para contradecir a quienes sostienen el carácter novedoso de esta práctica); asimismo, analiza las formas en que la Corte Suprema de Estados Unidos ha hecho uso del derecho internacional, e identifica lecciones para un uso apropiado del derecho internacional. Cleveland, Sarah H., “Our International Constitution”, *Yale Journal of International Law*, vol. 31, núm. 2006, pp. 1 y ss.

⁶¹⁰ Ayala Corao, *Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional*, p. 2. Disponible en <http://www.idpc.es/archivo/1212662975carlosayala.pdf>.

por Costa Rica en relación con una ley sobre colegiación obligatoria de periodistas, en virtud de la cual decretó la inconstitucionalidad del artículo 22 de la ley, apoyándose en el valor de “norma interpretada” de la referida opinión consultiva.⁶¹¹

Igualmente, destaca la Corte Constitucional de Colombia, que en la sentencia C-251 del 28 de mayo de 1997, señaló:

Entre las medidas de ‘otro carácter’ deben incluirse las sentencias de los jueces, y muy particularmente las decisiones de esta Corporación, pues la rama judicial es uno de los órganos del Estado colombiano, y éste se ha comprometido a tomar las medidas que sean necesarias para hacer efectivos los derechos de las personas. Por consiguiente, las sentencias de los jueces —como medidas de otro carácter diferentes a las leyes— deben buscar hacer efectivos los derechos reconocidos por los pactos de derechos humanos. Es pues legítimo que los jueces, y en particular la Corte Constitucional, integren la normatividad, al momento de tomar sus decisiones, los derechos reconocidos en la Constitución y en los pactos.

Por su parte, desde antes de la reforma constitucional de 1994, que constitucionalizó diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, consideró en el famoso fallo *Ekmekdjian c/ Sofovich*: “Que la interpretación del Pacto debe, además guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, artículo 1)”.⁶¹²

En el mismo sentido, en 1995 la propia Corte Suprema argentina razonó así:

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer de todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana y artículo 2o., Ley 23.054.⁶¹³

Cabe destacar que incluso la Corte Suprema argentina ha sostenido también la obligatoriedad de la *jurisprudencia*⁶¹⁴ de la Comisión Interameri-

⁶¹¹ CSJ, Sala Constitucional, sentencia 2313-95, 9 de mayo de 1995.

⁶¹² CSJN, 07/07/1992.

⁶¹³ Caso “*Giroldi*”, Fallos 318:514 del 7 de abril de 1995.

⁶¹⁴ El empleo de la palabra *jurisprudencia* para referirse a las decisiones e interpretaciones de la CIDH es cuestionable, pues en estricto sentido la comisión no es un órgano que ejerza funciones jurisdiccionales.

cana para los tribunales argentinos: “debe revocarse la resolución impugnada, puesto que la interpretación efectuada por el a quo del art. 1 ley 24.390 ha sido incompatible con la jurisprudencia elaborada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”.⁶¹⁵

Por otro lado, resulta interesante mencionar que en México, a nivel de tribunales colegiados de circuito, ya se pueden identificar algunos razonamientos que implican el reconocimiento del deber de aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por México, así como la jurisprudencia emitida por los tribunales internacionales que realicen la interpretación de esos tratados, convenciones o pactos (incluso desde antes de la reforma en materia de derechos humanos de 2011 y de la resolución del expediente Varios 912/2010 que examinaremos más adelante). Ello se puede apreciar en las siguientes tesis aisladas:

Tesis XI.1o.A.T.47 K

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO.

Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado mexicano no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque éste implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen.

Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito.

Amparo directo 1060/2008. 2 de julio de 2009. Mayoría de votos. Disidente: Hugo Sahuer Hernández. Ponente: Juan García Orozco. Secretario: Víctor Ruiz Contreras.⁶¹⁶

Tesis XI.1o.A.T.45 K

TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN.

Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los

⁶¹⁵ Caso Bramajo, *Hernán Javier s/ Incidente de Excarcelación*, Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 12/09/1996, párrafo 15.

⁶¹⁶ *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 1932.

Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial.

Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito.

Amparo directo 1060/2008. 2 de julio de 2009. Mayoría de votos. Disidente: Hugo Sahuer Hernández. Ponente: Juan García Orozco. Secretario: Víctor Ruíz Contreras.⁶¹⁷

Tesis I.7o.C.51

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

Una vez incorporados a la Ley Suprema de toda la Unión los tratados internacionales suscritos por México, en materia de derechos humanos, y dado el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible invocar la jurisprudencia de dicho tribunal internacional como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos.

Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Amparo directo 623/2008. Procuraduría General de la República y otras. 23 de octubre de 2008. Mayoría de votos; unanimidad en relación con el tema contenido en esta tesis. Disidente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Benjamín Garcilazo Ruíz.⁶¹⁸

Tesis I.7o.C.46 K

DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS.

Los artículos 1o., 133, 103, fracción I, y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen respectivamente: que todo individuo gozará de las garantías que ella otorga; que las leyes del Congreso de la Unión, que emanen de ella, y los tratados acordes a la misma, serán la Ley Suprema de toda la Unión; que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; y, las bases, los procedimientos y las formas para la

⁶¹⁷ *Ibidem*, p. 2079.

⁶¹⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXVIII, diciembre de 2008, p. 1052.

tramitación del juicio de amparo. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ubicó a los tratados internacionales por encima de las leyes federales y por debajo de la Constitución, según la tesis del rubro: “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.” (IUS 192867). De ahí que si en el amparo es posible conocer de actos o leyes violatorios de garantías individuales establecidas constitucionalmente, también pueden analizarse los actos y leyes contrarios a los tratados internacionales suscritos por México, por formar parte de la Ley Suprema de toda la Unión en el nivel que los ubicó la Corte. Por lo tanto, pueden ser invocados al resolver sobre la violación de garantías individuales que involucren la de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por México.

Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Amparo directo 344/2008. Jesús Alejandro Gutiérrez Olvera. 10 de julio de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Julio César Vázquez-Mellado García. Secretario: Benjamín Garcilazo Ruiz.⁶¹⁹

Como ilustran estas tesis, existen ya casos en los que los tribunales colegiados de circuito (TCC) han otorgado el amparo en protección de quejosos que han alegado violaciones a sus derechos humanos previstos en la Convención Americana. Por ejemplo, en el amparo directo 1060/2008, el quejoso impugnó el desechamiento que el Tribunal de Justicia Administrativa de Michoacán hizo de su demanda de nulidad de la imposición y cobro de una multa y la detención arbitraria de parte de la autoridad administrativa (seguridad pública), así como la omisión de parte del gobernador del estado de Michoacán “de expedir reglamentos relativos a garantizar la observancia de los artículos 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los procedimientos administrativos sancionadores”.⁶²⁰

⁶¹⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXVIII, agosto de 2008, p. 1083.

⁶²⁰ El tribunal contencioso-administrativo de Michoacán razonó así: “El Tribunal de Justicia Administrativa del Estado no puede erigirse en órgano de control constitucional, ni pronunciarse respecto a la conculcación de las garantías individuales previstas en los artículos 14 y 17 de la Constitución Federal, ni a la infracción a los normativos del Pacto de San José, como lo pretende el recurrente, dado que el trámite y resolución del juicio contencioso administrativo no da la pauta para ello, toda vez que los actos impugnados en el juicio de nulidad se analizan en función de las leyes ordinarias, normas o instrucciones generales emitidas por las autoridades estatales o municipales que los rigen y no —se insiste— en atención a si la transgresión, esté en oposición de un precepto de la Constitución Federal, cuyo análisis corresponde al Poder Judicial de la Federación”. Amparo directo 1060/2008, Morelia, Michoacán. Acuerdo del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, correspondiente al 2 de julio de 2009.

El TCC consideró que con su decisión, el Tribunal contencioso-administrativo de Michoacán no había actuado conforme a derecho, pues se había negado a adoptar como parámetro para su examen de legalidad del acto impugnado la CADH, que forma parte del sistema jurídico mexicano, al haber suscrito México atendiendo al principio *pacta sunt servanda*, conforme al cual el Estado mexicano contrajo obligaciones frente a la comunidad internacional, que no deben ser desconocidas con solo invocar normas de derecho interno, pues ante cualquier desacato infundado se corre el riesgo de incurrir en una responsabilidad internacional. El tribunal razonó así:

Luego, como el dispositivo constitucional de referencia otorgó el rango de ley del país a los tratados celebrados y que en un futuro se suscriban por el presidente de la República, sin más condición para ello que la de que no sean contrarios a la propia Constitución y sean aprobados por el Senado, es inconcuso entonces que lo pactado en los tratados queda automáticamente incorporado al derecho interno mexicano, por así haberlo dispuesto el Constituyente; con independencia de que para otros efectos, la materia del tratado sea competencia de la Federación o de las entidades federativas, lo cual se apoya en el principio relativo a que no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas para su observancia.

En ese orden, ha de establecerse que los tribunales locales del Estado mexicano no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino que quedan también obligados a aplicar la Constitución, los tratados o convenciones internacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros organismos, lo cual los obliga a ejercer un control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, como lo consideró la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo directo en revisión 908/2006, promovido por Nahum Ramos Yescas, en sesión celebrada el dieciocho de abril de dos mil siete...⁶²¹

⁶²¹ El TCC se refiere a la tesis aislada 1a. CXLI/2007 de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro y texto son los siguientes: “INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO. En términos de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por México y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991); y 3, 4, 6 y 7 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño, en todas las medidas que tomen concernientes a éstos, concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: ‘la expresión «interés superior del niño» ... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”’ (*Semanario Judicial de la*

En suma, para el TCC, los tribunales nacionales están obligados a ejercer “el control de convencionalidad” “en sede nacional”, respecto de actos de autoridad, lo que implica la adopción en el sistema jurídico interno tanto de las normas como la interpretación de éstas,⁶²² “lo que conlleva a sustentar que todos los tribunales deben realizar un control difuso de convencionalidad, al resolver los asuntos sometidos a su competencia”.

Por la relevancia y novedoso del razonamiento, nos permitimos citar textualmente la parte central de la sentencia del TCC que venimos examinando:

II. El tipo de control de convencionalidad en sede interna se actualiza cuando el Juez interno tiene competencia para inaplicar el derecho interno y aplicar la Convención u otro tratado mediante un examen de confrontación normativo (derecho interno con el tratado), en un caso concreto y adoptar una decisión judicial protegiendo los derechos de la persona.

Consecuente con lo considerado, es válido sustentar que el control de convencionalidad tanto en sede internacional como nacional lo representa el examen de confrontación normativo (material) del derecho interno con la norma internacional, alrededor de unos hechos —acción u omisión— internacionalmente ilícitos; que como técnica jurídica de control tiene por objeto preservar y garantizar el ejercicio de los derechos establecidos a favor de los gobernados tanto en el derecho nacional como en el internacional.

De ello se deriva la consideración de que en el juicio de convencionalidad:

1. Por “acción” del legislador: es posible declarar que la existencia de una determinada legislación pueda generar la violación de alguno de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2. Por la “omisión” del legislador: en cuyo caso lo que viola un derecho reconocido en la Convención no es tanto la existencia de una legislación como su inexistencia.

Lo hasta aquí expresado conlleva a este cuerpo colegiado a determinar que en el caso concreto la autoridad responsable frente a lo que el quejoso demandó del Ejecutivo del Estado, en torno al pago de trescientos mil pesos por la omisión que le atribuyó de expedir reglamentos relativos a garantizar la observancia y la aplicación —en los procedimientos administrativos— de los artículos 7.5, 8.1 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, está legalmente vinculado a observar el control de convencionalidad en sede interna, que implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, además de las legislativas, medidas de cualquier otro orden para asegurar

Federación y su Gaceta, t. XXVI, julio de 2007, Novena Época, Materia Civil, p. 265, registro 172003).

⁶²² “... la interpretación que de esa convención hubiese realizado la Corte Interamericana, como su último intérprete”.

el respeto de los derechos y garantías, no sólo de la Constitución y de sus normas internas sino también de las convenciones internacionales de las que México es parte y de las interpretaciones que de sus cláusulas llevan a cabo los organismos internacionales.

Sin que sea jurídico sustentar que para controlar el aludido acto de autoridad que pretendió impugnar en sede administrativa el quejoso, sólo podía hacerlo a través del juicio de control constitucional previsto en los artículos 103 y 107 de la Carta Magna, por cuanto que el juicio de amparo no es un medio de defensa ordinario sino un medio de control constitucional que conforme a su naturaleza, tiene el carácter de extraordinario, por lo que procede únicamente respecto de aquellos actos contra los cuales la ley secundaria no concede recurso alguno, por virtud del cual puedan repararse los perjuicios que dichos actos ocasionan al gobernado.

Menos cuando el amparo no constituye un mecanismo para determinar condenas, como la de trescientos mil pesos que le reclama al gobernador del Estado de Michoacán, como consecuencia de la inactividad legislativa que le atribuye; acorde con las razones que sustentan la tesis aislada II.2o.P.74 P —que se comparte— del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, que a continuación se transcribe:

AMPARO MEXICANO. NO ES UN MECANISMO DE IMPUGNACIÓN DIRECTA RESPECTO DE POSIBLE OMISIÓN O INACTIVIDAD LEGISLATIVA EN EL DESARROLLO DE TRATADOS INTERNACIONALES. La posible ausencia de esa labor legislativa implicaría, en todo caso, precisamente una omisión del órgano legislador al no establecer medidas adecuadas para el debido cumplimiento de los compromisos de creación legislativa implícitamente asumidas en algunos tratados, pero es obvio que tal cuestión, aun en el supuesto de constituir alguna clase de incumplimiento (lo que aquí no se prejuzga, por cierto), resulta totalmente ajena a la materia aquí planteada, pues hoy por hoy, el amparo en México no constituye un mecanismo para impugnar directamente las posibles omisiones o inactividad legislativa por sí misma.

(Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XVIII, julio de 2003, Novena Época, Materia Penal-común, página 1024, registro 183935).

Así, como consecuencia de la parte que resultó fundada de los conceptos de violación analizados, debe concederse la protección constitucional impenetrada, para que la autoridad responsable acate los efectos siguientes:

1. Deje insubsistente el acto reclamado.

2. Dicte uno nuevo en el que:

- 2.1. Reitere las consideraciones que en este fallo se determinó son legales.

- 2.2. Siguiendo los lineamientos establecidos en esta ejecutoria prescinda considerar que no tiene facultades para pronunciarse respecto a la aplicación de normativos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2.3. Atendiendo a lo que el quejoso le expresó en el recurso de reconsideración, determine si corresponde admitir o no, la demanda de nulidad promovida por el quejoso, únicamente en lo que se refiere al acto que le atribuye al Ejecutivo del Estado, sin desatender a las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que resulten aplicables.

Resulta claro entonces, que la postura internacionalista ha hecho su aparición en el razonamiento de los tribunales federales mexicanos.⁶²³ Esto abre una serie de posibilidades de desarrollos interesantes, en particular en relación con el sistema de control constitucional concentrado, que históricamente se ha venido conformando en nuestro país (a pesar del texto de la segunda oración del artículo 133 constitucional).

Por último, en favor de la postura internacionalista también se puede invocar una justificación funcional y estructural, en el siguiente sentido: que los tribunales nacionales tomen como guía y orientación la interpretación de la CrIDH, es un requerimiento para la coordinación y coherencia del sistema en su conjunto, cuyo buen funcionamiento es deseable en aras de una mejor protección de los derechos de las personas.

Esta idea se corresponde con lo que Fernando Silva García ha denominado “la preeminencia lógica de la CrIDH”, derivada del sometimiento jurídico que surge del consentimiento mismo del Estado que suscribe la Con-

⁶²³ Góngora Mera sostiene que el cambio en la manera en que los tribunales constitucionales latinoamericanos se relacionan con la CrIDH se debe a dos factores esenciales: por un lado, la CrIDH ha alterado su esquema tradicional de relación con los países miembros del sistema interamericano, conocido en la doctrina como el modelo de caja negra (*black-box mode*); es decir, en lugar de dirigir órdenes al Estado como un todo, desde los noventa ha iniciado la práctica de atribuir obligaciones específicas a órganos estatales, incluyendo al Poder Legislativo y a los jueces nacionales. Por otro lado, Góngora ve que el hecho de que los tribunales constitucionales de la región le estén dando cada vez más importancia a las sentencias de la CrIDH, incluso las que no están dirigidas a su Estado, se debe en buena medida a la expansión regional de la doctrina del bloque de constitucionalidad. Según esta doctrina, ciertos tratados de derechos humanos gozan de jerarquía constitucional a nivel interno, “...y son incorporados en el parámetro de constitucionalidad en el control de las normas del ordenamiento jurídico. Al reconocer esta jerarquía superior a los tratados de derechos humanos, los órganos internacionales encargados de su interpretación (en particular la Corte Interamericana respecto de los tratados interamericanos de derechos humanos) han ganado relevancia en la interpretación de provisiones constitucionales a nivel doméstico”. Góngora Mera, Manuel Eduardo, “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia. Una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, en Bogdandy, Armin von *et al.*, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, t. II, México, UNAM, 2010, pp. 404 y 405.

vención y se somete a la jurisdicción contenciosa de la Corte. Ello, a su vez, implica reconocer a la Corte Interamericana autoridad como órgano natural de interpretación de la Convención.⁶²⁴ Como indica Ayala Corao, en estos casos los tribunales nacionales no solo deberían servir de instrumentos para ejecutar, en el derecho interno, las decisiones reparatorias ordenadas por los órganos del sistema interamericano, sino que además deberían tomar debida nota de la jurisprudencia establecida por aquellos órganos, a fin de incorporarla a su jurisprudencia interna, y así evitar que casos futuros tengan que ser llevados ante los foros internacionales.⁶²⁵

En suma, la postura internacionalista puede resumirse aludiendo a lo sostenido por Fix-Zamudio, para quien los derechos humanos previstos en tratados internacionales, una vez cumplidos los requisitos materiales y formales de incorporación establecidos en la propia Constitución, se convierten en ‘derechos humanos constitucionales internos de fuente internacional’, plenamente obligatorios y aplicables en el ámbito doméstico.⁶²⁶

2. *La postura nacionalista*

Ahora bien, frente a la postura que hemos llamado ‘internacionalista’ se encuentra otra que podríamos denominar la perspectiva ‘nacionalista’. Un buen ejemplo de esta postura puede encontrarse, en el caso mexicano, en los argumentos del ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Salvador Aguirre Anguiano, quien ha sostenido que la aceptación de la jurisdicción supranacional de la CrIDH dejó a la Suprema Corte en segundo lugar jerárquico, sin haberse hecho una reforma previa de la Constitución que así lo permitiera, contraviniendo con ello el texto mismo del artículo 133 constitucional.⁶²⁷

⁶²⁴ Silva García, Fernando, “Hacia un diálogo jurisdiccional entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales”, en Corzo Sosa, Edgar (coord.), *I Congreso Internacional sobre Justicia Constitucional*, México, UNAM, 2009, pp. 702 y 703.

