



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria

Estudios en homenaje a Jorge Carpizo

DERECHOS HUMANOS

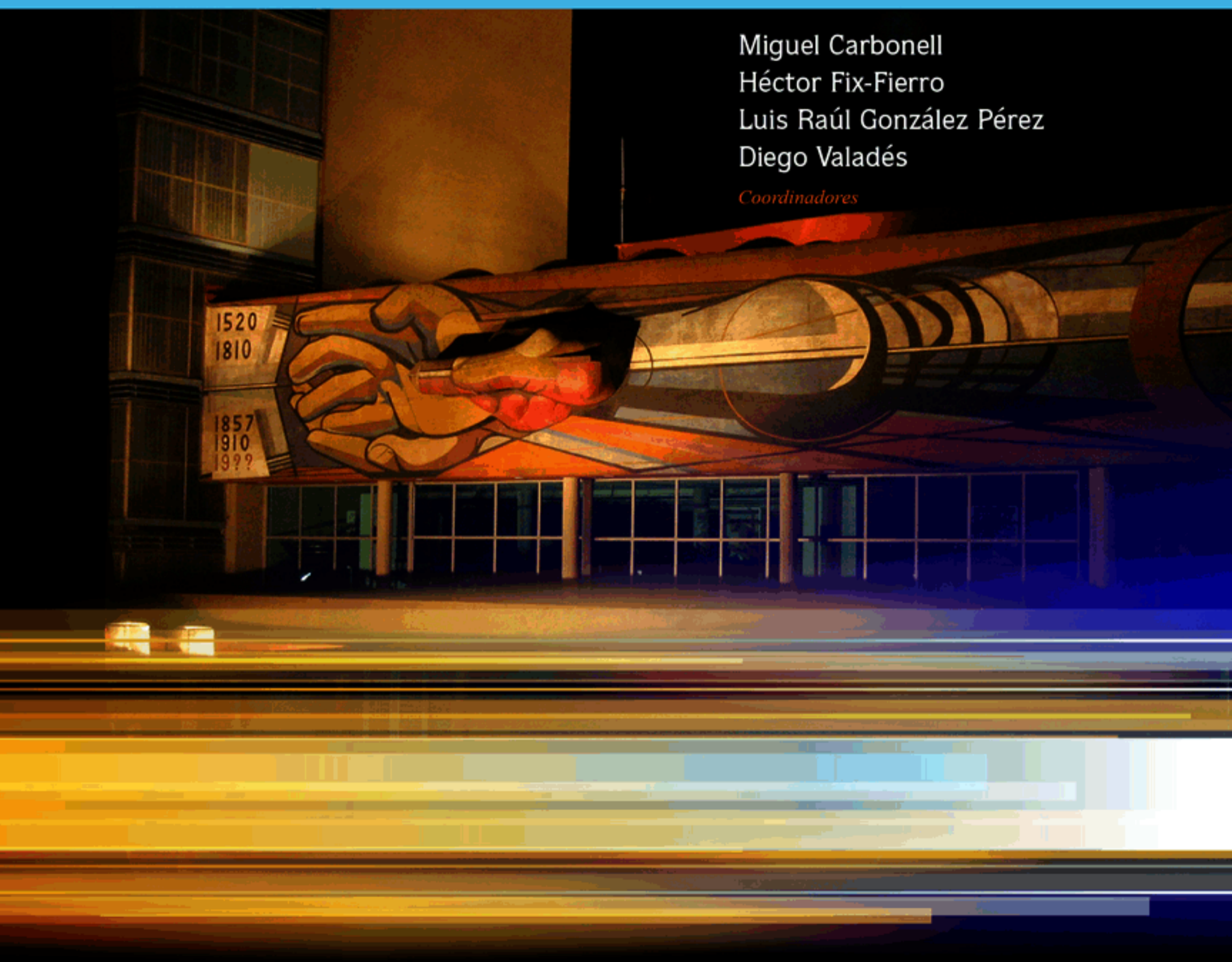
Tomo V • Volumen 1

Miguel Carbonell
Héctor Fix-Fierro
Luis Raúl González Pérez
Diego Valadés

Coordinadores

1520
1810

1857
1910
19??



