

LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. EL TURNO DE LA JUSTICIA MEXICANA

Juan SILVA MEZA*

SUMARIO: PRIMERA PARTE. LA MAGNITUD DEL RETO. I. *Internacionalización, ¿significa sólo interamericanización?* II. *El replanteamiento de las relaciones internacionales.* III. *Un consecuente replanteamiento del derecho internacional.* IV. *Resistencias a la recepción del derecho internacional.* SEGUNDA PARTE. FORMAS DE ASUMIR EL RETO. I. *Respuestas jurisdiccionales ante las resistencias.* II. *La noción de “diálogo jurisprudencial”.* III. *¿Dialogar implica una autorización abierta para inaplicar normas?* IV. *Los confines del diálogo: reservas constitucionales a los tratados.* CONSIDERACIONES FINALES.

Al término de la Segunda Guerra Mundial, las democracias debieron renunciar al postulado liberal de entreguerras, que anunciaba el triunfo de gobiernos aparentemente neutros. El grado mínimo de interferencia del Estado frente a los derechos individuales, como paradigma dominante que pretendió instaurar la República de Weimar, y la correspondiente neutralidad que debía encarnar el texto constitucional, dio pie al advenimiento de regímenes dictatoriales que se jactaban de contar con apoyo popular, si bien arrancado por la fuerza y a costa de la supresión de libertades y derechos.¹ El individuo había quedado desprovisto de herramientas para defenderse.

El final de la Segunda Guerra Mundial también significó la proliferación de instrumentos internacionales para evitar que esta terrible paradoja se repitiera. Las nuevas configuraciones constitucionales no podían representar regímenes neutros; al contrario, debían asumir un compromiso *mili-*

* Ministro presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

¹ Arendt, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, México, Santillana Ediciones Generales, 2004, capítulos XI y XII.

tante a favor de la democracia y de los derechos humanos.² Un efecto semejante se produjo en la comunidad de naciones: las relaciones internacionales ya no serían solamente un arreglo entre Estados. Es así como los derechos del individuo, elevados a rango internacional, se convertirían en un objeto fundamental de la negociación entre Estados.

A más de medio siglo del inicio de esta internacionalización, el reto de la diplomacia dejó de enfocarse exclusiva y prioritariamente en intereses geoestratégicos. Se trataba no sólo de poner al individuo y al carácter universal de sus derechos en el vértice de las relaciones internacionales.³ Los esfuerzos diplomáticos debían trascender la ratificación de instrumentos para centrarse en la eficacia de los derechos.

Poco a poco, los Estados han ido asumiendo estas obligaciones, de dimensiones considerablemente mayores, que plantean en nuestros días la interiorización de todas estas cartas de derechos y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, integrándolas a la normalidad de los órdenes jurídicos nacionales. Acaso, su importancia al día de hoy pueda equipararse, de los dos lados del Atlántico, con el referido cambio de paradigma que significó la constitucionalización del final de las dictaduras de la mitad del siglo pasado.

De lo expuesto en la primera parte del presente trabajo veremos que la dificultad de normalizar la aplicación del derecho internacional en el ámbito interno es un problema sin solución evidente ni automática. Sin embargo, como veremos en la segunda parte, las resistencias que han sido dirigidas en contra de aceptar la normalidad del derecho internacional en sede interna no parecen insalvables. Y de ahí también se verá que se trata de un reto que bien vale la pena asumir. Sirvan estas reflexiones como merecido reconocimiento a quienes dedicaron su vida a contribuir con el logro de este alto propósito, como el doctor Jorge Carpizo, precursor activo de la institucionalización de los derechos humanos, todavía en construcción en nuestro país.

² Históricamente, una de las primeras sentencias paradigmáticas del Tribunal Constitucional Alemán fue dictada en esta materia al proscribir a los partidos Nacionalista (SRP) y Comunista (KPD) en 1953 y 1956, respectivamente, bajo la premisa de reconocer el renovado sistema constitucional como el de una *democracia militante*, donde no caben partidos que atenten contra los principios de igualdad o de dignidad de la persona. Véase respectivamente en *BVerfGE 2*, 1 del 23 de octubre de 1953 y *BVerfGE 5*, 85 del 17 de agosto de 1956.

³ Se puede incluso advertir que los manuales de relaciones internacionales tienden a ser reescritos. Battistella, Darío, *Théorie des relations internationales*, 3a. ed., París, Presses de Sciences Po, 2009.

PRIMERA PARTE LA MAGNITUD DEL RETO

La reforma constitucional de junio de 2011, que incorporó al artículo 1o. de la Constitución mexicana el principio pro persona cambió la forma en que los operadores jurídicos debemos entender la protección de los derechos. Aunque esto no debe sorprendernos, pues es más bien una decisión soberana que incorpora al constitucionalismo mexicano en una normalidad que compartimos con los países que tradicionalmente nos han servido de referentes institucionales.

La intención de armonizar la interpretación de los derechos fundamentales en sede jurisdiccional nacional se ha convertido en un proyecto global, que se expande progresivamente y se institucionaliza en todo el orbe.⁴ La universalidad de los derechos se empieza a ver reflejada, si no en el trato igual del individuo en cualquier ámbito nacional donde se encuentre, al menos en el reconocimiento de unos mínimos que la comunidad internacional le reconoce por el simple hecho de ser persona.

I. INTERNACIONALIZACIÓN, ¿SIGNIFICA SÓLO INTERAMERICANIZACIÓN?

Los tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos, concebidos como piezas de legislación llamados a ser vinculantes en el ámbito interno, incluyen no sólo al sistema interamericano,⁵ sino a una serie de disposiciones del sistema universal de protección de los derechos humanos que conviven como parte de un todo armónico que

⁴ Silva Meza, Juan N. y Silva García, Fernando, *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, México, Porrúa, 2009, capítulo II.

⁵ Para ilustrar los contenidos de este sistema interamericano, los “documentos básicos” incluyen la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención Interamericana en materia de Tortura; los Protocolos adicionales a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pena de Muerte; las convenciones sobre Violencia contra la Mujer, la Desaparición Forzada de Personas y la Discriminación contra Personas con Discapacidad; se incluyen también la Carta de la OEA y la Carta Democrática Interamericana; la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión; la de Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas; los estatutos y reglamentos de la Comisión y de la Corte interamericanas; en Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Documentos básicos en materia de derechos humanos en el sistema interamericano*, Washington, OAS-SCJN, 2012.

más que competir, son llamados a complementar y potenciar al derecho nacional.⁶

Ahora bien, a raíz de la reforma constitucional de 2011 y de las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) relativas a la vigencia del sistema interamericano, los jueces nacionales de todos los ámbitos (empezando por los de primer contacto con el ciudadano), hemos adquirido conjuntamente el carácter de juzgadores interamericanos. Aunque esto ha sido así no por voluntad propia ni porque estemos invitados a voltear a ver la esencia de los tratados en demérito de la normatividad interna; asumimos ese carácter por mandato constitucional (y aquí incluyo no solo a la rama judicial, sino a todos los órganos del Estado mexicano). Al menos podemos tomar como punto de partida el contar con esta nueva configuración.

Esta consecuencia se produjo debido a que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 confiere a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o Convención Americana) un estatus particular. Aquello, debido a que no solo vincula a las partes signatarias de manera recíproca, sino por haber sido concebida para generar, a nivel continental, una serie de obligaciones nacionales en red, que deben ser garantizadas colectivamente por los Estados firmantes. El ánimo de sustentar el carácter universal de los derechos humanos debe quedar de manifiesto en sede interna. Por su parte, la no regresividad de las interpretaciones que los tribunales estamos construyendo en el ámbito doméstico se funda en la propia Convención de Viena (artículo 31 inciso c)), en el sentido de obligarnos a los jueces a aplicar de buena fe los tratados, dentro del contexto nacional en que las cartas de derechos expresan su vigencia.

Si bien hace algunos años el carácter vinculante de las sentencias seguía siendo materia de discusión a nivel interno, dentro del sistema interamericano ha sido constante la forma en que tales contenidos se han desarrollado, conformando una jurisprudencia obligatoria, que funciona como eje orientador en la toma de futuras decisiones dentro de las instancias del sistema.⁷ Cabe subrayar además que entre 2011 y 2013 la SCJN fue ampliando suce-

⁶ Burgogue-Larsen, Laurence, “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: entre clasicismo y creatividad”, en Bogdandy, Armin *et al*, *¿Integración sudamericana a través del derecho?*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado, 2009, p. 287.