⁶²⁵ Ayala Corao, Carlos, *Recepción...*, p. 20.

⁶²⁶ Fix-Zamudio, Héctor, “La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, en Bogdandy, Armin von *et al.*, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?*, t. II, México, UNAM, 2010, p. 651.

⁶²⁷ Aguirre Anguiano, Salvador, “‘Aplicar justicia en tierra ajena’, dicotomía fundamental entre el derecho y la vida. Luis Recasens Siches”, ponencia presentada en el Seminario Internacional “La Protección Constitucional e Internacional de los Derechos Humanos”, Lima, 19 de abril de 2010, p. 3.

Asimismo, considera el ministro Aguirre que una posible condena por parte de la CrIDH a la modificación de la Constitución mexicana⁶²⁸ provocaría un quebranto al orden jurídico interno, pues según el derecho interno, es la CADH la que se debe ajustar a la Constitución y no al revés: “el que con posterioridad se declare inconvencional en alguna de sus disposiciones, implica que en su origen no podía jurídicamente haberse adoptado la Convención”.⁶²⁹

Por último, considera que aceptar la subordinación del criterio de la Suprema Corte mexicana encargada de la interpretación de la Constitución, a la Corte Interamericana, supeditando la interpretación constitucional a la convencional, vulneraría la autonomía concedida a la Suprema Corte por el Estado, en uso de su soberanía, y se violaría también el principio de división de poderes. Un tratado internacional no puede modificar una previsión constitucional que establece la competencia de uno de los poderes de la Unión. En consecuencia —sostiene el ministro Aguirre— no es admisible un pacto internacional que prevea a la jurisdicción internacional como vinculante para el supremo tribunal de la nación, a quien no se le asignó tal competencia constitucional y, por ende, no se encuentra facultado constitucionalmente para ello.⁶³⁰

El debate en el seno de la Corte ha cobrado aún mayor relevancia a raíz de la sentencia condenatoria de la CrIDH en contra del Estado mexicano, en el caso Rosendo Radilla.⁶³¹ Como se recordará, el caso surge a partir de la presunta desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, que habría tenido lugar desde el 25 de agosto de 1974, a manos de efectivos del ejército en el estado de Guerrero, México, sin que el estado hubiera sancionado penalmente a los responsables ni hubiera asegurado a los familiares una adecuada reparación. Por lo anterior, la Comisión solicitó a la Corte que declarara la responsabilidad internacional del Estado por la alegada

⁶²⁸ Como ha sucedido en el caso “Última tentación de Cristo”, a raíz del cual Chile modificó su Constitución en la que se preveía la ‘censura previa’.

⁶²⁹ *Ibidem*, p. 22.

⁶³⁰ *Ibidem*, p. 24.

⁶³¹ En Estados Unidos también se ha dado el debate que venimos reseñando. Por ejemplo, en favor de la postura ‘nacionalista’, se ha argumentado que los tribunales internacionales tienen implicaciones negativas en relación con el principio democrático. En este sentido, se ha afirmado que el Poder Judicial es una institución gubernamental, que está inmersa en un proceso político más amplio, por lo que hace una gran diferencia si la resolución de casos ocurre al nivel de tribunales nacionales o internacionales. Las muchas conexiones indirectas entre la judicatura nacional y los procesos democráticos son esenciales para asegurar que el derecho conserve su pretensión de autoridad legítima en una sociedad que tiene la pretensión de autogobernarse. Véase Rubinfeld, Jed, “Unilateralism and Constitutionalism”, *New York University Law Review*, vol. 79, núm. 6, 2004, p. 2011.

violación de los derechos consagrados en los artículos 3 (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica), 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de Rosendo Radilla Pacheco. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte declarar la responsabilidad internacional del Estado por la alegada violación de los artículos 5 (derecho a la integridad personal), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana, en perjuicio de varios familiares del señor Radilla Pacheco. Y solicitó también que se declarara el incumplimiento por parte del Estado del artículo 2 de la Convención Americana (deber de adoptar disposiciones de derecho interno). Finalmente, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado la adopción de determinadas medidas de reparación, pecuniarias y no pecuniarias.⁶³²

En su sentencia, la CrIDH encontró que el Estado mexicano era responsable de la violación de los derechos a la libertad personal, a la integridad personal, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la vida, en relación con la obligación de respetar y garantizar contenida en el artículo 1.1 de la misma y con los artículos I y XI de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio del señor Rosendo Radilla Pacheco; asimismo, se encontró responsable al Estado mexicano por la violación del derecho a la integridad personal en perjuicio de las señoras Tita y Andrea, y del señor Rosendo, todos de apellidos Radilla Martínez, y también por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio de las señoras Tita y Andrea, y del señor Rosendo, todos de apellidos Radilla Martínez. Asimismo, la CrIDH encontró que el Estado mexicano había incumplido el deber de adoptar disposiciones de derecho interno establecido en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos I y III de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, respecto de la tipificación del delito de desaparición forzada de personas.

Por todo lo anterior, la CrIDH, por unanimidad, condenó al Estado mexicano a lo siguiente:

A. El Estado deberá conducir eficazmente, con la debida diligencia y dentro de un plazo razonable la investigación y, en su caso, los procesos penales

⁶³² CrIDH, caso Radilla Pacheco *vs.* Estados Unidos Mexicanos, sentencia del 23 de noviembre de 2009, párrafos 2 y 3.

que tramiten en relación con la detención y posterior desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco, para determinar las correspondientes responsabilidades penales y aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea.

B El Estado deberá continuar con la búsqueda efectiva y la localización inmediata del señor Rosendo Radilla Pacheco o, en su caso, de sus restos mortales.

C. El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

D. El Estado deberá adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el artículo 215 A del Código Penal Federal con los estándares internacionales en la materia y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

E. El Estado deberá implementar, en un plazo razonable y con la respectiva disposición presupuestaria, programas o cursos permanentes relativos al análisis de la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en relación con los límites de la jurisdicción penal militar, así como un programa de formación sobre la debida investigación y juzgamiento de hechos constitutivos de desaparición forzada de personas.

F. El Estado deberá publicar en el Diario Oficial de la Federación y en otro diario de amplia circulación nacional, por una sola vez, los párrafos 1 a 7, 52 a 66, 114 a 358 de la Sentencia del Caso Radilla, sin las notas al pie de página, y la parte resolutive de la misma, y publicar íntegramente el Fallo en el sitio *web* oficial de la Procuraduría General de la República, en un plazo de seis y dos meses, respectivamente, a partir de la notificación del propio Fallo.

G. El Estado deberá realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad en relación con los hechos del presente caso y en desagravio a la memoria del señor Rosendo Radilla Pacheco.

H. El Estado deberá realizar una semblanza de la vida del señor Rosendo Radilla Pacheco.

I. El Estado deberá brindar atención psicológica y/o psiquiátrica gratuita y de forma inmediata, adecuada y efectiva, a través de sus instituciones públicas de salud especializadas, a 105 las víctimas declaradas en el presente Fallo que así lo soliciten.

J. El Estado deberá pagar las cantidades fijadas en los párrafos 365, 370, 375 y 385 de la Sentencia, por concepto de indemnización por daño material e inmaterial, y el reintegro de costas y gastos, según corresponda, dentro del plazo de un año, contado a partir de la notificación del presente Fallo.

Por último, se estableció que la CrIDH supervisaría el cumplimiento íntegro de la sentencia, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento

to de sus deberes conforme a la Convención Americana, y que daría por concluido el caso una vez que el Estado hubiera dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. Además, determinó que el Estado mexicano debería, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la sentencia, rendir al Tribunal un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con el fallo.⁶³³

El 9 de febrero de 2010 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la sentencia del caso Rosendo Radilla, y el 27 de mayo del mismo año el ministro presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, formuló una solicitud al tribunal pleno para que determinara el trámite que debería corresponder a la sentencia pronunciada en el caso. Revisar la discusión que se dio con motivo de esta consulta a trámite promovida por el ministro presidente resulta relevante, pues ilustra parte de la postura nacionalista a la que hemos hecho referencia.⁶³⁴

La parte sustantiva del debate se dio en torno a una serie de preguntas planteadas a instancias del ministro Aguirre, a saber:

A. La Suprema Corte de Justicia, en tanto órgano límite o cúspide del Poder Judicial de la Federación, ¿está obligada al acatamiento de sentencias de tribunales internacionales, sin que medie reforma constitucional que le modifique o suprima o altere su carácter de Órgano Supremo?

B. ¿Le corresponde a la Suprema Corte, en primer lugar, hacer control de constitucionalidad, o en primer lugar, de convencionalidad?

C. ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “desbordar su Estatuto” (es decir, ir más allá de su competencia) y resolver cuestiones ajenas a la litis para lo que no está facultada?

El debate se centró en esta última pregunta. Varios ministros mencionaron que así planteada, evidentemente la respuesta tenía que ser negativa. Es decir, la CrIDH no puede ir más allá de su competencia. Sin embargo, el punto importante era determinar si esto había o no sucedido, y por qué. Por ello, solicitaron al ministro Aguirre explicar las razones por las cuales él consideraba que la CrIDH había “desbordado su Estatuto”. Ante esta petición, el referido ministro expuso, entre otras razones, las siguientes:

A. el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte por parte del Estado mexicano fue posterior a la realización de los hechos, por lo que

⁶³³ *Ibidem*, puntos resolutivos.

⁶³⁴ Para elaborar este apartado de nuestro trabajo revisamos la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el 7 de septiembre de 2010.

aplicaba el principio de irretroactividad. Sin embargo, la CrIDH consideró que el principio de irretroactividad y la cláusula facultativa de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte, no implicaba que un acto ocurrido antes de la misma debía ser excluido de toda consideración por cuanto pudiera ser relevante para la determinación de lo sucedido, lo cual —para el Ministro Aguirre— constituía un desbordamiento de su competencia.

B. Consideró un exceso condenar al Estado por violación al derecho a la integridad personal de los doce hijos del señor Rosendo Radilla.

C. Consideró un exceso condenar al Estado a realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad por los hechos, en desagravio de la memoria del señor Rosendo Radilla Pacheco. Acto en el que se debería hacer referencia a las violaciones de derechos humanos declaradas en la sentencia; excesivo también la condena a realizar dicho acto mediante una ceremonia pública en presencia de altas autoridades nacionales y los familiares del señor Radilla Pacheco; y la colocación de una placa conmemorativa en Atoyac de Álvarez.

D. Consideró excesivo la condena a publicar un libro con la semblanza de Rosendo Radilla

E. Consideró excesivo la fijación de una indemnización por ‘daño inmaterial’ a favor de Rosendo Radilla, que al decir del Ministro Aguirre nunca se pidió.⁶³⁵

F. Consideró un exceso la orden de pagar indemnización a favor de la asociación de familiares, de detenidos, desaparecidos y víctimas de violaciones de los derechos humanos y de la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos por concepto de las costas y gastos incurridos en el litigio (el Ministro Aguirre no tenía claro si eran o no representantes de las víctimas).

H. La CrIDH no tomó en cuenta la reserva del Estado mexicano en relación con el artículo 13 constitucional.^{636 637} Para el Ministro Aguirre, esto era

⁶³⁵ *Idem*, “No discuto los montos de las indemnizaciones, ni siquiera que se den las indemnizaciones correspondientes, pero lo que digo es: No hubo peticiones expresas y concretas y el Tribunal diciendo al amparo de la supuesta equidad, no hace caso a las excepciones y señala cantidades, esto a mí me parece que es desbordar sus posibilidades”.

⁶³⁶ México formuló la siguiente reserva al rectificar la Convención Americana sobre Desaparición Forzada de Personas: “El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos... formula reserva expresa al artículo IX, toda vez que la Constitución Política reconoce el fuero de guerra, cuando el militar haya cometido algún ilícito encontrándose en servicio. El fuero de guerra no constituye jurisdicción especial en el sentido de la Convención, toda vez que conforme al artículo 14 de la Constitución mexicana nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho”.

⁶³⁷ En la sentencia del caso Radilla, la CrIDH razonó lo siguiente: “311. Tal como ha sido formulada, la reserva al artículo IX de la CIDFP implica el desconocimiento del derecho humano al juez natural en la debida investigación y eventual sanción de los responsables de

particularmente grave, pues equivalía a ordenar “la interpretación constitucional en contra de la Constitución mexicana”.

Eventualmente, el debate sustantivo y de fondo no se alcanzó a dar. Más bien, se dio una discusión relativa a tratar de encontrar cuál era la pregunta correcta que debían discutir. Por ejemplo, el ministro Aguilar planteaba debatir si había o no en la sentencia deberes que el Poder Judicial de la Federación tuviera que cumplir; mientras que el ministro Cossío pidió centrar la discusión en la pregunta: ¿Están obligados los tribunales nacionales y en particular esta Suprema Corte de Justicia, a acatar una decisión jurisdiccional, por supuesto de un tribunal internacional, cuando ésta vaya más allá de sus determinaciones? Asimismo, se pronunció por aprovechar la oportunidad para generar de una vez una doctrina judicial en torno al cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana que pudiera servir de criterio para el futuro. Finalmente, la ministra Sánchez Cordero se preguntó: ¿Es la Suprema Corte de Justicia de la Nación competente para hacer un planteamiento de que si la Corte Interamericana desbordó o no sus facultades? Sin embargo, después de una serie de discusiones sobre la pregunta adecuada y sobre la metodología para abordar las preguntas, el proyecto que había elaborado el ministro Cossío fue rechazado, “en virtud de que su contenido excedió los fines de la consulta”, por lo que se ordenó la devolución de los autos a la presidencia de la Suprema Corte, a fin de que se remitiera el asunto al ministro que por turno correspondiera.⁶³⁸

la comisión de desaparición forzada de personas. La necesidad de asegurar que este tipo de casos sean investigados ante las instancias competentes de conformidad con las obligaciones internacionales, trasciende los intereses de los Estados. La erradicación de la impunidad de las violaciones graves de derechos humanos, como la ocurrida en el presente caso, cuenta con una garantía colectiva, reflejada en el claro y creciente interés de toda la sociedad y de todo Estado democrático de Derecho en fortalecer los mecanismos internacionales de protección en esta materia. La Corte estima que el derecho al juez natural, reconocido en el artículo IX de esta Convención, es indispensable para la consecución de los fines propuestos en la misma.

312. Teniendo en cuenta todo lo anterior, este Tribunal considera que la reserva formulada por México no satisface el primer requisito establecido en el artículo XIX de la CIDFP [si la reserva es compatible o no con el objeto y fin del tratado], por lo que, en consecuencia, debe ser considerada inválida...”.

⁶³⁸ Asimismo, se determinó (en votación de 8 contra 3) que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sí puede analizar si le resultan obligaciones de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso en contra del Estado mexicano, a pesar de que no existía —se dijo— notificación formal al Poder Judicial de la Federación. Asimismo, en votación de 7 contra 4, se determinó que ante una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la cual se determinan obligaciones directas y específicas a cargo del Poder Judicial de la Federación, sí podría éste proceder *motu proprio* a

En relación con la postura que aquí hemos denominado ‘nacionalista’, debemos reconocer que esta postura se apoya en un paradigma tradicional y dominante del derecho constitucional, fundado en el principio de soberanía, el principio de supremacía de la Constitución y su posición en el ápice de la jerarquía de normas del orden jurídico interno. Esta postura, cabe señalar, no es ajena a lo encontrado por un interesante estudio realizado por el profesor Benvenisti, quien afirma que, en general, los tribunales nacionales parecen rechazar su papel como guardianes del Estado de derecho internacional. Según Benvenisti:

Un estudio comparativo de las actitudes judiciales hacia la aplicación del derecho internacional muestra que los jueces, en general, rehúsan la aplicación de normas internacionales cuando consideran que su aplicación puede afectar intereses nacionales.⁶³⁹

El autor adelanta dos explicaciones: ¿falta de familiaridad con el derecho internacional? (esta es la visión de los optimistas); ¿o existen causas sistémicas (visión de los escépticos)? Benvenisti es de los segundos: hay un problema estructural en los tribunales nacionales por el cual tienden a no aplicar el derecho internacional. Y esto tiene que ver con la posición de los tribunales dentro del aparato del Estado.⁶⁴⁰

Esta posición estructural la describe así Benvenisti: los tribunales domésticos tienen un valor en la resolución de disputas entre ciudadanos y corrección de problemas bajo la lógica contramayoritaria. Además, desde la perspectiva de los otros órganos de gobierno, tienen el papel de mantener la estabilidad social y el orden político. Y hacen esto a través de dotar de marcos jurídicos y legitimidad jurídica al gobierno y sus actos, y al mantener la integridad del orden jurídico mismo (las condiciones ideológicas de que la dominación jurídica depende) (cita a Cotterrell, *The Sociology of Law*, 2a. ed., 1992, p. 234). La independencia que se reconoce a los tribunales por las otras ramas y en particular el poder de revisión judicial sobre actos

su cumplimiento sin coordinarse con otros poderes del Estado mexicano; finalmente, se votó 7 contra 4 que el análisis de las obligaciones para el Poder Judicial federal debe realizarse atendiendo a la totalidad de la sentencia correspondiente de la CrIDH, y no solamente atendiendo a los puntos resolutivos y a la remisión que realiza a determinados párrafos. Véase la consulta a trámite en el expediente Varios 489/2010, Promovente: ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, encargada del engrose: ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, pp. 42-45.

⁶³⁹ Benvenisti, Eyal, “Judges and Foreign Affairs: A Comment on the Institut de Droit International’s Resolution on ‘The Activities of National Courts and the International Relations of their State’”, *European Journal of International Law*, vol. 5, núm. 3, 1994, p. 424.

⁶⁴⁰ *Ibidem*, p. 425.

administrativos y legislativos son una “concesión” dada al Poder Judicial a cambio de su efecto legitimador en el Ejecutivo y el Legislativo, y una condición necesaria para la credibilidad del Poder Judicial frente a los ciudadanos. Así, independencia judicial y poder de revisión judicial forman parte de un ‘trato’ o ‘acuerdo’, con las otras ramas. Sin embargo, este ‘acuerdo’ no incluye dar discreción judicial en la esfera de las relaciones exteriores.⁶⁴¹

Benvenisti enumera y examina brevemente lo que denomina las recomendaciones de la Resolución del Institut de Droit International, aprobada en su sesión de Milán, de 1993, que busca eliminar lo que Benvenisti denomina “doctrinas de elusión” (*avoidance doctrines*), con las cuales los tribunales se cubren para no aplicar el derecho internacional.

