

## LA CLÁUSULA DE INTERPRETACIÓN CONFORME Y EL PRINCIPIO *PRO PERSONA* (ARTÍCULO 1o., SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN)

José Luis CABALLERO OCHOA\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Evolución histórica reciente. Del artículo 133 al 1o. de la Constitución.* III. *El significado jurídico de la reforma. La perspectiva del derecho comparado.* IV. *Significado y alcances de la reforma en perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. La doctrina del control de convencionalidad.* V. *El sentido del principio pro persona.* VI. *Conclusión.*

### I. INTRODUCCIÓN

Las reformas aprobadas en junio de 2011 han cambiado el rostro constitucional de los derechos humanos en México. Sin lugar a duda estamos ante la puesta al día más importante de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM o “la Constitución”) en la materia de los últimos años, por varias cuestiones:

- Empieza por devolver a las personas la apropiación de sus derechos, ante un modelo jurídico que, bajo una peculiar concepción de “garantías individuales”, fue cerrando los cauces propios para su exigibilidad y justiciabilidad.<sup>1</sup>

\* Académico-investigador en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.

<sup>1</sup> Este modelo se encuentra cruzado por una serie de coordenadas que denotan el ejercicio contenido de los derechos en favor del Estado: excesivas limitaciones legales que han acreditado su validez formal a priori, pero no un test de constitucionalidad, y menos ante criterios de ponderación con otros derechos; un juicio de amparo excesivamente tecnificado, en donde el papel relevante lo han jugado las causales de improcedencia; la ausencia, hasta hace unos meses, de vías procesales para hacer valer intereses legítimos, difusos o colectivos, entre otras cuestiones. No es trivial que las seis sentencias emitidas por la Corte Interamericana en

- Es un marco normativo que ya era impostergable para remontar el atraso de varias décadas en una diversidad de temas con respecto a otros Estados constitucionales, especialmente en América Latina.
- Se trata de un diseño cuya discusión entre nosotros tenía al menos diez años, a partir del ejercicio sobre la Reforma del Estado,<sup>2</sup> y en el contexto de una apuesta de renovación constitucional ante la alternancia en la titularidad del Ejecutivo en 2000.
- Si hay un talante con el que se pudiera caracterizar a este paquete de reformas en general, sería el fortalecimiento del concepto de derechos humanos en la Constitución,<sup>3</sup> así como la apertura al derecho internacional de los derechos humanos, no sólo por el primero y segundo párrafo, que admiten expresamente a los tratados como

contra del Estado mexicano entre 2008 y 2010 pasen por señalar la ausencia de mecanismos judiciales efectivos para la defensa de los derechos humanos. Éstas son: *caso Castañeda Gutman*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 6 de agosto de 2008; *caso González y otras (“Campo Algodonero”)*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 16 de noviembre de 2009; *caso Radilla Pacheco*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 23 de noviembre de 2009; *caso Fernández Ortega y Otros*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, del 30 de agosto de 2010; *caso Rosendo Cantú y Otra*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, del 31 de agosto de 2010; *caso Cabrera García y Montiel Flores*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, del 26 de noviembre de 2010.

<sup>2</sup> Muñoz Ledo, Porfirio (coord.), *Comisión de Estudios para la Reforma del Estado. Conclusiones y propuestas*, 2a. ed., México, 2004, pp. 52 y ss.

<sup>3</sup> En algunos espacios se ha hablado de la incorporación del concepto de derechos humanos a la Constitución. No es así. Ya se había hecho una adopción explícita de éste, y que fue primordial para distinguirlo del de “garantías individuales” “otorgadas”, como ha sido la redacción del artículo 1o., primer párrafo, desde 1917 hasta nuestros días, y que permitió durante varias décadas, prácticamente volver sinónimos ambas nociones.

De esta forma, el artículo 102, “B”, que entre 1992 y 1999 establecía como atribución de los organismos públicos protectores de derechos conocer de quejas sobre violaciones a los derechos humanos que “otorga” el orden jurídico mexicano, en ese último año cambió su redacción para precisar como atribución de las comisiones la protección de los derechos humanos que “ampara” el orden jurídico mexicano, distinguiendo del verbo anterior que la CPEUM había asignado a las garantías individuales. Por su parte, a partir de agosto de 2001, la CPEUM establece en el artículo 2o., apartado “A”, fracción II, que las comunidades indígenas gozan de autonomía para aplicar sus propios sistemas normativos en la solución de sus conflictos, siempre y cuando —entre otras cuestiones— respeten los derechos humanos y las garantías individuales.

En este sentido, las reformas de 1999 y 2001 pretendieron separar ambos conceptos, y ubicar al catálogo de garantías individuales en el ámbito de la concepción contemporánea sobre derechos fundamentales, presente en diversos ejercicios constitucionales; esto es, un conjunto de derechos humanos que se incorporan como derecho positivo en la norma suprema, lo que ya la doctrina ha sostenido desde hace tiempo. *Cfr.* Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, 7a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 485.

fuente de derechos constitucionalizados, sino también por las obligaciones puntuales del Estado frente a ellos, así como por los principios de derecho internacional que acompañan su reconocimiento y protección.

En este contexto, es especialmente relevante el reconocimiento de la naturaleza de las normas de derechos humanos presentes en las cartas fundamentales —Constitución o tratados internacionales—; esto es, el conformarse como principios mínimos susceptibles de ampliación mediante un sistema de reenvíos, y de integración con otros ordenamientos, lo que expresa la cláusula de interpretación conforme ahora recogida en el nuevo artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución.

De esta suerte, me parece que en su redacción hemos apostado por la forma de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos más acorde con la naturaleza de estas normas, como he tenido oportunidad de señalarlo en trabajos anteriores,<sup>4</sup> y más compatible con la doctrina del control de convencionalidad que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CrIDH o “Corte Interamericana”) ha venido desarrollando desde 2006, a partir del *caso Almonacid Arellano y otros c. Chile*, todo un *leading case* en la materia,<sup>5</sup> así como en procesos de justicia y reparaciones en el contexto de violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos.

La nueva disposición constitucional 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”.

<sup>4</sup> “El derecho internacional en la integración constitucional. Elementos para una hermenéutica de los derechos fundamentales”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, t. I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006; “Los tratados internacionales como Constitución. Notas sobre la dimensión transnacional del derecho procesal constitucional en México”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. IX: “Derechos humanos y tribunales internacionales”, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008; *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*, México, Porrúa, 2009.

<sup>5</sup> Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 26 de septiembre de 2006. Sobre este aspecto, señala: “En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de la 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”. Par. 124, *in fine*.

El presente artículo versa sobre la evolución reciente de los contenidos jurídicos hasta llegar a la presente redacción; el alcance desde el punto de vista del derecho comparado e internacional, y el impacto jurídico que deberá tener, especialmente en la interpretación sobre derechos humanos por parte de los jueces.

## II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA RECIENTE. DEL ARTÍCULO 133 AL 1o. DE LA CONSTITUCIÓN

### 1. *La interpretación del artículo 133 de la CPEUM sobre la jerarquía de los tratados internacionales*

Con el paso del tiempo, el artículo 133 de la CPEUM fue dejando de lado su propósito original: ser una disposición dirigida fundamentalmente a establecer la primacía del pacto de la Unión —ley suprema— conformado por un estrato normativo nacional (Constitución, tratados internacionales, leyes de desarrollo constitucional)<sup>6</sup> en relación con el sistema de distribución de competencias establecido entre la federación y las entidades federativas (artículo 124 de la CPEUM), al que le da identidad en la unidad del Estado.

Sin embargo, durante décadas, este sentido de primacía no fue aplicado realmente a partir del conjunto normativo establecido como “Ley Suprema de toda la Unión”, sino desde el ámbito de lo “federal”, asiento de un Ejecutivo hegemónico, al que se supeditó el ámbito local, y ante un estrato nacional vaciado de contenido normativo,<sup>7</sup> especialmente una Constitución prácticamente considerada sólo como documento político;<sup>8</sup> mientras que, paradójicamente, en la doctrina y en la interpretación jurisprudencial de esta disposición se estableció una pirámide jerárquica de las normas en cuyo vértice ha destacado la supremacía constitucional.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> También llamadas leyes reglamentarias, leyes constitucionales o leyes generales.

<sup>7</sup> Apunto algunos datos que evidencian este tratamiento: 1. La falta de suficientes y efectivas garantías ordinarias de control constitucional, salvo el juicio de amparo, hasta finales del siglo XX; 2. El empleo excesivo del mecanismo de reforma constitucional; 3. Una falta de entendimiento de la naturaleza propia de los tratados internacionales, y 4. La asimilación de las leyes de desarrollo constitucional en el universo de leyes federales.

<sup>8</sup> Sobre esta afirmación, Salazar, Pedro, “Dos versiones de un garantismo espurio en la jurisprudencia mexicana”, en Salazar Ugarte, Pedro *et al.*, *Garantismo espurio*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 18 y ss.

<sup>9</sup> Más a tono con el modelo del Estado liberal de derecho, en la conformación de la validez formal de las normas a partir de su producción, y no desde la perspectiva del Estado constitucional contemporáneo, en donde la lógica de la supremacía se ha enfocado a la posi-

El trabajo jurisprudencial de los últimos años se circunscribió mayormente a dilucidar la relación jerárquica entre tratados internacionales y las leyes federales —en las que, hasta 2007, se incluía a las de desarrollo constitucional—<sup>10</sup> sobre la que la disposición constitucional es omisa, precisamente por tener otro propósito en su planteamiento.