⁷ Por las razones jurídicas que fundan al principio *pacta sunt servanda*, la jurisprudencia interamericana vincula a los Estados que han aceptado expresamente la obligatoriedad de esta jurisdicción (y sobre el particular, México lo hizo en 1998). Es por esto que su desapego sea motivo de responsabilidad internacional. Buergenthal, Thomas, “Implementation to the judgements of the Interamerican Court of Human Rights”, *El sistema interamericano de*

sivamente el sentido, primero orientador,⁸ y luego obligatorio,⁹ de la jurisprudencia interamericana.

En estos términos, los criterios exegéticos que materializan la interpretación constitucional y convencional, una vez resueltos por los tribunales nacionales, vinculan a los de menor jerarquía en la medida en que los Estados deben ceñirse a cualquier acuerdo ulterior sobre las interpretaciones que se generen sobre puntos específicos. De esta suerte, la labor interpretativa dentro del espacio del sistema interamericano parece ir aproximando nuestros sistemas jurídicos al efecto positivo generado poco a poco al interior de los países miembros del Consejo de Europa. Me refiero a la práctica entre sus jueces nacionales, consistente en leer en paralelo disposiciones constitucionales y convencionales al integrar los contenidos de los derechos fundamentales en casos concretos. Se trata pues de prácticas que tienden a normalizarse en el interior de los países que son parte, en ese caso, de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante CEDH). Pero las prácticas judiciales no son un hecho aislado, sino que corresponden a la manera de entender las relaciones entre países. Esto me lleva a describir las causas estructurales de esta evolución de la interpretación de normas internacionales.

II. EL REPLANTEAMIENTO DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES

El derecho internacional ha visto modificado su ámbito de aplicación con el paso del tiempo. En las épocas remotas de la fundación del Estado moderno, la afirmación de la soberanía implicó el reconocimiento de un poder absoluto al interior de cada unidad nacional, que, no obstante, implicaba concomitantemente una proyección hacia afuera de las fronteras nacionales, aunque enfocada a impedir cualquier intromisión en el ejercicio de este poder soberano.¹⁰ Siendo personalizado por el monarca, encargado

protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI (Memoria del Seminario), San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 185-193.

⁸ La sentencia del caso Radilla, del expediente Varios 912/2010, determinó el 14 de julio de 2011 que los criterios contenidos en las sentencias de la Corte IDH donde el Estado mexicano sea parte serán obligatorios, mientras que el resto de la jurisprudencia tendrá carácter orientador. Esa situación fue complementada dos años después, como veremos.

⁹ En una decisión del 3 de septiembre de 2013, donde se resolvió la Contradicción de Tesis 293/2011, que será analizada al final del presente estudio, la SCJN determinó en cambio que todo el *corpus* de jurisprudencia interamericana es obligatorio para los jueces del país, en la medida en que sus contenidos impliquen un mejor medio de protección de la persona.

¹⁰ Bodin, Jean, *Los seis libros de la República*, Caracas, Instituto de Estudios Políticos, Facultad de Derecho, Universidad Central de Venezuela, 1966, libro I, capítulo VIII.

de resolver conflictos y administrar justicia, este último quedaba investido con la potestad de resolver en última instancia, aun si no existía una regla exactamente aplicable a la controversia en cuestión.

Ha sido pues en el último medio siglo que el derecho interno se ha visto influido por el internacional, debido sobre todo a una concepción renovada de las relaciones internacionales, aunque esta realidad solo se explica si nos remontamos siglos atrás. En las etapas anteriores a la modernidad, cuando ya existían diferendos y estallaban conflictos que se relacionaron con invasiones, intereses de un reino sobre otros territorios, las relaciones internacionales habrían sido entendidas como “el conocimiento contemplativo del orden esencial del mundo”.¹¹

Fue a partir de la firma de los Tratados de Paz de 1648, en Westfalia, cuando la entidad estatal pudo entenderse como la única capaz de intervenir legítimamente como agente de la política internacional. Desde aquellas épocas remotas, el Estado fue transitando del absolutismo monárquico al Estado burgués, y por último al Estado social. Estas tres fases contribuyeron a la creación de identidades nacionales diferenciadas. Sin embargo, en el esquema de esta última fase (en la que pareciera que todavía se encuentran las sociedades occidentales), la noción de *Welfare State* representa para muchos la “edad de oro del Estado moderno”.¹² En este esquema, un sentido cooperativo es el elemento que da estructura a la distribución de beneficios sociales, así como a las relaciones internacionales.

Luego, a lo largo del siglo XIX, marcado por la ambición de las potencias por conquistar y controlar territorios remotos, el sentido colonial de las relaciones internacionales proyectó en los textos de derecho internacional un relativismo favorable a los imperios europeos, de suerte que se reconocía a las “naciones civilizadas”¹³ para diferenciarlas de aquellas unidades nacionales que no tenían intención de apearse a las prácticas de la comunidad internacional, así caracterizada.

En suma, simplificando la progresión de las fases históricas que caracterizan a las relaciones internacionales, cuyo flujo relativamente constante fue interrumpido por el fracaso de la Sociedad de Naciones, que fue una entidad internacional incapaz de solucionar los conflictos heredados de la

¹¹ Aaron, Raymond, “Qu’est-ce qu’une théorie des relations internationales?”, *Revue Française de Science Politique*, vol. 17, núm. 5, 1967, p. 837.

¹² Hobsbawm, Eric, *The Age of Extremes: the Short Twentieth Century: 1914-1991*, Nueva York, Vintage, 1996.

¹³ Virally, Michael, *El devenir del derecho internacional*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998.

Primera Guerra Mundial,¹⁴ las relaciones internacionales eran por esencia anárquicas. Esto, debido a que durante todo este lapso en ningún momento existió un polo reconocible de concentración de la violencia legítima a nivel internacional.

Los Estados se escudaban tras de sus reglas internas y alegaban la intromisión de otros intereses en cuanto cualquier ente exterior desafiara su autoridad soberana. De esta forma se distinguió, durante todo este periodo, a los sistemas internacionales como “descentralizados y anárquicos”, para contrastarlos con los regímenes políticos nacionales, por esencia “centralizados y jerárquicos”.¹⁵ Como disciplina, las relaciones internacionales se habrían limitado a gestionar relaciones de poder, y más específicamente a solucionar o, en el mejor de los casos, prevenir conflictos. Encarnaban la herramienta para la guerra y para la paz, y reconocían como únicos actores a los Estados.

Contrastando esto con la realidad actual, nadie podría cuestionar que el objeto principal de las Naciones Unidas es prohibir el uso de la fuerza individual, y no solo el de dirimir las disputas antes de que generen una amenaza para la paz.¹⁶ Es en parte por estas transformaciones del objeto central de las relaciones internacionales, que actualmente conciben como interés central la protección del individuo, quien se ha transformado no solo en objeto, sino en sujeto del derecho internacional. De ahí que se imponga una relectura del antes llamado “derecho de gentes”.¹⁷

III. UN CONSECUENTE REPLANTEAMIENTO DEL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho internacional es sin duda un elemento indispensable para entender al “fenómeno social más importante que pudo construir la voluntad del hombre”, como definiera Georg Jellinek al Estado en un texto publicado por primera vez en 1900.¹⁸ Con esos términos hacía alusión al

¹⁴ La tesis de la paz perpetua, enunciada por Kant en 1795, pretendió ser llevada a la práctica después de la Primera Guerra Mundial, mediante la Sociedad de Naciones. Una revisión del fracaso de este primer intento y su transición al sistema de Naciones Unidas, en Moreau Defarges, Philippe, “De la SDN à l’ONU”, *Pouvoirs*, núm. 109, abril de 2004, pp. 15-25.

¹⁵ Waltz, Kenneth, *Theory of international politics*, Nueva York, Mc-Graw-Hill, 1979, p. 88.

¹⁶ Intervención del juez Mohammed Bennouna, de la CIJ, en Sepúlveda Amor, Bernardo (coord.), *Nuevos diálogos sobre la justicia internacional*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores-UNAM, 2012, p. 43.

¹⁷ Schreuer, Christoph, “The Waning of the Sovereign State: Toward a New Paradigm for International Law?”, *European Journal of International Law*, núm. 4, 1993, p. 447.