Desde la perspectiva del derecho internacional, los tribunales nacionales se ven como parte de un sistema difuso para asegurar el cumplimiento del derecho internacional. Se les ve como instrumentales en la aplicación del derecho internacional a nivel interno. No hacerlo, puede acarrear responsabilidad internacional del Estado (ante la falta de un sistema de aplicación centralizado del derecho internacional).⁶⁴²

Sin embargo, apunta Benvenisti que los tribunales nacionales tienden a proteger intereses de corto plazo de sus gobiernos, en su aplicación o no

⁶⁴¹ “While in the domestic sphere all branches of government stand to gain from judicial independence and judicial review, the situation is different with respect to foreign affairs. In this sphere, the political branches of government do not have the same interest in impartial judicial scrutiny of their policies. As opposed to their interests in proving the legitimacy of the national legal system, to which they are responsible, the political branches have no incentive to bestow legitimacy on the international legal system, in which their State is only one actor among numerous actors, many of whom do not face judicial restrictions. Their only interest is the judicial vindication of their action abroad. Whereas the government tolerates its own litigation losses in the domestic sphere, since these very defeats prove the overall soundness of the national legal system, it has no interest in a defeat in the courtroom in the name of the international legal order. Coinciding with this governmental interest is the limited public demand for the legitimacy of the international legal process. Since individuals qua individuals do not enjoy access to international law, and have little opportunity to participate in shaping international law, the courts do not serve the function of protecting such access, a function that legitimizes their intervention in the domestic plane. Faced with an unenthusiastic governmental attitude towards judicial scrutiny over foreign affairs and the limited demand of the public, the judiciary has no leverage to negotiate a grant of power to review and must succumb to the restriction of its powers”. *Ibidem*, pp. 425 y 426.

⁶⁴² “Many view national judges as the best candidates within the national systems to grapple with this important task, because of their independent status and their apolitical role. A judiciary that is independent of the national Government, that employs international standards by resorting to technical, non-political, legal discourse, promises indeed to be a perfect forum to interpret, apply and develop international norms”. Benvenisti, Eyal, “Judicial Misgivings Regarding the Application of International Law: An Analysis of Attitudes of National Courts”, *European Journal of International Law*, vol. 4, núm. 1, 1993, p. 161.

aplicación del derecho internacional. Así, identifica Benvenisti tres tendencias en cuanto a la deferencia a sus gobiernos por parte de los tribunales nacionales, en la aplicación de derecho internacional:

1. Tienden a interpretar de manera estrecha los artículos de sus Constituciones nacionales, que importan derecho internacional dentro del sistema jurídico local, y con ello reducen sus oportunidades de interferir con las políticas gubernamentales a la luz del derecho internacional;
2. Tienden a interpretar las reglas de derecho internacional en forma tal de no alterar los intereses de sus gobiernos, a veces incluso buscando orientación del Ejecutivo en cuanto a la interpretación de los tratados.⁶⁴³
3. Usan una variedad de ‘doctrinas de elusión’, ya sea específicamente diseñadas para hacerlo, como doctrinas de acto de Estado, o doctrinas generales de legitimación procesal y justiciabilidad, en forma tal de dar a sus gobiernos, y a otros gobiernos, un escudo efectivo contra la revisión judicial bajo el derecho internacional.⁶⁴⁴

Algunas doctrinas judiciales relevan a los tribunales nacionales del deber de aplicar las normas de derecho internacional en algunas situaciones políticamente sensibles. En la mayoría de los casos estas doctrinas remueven de la revisión judicial temas que pueden afectar adversamente los intereses del Ejecutivo en el ámbito de la política internacional. Por ejemplo, la doctrina del acto de Estado británica sostiene que los tribunales ingleses no darán entrada a una demanda de un extranjero relacionada con actividades en país extranjero hechas en nombre de la Corona o ratificado por ella. En otras jurisdicciones se ha llegado a resultados similares usando barreras diferentes contra demandas dirigidas contra el ejecutivo nacional.⁶⁴⁵

Como hemos apuntado, la postura nacionalista tiene un fuerte apoyo en concepciones tradicionales del derecho constitucional, fundadas en el discurso de la soberanía y la autodeterminación. Se trata de un discurso con una sólida tradición, bien implantado y enraizado en las sociedades

⁶⁴³ Así sucedió, por ejemplo, en la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso del secuestro del doctor Álvarez Machain, en la cual consideró que este acto no era incompatible con el tratado de extradición entre México y Estados Unidos de 1978, porque el tratado no prohibía expresamente dichas acciones. Benvenisti, *op. cit.*, “Judicial Misgivings”, p. 167.

⁶⁴⁴ *Ibidem*, p. 161.

⁶⁴⁵ La doctrina de la ‘cuestión política’ fue invocada para bloquear demandas de extranjeros dañados durante el bombardeo de Estados Unidos sobre Libia en 1986 o la invasión de Panamá en 1989 (los demandados eran Reagan y Thatcher). *Ibidem*, pp. 169 y 170.

nacionales. Y por si esto fuera poco, los tribunales constitucionales suelen tener en sus manos un instrumento de control y modulación del impacto del derecho internacional en el derecho interno, lo cual corresponde a lo que Fernando Silva García ha llamado la ‘preeminencia de efectividad’: “...los tribunales constitucionales nacionales son quienes, en último termino, deciden qué efectos concretos tienen en el sistema jurídico nacional los tratados internacionales, y con ello, qué eficacia concreta tienen las sentencias regionales sobre derechos humanos”.⁶⁴⁶

III. EL DEBATE SOBRE LOS EFECTOS DE LAS RECOMENDACIONES DE LA CIDH EN MÉXICO

Ahora bien, en el caso mexicano, y en relación con la eficacia de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se ha dado un fenómeno que debe examinarse, pues ilustra la resistencia de los tribunales mexicanos a aplicar el derecho internacional, y en particular las recomendaciones de la CIDH. Asimismo, evidencia la inexistencia de un mecanismo adecuado para garantizar el eficaz y adecuado cumplimiento de dichas recomendaciones en el sistema jurídico mexicano.

En efecto, en 2001 se recurrió al juicio de amparo para exigir al Estado mexicano el cumplimiento de las recomendaciones emitidas en el Informe 43/96, relativo al caso 11.430. Según la información proporcionada en la denuncia presentada por los peticionarios a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 25 de enero de 1995, el general brigadier del ejército mexicano, José Francisco Gallardo Rodríguez, había sido víctima desde 1988, después que fuera ascendido a general brigadier, de amenazas, hostigamientos e intimidaciones por parte de altos mandos de la Secretaría de la Defensa Nacional (Sedena). Asimismo, se señaló en la petición que mediante la fabricación de delitos y responsabilidades, nunca probados, se le había sometido a procesos judiciales y encarcelamientos injustos; que la persecución se sustentaba en la apertura de 15 averiguaciones previas en contra del general Gallardo, la instrucción de nueve causas penales (una en 1983) y el decreto de siete autos de detención; que la Secretaría de la Defensa Nacional (Sedena), a través de funcionarios del ejército mexicano, había emprendido una campaña de difamación y descrédito en contra de Gallardo, y que el 9 de noviembre de 1993 había sido detenido arbitrariamente y encarcelado por falsas acusaciones.⁶⁴⁷

⁶⁴⁶ Silva, *op. cit.*, pp. 704 y 705.

⁶⁴⁷ Informe 43/96 de la CIDH, en www.cidh.org/annualrep/96span/Mexico11430.htm.

En sus conclusiones, la CIDH consideró que a través de la detención y sometimiento del general José Francisco Gallardo a dieciséis investigaciones y ocho causas penales de manera continuada y sin propósito razonable lógico y justificable, el Estado mexicano había dejado de cumplir con su obligación de respetar y garantizar los derechos a la integridad personal, garantías judiciales, honra y dignidad, y protección judicial del general brigadier José Francisco Gallardo Rodríguez, de conformidad con los artículos 5, 7, 8, 11 y 25 de la Convención Americana, por los reiterados hechos ocurridos en México desde 1988. Asimismo, consideró que en virtud de los hechos denunciados, el Estado mexicano no había cumplido con las obligaciones de respeto de los derechos humanos y garantías impuestas por el artículo 1.1 de la Convención Americana.

Por lo anterior, la Comisión recomendó al Estado:

117. Se libere inmediatamente al General Brigadier José Francisco Gallardo,

118. Se tomen todas las medidas necesarias para que cese la campaña de persecución, difamación y hostigamiento en contra del General Brigadier José Francisco Gallardo.

119. Se investigue y sancione a los responsables de la campaña de persecución, difamación y hostigamiento en contra del General Brigadier José Francisco Gallardo.

120. Adopte las medidas necesarias para que se decidan lo antes posible las causas pendientes.

121. Se le pague una justa indemnización al General José Francisco Gallardo como reparación por las violaciones de las cuales ha sido víctima.

122. Publicar el presente informe en el Informe Anual a la Asamblea General de la OEA, en virtud de los artículos 48 del Reglamento de la Comisión y 51.3 de la Convención, toda vez que el Gobierno de México no adoptó las medidas para solucionar la situación denunciada, dentro de los plazos concedidos.⁶⁴⁸

Sin embargo, ante la inactividad del Estado mexicano para cumplir las recomendaciones de la CIDH, organizaciones no gubernamentales intentaron, como hemos dicho, la vía del amparo indirecto, que fue declarado improcedente por el respectivo juez de distrito, decisión confirmada posteriormente por el tribunal colegiado de circuito ante el que se interpuso el

⁶⁴⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 43/96, caso 11.430, México, 15 de octubre de 1996. Disponible en <http://www.cidh.org/annualrep/96span/Mexico11430.htm>.

correspondiente recurso de revisión. A partir de este intento es que surgieron una serie de tesis aisladas cuyos rubros son los siguientes:⁶⁴⁹

- Tesis: II.2o.P.68 P: “DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y ALUDIDOS EN LA RECOMENDACIÓN DE ALGUNA COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, AMPARO PROCEDENTE EN EL CASO DE”.⁶⁵⁰
- Tesis: II.2o.P.69 P: “COMISIONES DE DERECHOS HUMANOS (NACIONALES O INTERNACIONALES). ES IMPROCEDENTE EL AMPARO QUE SE INTENTA EN CONTRA DEL INCUMPLIMIENTO, EN SÍ MISMO, DE UNA RECOMENDACIÓN CON INDEPENDENCIA DEL NÚMERO DE SUGERENCIAS QUE CONTENGA”.⁶⁵¹
- Tesis: II.2o.P.70 P: “AMPARO, JUICIO DE. NO PUEDE SER UTILIZADO DE MANERA QUE SUPLA CAPRICIOSAMENTE EL EJERCICIO DE LOS DIVERSOS MEDIOS JURÍDICO-PROCESALES QUE PREVÉ EL MARCO NORMATIVO NACIONAL, NI SER SUSTITUIDO POR OTRAS INSTANCIAS SUPRANACIONALES, NO VINCULANTES EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN EL CONTEXTO DE NUESTRO DERECHO CONSTITUCIONAL”.⁶⁵²

⁶⁴⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, t. XVIII, julio y agosto de 2003. Amparo en revisión 136/2002. 13 de diciembre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Raquel Mora Rodríguez.

⁶⁵⁰ “Independientemente de que el incumplimiento a una recomendación emitida por una comisión de derechos humanos (nacional o internacional), no pueda ser reclamable en el amparo por sí misma, subsiste la posibilidad de que los actos de afectación de derechos fundamentales previstos en la Constitución Federal, mencionados o abarcados por la aludida recomendación, puedan ser de tal naturaleza (como la privación ilegal de libertad personal), que haga procedente el juicio de amparo para su salvaguarda, no por un posible incumplimiento a una recomendación, sino por la directa violación al derecho fundamental per se”.

⁶⁵¹ “Si bien es cierto que la recomendación de mérito constituye un todo y ese todo contiene diversos aspectos que representan su materia, es decir, los puntos de recomendación, ello no significa que la recomendación en sí misma o la totalidad de puntos abordados puedan ser susceptibles de reclamarse a través del juicio de amparo por el simple hecho de producirse un supuesto de incumplimiento. Esto es, que ese contenido plural no justifica de manera automática la procedencia del juicio de garantías en relación con su posible desatención, pasando por alto las reglas relativas a nuestro sistema federal de competencia en cuanto a la jurisdicción ordinaria (independientemente del fuero), y las instancias de control constitucional, entre ellas, las reglas y principios fundamentales que rigen el juicio de amparo”.

⁶⁵² “...por tanto, la ulterior tendencia al reconocimiento por parte de la comunidad internacional respecto del carácter positivo de la voluntad de generalizar ese reconocimiento, creando incluso organismos facultados para emitir recomendaciones a los Estados suscriptores de los tratados correspondientes, no implica de ningún modo que dichas instancias se sus-

- Tesis: II.2o.P.71 P: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. AMPARO IMPROCEDENTE CUANDO LOS ASPECTOS QUE CONTIENE LA RECOMENDACIÓN, EN LO INDIVIDUAL O EN SU CONJUNTO, NO CONFIGURAN UN ACTO QUE PUEDA SER REPARADO A TRAVÉS DEL JUICIO DE GARANTÍAS.⁶⁵³
- Tesis: II.2o.P.72 P: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. AMPARO IMPROCEDENTE CUANDO SE RECLAMA POR SÍ MISMO EL INCUMPLIMIENTO DE UNA RECOMENDACIÓN NO VINCULANTE.⁶⁵⁴

tituyan en la tutela de los derechos fundamentales reconocidos y garantizados en el contexto del propio derecho constitucional de la nación, y en el procedimiento que, en su caso, debe ejercerse de acuerdo con el medio de control de constitucionalidad que en la propia Constitución se prevé, el juicio de amparo. Por lo que es menester para lograr su procedencia el que se cumpla previamente con todos y cada uno de los presupuestos establecidos en la propia ley de la materia de donde emane el acto reclamado, así como los de la Ley de Amparo, puesto que no puede desconocerse la estructura normativa del Estado mexicano, ni la naturaleza misma del juicio de garantías”.

⁶⁵³ “El posible incumplimiento de una recomendación emitida por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no es susceptible de ser objeto de reclamación directa, por sí misma, en el juicio de garantías, por no ser un acto de autoridad con efectos vinculantes y de cumplimentación obligatoria; y, por otra parte, tampoco procede el amparo respecto de sus particulares contenidos per se, cuando se traducen en sugerencias de persecución, difamación y hostigamiento que no configuran un acto que pueda ser reparado a favor del quejoso a través del juicio de garantías. En consecuencia, si las sugerencias contenidas en la recomendación aludida no son reclamables de manera directa en el amparo, ni en lo individual, ni por el posible incumplimiento de la recomendación en su conjunto, integridad o unidad, el juicio intentado es improcedente”.

⁶⁵⁴ “Luego, la consecuencia prevista para el posible incumplimiento de una recomendación, por parte de un Estado miembro, no es otra que la publicación del informe que así lo determine en el informe anual rendido a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos; y sin prejuzgar sobre el efecto que esa clase de publicación pudiere tener en el ámbito de las relaciones internacionales, es evidente que en el plano jurídico y material no existe un mecanismo de ejecución obligatoria respecto de la recomendación emitida, por tanto, ésta puede o no ser cumplida por el Estado de que se trate, como acto de voluntad política en el plano de dicha relación multinacional; sin embargo, la aludida recomendación (al igual que las emitidas por las comisiones nacionales), por sí misma no constituye, modifica o extingue una situación jurídica concreta y específica en beneficio o perjuicio de los particulares, esto es, no establece el surgimiento de un derecho público subjetivo a cuyo cumplimiento esté constreñido el Estado o autoridad en cuestión. Por lo anterior, si no existe ningún precepto en la legislación nacional ni en el ámbito de un tratado internacional exigible que determine la obligatoriedad vinculante de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, es evidente que el eventual incumplimiento de alguna de ellas, en sí mismo, no constituye la transgresión a disposición legal alguna cuyo acontecer implique violación de garantías por parte del Estado mexicano en perjuicio de particulares en concreto, debido a que, a su vez, la recomendación en sí tampoco constituye un acto de autoridad para los efectos del juicio de amparo”.

- Tesis: II.2o.P.73 P: COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL EL EVENTUAL INCUMPLIMIENTO, POR SÍ, A UNA RECOMENDACIÓN DE LA.⁶⁵⁵
- Tesis: II.2o.P.74 P AMPARO MEXICANO. NO ES UN MECANISMO DE IMPUGNACIÓN DIRECTA RESPECTO DE POSIBLE OMISIÓN O INACTIVIDAD LEGISLATIVA EN EL DESARROLLO DE TRATADOS INTERNACIONALES.⁶⁵⁶
- Tesis: II.2o.P.75 P: “COMISIONES DE DERECHOS HUMANOS. NO PUEDEN EQUIPARARSE A UNA EJECUTORIA DE AMPARO, DE CUMPLIMIENTO EXIGIBLE, SUS RECOMENDACIONES”.⁶⁵⁷
- Tesis: II.2o.P.77 P: CONVENCION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. NO ESTABLECE EL CARÁCTER OBLIGATORIO Y

⁶⁵⁵ “...En tal virtud, resulta incorrecta la afirmación en el sentido de que el incumplimiento a una recomendación de la comisión interamericana transgrede el artículo 133 constitucional, pues según aduce el recurrente, conforme a dicho precepto, el ‘tratado de San José’ forma parte integral de la legislación nacional. Y el hecho de que ese pacto hubiere sido aceptado por el Estado mexicano con el compromiso de compartir el interés por tomar medidas de acuerdo con la legislación nacional para el respeto a los derechos humanos, no significa que las recomendaciones de la comisión interamericana tengan carácter obligatorio. Según el aludido tratado, el compromiso asumido en el plano de las relaciones internacionales es el de adoptar medidas (entre las que pudieran considerarse las legislativas tendentes a la creación de preceptos legales para regular ámbitos de aplicación, por ejemplo, del contenido de esa clase de recomendaciones), para fomentar el respeto a los derechos humanos. Incluso, se establece que en el caso de que no se tenga garantizado el ejercicio de los derechos y libertades mencionadas, se deberán adoptar, con base en los procedimientos constitucionales del Estado de que se trate, precisamente las disposiciones legislativas necesarias para ello. Hipótesis esta última que en el caso mexicano no se actualiza, pues es reconocida la existencia del juicio de amparo como medio procesal constitucional que garantiza esa tutela y salvaguarda”.