De esta forma, ante la profusión de tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano, y la necesidad de atender preferentemente las obligaciones de carácter internacional, los criterios interpretativos se dirigieron a establecer la jerarquía suprallegal e infraconstitucional de los tratados, lo que quedó asentado en la tesis LXXVII/1999, del 28 de octubre,<sup>11</sup> que se sigue conservando como criterio que marca esta puntualización. En los últimos años, la intención de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o “Suprema Corte”), a juicio de alguno de sus ministros, habría sido definir la constitucionalidad de los tratados internacionales sobre derechos humanos.<sup>12</sup>

## 2. *Las ventajas del cambio de disposición constitucional y de un modelo jurídico distinto*

Si bien es cierto que las propuestas iniciales atendieron a la lógica de reforma al artículo 133 de la CPEUM a efecto de otorgar jerarquía cons-

bilidad de definir la forma de articulación y aplicación de una pluralidad de ordenamientos. Bajo esta perspectiva, véase el ya clásico de Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2003; también los importantes trabajos sobre fuentes del derecho de Requejo, Juan Luis, *Sistemas normativos, constitución y ordenamientos. La Constitución como norma sobre aplicación de normas*, Madrid, McGraw-Hill, 1995; el de Jover, José María, *Constitución y derecho comunitario*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 2004; o, el de Linde Paniagua, Enrique, *El sistema de competencias de la Unión Europea en el Tratado por el que se Establece una Constitución para Europa*, Madrid, Colex, 2006.

<sup>10</sup> Dos de las tesis derivadas del juicio de amparo en revisión 120/2002, “Mac Cain México, S. A. de C. V., son la P VII/2007: “LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”, así como la P. IX/2007, Tomo XXV, del 20 de mayo de 2007, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES, INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”.

<sup>11</sup> Tesis de la SCJN. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo X, noviembre de 1999. Tesis: P LXXVII/1999, bajo el rubro: “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.

<sup>12</sup> Me remito a los comentarios que realizó el ministro José Ramón Cossío en la conferencia magistral “Los límites al poder de la reforma constitucional”, pronunciada en el seminario “Reforma y control de la Constitución. Implicaciones y límites”, el 4 de febrero de 2009 en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

titucional a los tratados sobre derechos humanos, con el tiempo se fueron dirigiendo hacia el artículo 1o., disposición que alberga las principales cláusulas sobre la dimensión que adquieren los derechos en el orden jurídico mexicano; es decir, los principios sobre derechos humanos: su universalidad; los criterios expansivos de aplicación y acotados para las restricciones y la suspensión, o bien el reconocimiento de la igualdad mediante una cláusula de prohibición de discriminar.

Especialmente a partir de las iniciativas generadas en el marco de la LX Legislatura (2006-2009), y también a partir de la propuesta de las organizaciones de la sociedad civil, académicas y académicos de diversas instituciones,<sup>13</sup> el tema se movió hacia el artículo 1o., y los criterios sobre el valor constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos<sup>14</sup> se modificaron en relación con una posición específica en la pirámide normativa, para dirigirse a una cláusula de interpretación conforme o canon hermenéutico.<sup>15</sup>

¿Qué ventajas representa este tratamiento?

A) Se mantiene al artículo 133 de la CPEUM como un sistema de fuentes del derecho, en el que ya se incluye a los tratados internacionales, y no se le sigue recargando con divisiones y subdivisiones jerárquicas.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> El texto íntegro de este trabajo, impulsado por la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, se publicó como *Propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos, elaborada por las organizaciones de la sociedad civil y por académicas y académicos especialistas en derechos humanos*, México, OACNUDH, 2008. Véase <http://www.hchr.org.mx/documentos/libros/propuestareformaconst.pdf>

<sup>14</sup> En el derecho comparado se han documentado varias posibilidades de reforma legal para atender el “proceso evolutivo de recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos”, como ha dado cuenta el voto razonado del juez *ad hoc*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México*, del 26 de noviembre de 2010, párr. 25.

<sup>15</sup> Como se le ha denominado indistintamente en países como España, en el que ha tenido una aplicación muy relevante en los 32 años de vigencia constitucional. Véase Saiz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

<sup>16</sup> Así lo estimó el órgano reformador de la Constitución. En la exposición de motivos de la Cámara de Senadores sobre el dictamen aprobado por ésta el 8 de abril de 2010 se señaló en relación con el sistema de interpretación conforme: “Este sistema no atiende a criterios de supra-subordinación ni implica un sistema de jerarquía de normas que no se considera conveniente modificar sino que, a través del principio de subsidiariedad, se abre la posibilidad de que el intérprete de la Constitución pueda acudir a las normas de derechos humanos consagradas en los tratados internacionales de los que México sea parte, para ofrecer una mayor garantía a las personas”. *Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto de la Minuta Proyecto*

- B) Implica un reconocimiento de la autonomía del derecho internacional y de los tratados como fuentes no producidas por el ordenamiento doméstico, sino que encuentran en sí mismos el fundamento de su vigencia, modificación e interpretación. En todo caso, se sitúan respecto del orden jurídico interno como ámbitos normativos distintos, dotados de una “especial resistencia o fuerza pasiva”<sup>17</sup> —en cuanto “fuerza previamente monopolizada”, en la expresión de Juan Luis Requejo—,<sup>18</sup> a los que se no se accede necesariamente a través del principio de jerarquía normativa, sino mediante el de distribución de competencias. Este tipo de aproximaciones, cotidianas en otros modelos constitucionales sobre fuentes, ha sido muy eficaz en la vinculación entre el derecho internacional y el interno.<sup>19</sup>
- C) Reconoce la naturaleza jurídica de las normas sobre derechos humanos, que establecen pisos mínimos de protección, y son, por tanto, susceptibles de ampliación e interpretación en el sentido de aplicación más favorable a las personas, que además, pueden integrarse en sus contenidos mediante un sistema de reenvíos hacia otros ordenamientos.

Su clave de lectura no es precisamente jerárquica. La jerarquía homogeniza el orden jurídico y las fuentes; no permite la oportunidad de establecer rutas alternas ante colisiones normativas.<sup>20</sup> El sentido clásico de la jerarquización tiene por objeto evitar conflictos normativos, pero no integra ni expande como es propio de las normas

*de Decreto que modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos, p. 14.*

<sup>17</sup> Saiz, Alejandro, *op. cit.*, p. 268.

<sup>18</sup> Al señalar que el sentido actual de supremacía constitucional se define por la posibilidad que la Constitución determine cómo se aplican aquellas normas cuya existencia encuentra causa fuera de la propia Constitución, y en generar las que organizan esa “fuerza previamente monopolizada”, Requejo, Juan Luis, *op. cit.*, p. 6.

<sup>19</sup> Así lo establece por ejemplo el artículo 96.1 de la Constitución española: “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno.

Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional”.

<sup>20</sup> Enrique Linde señala: “Así, la supremacía, con carácter general... hace que en un supuesto de hecho al que se refieran dos normas se imponga... la norma de mayor rango sobre la de menor rango, y que, además, la contradicción de la norma inferior con respecto a la norma superior haga que aquella incurra en vicio de nulidad y determine su expulsión postrera del ordenamiento jurídico. Cuando entra en juego la jerarquía el factor determinante de las posición de una norma en relación con las demás no es otro que el rango de la misma”, *op. cit.*, p. 43.

sobre derechos humanos. De esta manera, la cláusula de interpretación conforme es más compatible con los criterios de interpretación en derechos humanos, como los que se han venido desarrollando en la práctica del Estado constitucional contemporáneo.<sup>21</sup>

- D) Sigue la tendencia de identificación del contenido esencial de los derechos, función que realizan de manera especial las cortes o tribunales de constitucionalidad. Este contenido se encuentra integrado no sólo por las previsiones constitucionales, sino por los elementos normativos provenientes de la norma convencional y los criterios jurisprudenciales de los organismos a cargo de su interpretación,<sup>22</sup> especialmente de los tribunales internacionales.<sup>23</sup>

### 3. *El derrotero de la cláusula de interpretación conforme en los últimos años*

Es importante advertir las enormes reticencias para la apertura al derecho internacional de los derechos humanos que subsisten en México, y que se hicieron patentes en la forma en que los legisladores propusieron la redacción del artículo 1o., segundo párrafo, durante la discusión de la reforma constitucional en sus diversas etapas.

Dos diseños previos al actual marcaron un tránsito accidentado de la cláusula de interpretación conforme en el Senado y en la Cámara de Dipu-

<sup>21</sup> Miguel Carbonell ha señalado un nuevo modelo de prácticas jurisprudenciales, que junto con los nuevos textos constitucionales, y los desarrollos teóricos marcan la tendencia del neoconstitucionalismo. Este modelo se encuentra relacionado, en buena medida, con la interpretación de las normas sobre derechos humanos, entre las que Carbonell destaca: “la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto de irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *Drittwirkung*), el principio *pro persona*, etcétera”. “Presentación, El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 10.