¹⁸ Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado [Allgemeine Staatslehre]*, trad. por A. de los Ríos, Buenos Aires, Albatros, 1943, p. 32.

fenómeno estatal como esencia de la modernidad, siendo esta última generadora de un nuevo orden social.

Desde la difusión de las tesis de Hugo Grocio en el siglo XVII, los padres fundadores de las primeras escuelas del derecho internacional, pasando por la modernidad y hasta la transición hacia la etapa contemporánea del derecho internacional público, no se ha dejado de afirmar la necesidad de imponer límites a la soberanía. Toda intención de fomentar las relaciones internacionales debía entonces comenzar por disolver la noción de “razón de Estado”.¹⁹ Es así que al irse construyendo la comunidad internacional, las naciones soberanas debieron ceder parte de sus atributos de decisión de última instancia a entidades internacionales. Desde aquel momento, la necesidad de cooperar con otras naciones se volvía la constante del concierto internacional, a tal grado que un Estado ya no podría desligarse unilateralmente de sus compromisos.²⁰

Un primer problema fundamental de la disciplina se centra en la delimitación de las fuentes de derecho internacional, y un segundo en su recepción en el derecho interno. Sobre la primera cuestión existe un acuerdo más o menos constante de dividir las fuentes formales (dentro las que se encuentran los tratados y la costumbre internacionales) frente a las fuentes reales (donde se contienen los principios del derecho internacional y la jurisprudencia emitida por tribunales internacionales).²¹ Entre las dificultades que se derivan del segundo de estos problemas en nuestro país se puede destacar lo infrecuente que es para un juez nacional tener la facilidad de estudiar las normas y los principios interpretativos establecidos por el derecho internacional que le permitan normalizar una cotidiana aplicación de tratados y convenciones en el ámbito interno.

En el pasado, quienes nos formamos en la judicatura no habíamos conocido en la práctica la situación de ver legítimamente limitada la discrecionalidad del Estado por virtud de compromisos internacionales de México. Debido a una concepción jurisdiccional generalizada, las normas internacionales se concebían, si no ajenas a nuestro ámbito competencial, al menos de un uso en materias muy específicas. Es por ello que quien se inicia o retoma el estudio de las instituciones internacionales (sea o no juez

¹⁹ Una visión del nuevo papel de las instituciones internacionales en Liebfried, Stephan y Zurn, Michael, *Transformations of the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

²⁰ De Vree, J. K., *Political Integration: The Formation of Theory and its Problems*, The Hague, Nomos-Verlag, 1972.

²¹ Fitzmaurice, Gerald, “Some problems regarding the formal sources of international law”, en Koskenniemi, Marti, *Sources of international law*, Dartmouth, Ashgate, 2000, p. 58.

en ejercicio) debe recordar que esta percepción que dominó en el ámbito judicial durante décadas debe ceder para reinterpretarse en su contexto actual, afirmando con firmeza que no se trata ahora de una sustitución de normas, donde las fuentes del derecho hayan quedado replanteadas. Ningún reacomodo jerárquico de los tratados operó en detrimento de las leyes nacionales. Se trata en cambio de entender la dimensión de las normas internacionales como elementos que completan el orden jurídico nacional, no como elementos extraños que lo proscriben o lo anulan. Para ello, el principio de buena fe (del que todo intérprete debe partir al leer un postulado de derecho internacional) asume un rol central en la interpretación de estas disposiciones.

El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados basa su interpretación en la buena fe, que se extiende además a normas no escritas, como la costumbre internacional. Se trata de un principio estructural o fundamental, así considerado por virtud de la Carta de las Naciones Unidas,²² que adicionalmente se asume como documento que predomina sobre otros tratados.²³ Estas disposiciones, leídas a la luz de la Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de la ONU del 24 de octubre de 1970, siguen significando hasta el día de hoy el fundamento internacional de los principios, dentro de los que se encuentra este cumplimiento “de buena fe de las obligaciones contraídas por los Estados, de conformidad con la Carta, [que] es de la mayor importancia para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales...”.

Sin afán de imponer un concepto unívoco, se ha dicho que la buena fe es “lo opuesto al formalismo; el rechazo de lo absurdo y la consagración del buen sentido [si bien debe reconocerse que] ejecutar un Tratado es difícil de determinar cuando las normas convencionales son ambiguas”.²⁴ Claro que no es fácil establecer un punto exacto donde se encuentre esta especie de estándar de conducta de los aplicadores del derecho internacional. En esa dirección podemos caracterizar la resistencia a normalizar la aplicación del derecho internacional en sede interna.

²² Artículo 2.2 de la Carta de las Naciones Unidas: “Los miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta”.

²³ Artículo 103 de la Carta precitada: “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

²⁴ Zoller, Elizabeth, “Commentaire à l’article 2.2”, cit. por Fernández de Casadevante, Carlos, *La interpretación de las normas internacionales*, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 47.

IV. RESISTENCIAS A LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Parece haber quedado atrás la añeja discusión que se venía repitiendo durante generaciones en las escuelas y facultades de derecho, sobre el dilema entre monismo y dualismo en el derecho internacional público. La teoría monista apela a la unidad del orden jurídico que asegura el Estado, haciendo prevalecer, según el caso, el derecho nacional o el derecho internacional. Por su parte, la teoría dualista proclama una desvinculación inicial del derecho internacional con el nacional, de suerte que ambos órdenes puedan estar en contacto, pero no superponerse. Operan en esferas distintas, por lo que las normas del derecho internacional no podrían abrogar normas que les fueran contrarias en derecho nacional.²⁵ Pero la complejidad de la eterna disyuntiva sigue siendo un obstáculo para su comprensión generalizada.

Aunque parecía evidente que cada sistema jurídico optaba por uno u otro esquema, este debate ha visto disminuida su intensidad por virtud de la posibilidad de hacer exigibles criterios internacionales ante tribunales específicos, sin que esto dependa de la existencia de legislación que lo contemple en el ámbito del derecho interno. El lenguaje común de los derechos humanos ha dado pie al reconocimiento tácito del pluralismo jurídico en la esfera internacional, en el que una multiplicidad de textos y jurisdicciones conviven ofreciendo ámbitos de protección complementarios que funcionan tan armónicamente como sea posible, con el fin de brindar una mejor garantía al carácter universal de estos derechos.²⁶ Y aunque el surgimiento de esta renovada alternativa para la interpretación jurídica permite un resultado concreto que transformaría la teoría en una herramienta de aplicación práctica, las resistencias de normalizar la vigencia del derecho internacional en sede interna no dejan de aparecer.

Lo anterior mostraría con cierta claridad la tendencia observada en algunos tribunales norteamericanos (empezando por la Corte Suprema de aquel país). La práctica jurisdiccional de nuestro vecino del norte concibe al derecho internacional como una normatividad *extranjera* incapaz de vincular a las instancias nacionales. Dentro del propio tribunal, el juez Stephen Breyer afirma “respecto al uso del derecho extranjero, es comprensible que un juez no sea capaz de leerlo todo. Pero si los abogados encuentran un

²⁵ Moreno Quintana, Lucio M., *Tratado de derecho internacional*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1963, t. I, pp. 83-85.

²⁶ Bogdandy, Armin von, “¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?”, en *La justicia constitucional y su internalización*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado, 2010, t. I, capítulo II, p. 559.

caso extranjero que resulte útil e interesante, y se refieren a ese caso preciso, es muy probable que los jueces lo lean, usándolo como alimento para la reflexión y no como precedente vinculante”.²⁷ Es probable que tal opinión pudiera leerse en el foro norteamericano como una proclividad por las comparaciones jurídicas. Aunque así expresada por un juez del ala liberal de la Corte norteamericana, la afirmación confirma al mismo tiempo la resistencia del sistema jurídico norteamericano, más bien tendiente a cuestionar la obligatoriedad del derecho internacional.

Así, pese a una condena contra el Estado norteamericano, no se pudo impedir la ejecución del mexicano José Ernesto Medellín en 2004, con lo cual no solo no se respetó la sentencia dictada por parte de la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) en el caso Avena,²⁸ sino que esta fue expresamente incumplida por el Estado norteamericano.