⁶⁵⁶ “La posible ausencia de esa labor legislativa implicaría, en todo caso, precisamente una omisión del órgano legislador al no establecer medidas adecuadas para el debido cumplimiento de los compromisos de creación legislativa implícitamente asumidas en algunos tratados, pero es obvio que tal cuestión, aun en el supuesto de constituir alguna clase de incumplimiento (lo que aquí no se prejuzga, por cierto), resulta totalmente ajena a la materia aquí planteada, pues hoy por hoy, el amparo en México no constituye un mecanismo para impugnar directamente las posibles omisiones o inactividad legislativa por sí misma”.

⁶⁵⁷ “No existe ninguna disposición ni razón para desconocer el carácter no vinculante ni obligatorio de las recomendaciones de la comisión aludida, pues del respectivo tratado, pacto o convención no se establece esa obligatoriedad de cumplimiento forzoso; de ahí que resulte igualmente infundada la argumentación vertida en contrario por parte del recurrente quejoso, y más aún la pretensión de equiparar dicha clase de recomendación con una ejecutoria de amparo, de cumplimiento exigible en términos de lo dispuesto en los artículos 80 y 105 de la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

VINCULANTE (PARA LOS EFECTOS DEL AMPARO) DE LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISIÓN A QUE DIO SURGIMIENTO.⁶⁵⁸

— Tesis: II.2o.P.78 P: “DERECHOS HUMANOS, ORGANISMOS DEFENSORES DE LOS, Y PROCEDENCIA DEL AMPARO”.⁶⁵⁹

Todas estas tesis ilustran la resistencia de parte de algunos tribunales mexicanos para aplicar recomendaciones de la CIDH, equiparando las recomendaciones de las comisiones internas de derechos humanos (con su carácter de no vinculantes y no ejecutables), con las recomendaciones de la CIDH. Ya Jorge Carmona Tinoco ha explicado por qué la equiparación no es adecuada ni sostenible jurídicamente.⁶⁶⁰ Además, las tesis nos hacen reflexionar sobre la inexistencia de un mecanismo adecuado para garantizar la eficacia de las recomendaciones de la CIDH en México. Quizá sea demasiado exigirle al amparo que sirva también para desempeñar esta función (lo cual es distinto a que el amparo sirva para atacar actos de autoridad que sean incompatibles con la CADH).

⁶⁵⁸ “El argumento de que los tratados sobre derechos humanos, dada su naturaleza, ameritan un tratamiento especial o diverso, no puede aceptarse al extremo de romper y desconocer, por otro lado, la naturaleza misma de todo pacto, tratado o convención internacional, que es la de surgir, no por obligación impositiva en planos de imperio y subordinación, sino sobre la base de igualdad de los miembros de la comunidad internacional y el respeto a la voluntad de aceptar los términos en que cada Estado conviene en comprometerse; de manera que si en la mencionada convención, también denominada ‘Pacto de San José’, no se advierte el establecimiento de carácter obligatorio del acatamiento al contenido de las recomendaciones de la comisión formada y, por ende, no puede decirse que exista la aceptación por parte de los Estados que lo subscribieron respecto de reconocer un carácter vinculante que no tiene; es por demás evidente que los aludidos términos del compromiso por parte de los Estados, y alcances y efectos de éste, no pueden ignorarse o pretender rebasarse bajo el argumento diferenciador de la materia del tratado, puesto que toda convención o acuerdo internacional, independientemente de la materia sobre la que verse, parte del principio del respeto a la normatividad establecida en el contexto del derecho internacional, en pro del reconocimiento a la igualdad y libre voluntad de los Estados miembros de la comunidad de las naciones, que son hoy por hoy la máxima expresión de representación de un conglomerado social; de manera que la observación a la normatividad y legalidad establecidas, aun en ese contexto, es sin duda también un derecho de todo integrante de la humanidad”.

⁶⁵⁹ “El juicio de garantías no es la vía procedente para impugnar el posible incumplimiento de una recomendación de alguna comisión de derechos humanos, sea ésta de índole nacional o internacional, con independencia, claro está, de que se dé el supuesto en el que los actos considerados en la recomendación o algunos de ellos sean, por sí mismos, susceptibles de impugnarse en el amparo, no por ser objeto de recomendaciones, sino por relacionarse con una posible violación a las garantías consagradas en la Constitución”.

⁶⁶⁰ Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “El valor jurídico y la eficacia de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de acuerdo con la jurisprudencia mexicana”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, julio-diciembre de 2004, pp. 167 y ss.

En suma, y para cerrar este apartado, deseamos apuntar que a partir del debate que hemos reseñado estamos ante dos posturas encontradas (la ‘internacionalista’ y la ‘nacionalista’) en el tema de la recepción de la jurisprudencia de la CrIDH y de las recomendaciones de la CIDH en el sistema jurídico mexicano. Con base en estas visiones, se da una especie de competencia entre los órganos de distintas sedes, cada uno de los cuales ejerce un control sobre determinada porción o parcela de un esquema complejo de protección de derechos humanos, complejo que se da en niveles distintos. Un esquema en el que, además, ninguno de los órganos involucrados tiene un control total y completo sobre el conjunto, sobre su operación, funcionamiento, eficacia y resultados.

IV. DERECHOS HUMANOS EN LAS CONSTITUCIONES DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL LOCAL

El panorama se complica todavía más si sumamos a la ecuación el hecho de que desde hace algunos años se puede percibir en México una tendencia referida a la inclusión de derechos humanos de derecho internacional en las Constituciones de las entidades federativas, a la par que se ha venido ampliando y fortaleciendo la justicia constitucional a nivel local. Esto da pie al surgimiento de problemáticas específicas relevantes para la temática de este trabajo, que es necesario abordar.

En efecto, a partir de la reforma de 2000 a la Constitución de Veracruz se abrió lo que podría calificarse como una nueva etapa del constitucionalismo local, que además de implicar la introducción de algunas innovaciones importantes ha ido también acompañada de un incremento en la reflexión y análisis teórico y dogmático sobre los alcances y límites del constitucionalismo en las entidades federativas. Con la reforma se estableció dentro de un capítulo “De los derechos humanos” (no ya de “garantías individuales”), una cláusula de incorporación de derechos, que incluye a los previstos en los tratados, así como los establecidos a nivel local que sean producto del reconocimiento del Poder Judicial del estado, además de los que establece la Constitución general y las leyes federales (artículo 4o. de la Constitución veracruzana).⁶⁶¹

⁶⁶¹ “Artículo 4. El hombre y la mujer son sujetos de iguales derechos y obligaciones ante la ley.

La libertad del hombre y la mujer no tiene más límite que la prohibición de la ley; por tanto, toda persona tiene el deber de acatar los ordenamientos expedidos por autoridad competente. Las autoridades sólo tienen las atribuciones concedidas expresamente por la ley.

Asimismo, y de manera paralela, se crearon a través de la misma reforma diversos instrumentos de justicia constitucional local, entre los cuales destaca el llamado juicio de protección de derechos humanos, destinado a tutelar los derechos humanos contemplados en la Constitución local (artículo 64-I de la Constitución veracruzana).

Además, se creó una Sala Constitucional, conformada por tres magistrados, para el conocimiento y resolución del juicio de protección de derechos humanos (así como para sustanciar los procedimientos en materia de controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y las acciones por omisión legislativa), y formular los proyectos de resolución definitiva que se sometan al pleno del Tribunal Superior de Justicia, como lo dispone el artículo 64 de la Constitución de Veracruz.

A raíz de la determinación de la Suprema Corte de Justicia en el sentido de que el paso dado por Veracruz era acorde con la Constitución general,⁶⁶² otros estados decidieron avanzar por el mismo camino. Por ejemplo, la Constitución del Estado de Tlaxcala dispone también que “todo individuo gozará de los derechos humanos que se garantizan en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la presente Constitución, instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano y leyes secundarias”, y que los derechos humanos tienen aplicación y eficacia directa y vinculan a los poderes públicos (artículos 14 y 15).⁶⁶³

Los habitantes del Estado gozarán de todas las garantías y libertades consagradas en la Constitución y las leyes federales, los tratados internacionales, esta Constitución y las leyes que de ella emanen; así como aquellos que reconozca el Poder Judicial del Estado, sin distinción alguna de origen, raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política, condición o actividad social.

Las autoridades del Estado, en su respectiva esfera de atribuciones, tienen el deber de generar las condiciones necesarias para que las personas gocen de los derechos que establece esta Constitución; así como proteger los que se reserve el pueblo de Veracruz mediante el juicio de protección de derechos humanos. La violación de los mismos implicará la sanción correspondiente y, en su caso, la reparación del daño, en términos de ley”.

⁶⁶² Recordar la tesis aislada derivada de la controversia constitucional 16/2000, cuyo rubro es: “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LA FACULTAD OTORGADA A LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ-LLAVE PARA CONOCER Y RESOLVER EL JUICIO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS, PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ESA ENTIDAD FEDERATIVA, NO INVADIR LA ESFERA DE ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE LA FEDERACIÓN, PUES AQUÉL SE LIMITA A SALVAGUARDAR, EXCLUSIVAMENTE, LOS DERECHOS HUMANOS QUE ESTABLECE EL PROPIO ORDENAMIENTO LOCAL”. Tesis aislada: P.XXXIII/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XVI, agosto de 2002, p. 903.

⁶⁶³ Cabe aclarar que en la controversia constitucional 16/2000 cuatro ministros suscribieron un voto minoritario en el cual consideraron que con el establecimiento del juicio de protección de derechos humanos, el poder reformados de la Constitución de Veracruz había

Asimismo, el artículo 16 de la Constitución de Tlaxcala dispone que:

ARTÍCULO 16. La interpretación de los derechos humanos a que hace alusión esta Constitución se hará de conformidad con los siguientes principios:

a) Deben interpretarse evitando la contradicción con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales en la materia;

b) Su sentido se determinará de conformidad con los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano aplicables y atendiendo a los criterios de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano;

c) Cuando resulten aplicables o en conflicto dos o más derechos humanos se hará una ponderación entre ellos a fin de lograr su interpretación jurídica, logrando que su ejercicio no signifique menoscabo a los derechos de terceros, prevaleciendo la seguridad de todos y las justas exigencias del bienestar general;

d) Ninguna interpretación podrá excluir otros derechos inherentes al ser humano que no estén previstos en la presente Constitución, y

e) Se deberá optar en la interpretación por el sentido más favorable a la persona y atendiendo a su progresividad.

Además, para la protección de los derechos humanos a los que se refiere la Constitución de Tlaxcala, se creó el juicio de protección constitucional,

invadido la esfera de competencia federal, específicamente del Poder Judicial de la Federación. Y la razón de ello lo encontraron en que el catálogo de derechos de la Constitución de Veracruz contiene derechos fundamentales que corresponden a ciertas garantías individuales contenidas en la Constitución General de la República. En este sentido, argumentaron los ministros disidentes que: “Donde con más claridad se ve la inconstitucionalidad del juicio de protección de los derechos humanos que establece la Constitución impugnada, es en la parte que otorga competencia a la Sala Constitucional para pronunciarse, a través de dicho juicio, sobre que una ley local es contraria o acorde a la Constitución de Veracruz por violación a los derechos humanos, en virtud de que la declaración sobre la constitucionalidad de una ley por tal motivo sólo compete al Poder Judicial de la Federación.

La cuestión de si una ley, federal o local, es contraria o no a la Constitución Federal por violación a las garantías individuales (que la Constitución impugnada llama derechos humanos), es de interés fundamental para la República, porque de su resolución dependerá que la ley se integre al orden jurídico que es propio de un Estado de derecho, o sea rechazada por vía jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sólo ésta puede, en virtud de las normas constitucionales que le dan competencia y que organizan y ordenan el juicio de amparo contra leyes, dar unidad, congruencia y seguridad al orden jurídico a nivel nacional, en vez de perder todas estas características en tantas parcelas interpretativas como Estados vayan adoptando las reformas que se examinan.

La reserva expresa al Poder Judicial de la Federación de la defensa de las garantías individuales a través del juicio de amparo y especialmente del amparo contra leyes, data del siglo XIX y así se ha mantenido hasta la actualidad, sin que jamás se haya otorgado similar atribución a los Poderes Judiciales de los Estados”.

que corresponde al Pleno del Tribunal Superior de Justicia conocer. Específicamente, el artículo 65 de la Ley de Control Constitucional del Estado de Tlaxcala (publicada en el *Periódico Oficial del Estado de Tlaxcala* el 30 de noviembre de 2001) dispone que el juicio de protección constitucional tiene por objeto anular las normas y actos de las autoridades que violen las disposiciones contenidas en la Constitución del estado y en la demás legislación que de ella emane, en perjuicio de los particulares, y que la promoción de este medio de control será siempre optativa para el interesado.

Otros estados, como Sinaloa, también han incorporado los derechos humanos “previstos en los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano”. Y se les ha asignado ‘eficacia directa’ y poder para vincular a todos los poderes públicos, los cuales deben “respetar en todo tiempo su contenido esencial y su progresividad”.⁶⁶⁴ Asimismo, el artículo 4 bis C de la Constitución del estado dispone que los derechos humanos a los que hace alusión la Constitución local se interpretarán de acuerdo con varios principios, entre los que destaca el de la fracción II:

II. Su sentido se determinará de conformidad con los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano aplicables y atendiendo los criterios de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sin embargo, en el caso de Sinaloa no existe hasta este momento un juicio específico para la protección de los derechos humanos a nivel local, a la manera de los que ya existen en Veracruz y en Tlaxcala.

Ahora bien, la aparición de estas nuevas normativas en algunas entidades federativas nos obliga a tratar, así sea de manera tangencial, algunos temas. Los principales de ellos, para efectos de la presente investigación, son los relativos al alcance del amparo local⁶⁶⁵ como instrumento protector de derechos humanos previstos en las Constituciones locales, y el referido a las alternativas de coordinación entre la doble jurisdicción en materia de justicia constitucional: la general y la local.

En efecto, la coexistencia del amparo federal con un amparo local, en una situación de derechos fundamentales homologados de manera idéntica en la Constitución general y la Constitución local, plantea el problema de decidir qué margen han de tener los jueces de amparo locales en la interpre-

⁶⁶⁴ Así lo dispone el artículo 4 bis de la Constitución de Sinaloa.

⁶⁶⁵ Así se ha llamado a los instrumentos de protección de derechos fundamentales previstos en las Constituciones de las entidades federativas.

tación de dichos derechos. En esta hipótesis, estimamos que una respuesta razonable y moderada consistiría en considerar que el juez de amparo local estaría obligado a aplicar la jurisprudencia definida del Poder Judicial de la Federación.⁶⁶⁶

Pero ¿y si la homologación no es idéntica? Es decir, ¿qué pasa cuando la Constitución general y la Constitución local no emplean el mismo lenguaje para establecer el mismo derecho humano?; ¿también se desprende de ahí la obligación de los jueces locales de interpretar el respectivo derecho, en el marco establecido por la jurisprudencia definida de la Suprema Corte en interpretación de ese derecho?; ¿o debe entenderse que la diferencia de lenguaje abre la posibilidad de interpretaciones diferenciadas?; ¿qué tanto podría, en esta última hipótesis, separarse el juez de amparo local, de la interpretación de la Suprema Corte?

Por otro lado, está el aspecto internacional, en el siguiente sentido: si se acepta el argumento de que los tribunales federales, incluida la Suprema Corte, están obligados a interpretar los derechos fundamentales contenidos en la Constitución nacional de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos (en particular la Convención Interamericana en la materia), y a seguir los criterios y estándares de la CrIDH, ¿podrían entonces los jueces locales de amparo con toda legitimidad basarse directamente en los criterios ‘orientadores’ de la CrIDH, en interpretación de derechos humanos previstos, dando preferencia a estos criterios, y dejando de lado los de la Suprema Corte en la medida en que esta se aleje de las interpretaciones de la CrIDH? Esa sería la implicación de lo sostenido por al CrIDH en el caso *Almonacid y otros vs. Chile*, según la cual los jueces y tribunales internos, todos, deben 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, tarea en la cual los tribunales deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de él ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁶⁶⁷

⁶⁶⁶ En una propuesta muy bien lograda en cuanto al tema, Arenas Bátiz sostiene que convendría tener una ‘jurisdicción concurrente’ entre las dos jurisdicciones: “Esta jurisdicción concurrente sería optativa para el quejoso, y cuando éste optara por acudir a la justicia local, ésta sería sólo primera instancia, pudiendo combatir sus decisiones a través del amparo. En este último caso los derechos fundamentales quedarían protegidos por un sistema de ‘doble instancia’”. Arenas Bátiz, Carlos Emilio, “La codificación de la justicia constitucional estatal”, en Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, *La justicia constitucional en las entidades federativas. Memorias de la Cuarta Mesa Redonda*, México, 2008, p. 48.

⁶⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

Con mayor razón, y en cuanto a los derechos humanos previstos en las Constituciones locales que no tienen homólogo en la Constitución general, pero sí en convenciones y tratados internacionales, los jueces de amparo local deberían seguir la interpretación de los órganos con la competencia originaria para hacerlo respecto de las convenciones y tratados, en la medida en que esa interpretación exista (así lo ordenan expresamente las Constituciones de Veracruz, Tlaxcala y Sinaloa, arriba aludidas). De no ser ese el caso, o bien en la hipótesis de que existan derechos previstos en las Constituciones locales, pero no en tratados (ni en la Constitución general), se abre el camino para el desarrollo original de esos derechos por parte de la justicia constitucional local.

En suma, como puede verse con base en lo arriba referido, y además de los problemas técnicos y de articulación que todavía está pendiente discutir y resolver, a partir de los desarrollos que se han venido dando en estados como Veracruz y Tlaxcala, al juego interpretativo de los derechos se ha sumado, de manera todavía tímida e incipiente, un nuevo actor: el juez constitucional local.

Ahora bien, una serie de acontecimientos, reformas y decisiones recientes nos han colocado ante un verdadero parteaguas en el tema de la justicia constitucional: el control de constitucionalidad de normas generales y la protección de los derechos humanos en nuestro país, inclinadas decididamente hacia la postura internacionalista. Las coordenadas de la justicia constitucional, y del debate sobre el mismo, han cambiado de manera radical en los últimos años, e incluso meses.