ESTADO CONSTITUCIONAL, DERECHOS HUMANOS,
JUSTICIA Y VIDA UNIVERSITARIA

Estudios en homenaje a Jorge Carpizo

DERECHOS HUMANOS

Tomo V
Volumen 1

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie ESTUDIOS JURÍDICOS, núm. 715

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Miguel López Ruiz
Cuidado de la edición

José Antonio Bautista Sánchez
Jessica Quiterio Padilla
Ana Julieta García Vega
Formación en computadora

Gilda Bautista Ravelo
Leslie Cuevas Garibay
Jaime García Díaz
Rosa María González Olivares
Cristopher Raúl Martínez Santana
Apoyo editorial

Carlos Martín Aguilera Ortiz
Elaboración de portada

ESTADO CONSTITUCIONAL,
DERECHOS HUMANOS, JUSTICIA
Y VIDA UNIVERSITARIA

Estudios en homenaje a Jorge Carpizo

DERECHOS HUMANOS

Tomo V
Volumen 1

MIGUEL CARBONELL
HÉCTOR FIX-FIERRO
LUIS RAÚL GONZÁLEZ PÉREZ
DIEGO VALADÉS

Coordinadores



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
MÉXICO, 2015

Primera edición: 23 de junio de 2015

DR © 2015. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN obra completa: 978-607-02-6302-6
ISBN tomo V, volumen 1: 978-607-02-6307-1

CONTENIDO

Presentación	XI
Los coordinadores	
Jorge Carpizo, un universitario excepcional	XIII
José NARRO ROBLES	
Constitucionalismo local, federalismo judicial y derechos humanos .	1
Juan MANUEL ACUÑA	
El nuevo derecho constitucional mexicano de la libertad religiosa. .	17
Jorge ADAME GODDARD	
El <i>Ombudsman</i> en México: el sistema nacional de protección no jurisdiccional de los derechos humanos más grande del mundo	47
Armando ALFONZO JIMÉNEZ	
El artículo 1o. constitucional reformado en 2011. Ambigüedades y certezas	79
Carlos Emilio ARENAS BÁTIZ	
El principio de supremacía constitucional y los derechos humanos a la luz del pensamiento de Jorge Carpizo	99
V. Humberto BENÍTEZ TREVIÑO	
La disolución de los partidos políticos en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	117
Juan María BILBAO BUSTILLOS	
Los principios fundamentales a la luz de la apertura del Estado: un estudio desde la perspectiva alemana	137
Armin von BOGDANDY	

Liberdade de imprensa, uma salvaguarda da Constituição	177
Paulo BONAVIDES	
La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Artavia Murillo y otros (fecundación <i>in vitro</i>) vs. Costa Rica. Un avance en el pensamiento laico en Latinoamérica	183
Ingrid BRENA	
Interpretación conforme y bloque constitucional de derechos huma- nos. Nuevas aproximaciones sobre el alcance del artículo 1o., pá- rrafo segundo, de la Constitución	199
José Luis CABALLERO OCHOA	
Derechos humanos y control de convencionalidad.	217
Ismael CAMARGO GONZÁLEZ	
¿Es posible el control pleno de convencionalidad en España?	237
Raúl CANOSA USERA	
La aplicación judicial de los derechos humanos de fuente internacio- nal (algunos de sus problemas, retos y propuestas de solución) . . .	279
Jorge Ulises CARMONA TINOCO	
El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitu- cional mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los de- rechos humanos.	321
Enrique CARPIZO	
Los límites de los derechos humanos ante una Constitución flexible .	351
Constancio CARRASCO DAZA	
El Estado constitucional ante la crisis económica: el impacto de la crisis sobre los derechos sociales en españa	369
Marc CARRILLO	
Sistemas regionales de protección de derechos humanos y la resisten- cia por parte de los Estados: el caso del sistema interamericano de derechos humanos (2011-2013).	401
Doug CASSEL	