Aquella resistencia de los jueces norteamericanos, que la Corte Suprema estimó fundada en ausencia de una legislación nacional que expresamente reconociera la manera en que se debía hacer válida la sentencia internacional, parece sin embargo extenderse a jurisdicciones domésticas de otros países, porque todo juez tiene razones de peso para evitar a toda costa apartarse del postulado del Estado de derecho, que impone la obediencia irrestricta a la ley.²⁹ La situación se vuelve todavía más entendible si consideramos que son pocos los sistemas jurídicos que han dispuesto, en sus legislaciones secundarias, modalidades concretas de recepción del derecho internacional en sede interna. En el plano interamericano, tan solo Colombia, Argentina y Perú han tomado medidas legislativas concretas para insertar en sus legislaciones, reglas que refieran a esta recepción.

A simple vista, podría ser menos equívoco para los jueces de un país, contar con una hoja de ruta en la ley, que, desde luego, podría no solo orientarlo, sino también vincularlo. A este respecto, nuestros diplomáticos (y vaya

²⁷ Dorsen, Norman, “The Relevance of Foreign Legal Materials in US Constitutional Cases: A Conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 3, núm. 4, 2005, p. 519.

²⁸ No se puede dejar de reconocer tanto la participación del entonces juez *ad-hoc*, Bernardo Sepúlveda Amor, ante la CIJ en La Haya, como la labor de la cancillería mexicana, quienes en conjunto hicieron un trabajo excepcional al tratar de hacer prevalecer la razón y el derecho internacional en este caso, que como sabemos, terminó en el incumplimiento y en la ejecución de la sentencia en los términos dictados por la jurisdicción interna de los Estados Unidos. Sepúlveda Amor, Bernardo, *La Corte Internacional de Justicia y la protección de los derechos del individuo: el caso Avena*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación (en prensa).

²⁹ Horvitz, María Inés, “Las nociones de Estado de derecho y *Rule of Law*. Origen, evolución y contenido”, *Estado de derecho y reformas a la justicia*, Santiago, Heidelberg Center para América Latina, 2004, pp. 19-25.

que tenemos una probada tradición del servicio exterior mexicano, de los más sólidos del continente) han señalado que la legislación mexicana que debiera definir términos y condiciones del cumplimiento de nuestras obligaciones internacionales “es realmente mínima”.³⁰

También se ha señalado que la política exterior mexicana relativa a la ratificación de tratados no puede considerarse lo suficientemente oportuna, pues el Ejecutivo se apresta a enviar los textos al Senado para su ratificación (y así tenemos 1,372 tratados bilaterales o multilaterales en vigor),³¹ sin que el Congreso tenga la capacidad de generar la legislación secundaria que permita a las autoridades del país conocer la manera como deban dar cumplimiento de nuestras obligaciones internacionales. Para ilustrar este punto, existen disposiciones específicas en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, aunque referidas únicamente al pago de indemnizaciones, que cumplimentan fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) o recomendaciones de la Comisión Interamericana (en adelante CIDH). Lo cierto es que las reparaciones derivadas de nuestras obligaciones internacionales no se limitan exclusivamente a aspectos pecuniarios. Por consiguiente, a falta de reacción oportuna del legislador nacional, tienen que ser los tribunales los encargados de ejercer la competencia soberana del Estado y resolver, incluso en ausencia de leyes internas de armonización.

En contraste, los jueces nacionales de la mayor parte de los Estados europeos asumen que al existir un tratado, ha surgido un derecho subjetivo. Esto, debido a la tendencia de atribuir carácter autoejecutable a los tratados en aquellos países.³² Empero, al igual que en nuestro contexto, la dificultad que enfrentan los jueces de aquel continente estriba en que con frecuencia la regla internacional tampoco establece una ruta procesal previsible para hacer obligatorios los derechos así consagrados en el plano comunitario.³³ Aplicar el derecho europeo o el derecho internacional suele también perci-

³⁰ La opinión del embajador Joel Hernández García en Sepúlveda Amor, Bernardo, *cit.* nota 16, pp. 110-112.

³¹ Información proporcionada por la Dirección de Política Internacional de Derechos Civiles, Políticos y Democracia, de la Secretaría de Relaciones Exteriores, 26 de septiembre de 2013.

³² No debemos perder de vista que nuestra Constitución atribuye a los tratados carácter autoejecutable, en tanto considera que una vez concluido el proceso de ratificación, dichos instrumentos son “Ley Suprema de toda la Unión”, según lo establece literalmente el artículo 133 constitucional.

³³ Taxil, Bérangère, “Les critères de l’applicabilité directe des Traités internationaux aux États-Unis et en France”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, núm. 1, enero-marzo de 2007, pp. 158-176.

birse como la sustitución de un orden extranjero sobre el derecho nacional, aunque se trate de fuentes complementarias.

Por último, dentro de esta lista no exhaustiva de aspectos que abonan a acentuar las resistencias, me permito mencionar la cuestión de la voluntad originaria de quienes suscribieron un tratado en un momento determinado. Dado que se percibe un cierto consenso en torno a las reservas que emiten los Estados al suscribir un tratado, que con el paso del tiempo pueden llegar a perder sentido,³⁴ pueden incluso ser declaradas jurisdiccionalmente inválidas, o bien ser objeto de una interpretación restrictiva.³⁵

Por virtud de la cooperación internacional, las intenciones de quienes firmaron un instrumento internacional difícilmente pueden condicionar el carácter evolutivo del instrumento. De esta suerte, el compromiso adquirido con otra u otras entidades internacionales³⁶ implicaría que tendencias interpretativas tales como el originalismo, tan afín a parte del sector conservador de la actual integración en la Corte Suprema norteamericana, difícilmente podría sostenerse en el ámbito de las jurisdicciones internacionales.

Sin que la voluntad de los firmantes sea un aspecto desprovisto de interés, los tratados que establecen instituciones o derechos se erigen como entidades que cobran vida propia, independiente a la intención de sus fundadores.³⁷ Es por esta razón que determinados textos, como la CADH, no pueden leerse literalmente, sino a la luz de las evoluciones jurisprudenciales posteriores.

De lo expuesto hasta aquí podemos medir la magnitud del reto al que se enfrenta la judicatura mexicana. Y, sin embargo, se puede también asegurar que ese reto tiene vías por donde ser afrontado.

SEGUNDA PARTE FORMAS DE ASUMIR EL RETO

Vivimos una etapa histórica en la que las fronteras territoriales ceden a los intercambios culturales, lingüísticos y sociales. Siendo la movilidad uno

³⁴ Por mencionar la reserva interpuesta por el Estado mexicano en 1947 respecto de la jurisdicción de la CIJ, que parece haber quedado sin materia, y que algunos consideran debiera ser formalmente suprimida por el Senado. De la intervención de Juan Manuel Gómez Robledo en Sepúlveda Amor, Bernardo, *cit.*, pp. 100 y 101.

³⁵ Sobre estos dos aspectos, véase primero la resolución de la CEDH en el caso *Belios v. Suiza*, del 29 de abril de 1988, así como el Comentario general núm. 24, del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1994, en González Campos, Julio y Sánchez Rodríguez, Luis, *Curso de derecho internacional público*, Madrid, Civitas, 2002, p. 742.

³⁶ Klabbbers, Jan, *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 28-30.

³⁷ Gerstenberg, Olivier, "Denationalization and the very idea of democratic constitutionalism: The Case of the European Community", *Ratio Juris*, núm. 14, 2001, pp. 298-302.

de los atributos más apreciados por el ser humano del siglo XXI, el carácter universal de los derechos debe encontrar una garantía efectiva que permita a todo individuo desplazarse con tranquilidad de una región o de un país a otro para buscar mejores oportunidades, teniendo la certeza de que sus derechos serán respetados sin importar el lugar donde se encuentre.

Partiendo de un supuesto en específico, la migración entre países implica la garantía de muchos otros derechos; por solo mencionar la libertad religiosa, el derecho a la salud, a la educación, a la seguridad ciudadana o al acceso a la justicia. Los juzgadores resolvemos controversias que significan una confrontación entre normas e historias personales. Esta equiparación entre hechos y normas nos lleva a considerar que la armonización del derecho, incluyendo en esta operación normas y principios de diferentes horizontes, es una mejor opción que la que vivimos años atrás, donde prevalecía el derecho de cada unidad nacional. Las historias personales dejan de tener anclaje geográfico; las normas también.³⁸ El individuo tiene derecho a que se le reconozcan sus derechos sin importar el lugar donde se encuentre. El logro de ese objetivo bien vale la pena el esfuerzo.