En primer lugar, debemos mencionar la construcción de la doctrina del control de convencionalidad por parte de la CrIDH, en *Almonacid* y otros *vs.* Chile, según la cual los jueces y tribunales internos, todos, deben 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, tarea en la cual los tribunales deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de él ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁶⁶⁸

Como sabemos, la doctrina se fue desarrollando en una serie de causas resueltas por la Corte Interamericana, hasta llegar, en un caso que involucró a México, al caso Radilla, en cuya sentencia la Corte dijo lo siguiente:

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos

⁶⁶⁸ CrIDH, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006.

están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁶⁶⁹

Posteriormente, se hicieron algunas precisiones a la doctrina, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*:

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.⁶⁷⁰

Por otro lado, las nuevas coordenadas quedaron definidas por la resolución de la Suprema Corte en la consulta a trámite en el expediente varios 912/2010. Como se sabe, en la resolución se precisó que los juzgadores de todo el país están obligados a verificar que las leyes que aplican se ajustan

⁶⁶⁹ CrIDH, caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia del 23 de noviembre de 2009.

⁶⁷⁰ CrIDH, caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. Estados Unidos Mexicanos*, sentencia del 26 de noviembre de 2006.

a la Constitución federal y a los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Asimismo, la Suprema Corte dijo que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los jueces, como parte del aparato estatal, deben velar por que sus disposiciones no se vean limitadas por disposiciones internas que sean contrarias a su objeto y fin.

Por tal razón, el control difuso (de constitucionalidad y convencionalidad) debe realizarse entre las normas de derecho interno en relación con la Constitución federal y la Convención, tomando en cuenta no solamente su texto, sino también a la interpretación realizada por la Corte Interamericana.

En ese sentido, el alto tribunal resolvió que los jueces de todo el país podrán dejar de aplicar al caso concreto las normas que resulten contrarias a la Constitución federal o los tratados internacionales, sin que ello implique una declaración de inconstitucionalidad, que sigue reservada a la justicia federal.

La decisión se tomó con base en el párrafo 339 de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto del caso Radilla Pacheco, a partir de la interpretación del nuevo artículo 1o. y del 133 de la Constitución federal.⁶⁷¹

Además de lo anterior, las nuevas coordenadas de la justicia constitucional mexicana han quedado conformadas por el ‘nuevo’ artículo 1o. de la Constitución general, producto de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 (en particular sus tres primeros párrafos):

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

⁶⁷¹ Comunicado 127/2011 del 14 de julio de 2011 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Como puede apreciarse, estos desarrollos representan un quiebre fundamental con el pasado de nuestro sistema de justicia constitucional.

Ahora bien, la nueva situación nos obliga a tratar una serie de aspectos problemáticos que ya había identificado Néstor Sagüés desde antes de la reforma constitucional de 2011 y de la resolución de la Suprema Corte en la consulta a trámite referida.⁶⁷² En efecto, según Sagüés, el control de convencionalidad a que se ha dicho están obligados ‘en sede nacional’ los tribunales nacionales podía no ofrecer problemas en países que tienen un sistema de control difuso o desconcentrado de constitucionalidad, como Argentina, en el que todo juez es competente para ejercitar tal revisión. Sin embargo —observaba el autor— existen países, como México, en los que hay jueces y tribunales que no están habilitados para ejercer el control de constitucionalidad, el cual se reserva al Poder Judicial de la Federación. En estas circunstancias, ¿cómo ha de entenderse el ejercicio del control de convencionalidad?

Sagüés señalaba que la CrIDH no había resuelto explícitamente esta incógnita, si bien en la sentencia de “Trabajadores cesados del Congreso” la Corte había señalado que para practicar el control de convencionalidad tenían que satisfacerse los recaudos vigentes formales de admisibilidad, y otros materiales de procedencia, todo ello “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes”.⁶⁷³ Por lo anterior, según el autor, podría concluirse que en un Estado como México, el juez del Poder Judicial incompetente para realizar el control de constitucionalidad, que considerara que pudiera haber en un caso sometido a su decisión un problema de “convencionalidad”, debería remitir los autos al tribunal habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, mediante el conducto procesal adecuado, a fin de que sea este el que realizara eventualmente la simultánea revisión de convencionalidad.

Sin embargo, observaba también Sagüés que en México no existe una escalera para remontar el caso al Poder Judicial de la Federación, ante lo cual propuso lo siguiente:

En definitiva, si en un Estado concreto hay jueces inhabilitados por el ordenamiento local para verificar el control de constitucionalidad (y, por ende, en principio, el de convencionalidad), y no existen caminos procesales para re-

⁶⁷² Sagüés, Néstor Pedro, “El ‘control de convencionalidad’ como instrumento para la elaboración de un *ius commune interamericano*”, en Bogdandy, Armin von *et al.*, *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?*, t. II, México, UNAM, 2010, p. 451 y ss.

⁶⁷³ *Ibidem*, pp. 453-455.

mitir la litis a quien sí está autorizado a practicarlo, caben estas alternativas: (i) como ruta más preferible, consumir una reforma, constitucional o legislativa según el caso, para resolver el problema; (ii) mientras ella no se practique, reconocer pretorianamente a todos los jueces aptitud para instrumentar el control de convencionalidad (solución del “control difuso”), o (iii) diseñar —pretorianamente también— un mecanismo de elevación del caso al órgano constitucionalmente programado para operar el control de constitucionalidad. Estas vías pretorianas no resultan anómalas para asegurar el efecto útil (*effet utile*) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a tenor del art. 2o. de la misma. Y de ellas, personalmente nos parece preferible la última, que es la más respetuosa de la opción hecha por el constituyente doméstico para erigir un sistema de control de constitucionalidad.⁶⁷⁴

Las observaciones de Sagüés nos invitan a reflexionar sobre la forma en que la Suprema Corte ha entendido el nuevo esquema en formación y sus consecuencias en el sistema jurídico mexicano. En ese sentido, en este trabajo quisiera centrar mi atención en la interpretación que la Suprema Corte ha dado a la frase empleada en el párrafo 339 de la sentencia del caso Radilla, que se repite en el párrafo 225 de la sentencia del caso Cabrera García y Montiel Flores, cuando se dice que “*el Poder Judicial debe ejercer un ‘control de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes*” (cursivas nuestras).

En efecto, en la resolución de la consulta a trámite 912/2010, la Suprema Corte interpreta lo que significa esta frase, a la luz del nuevo artículo 1o. y del artículo 133, ambos de la Constitución, y concluye que implica el control difuso de convencionalidad y constitucionalidad, por el cual todos los jueces pueden inaplicar normas generales en el conocimiento de una causa judicial si las consideran contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución federal y en los tratados de derechos humanos. Por ello, el ministro ponente en la referida consulta a trámite propuso la modificación de la jurisprudencia P/J 74/1999, en la que se interpretó el artículo 133 de la Constitución general en el sentido de que el control difuso de la constitucionalidad de normas generales no está autorizado para todos los jueces del Estado mexicano.

Asimismo, cuando el Pleno discute qué es lo que significa que el nuevo artículo 1o. constitucional diga en su párrafo segundo que “Todas las autoridades, *en el ámbito de sus competencias*, tienen la obligación de promover,

⁶⁷⁴ *Ibidem*, pp. 454 y 455.

respetar, proteger y garantizar los derechos humanos”,⁶⁷⁵ se ve que no se le vincula al tema del modelo de control de constitucionalidad (concentrado, difuso o híbrido), sino a la competencia material que cada juzgador tiene por ley. Es decir, para la Suprema Corte, la obligación de los jueces mexicanos de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos significa que un juez civil, en el conocimiento de un asunto civil, podrá inaplicar una norma general por considerarla contraria a los derechos humanos previstos en la Constitución o en los tratados. Un juez penal, en el conocimiento de una causa penal, podrá hacer lo propio. Y así todos los otros jueces (administrativos, laborales, agrarios).⁶⁷⁶

Sin embargo, en cuanto a este punto y para efecto de contraste, es interesante traer a colación lo expuesto por Eduardo Ferrer en su voto razonado como juez *ad hoc* en el caso Cabrera García y Montiel Flores:

37. En cambio, el grado de intensidad del “control difuso de convencionalidad” disminuirá en aquellos sistemas donde no se permite el “control difuso de constitucionalidad” y, por consiguiente, no todos los jueces tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto. En estos casos es evidente que los jueces que carecen de tal competencia, ejercerán el “control difuso de convencionalidad” con menor intensidad, *sin que ello signifique que no puedan realizarlo* “en el marco de sus respectivas competencias”. Lo anterior implica que no podrán dejar de aplicar la norma (al no tener esa potestad), debiendo, en todo caso, realizar una “interpretación convencional” de la misma, es decir, efectuar una “interpretación conforme”, no sólo de la Constitución nacional, sino también de la Convención Americana y de la jurisprudencia convencional. Esta interpretación requiere una actividad creativa para lograr la compatibilidad de la norma nacional conforme al parámetro convencional y así lograr la efectividad del derecho o libertad de que se trate, con los mayores alcances posibles en términos del principio *pro homine*.

39. En caso de incompatibilidad absoluta, donde no exista “interpretación convencional” posible, si el juez carece de facultades para desaplicar la norma, se limitará a señalar la inconventionalidad de la misma o, en su caso, “plantear la duda de inconventionalidad” ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional que puedan ejercer el “control de convencionalidad” con mayor intensidad. Así, los órganos jurisdiccionales revisores tendrán que ejercer dicho “control” y desaplicar la norma o bien declarar la invalidez de la misma por resultar inconventional.

40. Lo que no parece razonable y estaría fuera de los parámetros interpretativos de la Corte IDH, es que ningún órgano nacional tenga competencia

⁶⁷⁵ Las cursivas son nuestras.

⁶⁷⁶ Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación celebrada el 14 de julio de 2011.

para ejercer el “control difuso de convencionalidad” con intensidad fuerte, es decir, dejar de aplicar la norma al caso particular o con efectos generales como resultado de la inconvencionalidad de la misma, ya que de lo contrario se produciría una responsabilidad internacional del Estado.⁶⁷⁷

Al leer estos párrafos considero que la CrIDH no estaba implicando necesariamente un esquema de control de convencionalidad/constitucionalidad difuso en los términos que lo ha interpretado la Suprema Corte,⁶⁷⁸ sino que más bien estaba dejando margen para que cada Estado escogiera algún sistema que fuera compatible con la doctrina de control de convencionalidad. Uno de esos esquemas es el de control difuso. Pero puede pensarse en otros; uno de ellos, como el implicado en el voto razonado de el juez *ad hoc* Eduardo Ferrer.

Ahora bien, el modelo de control de constitucionalidad/convencionalidad que está implicado en el voto de Eduardo Ferrer es el modelo de la ‘cuestión de inconstitucionalidad’, diseñado y aplicado en países como Italia y España. En nuestro medio mexicano, quien ha estudiado a profundidad este modelo es Edgar Corzo, y de su estudio, que fue su tesis doctoral, extraigo algunos conceptos para darnos una idea de ese modelo.⁶⁷⁹

Se trata de un procedimiento, que es la síntesis de la participación de dos órdenes jurisdiccionales en un solo proceso. Esa doble participación se da en dos etapas procedimentales. La primera se realiza por el juez ordinario a través de diversas actividades, que pueden calificarse de instructoras, y

⁶⁷⁷ 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*, DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2010.

⁶⁷⁸ Ahora bien, considero que con la reforma constitucional en materia de derechos humanos, la doctrina del control de convencionalidad y la resolución de la Corte en la consulta a trámite relativa al caso Radilla, la distinción estricta entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad pierde gran parte de su sentido. Hoy día la Suprema Corte ha mandado el mensaje de que todos los tribunales del país pueden inaplicar normas generales por ser contrarias a los derechos humanos previstos en la Constitución o en los tratados. Y el artículo 1o. constitucional, en su segundo párrafo, dice expresamente que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. En mi opinión, esto borra la distinción entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Se pone en el centro a los derechos humanos, independientemente del instrumento en el que estén previstos. La norma para ejercer el control será aquella que más protección otorgue, en virtud del principio *pro persona* consagrado tanto en la Constitución como en el derecho convencional de derechos humanos.

⁶⁷⁹ Corzo Sosa, Edgar, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998, pp. 419 y ss.

que terminan con el planteamiento de la cuestión. La segunda fase se realiza ante el tribunal constitucional, que realiza actividades enjuiciadoras.⁶⁸⁰ A lo largo de estas dos fases, el juicio relativo al caso particular se detiene, hasta que la cuestión de constitucionalidad sea decidida (y uno de los problemas de este sistema es que los litigantes empleen el mecanismo para retardar la justicia, como instrumento dilatorio).

En este esquema, para que un juez ordinario pueda plantear al tribunal constitucional la cuestión de inconstitucionalidad debe cubrir una serie de requisitos. Si no se cumplen, no es posible que el tribunal constitucional entre al análisis de la cuestión. El juez *a quo* es una especie de ‘portero’ del tribunal constitucional.

Explica Edgar Corzo que la segunda etapa, ante el tribunal constitucional, se integra con dos fases procesales comunes a todo proceso; es decir, la instrucción, que en la cuestión de inconstitucionalidad está constituida por el trámite de admisión, el testimonio de las actuaciones realizadas en el proceso ordinario y las alegaciones que presentan las partes públicas, y la de enjuiciamiento, en la que el tribunal constitucional resuelve la duda de constitucionalidad.⁶⁸¹

Por último, la sentencia que dicte el tribunal que conoce del tema de constitucionalidad (tomo como referencia el caso español) puede ser desestimatoria, lo cual impide que posteriormente se presenten recursos sobre el mismo precepto, fundado en la misma infracción de idéntico precepto constitucional; o bien, estimatoria, con lo cual la sentencia declara inconstitucional el precepto, declara la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma ley, disposición o acto con fuerza de ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia, con efectos generales o *erga omnes*.

El sistema brevemente descrito es compatible con la doctrina de control de convencionalidad. Y ello en virtud de que a partir del principio de supremacía constitucional no se desprende necesariamente un sistema de control difuso o concentrado de la Constitución. Los Estados constitucionales modernos han optado, como garantía del principio de supremacía constitucional, por diversos modelos de control de constitucionalidad. La opción por un modelo u otro ha obedecido a diversas razones (históricas, contingentes, políticas, conceptuales y teóricas). En Estados Unidos y Argentina optaron desde un inicio por un sistema de control difuso. En Austria (1920) optaron por un sistema concentrado (cito el caso de Austria porque representa el modelo

⁶⁸⁰ *Idem*.

⁶⁸¹ *Ibidem*, p. 481.

concentrado original ideado por Kelsen). En España, según entiendo, han optado por un sistema mixto. Lo que me interesa resaltar aquí es que en todos estos casos ha habido un número de razones para adoptar uno u otro sistema (y a ello volveré más adelante).

Considero que lo propio puede decirse del principio de supremacía constitucional y convencional (me refiero al rango constitucional que ahora tienen los derechos humanos de la Constitución y de los tratados internacionales). Es decir, de la supremacía que tienen esos instrumentos normativos no se desprende necesariamente la obligación de tener un sistema de control difuso o concentrado como garantía de esos cuerpos normativos.

Entiendo que la Corte Interamericana, con su doctrina del control de convencionalidad, ha dejado un margen para que los Estados decidan sobre el tipo de control que más les convenga, al emplear la frase “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Pero como hemos visto, la Suprema Corte mexicana no lo entendió así.

Ahora bien, la sentencia en el caso Radilla y su entendimiento por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha empezado a generar lo que podríamos calificar como *una mutación constitucional*. Es decir, sin reforma constitucional formal se ha provocado el surgimiento de una forma de entender el control constitucional (ahora constitucional/convencional), que se inclina decididamente por el modelo difuso. En estricto sentido, se trata de una mutación constitucional que opera sobre una mutación constitucional anterior; es decir, que opera sobre aquella que sin reforma constitucional formal dio un sentido distinto (concentrador) a la segunda parte del artículo 133 constitucional, que expresamente parece establecer un sistema difuso.

El problema de avanzar hacia un modelo difuso a través de una mutación constitucional de este tipo, es que deja de lado la discusión de conjunto sobre las razones relativas a la conveniencia de adoptar un esquema difuso o concentrado de control de constitucionalidad/convencionalidad.

Es de aplaudir la valiente actitud del magistrado de Nuevo León, Carlos Arenas, de leer en las nuevas circunstancias la apertura de una ventada de oportunidad para someter a un *test* al sistema existente, y así poner en práctica una serie de tesis que ha venido sosteniendo desde hace tiempo, en la cátedra y en el foro.⁶⁸² Sin embargo, considero necesario que si hemos de

⁶⁸² El magistrado Arenas ha sido el primer juez estatal mexicano que ha inaplicado un tipo penal por ser contrario a los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados. Específicamente, inaplicó el tipo penal que sanciona el delito de desobediencia (artículo 224, fracción V del Código Penal de Nuevo León) por ser inconstitucional. Sostuvo que el delito que sanciona la desobediencia de los servidores públicos a las órdenes de los superiores atentaba en contra del derecho humano a la estricta legalidad penal, establecido en el artículo

avanzar hacia un modelo difuso debemos hacerlo con una discusión previa de sus ventajas y desventajas, así como las distintas opciones de diseño institucional y procesal que pueden darse dentro del mismo. Por otra parte, se entiende también que mientras esa discusión no se dé, los jueces mexicanos ahora tienen asideros normativos para justificar su actuación como garantes difusos de constitucionalidad/convencionalidad.

El punto que deseo resaltar es que tanto el modelo difuso como el modelo concentrado tienen problemas prácticos y teóricos. Por supuesto, no voy a ser aquí exhaustivo, pero según entiendo, se suele citar como los principales problemas prácticos del modelo difuso el peligro de falta de uniformidad (que la Constitución sea entendida de maneras muy diversas por todos los jueces que pueden ejercer el control),⁶⁸³ y el impacto de esto en la seguridad y en la igualdad jurídicas. Como problema teórico, está el impacto en la separación de poderes y, en última instancia, sobre el legislador democrático (bajo la idea de que dotar del poder de inaplicar leyes a todos los jueces disminuye el peso del Poder Legislativo en el esquema constitucional de separación de poderes).⁶⁸⁴

14 de la Constitución federal. El magistrado Arenas fundó su competencia para declarar la inaplicación del tipo penal en tres fuentes novedosas y fundamentales: 1. El artículo 1o. de la Constitución federal, modificado mediante la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio del presente año, que establece la obligación de todas las autoridades del país, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. 2. En la sentencia del caso Radilla Pacheco vs. los Estados Unidos Mexicanos, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 23 de noviembre de 2009, en el sentido de confirmar como obligatorio para todos los órganos de gobierno de los Estados, lo que incluye al Poder Judicial, de ejercer un “control de convencionalidad” ex officio (sin que nadie se lo pida) entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias. 3. En la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 14 de julio del mismo año, por la que resolvió la consulta a trámite, del expediente Varios 912/2010, relativa al cumplimiento que el Poder Judicial de la Federación le daría a la sentencia del caso Radilla Pacheco, en la cual se asentó el criterio obligatorio para todas y todos los jueces del país de aplicar en sus sentencias el control difuso de convencionalidad.