Reflexiones sobre los derechos humanos de la mujer en el Estado constitucional y democrático.	429
Irina CERVANTES BRAVO	
Democracia, Constitución, derechos humanos, regímenes políticos e integración en América Latina. Una perspectiva comparada. . . .	447
Antonio COLOMER VIADEL	
El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Hacia un método de trabajo.	463
Juan Antonio CRUZ PARCERO	
Liberdade de expressão cultural e indústria cultural	483
José AFONSO DA SILVA	
Ponderación, interés superior del niño y derecho a la imagen: los derechos humanos y la interpretación constitucional llegan al IMPI.	503
Eduardo de la PARRA TRUJILLO	
El paradigma perdido. Objetivos de Desarrollo del Milenio, nuevas tecnologías y sociedad del conocimiento.	523
Luis T. DÍAZ MÜLLER	
La defensa de la Constitución y el <i>Ombudsman</i> como instrumento de la justicia constitucional mexicana. La aportación de Jorge Carpizo	535
Ismael ESLAVA PÉREZ	
Nuevos ámbitos de decisión material (o la permanente necesidad de actualización por parte de las defensorías)	565
José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	
Revisión judicial de los derechos sociales: la ejecución positiva y la revisión de medidas de austeridad	585
Marcelo FIGUEIREDO	
La discapacidad como derecho humano. Perspectiva constitucional .	607
Ángela FIGUERUELO BURRIEZA	

Libertad de expresión en el contexto de un Estado (democrático) de derecho: una aproximación	629
Imer B. FLORES	
La evolución europea del <i>Ombudsman</i>	653
Fernando Álvaro GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO	
La rendición de cuentas y la defensa del ejercicio responsable de la libertad de expresión (dos aspectos que con congruencia y pasión llevó a cabo Jorge Carpizo)	663
Perla GÓMEZ GALLARDO	
La jurisdicción constitucional y la protección de los derechos humanos	681
Mara GÓMEZ	
Apuntes sobre laicidad y laicismo	703
Alonso GÓMEZ-ROBLEDO	
Obligación de los jueces nacionales de acatar la jurisprudencia de la Corte Interamericana, fundamento jurídico, control difuso de convencionalidad	715
Héctor GONZÁLEZ CHÉVEZ	
El derecho a la participación de niñas, niños y adolescentes	727
Mónica GONZÁLEZ CONTRÓ	
Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus alcances	753
Luis Raúl GONZÁLEZ PÉREZ	

PRESENTACIÓN

La vida de Jorge Carpizo (1944-2012) fue muy fecunda, y tocó varios ámbitos. Quiénes tuvimos la dicha de conocerlo supimos de su inmensa dedicación a la vida universitaria, de su preocupación por la justicia, de su intenso estudio del Estado constitucional y de su permanente lucha a favor de los derechos humanos.

En esta obra colectiva queremos rendirle un sentido homenaje, analizando cada uno de esos cuatro aspectos que constituyeron la columna vertebral de su vida pública.

Además, en esta obra se reúnen testimonios de personas que tuvimos la fortuna de coincidir con el doctor Jorge Carpizo en algún momento o a lo largo de muchos años, y que nos sentimos profundamente conmovidos por su temprana muerte, la cual todavía nos duele y nos aflige.

Antes de los testimonios y de los ensayos académicos que integran la presente obra, se incluye un luminoso texto del doctor José Narro Robles, rector de la Universidad Nacional Autónoma de México y amigo durante décadas de Jorge Carpizo.

Este esfuerzo colectivo busca ser un ejercicio de memoria para recordar y volver a pensar sobre los temas que fueron del interés de Jorge Carpizo, pero también es la mejor forma de hacer un homenaje en su memoria. Estamos ciertos de que a Carpizo le hubiera gustado ver a tantos y tantos de sus amigos poniendo por escrito sus conocimientos y sus recuerdos, para honrar a quien nos dejó cuando menos lo esperábamos.

El lector podrá encontrar a lo largo de las páginas que siguen, trazos que nos muestran a Carpizo como profesor universitario, como funcionario público en distintos ámbitos, como diplomático, incluso como apasionado de la buena música y de la buena cocina.

Igualmente, podrá también hallar reflexiones teóricas sobre los asuntos que ocuparon su vida intelectual y académica. En muchos de los ensayos académicos que se pueden leer en las páginas que siguen los autores dialogan con el pensamiento de Jorge Carpizo, expuesto con singular nitidez en sus libros y sus artículos. Es también una forma de demostrar que su pensa-

XII

PRESENTACIÓN

miento sigue vivo y que va a conservarse vigente durante muchos, muchos años. Como lo hará también su imperecedero recuerdo.