I. RESPUESTAS JURISDICCIONALES ANTE LAS RESISTENCIAS

La iniciativa impulsada por el Ejecutivo federal mexicano en 1998, ratificada por el Senado, respecto de la aceptación expresa de la jurisdicción de la Corte IDH, es ciertamente un avance de dimensiones no aritméticas, sino geométricas, a favor de todos los justiciables del país. No porque el tribunal interamericano se haya convertido en una cuarta instancia providencial en la que toda persona inconforme pueda seguir litigando un asunto perdido en las instancias nacionales.³⁹ Resulta iluso y hasta deshonesto que los abogados planteen a sus clientes estrategias de litigio que generen falsas esperanzas, del tipo “si perdemos el amparo, lo ganamos en la Corte Interamericana”. En realidad, el cambio de paradigma constitucional es de un calado de dimensiones mayores. La sola existencia de la jurisprudencia de este tribunal regional constituye un llamado a modificar sustantivamente la

³⁸ Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso véase Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, capítulo I.

³⁹ Ha sido la propia Corte IDH la que ha determinado que a esta jurisdicción no le corresponde fungir como cuarta instancia que revise aspectos del juicio que debieron ser revisados por el juez de la causa, en la especie “establecer si la madre o el padre de las tres niñas ofrecían un mejor hogar para las mismas, valorar prueba para ese propósito específico, o resolver sobre la tuición de las niñas”, extracto del *caso Atala*, véase *infra*.

forma de plantear argumentos relacionados con la protección de la persona, dado que a todo individuo le es posible desde ahora en adelante invocar un catálogo más completo y consistente de derechos.

Siguiendo un orden cronológico de cómo se fueron gestando interpretaciones (e incluso, cómo fueron estas trascendiendo de un tribunal a otro, en una operación que ha sido dada en llamar *fertilización cruzada de criterios*),⁴⁰ vale la pena empezar comprendiendo el funcionamiento del diálogo entre jurisdicciones europeas.

La tarea de la Corte de Justicia de la Unión Europea (conocida durante los primeros años de existencia como de las Comunidades Europeas), en el sentido de delimitar el derecho interno frente al internacional, inició tras la decisión del caso *Van Gend & Loos*, del 5 de febrero de 1963. En esta decisión, la Corte señaló que el Tratado de la entonces Comunidad Económica Europea no se limitaba exclusivamente a vincular a las instituciones nacionales firmantes, sino que involucraba también a los ciudadanos de la comunidad, quienes desde entonces podrían invocar el derecho europeo ante sus tribunales domésticos. El criterio fue complementado al año siguiente, el 15 de julio de 1964, por el mismo tribunal, al resolver el caso *Costa v. Enel*. Desde su sede de Luxemburgo, dicho tribunal determinó que las jurisdicciones nacionales quedaban vinculadas, al interior de los Estados, por las normas de derecho europeo, y que no se podían alegar motivos de derecho interno para incumplir una disposición comunitaria.⁴¹

Pero estos criterios paradigmáticos no son exclusivos de la percepción europea de protección de los derechos humanos. Aunque a veces tarden en viajar de un país o de un continente a otro y en ser implantados, forman parte de un *corpus* común que se integra a las sentencias relevantes de la Corte IDH. En el caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, resuelto el 26 de septiembre de 2006, con implicaciones semejantes, o al menos relacionadas con los dos criterios europeos que se acaban de citar, el Estado chileno fue condenado por la Corte IDH por considerar que una ley de amnistía no puede ser promulgada como razón para crear una excepción para frenar la vigencia de normas internacionales de protección de derechos.

Pero también se puede advertir que ha sido infrecuente que las jurisdicciones europeas impongan una interpretación unívoca para concebir los derechos. Así, tenemos que el TEDH se pronunció en 2004 a favor del

⁴⁰ Groppi, Tania y Ponthoreau, Marie-Claire, *Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*, London, Hart Publishing, 2013.

⁴¹ Estos desarrollos se encuentran recientemente en múltiples referencias. Cfr. Mezzetti, Luca y Fanotto, Luca, *Constitución y políticas de la Unión Europea [Costituzione e Politiche dell'Unione Europea]*, trad. de V. Barreto, Bogotá, Universidad Javeriana, 2008, pp. 35-42.

respeto a la apreciación nacional sobre la interrupción voluntaria del embarazo. “Tomar en cuenta la diversidad de concepciones, ante el problema del inicio de la vida, refiere a culturas jurídicas y a estándares de protección nacional que dan lugar a un amplio poder discrecional de cada Estado”.⁴²

Con mayor celeridad que en el ejemplo anterior, la Corte IDH retomó algunos aspectos de esta sentencia en el caso *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, del 28 de noviembre de 2012, donde se condenó al Estado costarricense por haber desprendido de su Constitución una lectura del derecho a la vida, que el legislador doméstico pretendió hacer compatible con la enumeración del mismo en el artículo 8o. de la CADH votando una ley prohibitiva de la fecundación *in vitro*.

Tenemos pues que dentro de un rango temático de cuestiones que interesan a tribunales de diferentes regiones, existen coincidencias y contrastes que vale la pena tratar de entender y armonizar, en aras de una mejor protección para el individuo. En este el sentido, desde hace algunos años se construyó la noción de “diálogo jurisprudencial”.

II. LA NOCIÓN DE “DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL”

Desde hace al menos cuatro décadas los jueces constitucionales europeos han tenido que acostumbrarse a armonizar la interpretación del derecho interno frente a la jurisprudencia de dos tribunales de derecho europeo (uno, con sede en Luxemburgo, que resguarda la regularidad de los tratados que fundan el funcionamiento de la Unión Europea en el ámbito interno de sus actuales 28 Estados miembros; y otro tribunal, con sede en Estrasburgo, que ciñe la actuación de las autoridades de 47 países que forman parte del Consejo de Europa; equivalente continental de nuestra OEA), donde por más complicado que este sistema parezca, la armonización de criterios ha sido funcional, y benéfica para todos.

Estos desarrollos han sido posibles debido a que los dos tribunales europeos se asumen subsidiarios del juez de primer contacto en cada uno de los países, siendo estos últimos a quienes toca garantizar la regularidad de la CEDH, así como de todas las directivas europeas en materia de derechos humanos.

Encerrarse en una percepción nacional (que puede conducir a una restricción *nacionalista*) de los derechos, en plena era global, no puede más que

⁴² Delmas-Marty, Mireille, “Les droits de l’homme: processus d’humanisation réciproque”, *La conscience des droits: mélanges en l’honneur de Jean-Paul Costa*, París, Dalloz, 2011, p. 212.

considerarse un sinsentido.⁴³ Las también llamadas “guerras entre jurisdicciones” han sido caracterizadas incluso con expresiones de fuerte connotación, como la acuñada por la prensa colombiana en términos de “choque de trenes”, para describir los conflictos interpretativos surgidos entre la Corte Constitucional y las otras *últimas* instancias nacionales (a saber: el Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo Superior de la Judicatura). Su magnitud ha llevado incluso a considerar que un cierto protagonismo de unos frente a otros conduce a determinados actores a querer imponer un *gobierno de jueces*, según la conocida expresión de Edouard Lambert.⁴⁴

No cabe duda que el mejor camino para la internacionalización y para evitar los extremos de una eventual guerra entre jueces es la normalización de un *diálogo entre jurisdicciones*, pues aunque sepamos que un juez siempre estará circunscrito a un ámbito territorial (para el juez doméstico), y que quedará sujeto a un conjunto de normas específicas (tanto para el juez doméstico como para el internacional), la realidad actual nos impulsa a una apertura hacia otros universos o sistemas de reglas.

Ha sido de esta forma como se han sentado las bases, a través del diálogo entre criterios jurisprudenciales, de la generación del referido *efecto útil* de las obligaciones internacionales de los países. Desde luego, se debe resaltar la forma en que este esfuerzo no es aislado, sino secundado a nivel interamericano por las cortes supremas y constitucionales, al ir estableciendo en sede nacional la forma en que debe ejercerse el control de convencionalidad. Al menos hasta ahora, este diálogo coloca a nuestra SCJN a la par de esfuerzos semejantes desarrollados por los altos tribunales de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Guatemala, Panamá, Perú y República Dominicana.