<sup>22</sup> Sobre los distintos tipos de organismos presentes en los tratados y el alcance de la interpretación de sus criterios, véase Rodríguez Huerta, Gabriela, “Derechos humanos: jurisprudencia internacional y jueces internos”, en García Ramírez, Sergio y Castañeda Hernández, Mireya (coords.), *Recepción internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-SER-Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009, especialmente las pp. 217 ss.

<sup>23</sup> Ante el modelo español, que sigue esta cláusula, Enrique Linde señala que la Constitución “no es que permita que el Tribunal Constitucional interprete los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales suscritos en la materia, sino que vas más allá asumiendo... la aplicación de la interpretación de un tribunal internacional a los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en el texto fundamental español coincidentes con los que consagra el Convenio de Roma de 1950”, *op. cit.*, pp. 32 y 33.

tados, a lo largo de los últimos dos años, y pueden dar cuenta de los puntos más álgidos de la discusión, así como los criterios que deben acompañar esta fórmula normativa.

El primero fue el dictamen aprobado por la Cámara de Diputados del 23 de abril de 2009, que establecía:

Tratándose de normas de derechos humanos, éstas se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de derechos humanos de los que México sea parte. En su aplicación, *bajo el principio de no contradicción con esta Constitución, se observarán aquellas que resulten más favorables* (énfasis añadido).

Habría que hacer notar algunos aspectos peculiares de esta redacción, que posteriormente fueron excluidos:

- A) Se incluyó el principio de no contradicción con la Constitución para armonizarse con el principio de supremacía constitucional, específicamente con la previsión del artículo 133, en el sentido de que los tratados internacionales deben estar de acuerdo con la Constitución.<sup>24</sup> Este tipo de cláusulas de prevención ante posibles vicios de inconstitucionalidad no sólo pasan por alto el sentido de las obligaciones internacionales ya adquiridas, sino que poco o nada pueden hacer ante instrumentos ya ratificados. Lo que se requiere en realidad es establecer controles en una reglamentación puntual para evitar la inconstitucionalidad,<sup>25</sup> por ejemplo, mediante el control previo de la constitucionalidad de los tratados en sede de la SCJN,<sup>26</sup> ante cuya resolución, que tendría un carácter vinculante, podrían considerarse tres alternativas: renunciar a la conclusión del tratado, oponer las reservas que fueran conducentes, o bien, modificar el texto constitucional.

<sup>24</sup> Como establece la disposición: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma... serán Ley Suprema de toda la Unión”.

<sup>25</sup> Otros modelos constitucionales, especialmente ante reformas integrales o nuevas Constituciones, han destinado capítulos completos a la reglamentación sobre tratados, de la que en México carecemos. Por ejemplo, los artículos 55 a 57 de la Constitución de Perú, o los artículos 93 a 96 de la Constitución española.

<sup>26</sup> Sobre este tema y la necesidad de otorgar esta facultad a la Suprema Corte: Rábago Dorbecker, Miguel, “Propuesta de reforma al artículo 105 de la CPEUM: hacia un control previo de constitucionalidad de los tratados”, en Ortiz, Loretta *et al.*, *Ensayos en torno a una propuesta de reforma constitucional en materia de política exterior y derechos humanos*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004.

- B) Se acompañó del principio *pro persona*, que es el criterio indispensable para el reenvío interpretativo de las normas sobre derechos humanos, pero que no puede desplegarse debidamente teniendo una limitación a priori de no contradicción con la Constitución. La interpretación conforme debe correr en vía libre para que efectivamente pueda tener una mayor preponderancia la norma que acredita ser mayormente protectora, lo que en ocasiones puede, desde luego, jugar a favor del orden jurídico interno. Un sistema de reenvíos amplio y de interpretación en sede judicial en diálogo con la jurisprudencia internacional determina el alcance de la integración y de la norma que debe ser aplicada preferentemente en caso de conflicto.<sup>27</sup>

Un segundo dictamen fue el aprobado el 8 de abril de 2010 por la Cámara de Senadores, con la siguiente redacción: “Las normas sobre derechos humanos, se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de derechos humanos antes señalados”.

El Senado decidió suprimir el principio de no contradicción con la Constitución a costa del principio *pro persona*, ante una pretendida cláusula neutra, que en realidad debe decantarse hacia el sentido más favorable, como incluso se señaló en el propio dictamen del Senado.<sup>28</sup>

De esta manera, la Cámara de Senadores envió de nueva cuenta el dictamen a la de Diputados el 15 de diciembre de 2010, y ésta añadió y aprobó la redacción que ha quedado como definitiva.<sup>29</sup>

<sup>27</sup> Ante este dictamen, la oficina en México del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos reaccionó con un muy pertinente comunicado, en el que sobre este punto concreto precisó que el principio de no contradicción constitucional anula la esencia misma del principio *pro persona*. El documento, bajo el título de “Consideraciones preliminares sobre el Proyecto de Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos”, fue acompañado de un oficio firmado por el entonces representante en México, Alberto Brunori, y dirigido a cada uno de los senadores de la República, el 28 de abril de 2009.

<sup>28</sup> “La ‘interpretación conforme’ opera como una cláusula de tutela y garantía de los derechos, recurriéndose a las normas de los tratados internacionales de derechos humanos cuando haya necesidad de interpretación de los derechos constitucionalmente reconocidos. El efecto que se logra es una ampliación en la protección de los derechos humanos”. *Cit. supra* nota 17, p. 15.

<sup>29</sup> Si bien, entre febrero y marzo de 2011 la propuesta de reforma constitucional fue devuelta a la Cámara de Senadores, modificada por ésta y posteriormente a la de Diputados, de donde se envió a las legislaturas de los estados, el artículo 1o., segundo párrafo, ya no fue modificado.

### III. EL SIGNIFICADO JURÍDICO DE LA REFORMA. LA PERSPECTIVA DEL DERECHO COMPARADO

De manera general, ante su adopción, la narrativa constitucional mexicana se armoniza por fin con el esquema completo de vinculación con los tratados internacionales sobre derechos humanos en la mayoría de los Estados constitucionales, y que se encuentra definido por la siguiente ruta: la ratificación de los instrumentos; en su caso, la aceptación expresa de la competencia contenciosa de los tribunales a cargo de su aplicación e interpretación; la incorporación de los tratados al orden interno, a efecto de que puedan ser aplicados por los operadores jurídicos, y que contribuye a la adopción de disposiciones de derecho interno, como lo establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o “Convención Americana”);<sup>30</sup> y, en definitiva, un reconocimiento de la incidencia constitucional de estos tratados en razón de su contenido normativo, lo que se precisa, entre otros diseños, mediante una cláusula de interpretación conforme. Este criterio conlleva necesariamente el ejercicio hermenéutico, no sólo con respecto a las normas sobre derechos humanos consignadas en los tratados, sino con la jurisprudencia que se emite respecto de la interpretación de las mismas.

En este sentido, sólo quedaría un punto importante para cerrar la trayectoria de disposiciones constitucionales que darían franca bienvenida a los tratados internacionales sobre derechos humanos, y es la obligatoriedad del cumplimiento de las resoluciones que dictan los tribunales internacionales, específicamente en nuestro caso la CrIDH.<sup>31</sup> La propuesta de una previsión constitucional al respecto en México se ha manifestado en diversos foros académicos y en propuestas de organizaciones de la sociedad civil.<sup>32</sup>

Habrá que decir, sin embargo, que este último aspecto no ha sido implementado en el derecho comparado. Por una parte, se asume esta obligación de cumplimiento claramente en el marco del sistema interamericano; en

<sup>30</sup> “Artículo 2. Deber de adoptar disposiciones de Derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter; los estados 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”.

<sup>31</sup> En realidad, son los instrumentos que han generado los tres sistemas de protección a los derechos humanos con cortes internacionales que juzgan Estados ante incumplimiento de las obligaciones: el interamericano, el africano y el europeo.

<sup>32</sup> *Propuesta de reforma constitucional...*, *cit.*, pp. 98 y 99.

contraste, en el sistema europeo sigue teniendo lugar una discusión en torno al valor meramente “declarativo” de las sentencias.<sup>33</sup>

### 1. *Las particularidades del modelo mexicano*

En el caso específico de la nueva redacción constitucional, es necesario apreciar un par de cuestiones importantes:

a) Tanto en los dictámenes precedentes como en la versión final se abre una vía paralela de órdenes normativos que intervienen como referentes de la interpretación de las normas sobre derechos humanos hacia la Constitución y los tratados: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia”.

De esta forma, seguramente ante el prurito de la supremacía constitucional, se estableció un diseño peculiar que toma distancia del modelo que han elaborado los ordenamientos constitucionales con este tipo de cláusulas, o diseños semejantes de reenvíos normativos a los tratados internacionales, especialmente a partir de los ejercicios incipientes de Portugal (1976) y España (1978), en los que son los derechos contenidos en sede constitucional —porque ahí es su asiento natural en el orden jurídico interno— los que se interpretan de conformidad con los tratados.<sup>34</sup>

Haber acertado en un diseño semejante al del derecho comparado no implicaría, desde luego que la Constitución se supedite a la norma convencional, sino que se trata exactamente del reconocimiento de un sistema de interpretación a través de reenvíos de contenidos normativos mínimos a otros ordenamientos, en la medida en que se cumplan ciertas condiciones, como el principio *pro persona*. Los derechos humanos son un material normativo que va sedimentando en normas de contenido mínimo con posibilidad

<sup>33</sup> Sobre esta problemática, Caballero, José Luis, *op. cit.*, pp. 90-95. La reticencia a la ejecución plena de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha alcanzado países con un gran desarrollo jurídico en la vinculación con el Convenio Europeo, como España o Francia. En el primero subsiste la suspicacia especialmente cuando la ejecución vendría en nulidad de sentencias de última instancia que operan bajo el principio de “cosa juzgada”, lo cual es absurdo, porque es precisamente el agotamiento de recursos jurisdiccionales internos la condición de legitimación activa en la jurisdicción internacional.