Los coordinadores
Ciudad Universitaria, Coyoacán
Febrero de 2014

JORGE CARPIZO, UN UNIVERSITARIO EXCEPCIONAL¹

José NARRO ROBLES

ALGUNOS DATOS BIOGRÁFICOS Y CURRICULARES

La vida del doctor Jorge Carpizo fue intensa y extraordinaria. Nació el 2 de abril de 1944 en Campeche, y en su terruño realizó, entre 1951 y 1959, sus estudios de primaria y secundaria. Fue el mejor alumno de su generación en los dos niveles. En la ciudad de México, en la Universidad La Salle, cursó la preparatoria, en donde obtuvo diez de promedio.

En 1963 ingresó a la Universidad Nacional, la perla de sus amores, para cursar sus estudios de derecho, en los que alcanzó 9.9 de promedio. El 9 de febrero de 1968 presentó su examen profesional, con el que consiguió el título correspondiente. Su destacada trayectoria en la Facultad le permitió configurar en aquellos días un jurado extraordinario presidido por don Mario de la Cueva e integrado por Luis Recaséns, Jorge Sánchez Cordero, Niceto Alcalá Zamora y Castillo y el maestro Héctor Fix-Zamudio.

Entre 1969 y 1970 cursó la maestría en derecho en la London School of Economics and Political Science de la Universidad de Londres. De regreso a México efectuó sus estudios doctorales en la Facultad de Derecho de la UNAM, en donde el 14 de abril de 1978 presentó el examen de grado correspondiente. En virtud de la calidad de su tesis y del brillante examen para defenderla, fue aprobado con mención honorífica.

La vida de Jorge Carpizo fue un pasaje continuo entre el saber, el servicio y la responsabilidad. Fue justamente el reconocimiento de los valores y principios que defendía, al igual que la identificación de las cualidades que

¹ Ensayo que incorpora pasajes de tres intervenciones registradas el 31 de marzo en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; el 26 de mayo en San Luis Potosí, en el XIII Congreso Nacional de Abogados, y el 7 de julio de 2012 en el Congreso del Estado de Campeche.

lo caracterizaron, lo que hizo que desde muy joven se le encargaran responsabilidades de gran importancia, tanto en la Universidad Nacional como en el servicio público. Durante casi todo el año de 1967 laboró en la Dirección General de Enseñanza Superior e Investigación Científica de la Secretaría de Educación Pública. Posteriormente fungió como secretario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, entonces bajo la dirección del doctor Héctor Fix-Zamudio.

Al regreso de sus estudios de maestría fue designado subdirector de la Dirección General de Asuntos Jurídicos, y posteriormente asesor de la Secretaría General Auxiliar de la propia Universidad Nacional. Antes de cumplir 29 años se desempeñó como abogado general en el primer periodo rectoral del doctor Guillermo Soberón, entre 1973 y 1977. En enero de este último año fue nombrado coordinador de Humanidades, y entre octubre de 1978 y el mismo mes de 1984, la H. Junta de Gobierno lo designó director del Instituto de Investigaciones Jurídicas. Dos meses después de haber concluido esa responsabilidad, la propia Junta de Gobierno lo seleccionó para dirigir los trabajos de la Universidad, al nombrarlo rector de nuestra institución, cargo que desempeñó con profunda convicción y calidad entre enero de 1985 y enero de 1989.

El periodo comprendido entre abril de 1989 y marzo de 1998 es el que da cuenta de la mayor parte de las funciones que desarrolló como servidor público en el gobierno federal y en el Poder Judicial. Durante los nueve años comprendidos en ese lapso se desempeñó como ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y como presidente fundador de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. De igual forma, fue procurador general de la República, secretario de Gobernación y embajador de México en Francia.

En todos los puestos cumplió su tarea con apego total a los principios y valores que pregonaba en su cátedra y en sus escritos. La congruencia entre su decir y su hacer fue siempre una de sus características más distintivas. Toda su vida personal, profesional y universitaria constituye un ejemplo de congruencia, un modelo de moral auténticamente republicana.

Fue un distinguido profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM y también de la de Ciencias Políticas y Sociales. Impartió cátedra lo mismo en la licenciatura que en el posgrado, y lo hizo brillantemente en México y fuera del país. Como ejemplo se puede citar su larga estancia académica en la Universidad Complutense de Madrid. Dirigió 15 tesis de licenciatura y diez de posgrado, una de especialización, cuatro de maestría o equivalente y cinco de doctorado. Por su enorme prestigio como académico y como jurista,

fue el presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional de 2002 hasta su fallecimiento.