Pero el mencionado diálogo no se produce solo de los tribunales nacionales hacia los regionales. La magnitud del reto que implica esta operación interpretativa también permea al interior de nuestros sistemas judiciales domésticos. Quienes desde ahora asumimos la tarea de controlar la convencionalidad de leyes y actos ya no somos solo las instancias superiores; lo son antes que nadie los jueces de primer contacto con el ciudadano.

A partir de ahora, los jueces encargados de resolver recursos excepcionales de protección de derechos (como el amparo para el caso latinoamericano) tendrán que respetar y garantizar que el ejercicio de aplicación de las

⁴³ Bourgogue-Larsen, Laurence, “De l’internationalisation du dialogue des juges”, *Le dialogue des juges: mélanges en l’honneur de Bruno Genevois*, París, Dalloz, 2009, p. 98.

⁴⁴ López Daza, Germán Alfonso, “El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 24, enero-junio de 2011, pp. 170-178.

convenciones por parte de los jueces de primer contacto haya sido conforme a los designios de las normas y de los principios internacionales suscritos por cada país.

Las consideraciones de sentencias de los tribunales regionales, y no sólo en el contexto interamericano o europeo, sino recientemente en el africano, se construyen a través del diálogo con criterios dictados por otros tribunales nacionales, o incluso de los regionales entre sí. No debe ser ajeno que la Corte IDH esté empezando a retomar consideraciones elaboradas en el seno de la Suprema Corte mexicana.

Sobre este último aspecto se puede citar en primer lugar el caso *Atala Riffo y niñas v. Chile*, del 24 de febrero de 2012 (párr. 126), donde la Corte IDH retoma que la SCJN consideró estudios sobre la orientación sexual en el desarrollo del niño, y determinó que no puede inferirse una afectación en la personalidad de un menor derivada de la convivencia con padres homosexuales. “Cada familia tiene que analizarse en lo particular y no desde el punto de vista estadístico” (como lo estableció la SCJN en la Acción de Inconstitucionalidad A.I. 20/2010, del 16 de agosto de 2010).

En segundo lugar, en la Supervisión de cumplimiento, del 20 de marzo de 2013 (párr. 81), relacionada con la sentencia del caso *Gelman v. Uruguay*, del 24 de febrero de 2010, la Corte IDH refiere expresamente (párr. 19) al expediente Varios 912/2010 dictado por la SCJN el 14 de julio de 2010, donde se determinó que los criterios de las sentencias interamericanas en las que México sea parte son obligatorias en sede interna para el Poder Judicial de la Federación.

Igualmente, en la Supervisión de cumplimiento emitida por la Corte IDH el 14 de mayo del 2013, que recayó al caso *Rosendo Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mexicanos*, del 23 de noviembre de 2009, la Corte IDH hace un reconocimiento de la forma en que la SCJN estableció limitaciones al fuero militar, al hacer efectiva la obligación del Poder Judicial de ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, fijando las bases del principio pro persona, pero, sobre todo, estableciendo unos límites claros en términos de la llamada *interpretación conforme*.

III. ¿DIALOGAR IMPLICA UNA AUTORIZACIÓN ABIERTA PARA INAPLICAR NORMAS?

Como primer presupuesto, el diálogo entre jurisdicciones precisa de un estándar mínimo de unidad. Buscar el derecho que mejor proteja a la persona, tal como quedó establecido tras la reforma al artículo 1o. constitucional en junio de 2011, no implica una autorización abierta a todo juez para

inaplicar el derecho nacional. O lo que es lo mismo, para buscar, a toda costa, de qué manera puede éste entender una disposición nacional como contraria a las normas y a los principios de la CADH. Aquello volvería automático para todos los juzgadores del país preferir la aplicación de la norma interamericana en detrimento del derecho nacional.

Muy por el contrario, el compromiso tácito de buscar una *interpretación conforme* implica la obligación de buscar la forma en que la disposición nacional que se controvierte pueda leerse de manera armónica, que no contravenga las disposiciones internacionales vigentes en aquel ámbito normativo.⁴⁵

Los operadores jurídicos mexicanos, sujetos a esta exigencia de unidad del orden normativo, nos vemos constreñidos a integrar el derecho como *interpretación conforme*; a la manera de un todo armónico incapaz de contrariar, ni a la Constitución nacional ni a las normas internacionales para la protección de los derechos humanos (como la Convención Americana u otros instrumentos del sistema interamericano). La intención de esta operación interpretativa se dirige a que el orden jurídico recobre su unidad sin tener que esperar el paso por las instancias sucesivas (y menos aún, sin tener que llegar hasta las superiores). Es así como reglas de diversas jerarquías formales se equiparan para ser pasadas por un tamiz unificador, susceptible de hacerse realidad desde el primer momento en que el individuo tiene contacto con un juez. La armadura que protegía al tribunal, entendida ésta bajo la forma de una apreciación discrecional en el ámbito competencial de su jurisdicción, ha quedado sometida a lineamientos que habrán de normalizarse en los años posteriores.

Sin embargo, esto último tampoco permite aceptar que cada juez quedará invitado a buscar *su* interpretación válida, contribuyendo a que el orden normativo se torne en una maraña de lecturas jurídicas inconexas. Se trata, al contrario, de encontrar una interpretación conforme como piso común o regla básica que no sólo refiera a las reglas del juego y sus procedimientos con el suficiente grado de congruencia, sino también a los elementos que expliquen el sentido mismo del sistema jurídico, que se contienen sobre todo en sus principios fundamentales. Leer un contrato, descifrar una cláusula arbitral, determinar el ámbito de un reglamento o de un código a la luz de los principios del sistema democrático, del Estado constitucional de derecho, de la Declaración Universal de 1948... Es así como el intérprete deberá hacer todo lo que esté a su alcance para dar coherencia a la norma nacional interpretada, y no al revés, pues si se plantea como primer propó-

⁴⁵ Luciani, Massimo, "L'interprétation conforme et le dialogue des juges", en *Le dialogue des juges... cit.*, pp. 694-698.

sito *cómo inaplicar*, el diálogo jurisdiccional se convertiría lisa y llanamente en monólogo.

El carácter excepcional de una inaplicación normativa por motivos de convencionalidad podría generarse entonces con la fórmula: “*las leyes no se declaran contrarias a la Constitución simplemente porque se les pueda atribuir interpretaciones inconstitucionales, sino porque resulta imposible asignarles una interpretación conforme a la Constitución*”.⁴⁶

A nuestra Suprema Corte le toca acercar a todos los actores jurídicos mexicanos los elementos necesarios para propiciar este diálogo (como parece empezar a ocurrir y a permear hacia todos los tribunales del país). Se trata sobre todo de lograr que ese diálogo sea fructífero, respetuoso; que se vaya desarrollando sin afanes protagónicos y con la responsabilidad de lograr la mejor lectura posible de cada postulado.⁴⁷

A veces, la *mejor protección* puede derivar de una norma de derecho interno, pues no debemos olvidar que la nueva tarea de los jueces consiste en extraer lo mejor de cada uno de estos ordenamientos, encontrando un equilibrio normativo tendiente a la armonización pensando en la persona. Como lo resolvió por ejemplo el Tribunal Constitucional alemán en 2009, también es factible inaplicar una norma de derecho comunitario dando prioridad a una nacional. En esta sentencia, el Tribunal señaló que el juez nacional puede incluso preferir aplicar una legislación subnacional (de uno de los *Länder*) sobre las disposiciones convencionales de la CEDH en razón de una mejor protección individual a nivel interno. Concretamente, el Tribunal alemán hizo a un lado la norma europea debido a que ésta podía atentar contra la *identidad constitucional* de los alemanes.⁴⁸

En ocasiones, esta *mejor protección* de la persona se basa en disminuir la complejidad. El juez debe también considerar que el aumento constante en la carta de derechos no es siempre sinónimo de una mayor protección de forma automática. La proliferación normativa puede incluso tornarse en una especie de interferencia entre derechos, donde la aparición de un nuevo derecho no siempre arroje un saldo positivo, jurisdiccionalmente hablando. De ahí que resurja la importancia de efectuar una evaluación de proporcionalidad de cada derecho consagrado en el orden normativo.

⁴⁶ Énfasis agregado, *ibidem*, p. 697.

⁴⁷ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Boston, Harvard University Press, 1986.