<sup>34</sup> En esta tesitura están además, entre otras, las siguientes disposiciones constitucionales: en Europa el artículo 4.1 de la Constitución de Moldavia (1994), o el artículo 20.1 de la Constitución de Rumania (1991). En el contexto de los Estados parte de la CADH: el artículo 93 de la Constitución de Colombia (1991); el artículo 23 de la Constitución de Venezuela (1999); el artículo 13.4 de la Constitución de Bolivia (2009).

de ampliación. La interpretación conforme cumple con esta dimensión, que entraña la naturaleza de estas normas.

El que la Constitución se interprete de conformidad con los tratados no lesiona la supremacía constitucional, sino que precisamente reconoce la conformación de un “bloque de constitucionalidad” mediante derechos integrados. Es la identificación del contenido “constitucionalmente declarado” de los derechos humanos, como ha señalado el Tribunal Constitucional español.<sup>35</sup> Por su parte, los tratados también establecen este sistema de reenvíos hacia normas más protectoras internas, como se aprecia, por ejemplo, en los criterios de interpretación del artículo 29 de la CADH<sup>36</sup> o del artículo 53 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos<sup>37</sup> (en adelante CEDH o “Convenio Europeo”).

En este sentido, el modelo desarrollado a partir del artículo 10.2 de la Constitución de España (en adelante CE o “Constitución española”)<sup>38</sup> ha sido un referente sobre la integración de derechos en sede del Tribunal Constitucional, tomando en consideración especialmente al CEDH y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH o “Tribunal Europeo”).<sup>39</sup>

Sin embargo, me parece que éste es un tema de pulcritud jurídica y de reconocimiento cabal de este sistema hermenéutico, pero no sustancial, en el sentido de impedir el pleno despliegue de la cláusula. Me explico. Se ha generado ya expresamente un “bloque de constitucionalidad” mediante la incorporación de los derechos de fuente internacional al orden constitucio-

<sup>35</sup> En la sentencia 36/1991, fundamento jurídico 5, párrafo décimo.

<sup>36</sup> Sobre este aspecto señala: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

...

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 parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

<sup>37</sup> “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.

<sup>38</sup> “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”.

<sup>39</sup> Sobre este modelo específico, la doctrina española ha escrito profusamente. Además de los artículos y capítulos de libros, existen algunas monografías de referencia obligada, como la de Alejandro Saiz ya citada, de 1999; de Ángel Rodríguez, *Integración europea y derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2001, o la de Santiago Ripol Carulla, *El sistema europeo de protección a los derechos humanos y el derecho español*, Barcelona, Atelier, 2007.

nal, como establece la redacción del nuevo artículo 1o., primer párrafo, y al que complementa la disposición materia de este trabajo, al señalar que “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”. Además, en caso de antinomias entre la Constitución y los tratados hemos adoptado el principio *pro persona*; de ahí la dificultad que hubiera representado incorporar una redacción neutra como la proponía el segundo dictamen, aprobado por la Cámara de Senadores, sin salida interpretativa a través de este principio.

En síntesis, no hemos apostado por la reafirmación del paradigma clásico de la supremacía constitucional, aun y cuando no exista el reenvío de la Constitución a los tratados, lo que me parece deberá ser solventado por la propia SCJN al hacer el ejercicio interpretativo de esta disposición.

b) Otro aspecto particular es el relativo al universo de tratados que constituyen el referente interpretativo de las normas sobre derechos humanos: “...tratados internacionales de la materia”.

En este sentido, es necesario hacer una distinción. Por un lado, el conjunto normativo que abarca el primer párrafo del artículo 1o. al señalar que se reconocen los derechos humanos presentes en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, lo cual implica que no se incluyen solamente los tratados sobre derechos humanos, sino las normas protectoras de las personas, presentes en cualquier tipo de instrumentos.<sup>40</sup>

Por otra parte, la cláusula de interpretación conforme se encuentra referida a los tratados relativos a la “materia” de derechos humanos, como precisa también el artículo 10.2 de la Constitución de España; es decir, tratados que tienen por objeto el desarrollo de los derechos humanos y sus garantías, y que ostentan algunas notas fundamentales, como el ser normativos y no sinálgmáticos; el objeto y fin dirigido a la protección de las personas; el generar organismos para su supervisión y control —en algunos casos, jurisdicciones internacionales—; y, ante estos organismos, hacer valer una serie de garantías para la reparación de los derechos, y la construcción de una jurisprudencia que va marcando la conformación de un *ius commune* internacional.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Un ejemplo clásico cercano a nuestro país es la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en relación con la que México solicitó a la Corte Interamericana la opinión consultiva OC 16/1999, del 1o. de octubre, “*El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*”. La opinión versó específicamente sobre el deber de los Estados Unidos, parte en este tratado, de atender el artículo 36.1.b, una norma de debido proceso, que prevé la obligación de las autoridades, de notificar a la oficina consular correspondiente de cualquier arresto o detención de un nacional de los Estados partes.

<sup>41</sup> Caballero Ochoa, José Luis, *op. cit.*, pp. 15-29.

De esta forma, se van estableciendo niveles del universo normativo materia de la interpretación.

- De manera general, el correspondiente a los tratados sobre derechos humanos y a su interpretación por parte de los organismos a cargo de su supervisión.
- De manera particular y preferente, el correspondiente a los instrumentos que integran sistemas regionales, y que se encuentran bajo el liderazgo interpretativo de los tribunales internacionales,<sup>42</sup> en nuestro caso la CADH y la jurisprudencia de la CrIDH.
- Los demás instrumentos de los sistemas de protección regional, en nuestro caso el sistema interamericano y la jurisprudencia interamericana; el llamado *corpus iuris* interamericano.<sup>43</sup>

## 2. Las implicaciones jurídicas en perspectiva de derecho comparado

Ante el desarrollo que ha tenido en el derecho comparado, este modelo genera algunas implicaciones:

- a) El “efecto de cosa interpretada” y no sólo de “cosa juzgada”,<sup>44</sup> con respecto a los tratados internacionales. La primera ha marcado la pauta en la vinculación de España con el TEDH, porque resulta de la construcción jurisprudencial que éste realiza con sus decisiones para todos los Estados parte del Convenio Europeo, y que España incorpora como canon hermenéutico a través de sus operadores jurídicos, especialmente en la construcción de la interpretación constitucional en la materia por parte del Tribunal Constitucional español.

<sup>42</sup> Como lo señala el artículo 62.3 de la CADH: “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los estados parte en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial”. De igual forma, el artículo 32 del CEDH: “1. La competencia del Tribunal se extiende a las cuestiones relativas a la interpretación y la aplicación del Convenio y de sus Protocolos que le sean sometidas en las condiciones previstas por los artículos 33, 34 y 47.

2. En caso de impugnación de la competencia del Tribunal, éste decidirá sobre la misma”.

<sup>43</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, voto razonado *cit. supra* nota 15, párr. 45-49.

<sup>44</sup> Este principio define el carácter irrevocable de las sentencias definitivas; la preclusión de un juicio posterior sobre el mismo asunto (principio del *non bis in idem*); y también el propio precedente que se va creando con respecto a fallos futuros, es decir, se genera una especie de prejudicialidad al respecto. Queralt, Argelia, *El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 218 y ss.

De esta forma, en España se reconoce con mucha más amplitud el efecto de “cosa interpretada”, porque ésta ha sido la referencia directa e inmediata producto de la aplicación del artículo 10.2 de la CE; es decir, interpretar los derechos de conformidad con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH.<sup>45</sup> Es la nota más clara de la acción cotidiana con el Tribunal Europeo al ampliar su propia doctrina sobre derechos humanos, con efectos para los Estados partes, pero que en España reviste además la obligatoriedad de integrar el contenido constitucional por vía de aplicación del canon hermenéutico.

- b) En este sentido, se fortalece la vertiente transnacional del derecho procesal constitucional, con una dimensión hermenéutica, y no solamente a través de un recurso subsidiario, que abre la jurisdicción internacional, sino que alcanza la perspectiva de construcción del bloque de constitucionalidad en sede judicial a partir de la jurisprudencia interamericana, como ha ido ocurriendo en sede de las cortes constitucionales latinoamericanas.<sup>46</sup>
- c) De igual forma, a través del sistema interpretativo y de la resolución de los casos se amplía la posibilidad de avanzar en la identificación más clara del contenido esencial de los derechos, tomando en consideración particularmente la CADH y la jurisprudencia de la CrIDH. Las normas sobre derechos humanos presentes en los tratados internacionales tienen un efecto de integración con las normas constitucionales en la materia; no se trata sólo de cubrir lagunas de forma subsidiaria ante anomías en la legislación interna, como se ha ido precisando en el modelo jurídico español.<sup>47</sup>

<sup>45</sup> “La misma cláusula de apertura hace posible la recepción de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con lo que el efecto de ‘cosa interpretada’ predicable a la luz del convenio de las sentencias de aquél en las que España no sea parte, se ve asumido constitucionalmente”. Saiz, Alejandro, *op. cit.*, p. 156.