⁶⁸³ Para Kelsen, la ausencia de una decisión uniforme en torno a la cuestión sobre cuándo una ley es constitucional, es un gran peligro para la autoridad de la Constitución. Kelsen, Hans, “El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las Constituciones austriaca y norteamericana”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 12, julio-diciembre de 2009, p. 7.

⁶⁸⁴ En su análisis del sistema difuso de control de constitucionalidad argentino, Sagüés señala algunas ventajas: permite que cada litigante obtenga un (relativamente) pronto veredicto sobre el tema constitucional, por ejemplo en primera instancia. Muchas decisiones quedan firmes en tal grado procesal. Además, facilita que cada juez analice la Constitución a su modo, lo que posibilita la fertilidad jurídica algunas veces atractiva, especialmente por el semillero de creatividades que fomenta. Sin embargo, el pasivo del sistema —señala— es

Pero el modelo concentrado también tiene sus problemas. Prácticos: la sobrecarga de trabajo derivada de la concentración o ‘inflación de causas’ (y su impacto en la eficiencia y calidad de la justicia impartida). O bien teóricos: si el Tribunal Constitucional puede no solo inaplicar una ley en el caso concreto, sino anularla con efectos generales, se convierte en un legislador negativo que atenta contra la función y estatus constitucional del Congreso.

A su vez, los problemas prácticos y teóricos se pueden resolver o por lo menos paliar a través de distintas opciones de diseño institucional y procesal. Por ejemplo, ¿el modelo difuso tiene el peligro de falta de uniformidad? Pues hay que crear las escaleras procesales para que los asuntos lleguen a una instancia última que defina una interpretación de la Constitución, en aras de la seguridad y la igualdad jurídicas. Y aquí puede pensarse en que las escaleras procesales sean más angostas (como en Estados Unidos) o más anchas (como en Argentina), en donde se dé la competencia ‘por apelación’ de las respectivas cortes supremas para revisar la cuestión de constitucionalidad, en una suerte de casación constitucional.⁶⁸⁵ O bien, hay que dar a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional una fuerza tal, que de inmediato sea obligatoria para todos los jueces del país.

Por el otro lado, ¿el modelo concentrado atenta contra el legislador democrático? Pues limitemos entonces las condiciones bajo las cuales puede anular leyes con efectos generales.

Lo que menciono en estos dos últimos párrafos son simplemente telegráficos ejemplos del tipo de trabajo de identificación y discusión sobre ventajas, desventajas, opciones, alternativas, posibles consecuencias, y mecanismos de solución de problemáticas específicas, que considero necesario que se dé en México en esta materia para racionalizar y ordenar un esquema de control de constitucionalidad/convencionalidad que se ha quedado corto frente a la nueva realidad en la que se encuentra inmerso nuestro país. Por supuesto que la discusión es más compleja, teórica y técnicamente.

No creo que debamos avanzar hacia un nuevo sistema de control de constitucionalidad/convencionalidad por el camino fragmentado de decisiones judiciales que en el agregado resulten en un nuevo esquema, sino

que puede auspiciar interpretaciones extravagantes o de poca calidad de la Constitución, por un lado, e interpretaciones contradictorias, puesto que la Constitución puede ser entendida de modo tan diferente como jueces haya en la República; y esto lleva a la desigualdad e inseguridad de trato para los justiciables. Sagüés, Néstor Pedro, “La Corte Suprema y el control jurisdiccional de constitucionalidad en Argentina”, *Ius et Praxis*, Santiago, año 4, núm. 1, 1998, p. 87.

⁶⁸⁵ *Ibidem*, p. 93.

más bien por el camino de un proceso de reforma constitucional y legal que identifique modelos alternativos, los valore, y decida el mejor diseño para las circunstancias, características y necesidades de nuestro país.

En suma, debemos estudiar en sus aspectos técnicos el sistema difuso, sus problemas, sus posibilidades, sus implicaciones y sus variantes.

Conviene aclarar que el sistema de control difuso implica que cualquier juez, de cualquier grado o jerarquía, puede ejercerlo. Es también incidental, pues es ejercido incidentalmente en cualquier litigio, cuyo objeto es distinto al cuestionamiento de inconstitucionalidad de la norma. En otras palabras, no se inicia para cuestionar la constitucionalidad de la norma, sino que el cuestionamiento es una cuestión incidental. Además, el sistema difuso es concreto, pues la inconstitucionalidad de la norma solamente puede darse a raíz de la existencia de un caso concreto, y se caracteriza por tener efectos interpartes, pues la inaplicación de la norma declarada inconstitucional no se extiende, en principio, a otros casos con las mismas características ni hace que la norma pierda su vigencia: la declaración de inconstitucionalidad o inconvencionalidad lleva a la inaplicación de la norma declarada inconstitucional en el caso concreto. Pero la norma sigue vigente.

Por otro lado, también debemos estar conscientes de la problemática específica y típica de los sistemas difusos: uno de ellos es el riesgo de la falta de uniformidad; es decir, que una ley declarada inconstitucional en un caso no lo sea en otro. Ante esto, se podría pensar en algún mecanismo para que los casos puedan llegar a un tribunal que pueda definir criterios uniformes en la interpretación de los derechos humanos como parámetro para declarar la inconstitucionalidad de normas generales.⁶⁸⁶

Asimismo, podría convenir revisar el esquema de la jurisprudencia con efectos vinculantes, pues ello está relacionado con la garantía de uniformidad del sistema, y, por ende, con el tema de la igualdad de trato a los justiciables y la previsibilidad de las decisiones de los tribunales (seguridad jurídica).⁶⁸⁷

Dicha revisión nos llevaría a definir qué tribunales pueden emitir jurisprudencia, en qué condiciones la jurisprudencia es vinculante, y en qué

⁶⁸⁶ En el caso argentino, el recurso extraordinario federal es interpuesto ante el tribunal superior de la causa que dictó una sentencia definitiva. El tribunal puede conceder el recurso y remitir el expediente a la Corte Suprema (previo traslado a la contraparte); o puede denegar el recurso. Ante esta situación, la parte afectada puede promover un recurso de queja ante la Corte Suprema para que se trate el recurso promovido.

⁶⁸⁷ Sagiúés, Néstor Pedro, “La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE.UU. y Argentina”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, año 4, núm. 1, 2006, p. 19.

condiciones los jueces ordinarios se pueden separar del ‘precedente’.⁶⁸⁸ Típicamente, en los sistemas de control difuso, para que los ‘precedentes’ sean vinculantes, debe haber una similitud de hechos entre el caso del precedente y el nuevo caso de que conoce un juez. De esa identidad fáctica es de donde proviene la autoridad institucional del precedente. En la medida en que los tribunales puedan encontrar distinciones entre los hechos de un caso en el que exista jurisprudencia podrán separarse de la *ratio decidendi* (*holding*) emitido por el tribunal superior.⁶⁸⁹ O bien podrán separarse del precedente ‘achicando’ el espacio de la *ratio decidendi* del mismo y ampliando el de su *dictum* (cuya fuerza es persuasiva y no vinculante).⁶⁹⁰

Este tema es vital para fijar los alcances y límites de los efectos de ‘cosa interpretada’ de los derechos por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por otro lado, el esquema genera tensiones con el sistema representativo, el principio democrático y principio de división de poderes. El poder que el sistema difuso coloca en manos de todos los jueces puede llegar a afectar a la ley y su valor democrático, como producto de la decisión adoptada por el órgano que es expresión de la pluralidad política.

Siguiendo a Manuel Aragón, podríamos decir que existe el riesgo de que los jueces se desliguen de la ley por entenderse más ligados a la Constitución y el *corpus juris* internacional de derechos humanos, e inapliquen la ley y en su lugar apliquen no ya reglas y principios constitucionales, sino valores constitucionales, o incluso valores que a veces ni siquiera están directamente expresados, como tales, en el texto de la propia Constitución o en la Convención Americana. Ante este riesgo, podría pensarse en buscar medidas de reequilibrio o contrapeso. La mejor garantía de ello sería una cultura jurídica, consistente en la utilización de la teoría jurídica, y no de la filosofía moral en la aplicación de la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos.⁶⁹¹

⁶⁸⁸ Se trata del tema de los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad/inconvencionalidad en el sistema de control difuso. En particular, la cuestión de la expansión indirecta de dichos efectos, a través del principio de *stare decisis* vertical, el cual consiste en “la obligación de los jueces de resolver los casos que se encuentran pendientes de decisión ateniéndose al *holding* de las sentencias precedentes dictadas en casos similares por jueces de jerarquía superior”. Rivera, Julio César y Legarre, Santiago, “Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en los Estados Unidos y la Argentina”, *Lecciones y Ensayos*, núm. 86, 2009, p. 325.

⁶⁸⁹ Lo que es obligatorio es el *holding* o *ratio decidendi*, y no el *obiter dicta*.

⁶⁹⁰ Sagüés, Néstor Pedro, “La eficacia...”, *cit.*, p. 21.

⁶⁹¹ Aragón, Manuel, “El juez ordinario entre legalidad y constitucionalidad”, *Estudios de derecho constitucional*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 336-340.

Pero podría también pensarse en la necesidad de generar una versión más fuerte de la presunción de constitucionalidad de la ley, lo cual implicaría requerir estándares altos para declarar la inconstitucionalidad y consecuente inaplicación de una ley, solamente cuando sean plenamente contradictorias con la Constitución o el DIDH, sin que haya posibilidad de una interpretación conciliadora.

Por otro lado, un esquema difuso pone en el centro el interés de los particulares que litigan, y que de manera incidental pueden plantear la cuestión de constitucionalidad de la ley. En principio, solamente la violación del interés de un particular pone en movimiento el procedimiento del control constitucional. Pero dice Kelsen que el interés en la constitucionalidad de la legislación es un interés público, que no necesariamente coincide con el interés privado de las partes interesadas. Ante esto, Kelsen se pronuncia por un proceso específico de protección, centralizado en un órgano especial, que es el Tribunal Constitucional.⁶⁹²

Sin embargo, conservándonos en un esquema de control difuso, puede pensarse en diseños que velen por ese interés público, como sería el caso del control de constitucionalidad y convencionalidad de oficio de parte del juez (aunque las partes no lo invoquen); o bien mecanismos como el que puede encontrarse en la Judiciary Reform Act de 1937 de los Estados Unidos, en virtud de la cual en los casos en que la constitucionalidad de una ley del Congreso sea cuestionada ante cualquier tribunal de ese país, este último deberá permitir al gobierno de los Estados Unidos intervenir y convertirse en parte dentro del procedimiento respectivo. Asimismo, cuando el tribunal declare que la ley del Congreso es inconstitucional, habrá de permitirse la apelación directa a la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por último, esta ley establece un procedimiento dificultado para que dentro de un examen de constitucionalidad de una ley del Congreso pueda decretarse la suspensión de la aplicación de dicha ley.

Por último, el esquema de control difuso presupone que todos los jueces están capacitados, más allá de su especialidad material (civil, penal, laboral, administrativa), en la interpretación y aplicación de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, con sus características de distinción entre reglas y principios, ponderación como método para solución de colisión de principios, argumentación jurídica sofisticada para resolución de casos difíciles, etcétera. Presupone también el conocimiento del *corpus juris* convencional de los derechos humanos, que abarca al Pacto de San José, el Protocolo de San Salvador, el Protocolo relativo a la Abolición

⁶⁹² Kelsen, *op. cit.*, p. 12.

de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belém do Pará para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, la Convención sobre Desaparición Forzada, entre otros instrumentos, y la interpretación que de ellos haga la CrIDH. Esto impone un importante reto de capacitación para toda la judicatura mexicana, federal y estatal.

El tránsito hacia un nuevo sistema de control de constitucionalidad/convencionalidad otorga a todos los jueces mexicanos un gran poder, lo que a su vez implica una gran responsabilidad. Con sus nuevas funciones, el juez no solo habrá de poner término a un conflicto jurídico, sino que podrá adoptar decisiones de trascendencia política, al realizar una labor de interpretación de valores y principios, además de integradora del derecho, con impacto en la vida de la comunidad política en su conjunto.⁶⁹³ A su vez, esta circunstancia amerita una reflexión más profunda sobre el diseño constitucional y legal del nuevo esquema, para así poder avanzar sobre un terreno más firme en la protección de los derechos humanos en nuestro país.

Otro tema relevante es el de la relación entre derechos humanos previstos en la Constitución y derechos humanos consagrada de los tratados. En este interesante punto, considero que la reforma constitucional reciente no ha incorporado derechos humanos de los tratados a la Constitución, sino que les ha dado jerarquía o rango constitucional. En efecto, ahora tenemos derechos humanos como parámetro de control del resto del ordenamiento, que son de distinta fuente y están sujetos a dinámicas distintas. Y de acuerdo: esta situación nos obliga a repensar los conceptos clásicos de la teoría de la Constitución, a saber: supremacía constitucional, poder revisor o reformador de la Constitución, en última instancia, el concepto mismo de Constitución. Y no olvidemos al principio democrático como base de sustentación de la teoría de la Constitución en un Estado de derecho. Reflexión teórica pendiente, pero que va a ser muy necesaria para resolver problemas prácticos de operación del sistema jurídico.

El concepto que en otros países ha servido para racionalizar la idea de que los derechos humanos previstos en la Constitución y los previstos en los tratados están ‘juntos, pero no revueltos’ es el de *bloque de constitucionalidad*. Pero no a la francesa (que ha servido, entre otras cosas, para incorporar documentos normativos históricos al parámetro de control), ni en el sentido español (que según entiendo comprende a los estatutos de las comunidades autónomas), sino en el sentido en que se ha venido desarrollando en algu-

⁶⁹³ Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “Sobre sentencias constitucionales y la extensión *erga omnes*”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 8, 2007, p. 190.

nos países latinoamericanos, como Colombia (que se refiere precisamente al rango constitucional de los tratados de derechos humanos). Este concepto ya ha aparecido entre nosotros, pero con un sentido distinto (Tesis: P./J. 18/2007, Controversia constitucional 31/2006). Habría que explorar si en el sentido colombiano nos puede ser útil para entender la relación de complementariedad y retroalimentación que se desprende del nuevo artículo 10. constitucional entre las dos partes del ‘bloque’. Quizá esto nos puede ayudar también a empezar a aclarar el panorama en relación con la solución de colisiones normativas.

Finalmente, mencionaremos una breve nota y algunas dudas sobre el tema del control ‘de oficio’ en el modelo difuso: según recuerdo de mis clases de derecho procesal (que tomé hace mucho, por lo que pido disculpas anticipadas si me equivoco), al conocer de una causa, el juez no debe modificar las pretensiones de las partes (objeto de la litis), pero sí puede hacer la calificación jurídica de esas pretensiones. Es decir, puede seleccionar el derecho aplicable a las pretensiones y los hechos que le han llevado las partes. ¿No es esto el principio *iura novit curia*? ¿Y no este principio nos llevaría a aceptar el ejercicio ‘de oficio’ del control de constitucionalidad por parte del juez, si decidimos avanzar hacia un sistema de control difuso? Además, el control de oficio evitaría que una ley sea declarada inconstitucional en un caso habiendo las partes planteado la inconstitucionalidad en el litigio, y que la misma ley e incluso el mismo juez no lo haga, porque las partes no plantearon la inconstitucionalidad.

A su vez, esta conclusión sería congruente con el tema de que en la posible determinación sobre la inconstitucionalidad de una ley no nada más está el interés privado de las partes en litigio, sino que hay un interés público, que en este caso sería protegido por el juez. Aunque, claro, frente a lo anterior Kelsen diría: como hay un interés público involucrado, y ese interés público es tan especial, es menester que exista un procedimiento especial para el ejercicio del control de constitucionalidad, o sea, concentrado en un tribunal constitucional.

V. ¿HACIA UN MODELO DIALÓGICO?

La existencia de un escenario de pluralismo interpretativo (basado no solamente en diferentes fuentes, sino en interpretaciones de la misma fuente que compiten entre sí)⁶⁹⁴ ha llevado a intentos por encontrar modelos y

⁶⁹⁴ Miguel Poiars Maduro, en Avbelj, Matej y Komárek, Jan, “Four Visions of Constitutional Pluralism”, *European Journal of Legal Studies*, vol. 2, núm. 1, 2008, pp. 325-370. Versión estenográfica del simposio revisada en <http://www.ejls.eu/4/61UK.pdf>, pp. 7-10.

concepciones que induzcan a entrar en una dinámica más de cooperación y diálogo, que de competencia y conflicto.

En esta línea, encontramos a diversos autores que nos hablan desde una perspectiva descriptiva, pero también prescriptiva, del desarrollo de técnicas de acomodo mutuo entre jurisdicciones supranacionales y nacionales, diseñadas e implementadas para evitar conflicto.

En este sentido, el profesor Neuman nos habla de ciertas técnicas consistentes en acomodados internacionales a los derechos constitucionales nacionales:⁶⁹⁵ por ejemplo, el uso por parte de tribunales internacionales, de la interpretación de una o varias interpretaciones que de las respectivas Constituciones nacionales realizan los tribunales domésticos, como una estrategia deliberada para evitar o reducir el conflicto.⁶⁹⁶ Igualmente, podemos citar la práctica de algunas jurisdicciones supranacionales de buscar un consenso regional en la interpretación que los tribunales constitucionales hacen de un derecho en particular, como parámetro para elaborar su propia interpretación en sede supranacional.⁶⁹⁷

Por otro lado, Neuman habla también de acomodados de las Constituciones nacionales al derecho internacional de los derechos humanos: por ejemplo, elevar los derechos humanos de fuente internacional como fuente orientadora de la interpretación constitucional (interpretación conforme); o bien la decisión voluntaria de los tribunales constitucionales nacionales de recurrir a la interpretación internacional de los derechos humanos en la definición de los derechos fundamentales previstos en la Constitución

⁶⁹⁵ Neuman, Gerald L., “Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance”, *Stanford Law Review*, vol. 55, 2003, pp. 1882 y ss.