⁴⁸ 2 BVerfGE 2/08 E.A., del 30 de junio de 2009, sobre la constitucionalidad del tratado de Lisboa. Cabe mencionar que esta decisión retoma en su casi totalidad la liga argumentativa de las decisiones *Solange I y II*, así como la de la *constitucionalidad del Tratado de Maastricht* de 1993, citadas *supra*.

Este punto nos lleva a efectuar, por último, una rápida evaluación de una de las sentencias más relevantes que ha emitido la SCJN en los últimos años en materia de aplicación de normas internacionales en el ámbito interno. Luego de varios años de espera, y de reformas constitucionales y legales que dieron inicio al proceso, la SCJN resolvió en septiembre de 2013 una contradicción de criterios entre dos tribunales colegiados y estableció una interpretación relevante, que aclara algunos de los lineamientos y los contornos más importantes del diálogo jurisprudencial en el que los tribunales del país estamos ahora involucrados. Voces disidentes apelan a resistir contra una supuesta regresión.

Pero al parecer aquellas reacciones iniciales no son inhabituales. Junto con la noción de “diálogo jurisprudencial”, algunos tribunales constitucionales europeos han realizado interpretaciones que permitieron esquivar obstáculos que el derecho interno parecía anteponer a la normalización del derecho internacional en sede doméstica.⁴⁹ Pero en otras resoluciones los mismos tribunales fijaron determinadas modalidades previas como condición para que un tratado con cláusulas inconstitucionales pudiera regir en el ámbito interno. Acaso tendremos que admitir que frente a una Constitución nacional la universalidad de los derechos humanos no es del todo absoluta.

IV. LOS CONFINES DEL DIÁLOGO: RESERVAS CONSTITUCIONALES A LOS TRATADOS

En derecho internacional es un principio de *jus cogens* que los tratados internacionales en materia de derechos humanos no impidan que las Constituciones establezcan límites y restricciones a los mismos. Para muestra, la Carta Europea de Lenguas Regionales y Minoritarias, suscrita en Budapest en 1998, causó reacciones diversas en países del continente.⁵⁰ En términos constitucionales, la promoción de lenguas en peligro de desaparición (y, sobre todo, el reconocimiento de derechos colectivos a las minorías que hablan estas lenguas) podía ser leída como intrusiva frente a principios consagrados por el derecho nacional. Esto fue considerado así tanto en Italia como en Francia. Sobre este último caso, el Consejo Constitucional declaró inconstitucionales varias cláusulas de la Carta mencionada, por conside-

⁴⁹ Decisión 2004-505 DC del Consejo Constitucional, del 19 de noviembre de 2004, sobre el control previo de constitucionalidad del Tratado de Lisboa.

⁵⁰ Jensdottir, Regina, “Qu’est-ce que la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires?”, *Hérodote: Revue de Géographie et de Géopolitique*, vol. 2, núm. 105, 2002.

rarlas atentatorias a los principios de indivisibilidad de la República y de igualdad ante la ley. Por virtud de la justicia constitucional, el esquema constitucional actual impide que lenguas distintas al francés sean empleadas en el ámbito público.⁵¹

Cuando el aludido diálogo entre jurisdicciones se produce, algunos tribunales también han leído determinados preceptos constitucionales nacionales que no podrían sino traducirse en restricciones concretas al contenido de tratados en la materia. Y esto ha sido así porque las Constituciones nacionales pueden instaurar condiciones específicas a la vigencia de los tratados, que solo se explican por el carácter irreductible de todo Estado.

La excepción jurisdiccional que más se cita en este sentido en el ámbito europeo fue la establecida por el Tribunal Constitucional alemán en los casos *Solange I y II*. La primera de estas sentencias estableció con claridad que la jurisprudencia del tribunal de Luxemburgo no debía predominar de forma sistemática y prioritaria. La aplicación del derecho europeo en el ámbito interno dependería entonces de comprobar que la aplicación de una norma comunitaria no restringía las bases constitucionales de la República Federal Alemana. El derecho europeo tendría que significar una protección al menos equivalente para el individuo del que se podría obtener con el derecho interno.⁵²

En *Solange II*, el Tribunal alemán completó el criterio anterior, *a contrario*, al establecer que su jurisdicción no interferiría cuando los tribunales europeos aseguraran una lista equivalente de derechos fundamentales protegidos.⁵³ De esta forma, la justicia constitucional alemana optó por no aplicar de forma absoluta los criterios antes citados del caso *Costa v. Enel*, que parecían imponer la primacía absoluta del derecho europeo en sede interna.⁵⁴

Ahora bien, esto no significa que un tratado no pueda considerarse obligatorio luego de una revisión interna de constitucionalidad. Previo a la entrada en vigor del Tratado de Maastricht en 1992, los tribunales constitucionales de Alemania, Portugal, España y Francia se dieron a la tarea de emitir resoluciones a manera de advertencias al constituyente permanente: “o se reforma la Constitución, o se imponen reservas al tratado, pero en el estado en que se negoció, este tratado no puede tener vigencia”. Los países señalados reformaron sus Constituciones, y por virtud de la ampliación competencial correspondiente, el Tratado pudo entrar en vigor.

⁵¹ Decisión 99-412 DC del 15 de junio de 1999.

⁵² *BVerfGE* 37, 271, del 29 de mayo de 1974.

⁵³ *BVerfGE* 73, 339, del 22 de octubre de 1986.

⁵⁴ *Supra*, núm. 41.

En nuestro país, la SCJN resolvió el 3 de septiembre de 2013 la Contradicción de Tesis 293/2011, quedando aclarados tres aspectos fundamentales para la aplicación del derecho internacional en sede interna. Desde ahora: a) todo el corpus de jurisprudencia de la Corte IDH (y no solo las sentencias condenatorias contra el Estado mexicano) se entiende vinculante para las autoridades mexicanas *siempre y cuando* implique una mejor protección para las personas; b) los derechos humanos contenidos en nuestra Constitución tienen la misma jerarquía, o si se prefiere, el mismo valor constitucional frente a los establecidos en tratados internacionales, y c) los derechos humanos consagrados en la Constitución pueden limitarse siempre y cuando tales restricciones estén contenidas en el propio texto constitucional.

Cabe señalar que al referirse al tercero de estos aspectos, nuestra solución contrasta con la adoptada en países europeos, donde por virtud del diálogo entre tribunales se optó por fijar las bases para ir definiendo la obligatoriedad del derecho europeo en cada caso.

En Francia, el juez constitucional no está llamado a analizar actos de aplicación de tratados, dado que éstos se equiparan con el control de legalidad. En aquel país, el control de legalidad conforma una competencia exclusiva de las jurisdicciones de primer contacto con el ciudadano (en cuya cúspide se sitúan el Consejo de Estado y la Corte de Casación). Y aun así, al analizar unos requisitos que se impusieron a los electores de los territorios de Nueva Caledonia,⁵⁵ que parecían distintos a los exigidos a los electores que residían en la Francia metropolitana, ambas jurisdicciones se pronunciaron en el mismo sentido, afirmando no poder poner en duda la supremacía de la Constitución francesa sobre los tratados.⁵⁶ Aquello, sin que significara que el Estado se estuviera escudando tras de su derecho para evitar cumplir con los contenidos de un tratado.⁵⁷ El juez constitucional solo se puede pronun-

⁵⁵ Isla del Pacífico sur, a más de 1,000 km de Australia, que en 1999 adquirió un estatuto legal particular para los asuntos internos, con una asamblea territorial y una moneda propia. Aunque el estatuto no otorga derechos electorales equivalentes entre franceses y kanaks, aquella situación de excepción será resuelta luego de 2014, año en que está previsto un referéndum que determine el tipo de adscripción de la isla con la metrópoli.

⁵⁶ En el caso *Sarran, Levacher y otros*, resuelto el 30 de octubre de 1998 por la Sección contenciosa del Consejo de Estado francés, se determinó que al contrastar la disposición de un tratado frente a disposiciones tanto de la Constitución como de la Declaración de 1789 (con valor constitucional en Francia), su control debía basarse en un ejercicio que solo se habría podido efectuar de manera preventiva por el Consejo Constitucional, pero que de ninguna manera podría darse prioridad al orden internacional sobre el interno.