<sup>46</sup> Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia, la Sala Constitucional de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Perú, la Corte Suprema de Argentina o de República Dominicana. Véase Ferrer Mac-Gregor Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-El Colegio Nacional, 2010, pp. 171 y 172.

<sup>47</sup> Así lo afirma Alejandro Saiz en relación con los tratados sobre derechos humanos, normas de referencia del artículo 10. 2: “En primer lugar —y me limito a volver sobre una idea ya conocida— la interpretación constitucional internacionalmente vinculada se refiere sólo a unos determinados tratados, es decir, los aludidos en el artículo 10.2 CE, y no a cualesquiera otros que no encajen en esa materia. La diferencia entre ambos tipos de acuerdos internacionales no puede considerarse de escasa entidad: unos colaboran necesariamente en la interpretación-integración de la Constitución; los demás, permanecen ajenos a la misma”, *op. cit.*, p. 269.

#### IV. SIGNIFICADO Y ALCANCES DE LA REFORMA EN PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

##### 1. *Compatibilidad con la doctrina del control de convencionalidad*

La cláusula de interpretación conforme hacia los tratados sobre derechos humanos es una respuesta efectiva a la doctrina del control de convencionalidad que desde hace cuatro años ha desarrollado de manera consistente la CrIDH,<sup>48</sup> y que vincula al Poder Judicial de los Estados a “tener en cuenta” a la CADH y la interpretación que de la misma realiza la Corte Interamericana en sus fallos; es decir, se trata de una tarea precisamente en clave hermenéutica.

Este organismo ha precisado que el control de convencionalidad tiene un carácter difuso, es decir, debe ser aplicado por todos los jueces nacionales —y por tanto en nuestro caso, federales y locales— “a manera de una fuerza expansiva de su jurisprudencia hacia todos los jueces de los estados que han reconocido su jurisdicción”.<sup>49</sup>

Esta interpretación de la jurisprudencia convencional interamericana ha tenido recientemente un muy trascendental punto de inflexión en el *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 26 de noviembre de 2010,<sup>50</sup> ya que la CrIDH amplió su sentido y alcance, al precisar que todos los órganos del Estado se encuentran obligados ante la CADH, desmontando un imaginario aún presente en muchos Estados —México incluido— sobre una pretendida “dificultad” para determinar la competencia de los organismos internos y su alcance ante una sentencia de la Corte Interamericana, o la aplicación de sus criterios interpretativos. De igual manera, precisó que todos los órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles, es decir, todos los jueces que con independencia de su adscripción for-

<sup>48</sup> A partir del caso *Almonacid y Otros vs. Chile* (2006), por ejemplo, en los siguientes casos: *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 24 de noviembre de 2006; *caso La Cantuta vs. Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 20 de noviembre de 2006; *caso Boyce y otros vs. Barbados*, sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, del 20 de noviembre de 2007; *caso Gomes Lund y Otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 24 de noviembre de 2010. De igual manera, en las últimas cuatro sentencias contra el Estado mexicano, entre 2009 y 2010, *cit. supra* nota 2.

<sup>49</sup> Como explicitan Eduardo Ferrer y Fernando Silva, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El Caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 57.

<sup>50</sup> *Cit. supra* nota 2.

mal al Poder Judicial realicen funciones jurisdiccionales,<sup>51</sup> están obligados a ejercer *ex officio* el control de convencionalidad.<sup>52</sup>

No cabe duda de que este criterio, aplicable por todos los operadores de justicia en sede doméstica, va claramente dirigido a la dimensión de la interpretación conforme con la CADH. En primer lugar, implica un trabajo de armonización —integración de derechos— de “la normativa interna con la convencional, a través de una ‘interpretación convencional’ de la norma nacional”.<sup>53</sup> Éste es su objetivo fundamental; lo que cobra importancia además en razón de su carácter difuso, ya que al atender el marco de atribuciones judiciales habrá situaciones en que no sea posible desaplicar normas sobre casos concretos.<sup>54</sup>

De esta forma, el propósito primordial del control de convencionalidad, y también de la cláusula de interpretación conforme, no es en primer lugar y solamente resolver problemas de colisión normativa —que los hay, y el operador jurídico deberá atenderlos definiéndose por una u otra norma— o declarar la invalidez de la norma inconventional, sino preferentemente la expansión de los derechos, su integración en clave de armonización; desde luego, ejerciendo una “actividad creativa” que haga compatible la norma nacional de cara al “parámetro convencional”,<sup>55</sup> y, al preferir las interpretaciones más expansivas, desechar las inconventionales o las de menor efectividad en la protección de los derechos.<sup>56</sup>

Asumir este aspecto es clave para entender la dimensión normativa que se gesta a partir de la cláusula de interpretación conforme y sus implicacio-

<sup>51</sup> Véase el voto razonado de Eduardo Ferrer. *Cit. supra* nota 15, párr. 18-20.

<sup>52</sup> En palabras de la CrIDH: “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”. *Cit. supra* nota 2, párr. 225.

<sup>53</sup> Voto razonado de Eduardo Ferrer, *cit. supra* nota 15, párr. 35.

<sup>54</sup> *Ibidem*, párr. 37.

<sup>55</sup> *Idem*.

<sup>56</sup> *Ibidem*, párr. 41.

nes. En la minuta de una reunión entre representantes de diversos congresos locales, ante el envío de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, se afirmó, entre otras cuestiones, que otorgar el “rango constitucional de los tratados internacionales” haría imposible, ante una “contradicción” del tratado con la Constitución, impedir la aplicación de normas que afectaran nuestro orden jurídico ante el argumento de la igualdad normativa. Además, sin el concurso de todos los operadores jurídicos que participan en la reforma constitucional, afectando así nuestro orden jurídico nacional y el equilibrio de poderes.<sup>57</sup>

La narrativa es muy sugerente, porque da la impresión de que se estaría abriendo la puerta a la importación de un conjunto de derechos extraños, como elementos “parasitarios” a un orden normativo, que subrepticamente se colocarían en el vértice de la pirámide normativa. Este discurso ha pretendido posicionar los temas de nueva cuenta en una noción particular de la supremacía constitucional, y ver como endeble la “barrera” de la jerarquía infraconstitucional que ya ofrece la interpretación del artículo 133 de la CPEUM ante esta penetración. El artículo 1o. tramposamente permitiría la irrupción de derechos constitucionalizados al tener los tratados jerarquía constitucional.

No es así. A lo que se ha abierto nuestro país es a un sistema de interpretación de normas preexistentes en nuestro orden jurídico al haber ratificado tales instrumentos, pero que no actúan en su individualidad normativa, sino en una aplicación a través de claves interpretativas que van decantándose ante una serie de criterios: principio *pro persona*, el criterio consensual, que opera en relación con la normativa interna, el margen de apreciación de los propios Estados, etcétera, lo que posibilita un verdadero diálogo jurisprudencial.

Estamos ante la adopción plena de un sistema de interpretación que cierra un círculo de reenvíos, desde el artículo 29 de la CADH a la Constitución, y viceversa, desde el artículo 1o., segundo párrafo, de la CPEUM, a la propia CADH. De esta forma, se integra un bloque de convencionalidad —que debe ser atendido por todos los operadores de justicia (difuso)— en relación con su incorporación a un bloque de constitucionalidad previsto en el ahora artículo 1o., primer párrafo.

<sup>57</sup> La minuta, del 1 de abril de 2011, fue firmada por los representantes de los Congresos de los estados de Nuevo León, Veracruz y Estado de México, y difundida por la Comisión Mexicana de Promoción y Defensa de los Derechos Humanos, A. C., organización que además auspició una respuesta dirigida a los integrantes del Congreso de Nuevo León, el 25 de abril de 2011, suscrita por organizaciones de la sociedad civil y un grupo de académicos.

2. *El control de convencionalidad como control de constitucionalidad.*  
*Los desarrollos jurisprudenciales necesarios*

A. *La dimensión del bloque de constitucionalidad*

A partir de esta reforma se integra un bloque de constitucionalidad, que contiene la dimensión de los derechos fundamentales. El control de constitucionalidad debe atender el control de convencionalidad. Esto es, que las normas constitucionales sobre derechos humanos deben interpretarse también de conformidad con los tratados internacionales y con la jurisprudencia convencional. Esta dimensión hermenéutica se atiende también a partir de las nuevas posibilidades que ofrecen el juicio de amparo y la acción de inconstitucionalidad, a partir de las reformas constitucionales recientes.<sup>58</sup>

El control de constitucionalidad debe tomar en consideración que la CEPUM, en su sentido integral y completo, no sólo está conformada por sus propias previsiones, sino también por su interpretación ante la CADH y la jurisprudencia interamericana, en el sentido más favorable.