⁶⁹⁶ Ayala Corao reporta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho precisamente esto: “A su vez, en no pocos casos, la jurisprudencia más progresiva emanada de las jurisdicciones constitucionales también ha sido recogida por los órganos de protección internacional de los derechos humanos. Ejemplo de ello se puede ver en la norma que —a propuesta nuestra— resultó incorporada en la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, la cual a la par de otorgarle a los tratados sobre derechos humanos la jerarquía constitucional, permite su aplicación preferente aún frente a la propia Constitución cuando las normas internacionales resulten más garantistas y, por último, reitera la vinculación directa y operativa de dichas normas internacionales”, *op. cit.*, p. 2.

⁶⁹⁷ Así lo ha hecho, por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos, al definir el margen de apreciación con que cuentan los Estados europeos sujetos a su jurisdicción. En este sentido, la Corte ha observado la práctica de otros Estados miembros como un factor relevante en la evaluación de la medida restrictiva de derechos adoptada por el Estado examinado. Si no hay práctica de consenso entre los Estados, entonces la Corte ha considerado que el margen de apreciación es más amplio. Arai-Takahashi, Yutaka *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Intersentia, Hart Publishing, Reino Unido, 2001, p. 15.

nacional. Técnicas que desde hace tiempo ya es posible ver en el horizonte del SIDH.

Sin embargo, lo que quisiera resaltar aquí es que es posible identificar una serie de doctrinas judiciales para resolver la tensión entre instituciones nacionales y supranacionales, que dan importancia a preocupaciones sistémicas. Se trata de doctrinas que bien podrían denominarse ‘interjurisdiccionales’, que parten de la imagen de un sistema judicial internacional en surgimiento e interconectado, en que las relaciones están normadas por reglas de procedimiento producidas por los propios tribunales implicados en el sistema.

Creo que el examen profundo de estas doctrinas abre un campo que permitirá ir construyendo una dinámica de cooperación y diálogo entre las jurisdicciones de los distintos niveles. Entre esas doctrinas podemos mencionar las siguientes.

1. *Principio de subsidiariedad*

Es preciso ver al principio de subsidiariedad con funciones de mediación conceptual y retórica entre tribunales supranacionales que apuntan a la armonización y la unidad, y el pluralismo y la diferencia nacionales, en el contexto de una organización regional multinacional.⁶⁹⁸

Como dice Carozza, el principio de subsidiariedad implica, en primer lugar, que los estados nacionales sean los que protejan y hagan respetar los derechos humanos, en la medida en que pueden hacerlo por sí mismos; en muchos casos este aspecto de la subsidiariedad habrá de resultar en un grado de discreción sobre la interpretación e implementación de los derechos por parte de las jurisdicciones nacionales. Sin embargo, en segundo lugar, la subsidiariedad apoya la idea de la integración de la interpretación e implementación nacional y supranacional de los derechos en una comunidad de discurso, respecto de la idea de derechos humanos. Y en tercer lugar, en la medida en que los órganos del Estado nacional no puedan lograr estos fines, los órganos internacionales, creados por decisión de los propios Estados, pueden intervenir.⁶⁹⁹

El principio de subsidiariedad es adecuado también por realidades prácticas que deben ser tomadas en cuenta, relativas a la inhabilidad o imposibilidad real de los mecanismos de protección internacionales (CIDH

⁶⁹⁸ Carozza, Paolo, “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, *American Journal of International Law*, vol. 97, núm. 1, 2003, p. 40.

⁶⁹⁹ *Ibidem*, pp. 57 y 58.

y CrIDH) de conocer y resolver todos los casos en que surjan violaciones a derechos humanos, en términos de la Convención. Hay pues un interés sistémico en preservar ambos grupos de instrumentos como instituciones viables y respetadas.⁷⁰⁰

Desde el principio de subsidiariedad, hay que pensar la manera de avanzar hacia una teoría normativa de un sistema judicial internacional, y cómo es que los tribunales mismos pueden contribuir a hacerlo funcional, fuera de un esquema de jerarquía estricta.

2. *Margen de apreciación*

La doctrina de MA está basada en la noción de que cada sociedad tiene derecho a un cierto espacio y discreción en cuanto a la resolución de conflictos inherentes entre derechos individuales e intereses nacionales o entre diferentes convicciones morales. Esta noción, con su relativismo moral inherente, entra en conflicto con la idea de la universalidad de los derechos humanos. En el extremo, la doctrina puede debilitar seriamente la promesa de una aplicación efectiva de los derechos humanos que contradice políticas nacionales. Y su uso puede comprometer la credibilidad de los órganos aplicadores de derechos humanos internacionales. Aplicaciones inconsistentes en casos similares debido a diferentes márgenes permitidos por las cortes de derechos humanos puede hacer surgir la preocupación sobre dobles estándares judiciales. Y de manera más importante: la retórica que apoya el margen de apreciación y la falta del énfasis en valores universales y estándares puede llevar a las instituciones nacionales a resistir la revisión externa en su conjunto, bajo el argumento de que ellas son mejores jueces y árbitros finales para determinar cuál es el margen apropiado. Así, la autoridad de los órganos internacionales de derechos humanos se vería minada.⁷⁰¹

La doctrina del margen de apreciación permea la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, si bien ha sido más o menos evitada en otras instancias internacionales (la CrIDH, sin embargo, en la OC-4184, enero 19 1984, se refiere a ella en relación con el margen de los Estados para el establecimiento de los requisitos para la adquisición de la nacionalidad y la determinación de si estos se han cumplido).

⁷⁰⁰ Algo similar argumenta Young al describir la relación entre tribunales federales y locales en los Estados Unidos, en términos que no son estrictamente jerárquicos. Young, Ernest A., "Institutional Settlement in a Globalizing Judicial System", *Duke Law Journal*, vol. 54, núm. 5, 2005, p. 133.

⁷⁰¹ Benvenisti, Eyal, "Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards", *International Law and Politics*, vol. 31, 1999, pp. 843 y 844.

A pesar de ello, creo que sería útil analizar con más cuidado este instrumento, en sus posibles beneficios, sus riesgos, en especial en contextos de sociedades democráticas y Estados de derecho débiles, y en donde siguen prevaleciendo un tipo de violaciones de derechos humanos particularmente graves (que tienen que ver con masacres, desapariciones forzadas, tortura).

Debemos también profundizar en el debate más de fondo, e incluso filosófico, relativo a si los accidentes de la cultura, el lenguaje, la historia, la circunstancia institucional y política, la organización económica y otras circunstancias que diferencian a unas sociedades de otras a través del tiempo y el espacio son o no irrelevantes en la puesta en práctica de derechos fundamentales que tienen pretensión de universalidad. ¿La universalidad de principio implica uniformidad de aplicación de los derechos humanos?; ¿puede haber caminos diferentes en la implementación nacional de los derechos humanos, sin dejar de ser consistentes con los estándares internacionales?⁷⁰²

Considero que es importante el estudio de la doctrina del margen de apreciación,⁷⁰³ no tanto para implementarla tal cual en el SIDH, sino para explorar la posibilidad de construir alternativas que parecen serle cercanas, y que pueden ser más apropiadas en el contexto latinoamericano, como la llamada ‘doctrina de la cuarta instancia’. Esta doctrina, como se sabe, es producto del trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y está estrechamente vinculada con la regla del agotamiento de los recursos internos. En virtud de ella, la Comisión no puede revisar sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención:

51. La Comisión es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando ésta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención. Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula arriba expuesta. La función de la Comisión consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados partes de la Convención, pero no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de he-

⁷⁰² Carozza, *op. cit.*, p. 72.

⁷⁰³ En esta línea se encuentra el ensayo del profesor Javier García Roca, titulado “Criterios para la aplicación del margen de apreciación nacional en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El alcance del escrutinio en el amparo europeo”, en Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, t. 1, Lima, IIDC-APDC-IJ(UNAM)-IDEMSA, 2009, pp. 737-762.

cho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia.

52. La “fórmula de la cuarta instancia” fue elaborada por la Comisión en el caso de Clifton Wright, ciudadano jamaicano, que adujo un error judicial que dio lugar a una sentencia de muerte en su contra. El sistema nacional no preveía un trámite de impugnación de sentencias determinadas por errores judiciales, lo que dejó al Sr. Wright desprovisto de recursos. En ese caso, la Comisión estableció que no podía actuar como “una cuarta instancia cuasi-judicial” con facultades para revisar las sentencias de los tribunales de los Estados miembros de la OEA. No obstante, la Comisión declaró fundados los hechos aducidos por el peticionario y determinó que el mismo no pudo haber cometido el crimen. En consecuencia, la Comisión llegó a la conclusión de que el Gobierno de Jamaica había violado el derecho del peticionario a la protección judicial, lo que constituye una violación a sus derechos fundamentales, porque el procedimiento judicial interno no permitía corregir el error judicial.⁷⁰⁴

Doctrinas como esta pueden tender puentes de diálogo y generar dinámicas de cooperación entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos.

3. *Interpretación conforme*

Otra técnica que puede ayudar a generar este marco de cooperación es la llamada ‘interpretación conforme’. Como se sabe, el artículo 10, apartado 2o. de la Constitución española, nos ofrece una forma estándar de consagrar esta técnica de interpretación:

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

Ahora bien, la tarea del juez de interpretar una norma de derecho nacional de una forma acorde con el derecho internacional, y específicamente con el derecho internacional de los derechos humanos, dista mucho de ser una tarea mecánica. Las posibilidades de este tipo de interpretación dependen de una serie de condiciones jurídicas referidas, por ejemplo, al conteni-

⁷⁰⁴ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en *Marzióni vs. Argentina*, caso 11.673, Informe 39/96, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 76 (1997).

do y estructura tanto de la norma de derecho nacional a ser interpretada ‘a la luz’ de la norma internacional; al contenido y estructura de esta última, o bien a factores como la relación de la técnica de la interpretación conforme con otros métodos de interpretación constitucional aceptados en la jurisdicción correspondiente, el grado de admisibilidad o receptividad a construcciones *contra legem* y la ponderación del principio de certeza jurídica.⁷⁰⁵

Cabe señalar que la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos parece introducir el principio de interpretación conforme en el párrafo segundo del artículo 1o. de la norma fundamental mexicana bajo una fórmula peculiar y ciertamente distinta a la empleada por la Constitución española arriba referida. Así, el ‘nuevo’ artículo 1o. de nuestra Constitución dispone que “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección mas amplia”.

En la fórmula empleada, probablemente por un prurito identificado con la postura nacionalista arriba referida, no se dice que las normas internas de derechos humanos se interpretarán conforme con las normas internacionales de derechos humanos (fórmula española). Lo que se dispone es que todas las normas de derechos humanos se interpretarán conforme a la Constitución y a los tratados. Habrá que ver el significado que los tribunales y específicamente la Suprema Corte de Justicia darán a esta peculiar formulación.

4. *Principio pro homine o pro persona*⁷⁰⁶

Este principio resulta particularmente interesante, pues hace a un lado un criterio formal de jerarquía en la resolución de conflicto de normas, e implica la aplicación de un criterio sustantivo.

⁷⁰⁵ En este tema véase Betlem, Gerrit y Nollkaemper, André, “Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts. A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation”, *European Journal of International Law*, vol. 14, núm. 3, 2004, pp. 576-578.

⁷⁰⁶ Artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

En efecto, como observa Mónica Pinto, en el tema de los derechos humanos hay un conjunto de normas internacionales y nacionales, que en más de una ocasión se superponen en el tratamiento de una misma cuestión o cuestiones que presentan aspectos análogos. Conviven así normas internacionales universales, regionales, con normas internas de distinta data, que contemplan desde libertades públicas *lato sensu* hasta la última versión de los derechos humanos, y ante la pluralidad de fuentes apuntada, se impone una compatibilización respecto del alcance de los derechos protegidos y las obligaciones asumidas por los Estados. Por ello, para Pinto:

El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.⁷⁰⁷

Esto permite una solución que prescinde del principio de jerarquía en la aplicación de normas: a veces la norma internacional prevalecerá sobre la nacional, pero también podrá suceder lo contrario, en función de cuál norma sea la que mejor proteja a la persona humana, sin que la prevalencia de una u otra pueda determinarse a priori.

Los tribunales mexicanos no han sido ajenos al principio *pro homine*. Cabe destacar las tesis aisladas I.4o.A.441 A y I.4o.A.464 A, según las cuales:

PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN.

El principio *pro homine*, incorporado en múltiples tratados internacionales, es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.

Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

⁷⁰⁷ Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, CELS, 2004, p. 163.

Amparo en revisión 799/2003. Ismael González Sánchez y otros. 21 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Mariza Arellano Pompa.⁷⁰⁸

PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA.

El principio pro homine que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio, se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria.

Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

Amparo directo 202/2004. Javier Jiménez Sánchez. 20 de octubre de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Sandra Ibarra Valdez.⁷⁰⁹

Igualmente, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha aplicado el principio *pro homine* en la resolución de un buen número de casos. Desde 2002 ha emitido la tesis jurisprudencia S3ELJ 29/2002, cuyo rubro y contenido son los siguientes:

DERECHOS FUNDAMENTALES DE CARÁCTER POLÍTICO-ELECTORAL. SU INTERPRETACION Y CORRELATIVA APLICACIÓN NO DEBE SER RESTRICTIVA.—Interpretar en forma restrictiva los derechos subjetivos públicos fundamentales de asociación en materia política y de afiliación política electoral consagrados constitucionalmente, implicaría desconocer los valores tutelados por las normas constitucionales que los consagran, así cabe hacer una interpretación con un criterio extensivo, toda vez que no se trata de una excepción o de un privilegio, sino de derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, los cuales deben ser ampliados, no restringidos ni mucho menos suprimidos. En efecto, los derechos fundamentales de carácter político-electoral consagrados constitucionalmente, como los derechos de votar, ser votado, de asociación y de afiliación, con todas las facultades inherentes a tales derechos, tienen como principal fundamento promover la democracia representativa, habida

⁷⁰⁸ *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Materia Administrativa, t. XX, octubre de 2004, p. 2385.

⁷⁰⁹ *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Materia Administrativa, t. XXI, febrero de 2005, p. 1744.

cuenta que, conforme con lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa y democrática. Lo anterior, en virtud de que las reglas interpretativas que rigen la determinación del sentido y alcances jurídicos de una norma no permiten que se restrinja o haga nugatorio el ejercicio de un derecho fundamental, como lo son los de asociación política y de afiliación político-electoral; por el contrario, toda interpretación y la correlativa aplicación de una norma jurídica deben ampliar sus alcances jurídicos para potenciar su ejercicio, siempre que aquélla esté relacionada con un derecho fundamental. Lo anterior, desde luego, no significa en forma alguna sostener que los derechos fundamentales de carácter político sean derechos absolutos o ilimitados.⁷¹⁰

Destaca, por otro lado, el empleo del principio *pro homine* por parte de la Sala Superior del referido Tribunal en el llamado caso Hank Rohn. Como se recordará, el tema esencial en dicho conflicto consistió en determinar los alcances de lo dispuesto en el artículo 41, fracción VI (que permitía a quien ocupa un cargo, empleo o comisión en los ayuntamientos, el ejercicio del derecho a ser votado como gobernador del estado, siempre y cuando se separe del cargo noventa días antes de la elección), y 42, párrafo tercero (que preveía que no podrán ser electos a ese cargo, entre otros, los presidentes municipales, aun cuando se separen del cargo), ambos de la Constitución de Baja California.

En la sentencia respectiva (expediente SUP-JDC-695/2007), la Sala Superior de TEPJF realizó un análisis de legalidad de la sentencia del Tribunal Electoral del Estado de Baja California, y para ello se basó en instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos por México (apoyándose, a su vez en el criterio de la Suprema Corte de Justicia, que reconoce en los tratados un nivel inferior a la Constitución general, pero superior a las leyes generales, federales y locales). A partir de este análisis, y en aplicación del principio *pro homine*, la Sala Superior consideró que no debía aplicarse el restrictivo artículo 42, párrafo tercero, de la Constitución de Baja California, en los siguientes términos:

La conclusión alcanzada, en el sentido de que la interpretación lleva a aplicar lo dispuesto en el artículo 41, fracción VI, de la constitución local, por ser el precepto que maximiza y potencializa el ejercicio del derecho fundamental de ser votado, se corrobora si se acude al método de interpretación *in dubio pro homine* o *pro libertate*, que tiene como directriz favorecer a la libertad en caso de duda, esto es, implica considerar a la libertad como uno de los valores de

⁷¹⁰ *Compilación Oficial de Jurisprudencia y Tesis Relevantes 1997-2005*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, volumen de jurisprudencia, pp. 97-99.

la mayor importancia en un Estado de Derecho, si se tiene en cuenta que los principios son las piezas más importantes del sistema jurídico, puesto que representa el poder en el campo de acción del individuo necesario para su desarrollo y autorrealización, lo cual redundaría en beneficio de la sociedad, y como tal, constituye un freno al poder del Estado, para impedir los abusos de los gobernantes.⁷¹¹

A nivel de las salas regionales del TEPJF, el principio *pro homine* también ha sido empleado en la resolución de casos, como sucedió en el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano (identificado con el expediente ST-JDC-10/2009). En esta disputa, Ramón Hueso Alcaraz y J. Jesús Jaramillo Fabila impugnaron la exclusión que la autoridad responsable hizo de ellos, respecto del padrón electoral y de la lista nominal de electores, dado que consideró que se encontraban suspendidos en sus derechos político-electorales, por estar sujetos a un proceso penal derivado del auto de formal prisión dictado por el juez segundo en Materia Penal del Fuero Común de Manzanillo, Colima.

La acción de la autoridad responsable se basó en lo establecido en el artículo 38, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el cual se establece la suspensión de derechos y prerrogativas

⁷¹¹ A partir de este caso, se emitió la siguiente tesis XLI/2007 “DERECHO A SER VOTADO. NO DEBE VULNERARSE POR OCUPAR UN CARGO DE ELECCIÓN POPULAR (Legislación de Baja California).—La interpretación sistemática de los artículos 41, fracción VI, 42, párrafo tercero, y 80, fracción IV, de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California, conforme con el 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 1o., 2o., 23, 29 y 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, permite establecer que el hecho de que un ciudadano esté en ejercicio de un cargo de elección popular, no impide que pueda registrarse como candidato para contender por otro cargo de esa naturaleza, aun cuando no hubiera concluido el periodo para el que fue electo, siempre que se separe dentro del término legalmente exigido. Acorde con lo anterior, cualquier condición adicional que se imponga al ejercicio de los derechos político electorales deberá basarse exclusivamente en calidades inherentes a la persona, además de ser necesaria e idónea para lograr la finalidad perseguida, y obedecer a criterios objetivos, racionales y proporcionales, que tengan como base algún principio o valor fundamental del sistema constitucional; por tanto, la limitación a la posibilidad de contender de un ciudadano, durante el desempeño de un cargo de elección popular, debe hacerse en armonía con el texto fundamental y los instrumentos internacionales en cuanto potencian el derecho a ser votado”. Juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-695/2007.—Jorge Hank Rhon.—Autoridad responsable: Tribunal de Justicia Electoral del Poder Judicial del Estado de Baja California.—6 de julio de 2007.—Unanimidad de seis votos en el criterio.—Ponente: Pedro Esteban Penagos López.—Secretarios: Claudia Pastor Badilla, Sergio Guerrero Olvera, Eduardo Hernández Sánchez y Andrés Carlos Vázquez Murillo.

del ciudadano en los siguientes términos: “Artículo 38. Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:

II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión”.