⁵⁷ Sobre este punto concreto, el Consejo de Estado se pronunció el 2 de junio de 2000, en el caso *Pauline Fraïsse*, aunque esta vez el análisis incluyó al derecho nacional (al que se habría atribuido carácter constitucional por virtud de formar parte del derecho electoral),

ciar antes de la entrada en vigor de tales instrumentos internacionales, por medio del control de constitucionalidad de tratados.

Sin duda sería útil explorar el funcionamiento de aquel mecanismo preventivo de regularidad constitucional de normas internacionales, antes que éstas inicien su vigencia, a efecto de incorporarlas al ámbito del contencioso constitucional mexicano. En efecto, el control previo de los tratados (que igualmente existe en Alemania y en España) permitiría revisar los términos de la negociación diplomática de un instrumento internacional (pudiendo entonces determinar el predominio de cláusulas contrarias a aquéllos, inscritas en la propia Constitución nacional). Además, en dicha operación los criterios de jerarquía de los tratados frente a la Constitución no deben representar el único aspecto a considerar. Recordemos que en el contexto mexicano se pudo evitar una evaluación basada únicamente en aspectos jerárquicos gracias al sentido eminentemente favorable al individuo que impuso en el nuevo artículo 1o. constitucional el principio pro persona.

Sin embargo, la normalización del diálogo jurisprudencial parece una operación que tomará tiempo asimilar entre todos los actores jurídicos en nuestro país. En los días posteriores a los que la SCJN resolvió la citada Contradicción de Tesis 293/2011 se generó un debate público respecto de una aparente inconventionalidad de las restricciones constitucionales impuestas a los derechos humanos *en la propia Constitución*. Un sector del foro jurídico calificó la sentencia como regresiva, decepcionante, incluso irrespetuosa de los derechos humanos. Tales percepciones parecían basarse en la creencia de que el ejercicio de los derechos humanos no puede sujetarse a restricciones y a límites.

En el caso mexicano, la cláusula que algunos invocan “inconventional” fue la detención provisoria prolongada, introducida en nuestra Constitución en 2008 en el artículo 16, párrafo octavo.⁵⁸ Aunque de su sola lectura se puede advertir que librar una orden de arraigo solicitada por el Ministerio Público no es una obligación para los juzgadores.

confrontado a normas del sistema europeo (en concreto, la CEDH), pero también del sistema internacional (en la especie, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

⁵⁸ “La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días”.

Otra razón que explica la reacción contra la sentencia citada de 2013 se basa en que desde 2005 el Pleno de la SCJN había declarado la inconstitucionalidad del artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales de Chihuahua, que instauró el arraigo, aunque el texto de la Constitución federal nada mencionara al respecto.⁵⁹ Esta primera sentencia sirvió de base para que el Estado mexicano recibiera recomendaciones internacionales dirigidas a la supresión o revisión de estas medidas de excepción en el procedimiento penal. Pero la reacción del constituyente permanente fue más bien la contraria, al modificar la Constitución en 2008 para, en ejercicio de sus atribuciones soberanas, incluir el arraigo como una excepción dentro de la propia Constitución. Dos años después de esta reforma, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas reiteraba una recomendación donde sugería al Estado mexicano la eliminación de esta práctica.⁶⁰

Ahora bien, después de introducir esta disposición en el texto constitucional en 2008, la SCJN todavía no ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación con leyes secundarias que reglamenten el arraigo a partir del texto constitucional. Lo cierto es que a partir de la reforma de 2011 al artículo 1o. constitucional toda interpretación respecto de una persona sujeta a esta medida cautelar de excepción, deberá realizarse en el marco hermenéutico de 2011, del principio pro persona.

Es oportuno aclarar además que al resolver la Contradicción 293/2011, la SCJN no decidió que las restricciones expresas a los derechos de las personas se aplican automáticamente y de forma sistemática. Los jueces mexicanos de todos los niveles, convertidos en jueces de convencionalidad, deben efectuar ejercicios de ponderación para hacer efectivos esos límites. Y estos límites solo se entienden en armonía con el principio pro persona. Los derechos pueden ser limitados, incluso para lograr la mejor protección.

CONSIDERACIONES FINALES

Quienes participamos de la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, Internacionales y Regionales, organizada conjuntamente por la Ofici-

⁵⁹ Amparo en revisión 99/2005 del 13 de abril de 2005

⁶⁰ "...[A] la luz de la decisión de 2005 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la inconstitucionalidad del arraigo penal y su clasificación como detención arbitraria por el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, el Estado parte debe adoptar todas las medidas necesarias para eliminar de la práctica toda detención mediante arraigo, y esto, tanto a nivel federal como estatal". Véase el examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

na de la Alta Comisionada de Naciones Unidas y la Suprema Corte mexicana en noviembre de 2012 en la ciudad de México, pudimos advertir que los países que hemos asumido el reto de interiorizar las normas de los tratados y las convenciones de derechos humanos no pretendemos enfrentar un cambio cultural por decreto. Esta transformación se deriva de una política de Estado, que en cada uno de nuestros ámbitos nacionales ha ido surgiendo como opción deliberada de nuestras soberanías, cada vez más entrelazadas y comprometidas con el propósito de garantizar el carácter universal de los derechos de las personas.

Es en las Constituciones (antes que en las leyes secundarias) donde se dicta la hoja de ruta de esta internacionalización, y somos los órganos jurisdiccionales domésticos los encargados de diseñar los contornos de este cambio normativo a través de nuestras sentencias, aunque las jurisdicciones de última instancia no pretendemos imponer la obligatoriedad de cartas y convenciones valiéndonos de argumentos de autoridad. Tampoco se trata de un ejercicio voluntarista de jueces que pretendemos imponer nuestros criterios por encima de las otras ramas del poder por el simple hecho de afianzar nuestra influencia o nuestra notoriedad. Se trata, en cambio, de un ejercicio interpretativo cuya *ratio* principal se centra en una operación (por supuesto, compleja) de armonización normativa. Tal operación interpretativa contribuye a dar mayor previsibilidad a los derechos de las personas y se ejerce por mandato constitucional.

En México, la mencionada hoja de ruta fue rediseñada en junio de 2011, a través de la reforma al artículo 1o. constitucional. A poco más de dos años de distancia, me atrevo a afirmar que nuestro texto constitucional reformulado ha contribuido a aminorar las dificultades para lograr el tan anhelado *efecto útil* del derecho internacional de los derechos humanos, que permite estandarizar el trato igualitario entre individuos, sin importar el espacio físico donde éstos se encuentren. En nuestro país, la solución que planteó este nuevo marco constitucional está permitiendo alejar al orden normativo de una percepción muy enraizada, que por cierto no ha perdido actualidad: la tendencia de plantear la asimilación doméstica del derecho internacional a partir de valoraciones jerárquicas.

Nuestro texto constitucional dio cabida al principio pro persona como herramienta interpretativa que otorga al juez de la convencionalidad la posibilidad de escapar del planteamiento formalista tradicional, pues tradicionalmente los jueces estuvimos acostumbrados a resolver esta interrogante atendiendo a una solución positivista, inserta en aquella tradición decimonónica. El juez, actuando antes de la citada reforma, se habría preguntado: “Entre los criterios normativos aplicables para resolver determinada con-

troversia, ¿cuál es el jerárquicamente superior entre sí: la ley, los tratados o la jurisprudencia internacional?”.

Al haber transformado nuestra normatividad constitucional, ahora nos toca a todos los jueces preguntarnos cuál de las normas aplicables protege de la mejor manera al individuo. A nadie debe sorprender que desde hace dos años los jueces mexicanos de todos los ámbitos se encuentren inmersos en el proceso de asimilar que la universalización de los derechos tiene por corolario la internacionalización de los sistemas y los comportamientos judiciales. El apuntalamiento soberanista del derecho y sus procedimientos ha cedido al imperio de los derechos humanos.

Ahora toca el turno a los juzgadores mexicanos de todos los ámbitos competenciales, para asumir como propia la tarea de controlar los contenidos jurídicos, practicando estas nuevas responsabilidades con una intención importante en mente: evitar que la asimilación de criterios interpretativos internacionales nos conduzca a una “guerra entre jurisdicciones”. La armonización normativa que enfrentamos denota la necesidad que tienen los jueces de *dialogar* entre sí, y tiene como base el pluralismo de normas que conviven en un ordenamiento nacional con diversos instrumentos de origen internacional.