B. *El caso de la jurisdicción militar*

México ejemplifica nítidamente este aspecto. De forma muy consistente, la CrIDH ha determinado la necesidad de que el Estado mexicano efec-

<sup>58</sup> De esta manera, el artículo 103 de la CPEUM señala:

“Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

I. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos, y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte...”.

Por su parte, el artículo 105 de la CPEUM dispone:

La Suprema Corte de Justicia de la nación, conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

...

II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma por:

...

g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte”.

túe un control de convencionalidad de sus leyes, pero también de la propia interpretación de la Constitución, lo que arroja la dimensión exacta de sus propias previsiones; es decir, el bloque de constitucionalidad a partir del bloque de convencionalidad.<sup>59</sup>

En el *caso Radilla Pacheco vs. México*, la Corte Interamericana precisó claramente que las violaciones a los derechos humanos cometidas por los miembros de las fuerzas armadas deben ser conducidas al ámbito de la jurisdicción ordinaria,<sup>60</sup> de forma consecuente con sus propios criterios jurisprudenciales, en ejercicio del control de convencionalidad;<sup>61</sup> una cuestión que siguió reiterando con firmeza en los tres casos subsiguientes contra el Estado mexicano, *caso Fernández Ortega y otros*,<sup>62</sup> *caso Rosendo Cantú y otra*,<sup>63</sup> *caso Cabrera García y Montiel Flores*,<sup>64</sup> todos de 2010.

En el primer caso —que ha marcado el patrón de actuación en los últimos—<sup>65</sup> se le planteó a la Corte Interamericana la necesidad de que se condenara a México a emprender reformas al artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar (en adelante, CJM), que ha permitido la extensión de dicha jurisdicción prácticamente en cualquier circunstancia,

<sup>59</sup> Como ha señalado Eduardo Ferrer Mac-Gregor: “Se forma un auténtico ‘bloque de constitucionalidad’, que si bien varía de país a país, la tendencia es considerar dentro del mismo no sólo a los derechos humanos previstos en los pactos internacionales, sino también a la propia jurisprudencia de la Corte IDH. Así, en algunas ocasiones el ‘bloque de convencionalidad’ queda subsumido en el ‘bloque de constitucionalidad’, por lo que al realizar el ‘control de constitucionalidad’ también se efectúa ‘control de convencionalidad’”. Voto razonado, *cit. supra* nota 15, párr. 26.

<sup>60</sup> Párr. 260-314 y 337-342.

<sup>61</sup> A partir del *caso Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 30 de mayo de 1999, párr. 128. Posteriormente, entre otros, *caso Cantoral Benavides vs. Perú*, sentencia de fondo del 18 de agosto de 2000, párr. 112; *caso Las Palmeras vs. Colombia*, sentencia de fondo del 6 de diciembre de 2001, párr. 52; *caso 19 comerciantes vs. Colombia*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 5 de julio de 2004, párr. 167; *caso Lori Berensón Mejía vs. Perú*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 25 de noviembre de 2004, párr. 141; *caso Palamara Iribarne vs. Chile*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 22 de noviembre de 2005, párr. 143.

<sup>62</sup> Párr. 172-183 y 233-240.

<sup>63</sup> Párr. 156-167 y 216-223.

<sup>64</sup> Párr. 194-207 y 224-235.

<sup>65</sup> En el más reciente, *caso Cabrera García y Montiel Flores*, la Corte Interamericana precisó esta reiteración de criterios: “De tal manera, como se indicó en los Casos Radilla Pacheco, Fernández Ortega y Rosendo Cantú, es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal que han sido reiterados en el presente caso...”. *Ibidem*, párr. 232.

bajo el supuesto de que los militares se encuentren en servicio “o con motivos de actos del mismo”.<sup>66</sup>

De igual manera, que ordenara al Estado la reforma al artículo 13 de la CPEUM,<sup>67</sup> soporte constitucional de la jurisdicción militar, ante una interpretación inconsistente y ambigua por parte de la SCJN. Si bien es cierto que esta disposición establece que “los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército”, la construcción jurisprudencial se ha conducido hacia la determinación de que se trataría únicamente del civil participando como sujeto activo del delito, lo que, a la luz de este criterio, se reiteraría en su calidad de “cómplice” en el mismo párrafo citado in fine: “cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda”.

Así, la jurisprudencia mexicana relativa a la materia se ha enderezado especialmente para resolver esta situación de “complicidad”, ante la posibilidad de concurrencia de sujetos activos en la misma conducta, manteniendo posiciones diferenciadas al respecto: si debe extenderse solamente la jurisdicción ordinaria en todos los casos de concurrencia, favoreciendo la “continencia de la causa”;<sup>68</sup> o bien, si proceden distintas vías jurisdiccionales para militares y civiles concurrentes en un mismo delito.<sup>69</sup> Una interpre-

<sup>66</sup> Establece: “Artículo 57. Son delitos contra la disciplina militar:

I...

II. los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan:

a) Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivos de actos del mismo”.

<sup>67</sup> Señala: “Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. *Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda*” (énfasis añadido).

<sup>68</sup> Un criterio al respecto ha sido el siguiente: “ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL. El espíritu de esta disposición, en cuanto previene que cuando en un delito o falta del orden militar, estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda, es que un mismo tribunal resuelva sobre la responsabilidad de los paisanos y de los militares, a fin de que no se divida la continencia de la causa; por lo que, aun cuando en el curso de la averiguación no se formulen conclusiones acusatorias contra los paisanos, debe continuar conociendo del proceso el Juez Civil hasta fallar para que aquella continencia subsista”. Tesis aislada. *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Primera Sala, p. 913.

<sup>69</sup> Véase Ovalle Favela, José, “Comentario al artículo 13”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada y concordada*, 16a. ed., t. I, artículos 1o. a 29, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 191 y 192.

tación que implicaría que el artículo 13 de la CPEUM contiene un par de previsiones seguidas absolutamente reiterativas, como lo señaló en su momento el ministro José Ramón Cossío en el voto particular emitido en relación con el juicio de amparo en revisión 989/2009 resuelto el 10 de agosto de 2009 por el Pleno de la SCJN.<sup>70</sup>

Ante estas imprecisiones, los representantes solicitaron la reforma de la disposición constitucional, y teniendo como telón de fondo el caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y Otros c. Chile*),<sup>71</sup> en el que la CrIDH estableció que el Estado chileno debía modificar su ordenamiento interno a efecto de suprimir la censura previa,<sup>72</sup> lo que implicó la modificación del

En este ambiguo desarrollo jurisprudencial podemos encontrar tesis como la siguiente:

“ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL. SU INTERPRETACIÓN EN ORDEN A LA COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS DELITOS MILITARES, CUANDO CONCURRAN AGENTES CIVILES Y MILITARES EN LA COMISIÓN DE AQUELLOS. Diversas ejecutorias de la Suprema Corte sostuvieron, que el espíritu del último párrafo del referido artículo, es el de que un solo Juez conozca del proceso que se instruye contra militares y civiles, a fin de evitar que se divida la continenencia de la causa; y que, en tal caso, debe darse la preferencia para conocer del asunto a la autoridad civil correspondiente. Dichas ejecutorias fueron contrariadas a partir de la fecha en que se pronunció la resolución referente a la competencia con motivo del proceso instruido contra el general... Este, y sucesivos fallos declararon: I. El artículo 13 constitucional prohíbe que un civil sea juzgado por tribunales militares en todo caso. II. Manda que las personas que pertenezcan al ejército sean enjuiciadas ante los tribunales del fuero de guerra. III. En el caso de concurrencia de agentes civiles y militares en la comisión de un delito del orden militar, la autoridad civil correspondiente debe conocer del delito o caso de los civiles, y las autoridades del fuero de guerra de los que se imputan a los militares...”, Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Pleno, p. 72.

<sup>70</sup> “Por lo demás, para lograr una clara interpretación que unifique lo hasta ahora dicho por esta Suprema Corte en la Quinta y Sexta Época y que ha generado en la práctica inseguridad jurídica que ha sido motivo de inconformidades, incluso en el ámbito internacional, es importante aclarar lo siguiente: Si el Constituyente de 1917 hubiese querido dar a la parte final del artículo 13 el sentido con el que ha sido interpretado en algunos criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resultaba innecesaria la expresión previa que contiene el referido artículo, misma que dice: ‘los tribunales militares en ningún momento y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército’”, pp. 45 y 46.

<sup>71</sup> Caso “*La Última Tentación de Cristo*” (*Olmedo Bustos y Otros c. Chile*), sentencia de fondo, reparaciones y costas, del 5 de febrero de 2001.

<sup>72</sup> En el resolutivo cuatro (párr. 103.4) señala que la Corte “decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película ‘*La Última Tentación de Cristo*’...”.

En el párr. 88 señaló: “En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención”.

artículo 19, numeral 12, de la Constitución, que establecía un sistema de censura.<sup>73</sup>

En consecuencia, en el caso *Radilla Pacheco vs México*, la CrIDH señaló expresamente que debía modificarse el artículo 57, fracción II, inciso a), del CJM precisamente por ser “una disposición amplia e imprecisa que impide la determinación de la estricta conexión del delito del fuero ordinario con el servicio castrense objetivamente valorado”.<sup>74</sup>

No obstante, sobre el artículo 13 de la CPEUM procedió de otra forma, al estimar que no era necesario ordenar su modificación,<sup>75</sup> porque su interpretación “en términos prácticos... debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana”.<sup>76</sup> Estamos ante una cuestión de capital importancia, porque la Corte Interamericana ha entendido la dimensión expansiva e integradora de los derechos constitucionales, a partir de los consignados en la CADH y de acuerdo con su propia jurisprudencia.