Ahora bien, en su razonamiento, los magistrados de la Sala Regional del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación con sede en Toluca consideraron que

los derechos y prerrogativas constitucionales son susceptibles de ampliarse en los ordenamientos que conforman la “Ley Suprema de la Unión”...[por lo que] es válido acudir a este bloque de constitucionalidad para aplicarlos cuando prevean una situación jurídica de mayor tutela de tales derechos, sin que esto pueda constituir una contravención a la Constitución, ya que ésta permite tal remisión según se evidenció. En ese sentido, puede afirmarse que si el tratado amplía la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de los ciudadanos, deben considerarse como normas supremas de la unión y constitucionalmente válidas.

Así, la Sala Regional consideró aplicable al caso el artículo 25 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, al establecer que la suspensión de derechos no debe ser indebida, al tenor de lo siguiente:

Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de la distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Asimismo, la Sala Regional observó que el alcance normativo de dicho precepto había sido fijado por el Comité de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de Naciones Unidas en la Observación General 25 de su 57o. periodo de sesiones en 1996, en el sentido de que “a las personas a quienes se prive de la libertad pero que no hayan sido condenadas no se les debe impedir que ejerzan su derecho a votar”.⁷¹²

⁷¹² “Consecuentemente, como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos fue celebrado por el Estado Mexicano conforme a lo previsto en la Constitución Federal, toda vez que nuestro

Al igual que en la interpretación conforme, la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 incorporó en el párrafo segundo del artículo 1o. de la norma fundamental mexicana el principio *pro persona*.

Concluimos este apartado resaltando la idea de que estas doctrinas pueden ser construidas no como imposición de unos órganos sobre otros, sino por los propios tribunales de todos los niveles, a partir del reconocimiento de una necesidad funcional, y en aras de cuidar un interés sistémico.⁷¹³

VI. LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN ABIERTAS PARA MAYOR REFLEXIÓN

Finalmente, me refiero a algunos temas que podrían convertirse en líneas de investigación que contribuyan en esta tarea de generar un marco de diálogo y cooperación entre tribunales nacionales y supranacionales.

1. *Afinar la idea de coordinación, orden no jerárquico (teoría del derecho)*

Como señalan Kerchove y Ost, si alguna representación hay que parece dominar el pensamiento jurídico es, sin duda, la idea de que el derecho es un sistema fundamentalmente jerarquizado. Y una de las consecuencias de ello sería aparentemente que la aplicación de una norma jurídica constituye una actividad subordinada a su creación, y que entre ellas solo puede existir una relación puramente lineal y jerárquica, fundándose siempre la inferior en la superior, que la determina. Se trata de una representación que se pue-

país se adhirió a él y tal acto fue ratificado por el Senado de la República el veintitrés de marzo de mil novecientos ochenta y uno, puede afirmarse que tal cuerpo normativo, incluido su artículo 25, forma parte de lo que el artículo 133 constitucional denomina ‘Ley Suprema de la Unión’, por lo que resulta válido atender a éste para orientar la decisión respecto de la pretensión de los demandantes, en el sentido de que, al estar sujetos a proceso y no encontrarse privados de la libertad, se les debe permitir ejercer sus derechos político-electorales”.

“La anterior conclusión es acorde, además, con lo dispuesto por los artículos 14, párrafo segundo, 16, párrafo primero, 19, párrafo primero, 21, párrafo primero y 102, apartado A, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los cuales subyace y se reconoce a favor de quien está sujeto a proceso penal el derecho fundamental a la presunción de inocencia, hasta en tanto se demuestre lo contrario; lo cual implica, que mientras no sea condenado con una sentencia ejecutoria, por la cual se le prive de la libertad, los promoventes no deben ser suspendidos en sus derechos político-electorales”. Sentencia del 5 de marzo de 2009, Sala Regional del TEPJF, con sede en Toluca de Lerdo, magistrado ponente: Santiago Nieto Castillo.

⁷¹³ Martínez, Jenny, “Towards an International Judicial System”, *Stanford Law Review*, vol. 56, 2003, p. 434.

de calificar como de ‘sistematicidad lineal’ (en la concepción tradicional de sistema jurídico, uno de cuyos máximos exponentes ha sido Kelsen).⁷¹⁴

¿Hay alguna alternativa a esta representación del derecho?

Algunos autores hablan de ‘sistematicidad circular’; otros, de ‘jerarquías enredadas’, que sin prescindir del todo del elemento lineal del modelo tradicional introducen factores de retroalimentación e intercomunicación.⁷¹⁵

Podrían explorarse las posibilidades de este tipo de alternativas, y su posible utilidad para aplicarse en la generación de un discurso de coordinación entre jurisdicciones.

Vale la pena mencionar que en la práctica judicial mexicana se pueden percibir intentos por conceptualizar de una manera distinta al artículo 133 constitucional, que tradicionalmente se ha entendido en términos de jerarquía normativa. En efecto, en el voto particular del ministro Juan Silva Meza en relación con el amparo en revisión 120/2002, se puede ver el desarrollo de una interpretación no jerárquica de ese artículo. En este sentido, afirma el ministro Silva que el artículo 133, más que configurar un sistema de jerarquía normativa, prevé la existencia de una tipología de normas, que no necesariamente atiende a un principio de jerarquización, excepto por lo que hace a la norma fundamental, que constituye la base de todo el sistema jurídico, en virtud de que en relación con sus postulados opera el principio de supremacía constitucional, en términos expresos del propio numeral en mención. Así, lo que establece el artículo 133 es que, por una parte, los tratados internacionales que son incorporados al sistema jurídico mexicano se convierten en derecho interno y, por otra, que las disposiciones de la Constitución tienen primacía respecto de la legislación estatal, al tenor de su párrafo segundo.

Es decir, el artículo 133 establece las normas del sistema jurídico mexicano, pero no consagra una jerarquización, ya que “no hace depender la validez de todas las disposiciones secundarias a su conformidad con los tratados y las leyes reglamentarias, caso contrario a lo que sí sucede en relación con las disposiciones iusfundamentales y estos últimos”. Pero reconoce que la única jerarquía que hay en el artículo 133 es la de la Constitución general de la República, frente a todo el sistema jurídico.

Razona el ministro Silva Meza:

A mi entender, la solución que debió adoptar el Pleno pasaba por distinguir, como cuestión previa y de enorme trascendencia, que en un conflicto de anti-

⁷¹⁴ Kerchove, Michel van de y Ost, François, *El sistema jurídico entre orden y desorden*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1997, p. 102.

⁷¹⁵ *Ibidem*, pp. 102-104.

nomias la primacía que opera para que una disposición prevalezca en el caso concreto por encima de otra, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debido a diferentes razones.

De esta forma, primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados; aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla, dentro del proceso evolutivo graduado de creación normativa.

Por otra parte, y para avanzar en este camino, el ministro Silva propone un principio de interpretación mediante la apertura al derecho internacional, que

es producto del innegable desarrollo de lo que la doctrina contemporánea ha denominado el constitucionalismo global, que supone el asentamiento del sistema jurídico-político internacional en las relaciones entre el Estado y el pueblo —ya no únicamente en el clásico esquema de relaciones horizontales entre Estados—; el surgimiento de un *ius cogens* derivado de declaraciones internacionales que consagran principios, valores y reglas universales y, finalmente, la protección de la dignidad humana como presupuesto intangible de cualquier constitucionalismo democrático.

Asimismo, considera el ministro Silva que para la implementación de este principio interpretativo de apertura es necesario acudir a la figura del bloque de constitucionalidad o bloque de la constitucionalidad, que encuentra su origen en el propio texto constitucional, o más exactamente en la apertura política en la que incurren las Constituciones, cuando establecen expresamente los principios estructurales que identifican a su ordenamiento jurídico respectivo:

El bloque de la constitucionalidad no constituye una mera abstracción jurídica en el seno de la Constitución, sino una remisión constitucional que, al alcanzar a aspectos vitales de la estructura del sistema normativo, requiere o permite ser completada por otras disposiciones a las que la Norma Fundamental habilita para realizar esa función jurídica de cierre político.

El punto de partida del bloque constitucional siempre se encuentra en la Constitución, siendo su punto de llegada las disposiciones a las que mediante

un reenvío constitucional, determinan la estructura del sistema o definen el contenido de una estructura ya fijada en la norma suprema. Luego, tratándose del bloque constitucional resulta irrelevante la ubicación jerárquica de las normas destinatarias de la remisión; bien puede ser constitucional, o infra constitucional.

Finalmente, para Silva Meza:

La instrumentación del principio interpretativo de apertura mediante el bloque de constitucionalidad generaría que el conflicto de dos normas con distinto origen de producción no sea tratado como un problema de validez, sino de aplicación, esto es, no debería examinarse qué ordenamiento debe prevalecer, sino cuál debe desplazar al otro por un principio de preferente aplicación normativa por especialidad.

En este sentido, la inaplicación o desplazamiento de la norma de un tratado no denota un juicio de validez, sino un estudio sobre su eficacia y aplicabilidad para regular determinados supuestos, debido a su pertenencia a distintos sistemas jurídicos.

Podemos ver aquí un esfuerzo por entender la relación entre derecho nacional y derecho internacional, en términos distintos a los jerárquicos. ¿Hasta dónde es posible llevar este esfuerzo?

2. *Trabajar en una construcción conceptual que permita articular y conciliar el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos (teoría de la Constitución)*

Por ejemplo, en la línea que ha trabajado Häberle. Para este autor, el Estado constitucional cooperativo será aquel Estado cuya identidad, incluso a nivel internacional, se halla dentro de un complejo tejido de relaciones inter y supranacionales, así como en la medida en que toma plenamente conciencia de la colaboración internacional y se responsabiliza también de ella como parte de la propia solidaridad.

El derecho constitucional, por tanto, no empieza allí donde acaba el internacional, sino que lo que sucede es justamente lo contrario, es decir, que el derecho internacional no termina allí donde empieza el derecho constitucional, de modo que las mutuas limitaciones que se producen respecto de ambos tipos de derecho son tan intensas que sólo puede producir su ‘complementariedad’ respecto del modelo de Estado cooperativo que representan; de ahí que podamos afirmar que surge una especie de ‘derecho común de cooperación’... El

Estado ‘social cooperativo’ no conoce la alternativa del llamado ‘primado’ del derecho internacional ni tampoco del derecho interno del Estado, sino que lo hace a través de las relaciones conjuntas del derecho internacional y de las de los ordenamientos constitucionales nacionales internos hasta el extremo de que parte del derecho interno constitucional y del internacional terminan por fundirse en una unidad, en un todo común inescindible.⁷¹⁶

O bien, la conceptualización de Giancarlo Rolla:

En el ámbito de la tutela de los derechos de la persona, se manifiesta la formación de una tendencia favorable a instaurar entre los ordenamientos nacionales y supranacionales un círculo virtuoso de recíproca influencia y de mutuo enriquecimiento, susceptible de producir éxitos de gran relevancia tanto dogmática como práctica.⁷¹⁷

En primer lugar, dicho proceso osmótico permite al derecho nacional especificar e implementar los estándares de tutela definidos en el ámbito internacional; al igual que atribuye al derecho internacional la potestad de ampliar las normas directamente aplicables por los jueces nacionales, vinculantes a su vez para el legislador por su rango constitucional. Tal proceso tiene lugar asignando a las disposiciones de las convenciones internacionales la doble naturaleza de fuentes productoras de normas internacionales y de normas constitucionales; lo que se determina, sobre todo, o bien al reconocer la aplicación directa de las convenciones sobre derechos fundamentales de la persona, o bien al aplicar el principio de que en caso de conflicto las normas internacionales deben considerarse en cualquier caso prevalentes sobre las producidas por las fuentes primarias, sin necesidad de admitir en este último caso la aplicabilidad directa de las normas internacionales.

En segundo lugar, el mencionado proceso de ósmosis favorece la creación de un derecho común, utilizable tanto por los órganos supranacionales como por los nacionales, derecho común que constituye la base unitaria de la tutela de los derechos de la persona en un determinado ámbito geográfico supranacional. Dicho resultado se alcanza tanto reconociendo las tradiciones constitucionales de los concretos Estados, como haciendo referencia a las codificaciones internacionales y, sobre todo, a la interpretación que han dado de las mismas los jueces internacionales. No obstante, otros elementos se revelan como necesarios, como la adhesión a un método interpretativo común, la

⁷¹⁶ Häberle, Peter, *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, trad. de Emilio Mikunda, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 257 y 258. Citado por Toro Huerta, Mauricio Iván del, “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 112, enero-abril de 2005, pp. 325 y ss.

⁷¹⁷ Rolla, Giancarlo, *Derechos fundamentales, Estado democrático y justicia constitucional*, México, UNAM, 2002, p. 86.

existencia de formas significativas de unidad cultural, o la aceptación de un sistema de valores suficientemente homogéneo.

Del conjunto de estos fenómenos deriva la formación de tradiciones constitucionales comunes capaces de homogeneizar los niveles de tutela de los derechos de la persona, con independencia del ordenamiento estatal de referencia. Si, por un lado, los derechos fundamentales forman parte de los principios fundamentales del derecho comunitario; si —por otro lado— los derechos constitucionalizados por los concretos ordenamientos concurren en la definición de las tradiciones constitucionales comunes, de ahí se deduce que los niveles constitucionales de tutela tienden a homogeneizarse y, al mismo tiempo, a enriquecerse. En efecto, se ofrece al ciudadano la posibilidad de acudir a una doble jurisdicción: dirigiéndose al juez nacional para solicitar la aplicabilidad de una norma de derecho internacional; o bien, recurriendo ante el juez internacional para que compela al propio Estado a dar aplicación a sus obligaciones internacionales.

Una tercera consecuencia conectada con la formación de un *ius commune* en materia de derechos fundamentales, está constituida por la ampliación del catálogo de los derechos reconocidos en el ámbito nacional, tanto por vía normativa como jurisprudencial. Particularmente, la implementación normativa tiene lugar a través de la incorporación en la Constitución de las normas internacionales sobre los derechos fundamentales, o bien reconociendo a dichas normas una fuerza superior a la de la ley ordinaria.⁷¹⁸

Por supuesto, hay que estar atentos también a los modelos que ya se pueden ver en la literatura, y que de manera más específica se refieren a la relación entre tribunales supranacionales y tribunales constitucionales nacionales. Por ejemplo, Ahdieh ofrece un modelo de ‘revisión dialéctica’ en el que están implicados la idea de una revisión judicial por parte de tribunales internacionales sobre tribunales domésticos, pero con la idea de diálogo en su núcleo. Este modelo descansa en el encuentro recurrente entre las jurisdicciones nacionales e internacionales, en un proceso que avanza hacia una síntesis de derecho compartido. Es una forma de interacción judicial que no es ni revisión en apelación jerárquica ni mero diálogo horizontal a la manera de citas y referencias cruzadas entre tribunales. El modelo de ‘revisión dialéctica’ tiene elementos jerárquicos y de diálogo, pero es un híbrido distinto a la jerarquía vertical o al diálogo horizontal.⁷¹⁹

⁷¹⁸ *Ibidem*, pp. 87-92.

⁷¹⁹ Ahdieh, Robert B., “Between Dialogue and Decree: International Review of National Courts”, *New York University Law Review*, vol. 79, núm. 6, 2004, pp. 2034 y 2035.

3. *Estudiar a profundidad las doctrinas y prácticas judiciales para mediar el conflicto entre instituciones supranacionales y domésticas; doctrinas judiciales para resolver la tensión entre instituciones en competencia (derecho constitucional comparado)*

Por último, es preciso identificar el elenco de técnicas, doctrinas y prácticas que permiten el diálogo, evitan el conflicto, promueven una relación estable, dinámica cooperativa, y que presupongan la coexistencia entre tribunales; pero también deben estudiarse las llamadas ‘doctrinas de elusión’ de la aplicación del derecho internacional a nivel interno.

Un ejemplo de relación cooperativa puede encontrarse en la manera en que el Tribunal Constitucional Federal de Alemania y el Tribunal Europeo de Justicia han ido construyendo una relación no tanto basada en jerarquía, sino en una relación de cooperación, teniendo en cuenta consideraciones de la estructura general de la que forman parte en el surgimiento de un sistema judicial europeo.

En Solange I, el Tribunal Constitucional Alemán partió de un análisis estructural, según el cual la Comunidad Europea no era un Estado, y en particular no era un estado federal, sino una entidad sui generis en proceso de integración progresivo, de carácter interestatal. Con base en ello, consideró que, en principio, dos esferas jurídicas independientes coexistían una al lado de la otra, con su propia validez; a partir de ello, una relación especial entre ambas esferas, en el que era deber de los órganos, y en particular de los tribunales, que en sus decisiones se consideren ambos sistemas jurídicos. Un deber de cooperación similar al deber de cortesía (*comity*) que existe en un estado federal. Así, el Tribunal Constitucional Alemán razonó que tenía el deber de revisar las normas de la Comunidad en cuanto a su concordancia con la Ley Fundamental de Bonn, particularmente en ausencia de un catálogo de derechos fundamentales que limiten la acción de la Comunidad.

El Tribunal Europeo de Justicia respondió a estas críticas iniciando una práctica de revisar las normas de la Comunidad para asegurar que fueran consistentes con los derechos fundamentales (aun ante la ausencia de una disposición de los tratados que le facultaran para hacerlo). Pero —al parecer— el Tribunal Europeo consideró esta operación como algo crítico para asegurar el ejercicio de su autoridad y jurisdicción sobre los tribunales constitucionales nacionales.

Catorce años después de Solange I, vino la sentencia en el caso Solange II, en la cual el Tribunal Constitucional alemán consideró que como

el Tribunal Europeo había venido garantizando adecuadamente los derechos fundamentales, de una manera esencialmente comparable con los estándares de la Ley Fundamental alemana, no era ya necesario que el Tribunal Alemán ejerciera una revisión independiente de los actos de la Comunidad.⁷²⁰

⁷²⁰ Martínez, *op. cit.*, pp. 445-447.