¿Por qué el CJM debe ser modificado y la CPEUM interpretada de conformidad con la CADH y la jurisprudencia interamericana? Porque el primero no acredita un test de convencionalidad; porque la segunda suma el bloque de convencionalidad a sus propias previsiones, conformando un bloque de constitucionalidad integrado, a menos que, claro está, tuviera contenidos abiertamente contrarios a las disposiciones convencionales — como fue el caso de la Constitución de Chile en materia de censura previa—, y no sujetos a una interpretación expansiva. Ésta tiene lugar a partir de la afirmación que establece el artículo 13 de la CPEUM, al señalar que “los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército”.

El artículo 13 de la CPEUM, en lo atinente al fuero militar, no se encuentra constitucionalmente integrado en sí mismo, sino en relación con otras disposiciones constitucionales —otras “normas pertinentes de la Constitución”, dirá la Corte Interamericana en una clara incidencia de constitucionalidad— las correspondientes de la CADH, y la jurisprudencia

<sup>73</sup> Constitución Política de la República de Chile, publicada en el *Diario Oficial* del 24 de octubre de 1980 y vigente a la fecha. La reforma, por ley 19.742/2001, modificó el contenido del artículo 19, numeral 12, estableciendo que la Constitución asegura a todas las personas “la libertad de emitir opinión y la de informar sin censura previa, en cualquier forma por cualquier medio...”.

<sup>74</sup> Párr. 286.

<sup>75</sup> Párr. 341.

<sup>76</sup> Párr. 338, *in fine*.

de la CrIDH. No puede ser autorreferencial en el sentido de aplicarse de forma aislada como marcaje del control de constitucionalidad de las normas secundarias y de los actos de autoridad que las soportan, sino que “en términos prácticos” se encuentra conformado por esta dimensión completa de convencionalidad-constitucionalidad.

Este sentido interpretativo que se ha venido adoptando en México sobre el fuero militar vulnera el derecho al juez natural, como lo precisó la CrIDH en el *caso Radilla Pacheco vs México*,<sup>77</sup> lo que ha devenido en la exigencia de ser interpretado correctamente.<sup>78</sup> En el voto particular del ministro Cossío sobre la inconstitucionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a), del CJM, en el citado amparo 989/2009 —por cierto, declarado improcedente por la mayoría— se precisó claramente la necesidad de dimensionar el artículo 13 de la CPEUM, en relación con los artículos 17 y 20, CPEUM. La última disposición establece en el apartado C, fracción II, el derecho de la víctima a “intervenir en el juicio”,<sup>79</sup> lo que a juicio del ministro tiene como propósito “involucrar a la víctima u ofendido directamente en el proceso mediante el cual un juez imparcial debe resolver un conflicto entre dos partes: lugar donde ya debía estar representada”.<sup>80</sup>

De esta manera, la lectura transversal de los artículos 17 y 20, “C”, fracción II, CPEUM, en relación con los artículos 8.1<sup>81</sup> y 25,<sup>82</sup> CADH, y la

<sup>77</sup> Párr. 273 *in fine*: “En tal sentido, la Corte en múltiples ocasiones ha indicado que ‘[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso’, el cual, a su vez, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia. El juez encargado del conocimiento de una causa debe ser competente, además de independiente e imparcial”.

<sup>78</sup> En esta reflexión sigo el siguiente trabajo: Caballero Ochoa, José Luis, “La encrucijada de la jurisdicción militar en México. La eficacia del ejército frente al contenido esencial del derecho de acceso a la justicia”, en Peñaloza, Pedro, José (coord.), *Narcostráfico, crisis social, derechos humanos y gobernabilidad. Una agenda para el futuro*, México, Porrúa, 2010, pp. 319 y ss.

<sup>79</sup> “C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

...

“Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la ley”.

<sup>80</sup> *Cit. supra*, nota 72, p. 35.

<sup>81</sup> “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

<sup>82</sup> “1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que

interpretación que de éstos ha dado la CrIDH, indica que el acceso a la justicia implica que éste debe tener lugar ante el juez natural; es decir, un tribunal competente, que extiende esa competencia sobre un número indeterminado de casos, independiente, imparcial, donde la víctima debe estar claramente representada, pudiendo intervenir en el juicio. Frente a este contenido, se define la interpretación convencional-constitucional del fuero militar previsto en el artículo 13 constitucional, y se ha determinado la inconvencionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a), del CJM; de ahí se sigue también su inconstitucionalidad.

### C. *Los criterios en sede de la SCJN*

Ante este panorama, me parece que un desarrollo jurisprudencial indispensable en torno a la cláusula de interpretación conforme va por la línea de precisar que el contenido constitucional de los derechos fundamentales debe entenderse integrado a partir de las previsiones convencionales y de la jurisprudencia de la CrIDH. Es el tribunal constitucional el que dota de este contenido a la luz de su interpretación, y en un diálogo jurisprudencial; en este caso un diálogo entre la SCJN y la CrIDH.

En este sentido, me parece que la interpretación de la SCJN tiene delante de sí algunas tareas:

1. Reconocer esta dimensión integradora, y no definir en términos de supremacía lisa y llana la relación entre la Constitución y los tratados sobre derechos humanos, a partir del artículo 1o., segundo párrafo, de la CPEUM. Es el criterio *pro persona*, y no la jerarquía normativa, el que define la integración, o en su caso, las prelacións normativas.
2. Reconocer que con estas reformas se ha incorporado un bloque de constitucionalidad al orden jurídico mexicano, que define el contenido esencial de los derechos y al cual debe estar sujeta la legislación secundaria, no sólo en el sentido de acreditar un análisis sustantivo

violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados parte se comprometen:

- a. A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
- b. A desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
- c. A garantizar el cumplimiento por las autoridades competentes de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

de constitucionalidad,<sup>83</sup> sino uno de convencionalidad integrado al primero.

3. Establecer que la jurisprudencia de la CrIDH debe constituir un referente de la interpretación conforme de las normas sobre derechos humanos en relación con los tratados internacionales. Una cuestión que se dejó pendiente de definir por parte de la SCJN en relación con el expediente varios 489/2010, con motivo de la consulta a trámite sobre las medidas que debe seguir el Poder Judicial de la Federación para atender la sentencia del caso *Radilla Pacheco vs. México*.<sup>84</sup>

La ruta debe atender a los parámetros convencionales en su totalidad; es decir, toda la jurisprudencia interamericana, como se ha definido claramente en relación con la jurisprudencia del TEDH. Se afirma, en el contexto europeo, que se ha generado una legislación unificadora de la interna, con una “vocación de alcance general en el desarrollo de sus disposiciones”.<sup>85</sup>

De la misma forma, en nuestro contexto, la doctrina del control de convencionalidad evidencia que el contenido de los derechos convencionales se presenta en la interpretación de todo el *corpus iuris* interamericano; es decir, cada vez que la Corte Interamericana se pronuncia, dota de contenido a los derechos, y ese bagaje constituye la materia jurisprudencial que debe ser atendida por los Estados, con independencia de su participación en los asuntos específicos que la CrIDH resuelve.<sup>86</sup> Así ha sucedido, por ejemplo,

<sup>83</sup> Sobre este análisis con relación de la compatibilidad de la ley con la Constitución, véase el juicio de amparo en revisión 2044/2008, resuelto por la Primera Sala de la SCJN, el 17 de junio de 2009, en el considerando quinto: “1. El juego entre Constitución y ley. Constitución jurídica versus Constitución política”, pp. 15-18.

<sup>84</sup> La discusión tuvo lugar los días 31 de agosto, 6 y 7 de septiembre de 2010.

<sup>85</sup> Como lo precisa Ángel Rodríguez: “La negación de la existencia de un ‘derecho derivado’ en el seno del Consejo de Europa puede, sin embargo, matizarse en lo referente a la CEDH, pues en relación con ésta sí pueden identificarse auténticas normas producidas sin el concurso de la voluntad estatal y con una clara vocación de alcance general en el desarrollo de sus disposiciones. Se trata de las normas ‘subconvencionales’ producidas por el propio TEDH al interpretar la Convención”. *Integración europea y derechos fundamentales*, Madrid, Civitas, 2001, p. 138.

<sup>86</sup> No paso por alto que, en nuestro contexto, y a partir de una definición incipiente de la CrIDH sobre su propio alcance jurisprudencial, se ha generado una muy seria reflexión que sigue la ruta de definir como obligatoria únicamente la jurisprudencia en aquellos casos en que el Estado sea parte de un caso contencioso o ante medidas provisionales. Véase el voto particular que formuló el ministro José Ramón Cossío en la consulta a trámite en el expediente varios 489/2010, así como el trabajo de Karlos Castilla al respecto, “El nuevo control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XI, 2011, especialmente pp. 616 y ss.

con la clarificación del contenido convencional del derecho al juez natural, que se fue construyendo desde 1999, a partir de un caso contra Perú, *caso Castillo Petruzzi y Otros*, y se ha fortalecido en los casos contra México entre 2009 y 2010.<sup>87</sup>

## V. EL SENTIDO DEL PRINCIPIO *PRO PERSONA*

Al establecer el envío normativo sobre derechos humanos, a la CPEUM y a los tratados internacionales, el artículo 1o., segundo párrafo *in fine*, señala: “...favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

Afortunadamente se incluyó el principio *pro persona* que, como he precisado, es el criterio indispensable de actuación hermenéutica ante la cláusula de interpretación conforme, y cuyo sentido es precisamente señalar la preferencia de aplicación ante los reenvíos que se realizan desde las normas sobre derechos a la CPEUM y a los tratados internacionales. Cumple con dos objetivos: a) definir el estándar de integración normativa, es decir, construir el *contenido constitucionalmente declarado* de los derechos al que alude el Tribunal Constitucional español,<sup>88</sup> y b) señalar la norma aplicable en caso de antinomias, y con independencia de su posición jerárquica;<sup>89</sup> respetando el contenido mínimo esencial del derecho que debe restringirse si se trata de dos normas constitucionales.

Originalmente, la previsión de este criterio como elemento definitorio de la interpretación conforme se hizo a través de la jurisprudencia de los tribunales y cortes de constitucionalidad, y poco a poco fue incluyéndose de forma explícita, como ya lo prevén ejercicios constitucionales más recientes, especialmente en el contexto de los Estados partes en la CADH. Su forma de operación se establece ya mediante la integración de los elementos de una norma sobre derechos humanos proveniente de fuentes distintas que sean más protectores, o bien definiendo las aplicaciones preferentes de ciertas normas ante derechos que se encuentren en conflicto, con el límite de no lesionar el contenido esencial de aquel que se ve disminuido.<sup>90</sup>

<sup>87</sup> En el caso *Radilla Pacheco vs. México*, la Corte Interamericana ha señalado que “tomando en cuenta la *jurisprudencia constante de este Tribunal*... debe concluirse que... frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles bajo ninguna circunstancia puede operar la jurisdicción militar”, párr. 274 (énfasis añadido).

<sup>88</sup> *Cit. supra* nota 36.

<sup>89</sup> Castilla, Karlos, *op. cit.*, p. 598.

<sup>90</sup> Como precisa Ángel Rodríguez: “... el estándar de protección de un derecho fundamental definido por el TEDH será de aplicación por los operadores jurídicos españoles

En el caso de ponderar derechos provenientes de un tratado internacional con respecto al derecho interno, regularmente se sigue la tendencia de establecer la preferencia del primero, porque se supone, al menos en nuestro contexto, que siempre sería más protector, lo que además se corrobora con el propio diseño normativo; es decir, los tratados establecen principios que son de aplicación general para los Estados partes —líneas normativas más tenues, digámoslo así— en su condición de instrumentos multilaterales, lo que deviene en una aparente ventaja sobre derechos limitados en el orden interno.

No obstante, encontramos casos en los que las jurisdicciones domésticas pueden omitir el reenvío a la norma internacional, o al menos referirlo a los criterios de interpretación —artículos 29 de la CADH, o 53 del CEDH, por ejemplo— al contener previsiones y desarrollos jurisprudenciales más protectores.<sup>91</sup> De igual forma, se presentan claves interpretativas que ponen el acento en la actuación de los Estados, como son las figuras de la interpretación consensual y del margen de apreciación nacional.

La primera implica que el tribunal u organismo internacional acude a las figuras de derecho interno para la interpretación de los tratados; a su propio marco de aplicación, sobre todo de tipo constitucional, de tal suerte que atenderá al contexto de las legislaciones domésticas para verificar la amplitud o restricción de determinado derecho.<sup>92</sup> Por su parte, el principio de margen de apreciación permite que el Estado establezca sus propios

siempre que el mismo sea más protector que el estándar definido por el derecho interno. Como excepción a esta regla general, deberá aplicarse un estándar convencional menos protector cuando el mismo se haya definido así para dispensar una mayor protección a otro derecho fundamental, y siempre y cuando su menor protección no implique una vulneración del contenido esencial del derecho menos protegido”, *op. cit.*, p. 331.

<sup>91</sup> Un ejemplo muy claro es lo que ocurre en el modelo jurídico de España ante la prohibición tajante de censura previa ante la libertad de expresión (artículo 20.2 de la Constitución), en relación con lo que establece el artículo 10 del CEDH sobre esta libertad, y que, a pesar de una jurisprudencia riquísima del TEDH, se ha pasado por alto en los casos de censura, ya que el Convenio Europeo es más limitativo, al permitir ciertos tipos de restricciones previas equiparables a la censura prohibida por el texto constitucional.

<sup>92</sup> De esta forma, en el caso *Yatama vs. Nicaragua* (sentencia de excepciones preliminares, reparaciones y costas, del 23 de junio de 2005), la CrIDH acudió a la legislación interna nicaragüense para advertir las violaciones a derechos humanos de esta comunidad, que pretendía contender en las elecciones siguiendo sus propios usos y costumbres: “De conformidad, con lo establecido en el artículo 29.b) de la Convención Americana, la Corte considera que para garantizar la efectividad de los derechos políticos de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica, como lo son las presuntas víctimas en este caso, Nicaragua debe tomar en cuenta la protección específica establecida en los artículos 5, 49, 89 y 180 de la Constitución Política y en el artículo 11.7 del Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica”, párr. 205.

criterios de actuación respecto a temas no muy desarrollados aún por el derecho común inherente a los sistemas internacionales de protección a los derechos humanos.

## VI. CONCLUSIÓN

El diseño constitucional que hemos adoptado para la aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, sin lugar a duda constituye de entrada una gran interpelación a la práctica jurídica mexicana, especialmente a los jueces, encargados de la interpretación de este tipo de normas, según las consideraciones vertidas en el presente trabajo.

Me parece que el reto es enorme, porque estamos asumiendo criterios que han hecho avanzar la práctica jurídica comparada, pero que requirieron también de otro tipo de soportes, que nosotros no hemos movilizado. Nos vamos abriendo a un sistema de una mayor garantía y protección de los derechos, bajo estructuras y paradigmas aún anquilosados, verticales y anacrónicos. Esto contribuye también a generar una gran incertidumbre, y a suspicacias incluso, ante la posibilidad de avanzar en una práctica más “garantista” de los derechos.<sup>93</sup>

Quedan, así, algunas cuestiones pendientes de revisar, y que se deben definir de cara a este modelo interpretativo:

1. Explicitar la noción de “contenido esencial” de las normas sobre derechos humanos en sede constitucional; el “bloque de constitucionalidad” integrado a partir del “bloque de convencionalidad”.
2. En este sentido, precisar la dinámica hermenéutica y de integración que se genera a partir de la cláusula de interpretación conforme. De esta forma, la regulación de derechos humanos mediante ley debe acreditar un control de convencionalidad-constitucionalidad, lo que implica el “análisis sustantivo de constitucionalidad”.

En caso de colisiones normativas, se debe respetar el mínimo del contenido constitucional en el caso del derecho mayormente restringido, y que debe ser explicitado por la SCJN en sus fallos de constitucionalidad. Las previsiones constitucionales, por su parte, deben interpretarse con respecto al “bloque de convencionalidad”, favoreciendo las aplicaciones más protectoras en caso de conflictos norma-

<sup>93</sup> Pedro Salazar lo reconoce claramente en su crítica al modelo garantista, al señalar: “la defectuosa traducción en la realidad jurídica” mexicana, y el que “los operadores jurídicos no suelen dar motivos para el optimismo”; aunque ciertamente considera, desde su posición teórica, que esta teoría de por sí abona a las distorsiones. *Op. cit.*, pp. 84 y 85.

tivos, a menos que exista una antinomia tal que sea imposible esta integración.<sup>94</sup>

3. Lo anterior no obsta para tender a una flexibilización del control concentrado de constitucionalidad. Si el control de convencionalidad es difuso, aquél debe permitir cauces de armonización con éste. El *caso Castañeda Gutman vs. México*<sup>95</sup> evidenció que el monopolio excesivo de la jurisdicción concentrada en sede de la SCJN devino en denegación de justicia, ante la imposibilidad de que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación pudiera contrastar una norma secundaria con la CPEUM, mediante el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano.
4. En un último aspecto, me parece que es necesario caminar hacia una nueva cultura jurídica del precedente judicial, con base directamente en los casos que se van resolviendo, y que arroje certidumbre sobre la dimensión concreta de las normas sobre derechos humanos al poner pisos mínimos sobre el contenido constitucional de cada derecho. En este sentido, se asoma el reto de que frente a las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos y de amparo iniciemos una discusión sobre la pertinencia de seguir con nuestra particular forma de integración jurisprudencial.

<sup>94</sup> Por ejemplo, lo que ocurrió con la Constitución de Chile respecto a la censura previa, y que fue modificada en atención a la sentencia del *caso La Última Tentación de Cristo*; lo que ocurre, a juicio de diversos organismos internacionales, académicos y organizaciones, con respecto a la figura del arraigo prevista en el artículo 16, octavo párrafo, de la CPEUM.

<sup>95</sup> *Cit. supra* nota 2.