Fue designado como Investigador Emérito de la Universidad Nacional Autónoma de México, y también en el Sistema Nacional de Investigadores. Su dedicación al estudio, la reflexión y el cumplimiento de sus compromisos como académico originaron que contara con una obra escrita extensa, de calidad y bien reconocida nacional e internacionalmente hablando.

Para ejemplificar lo anterior, bastaría con recordar los 21 libros en los que participó en su elaboración, 17 de ellos de su autoría individual y cuatro en los que colaboró otro autor. Además, ocho de los libros ameritaron dos o más ediciones y reimpressiones. Sobresalen en este sentido el clásico publicado en los años setenta *El presidencialismo mexicano*, que cuenta con 19 ediciones, y que ha sido traducido al italiano y al alemán.

Sin embargo, no se trata de un solo éxito editorial. También deben mencionarse *La Constitución mexicana de 1917*, que cuenta a la fecha con 15 ediciones; *Derecho constitucional*, escrito en coautoría con Miguel Carbonell, que cursa en su séptima edición y que ha sido publicado también en italiano; *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, escrito conjuntamente con Diego Valadés, que ha sido publicado en México, España y Colombia; al igual que una de sus últimas aportaciones a los estudios constitucionales, *El sistema presidencial mexicano*, publicado en 2011 en Perú.

Su rica producción académica cuenta en adición con 17 capítulos extensos incluidos en libros de elaboración colectiva, al igual que con 91 artículos publicados en prestigeadas revistas nacionales e internacionales, principalmente dedicadas a temas de derecho y educación.

Su enorme producción académica se complementa con 15 estudios y reseñas de tipo legislativo y de jurisprudencia, con 89 prólogos de libros, con 40 voces incluidas en el *Diccionario Jurídico Mexicano* y con 289 artículos y productos de divulgación, algunos de ellos discursos extraordinarios, llenos de contenido, de ideas y reflexiones profundas. Por si todo esto fuera poco, fue editor, coordinador, o coeditor de 16 libros de autoría colectiva.

El resultado de una vida universitaria tan extraordinaria dio como resultado, obviamente, que recibiera en vida 55 premios y 41 distinciones, entre las que sobresalen, por ejemplo, haberse hecho merecedor de once doctorados honoris causa en universidades mexicanas, pero también de Colombia, los Estados Unidos, Israel, Canadá y España.

De igual forma, recibió el Premio de Investigación en Ciencias Sociales que otorga la actual Academia Mexicana de Ciencias; la medalla Justo Sierra Méndez, del Congreso de Campeche, y el Premio René Cassin de derechos humanos. Por sus aportaciones sobresalientes fue condecorado por

los gobiernos de Perú, Venezuela, Colombia, Guatemala y Francia, además de que varias bibliotecas, librerías, salones, auditorios y cátedras especiales fueron designadas con su nombre.

El doctor Jorge Carpizo fue un conferenciante muy reconocido y solicitado que impartió más de 200 conferencias y que participó en cerca de 160 congresos y seminarios, habiendo fungido como organizador en casi 50 de ellos. Fue integrante respetado de numerosos grupos de evaluación, de comités y comisiones, además de haber sido miembro de 25 academias y sociedades de México y el extranjero. Formó parte también de 32 comisiones redactoras de proyectos y dictámenes legislativos.

Jorge Carpizo fue un extraordinario estudiante y un investigador superior, al igual que un funcionario excepcional. Él consideraba su dedicación al estudio como parte de sus responsabilidades públicas, como una vía para contribuir a mejorar las condiciones de los demás, en particular las de los más vulnerables.

JORGE CARPIZO, UNA PERSONALIDAD DESBORDANTE

Cuando pienso en Jorge Carpizo como el gran universitario que fue y como ilustre campechano, no puedo dejar de mencionar a otro insigne personaje, que también tiene esas dos características. Me refiero, por supuesto, al fundador de la Universidad Nacional de México, a don Justo Sierra, quien se expresaba así sobre el perfil del egresado de nuestra institución, en su discurso inaugural pronunciado el 22 de septiembre de 1910:

Cuando el joven sea hombre, es preciso que la Universidad o lo lance a la lucha por la existencia en un campo social superior, o lo levante a las excelsitudes de la investigación científica; pero sin olvidar nunca que toda contemplación debe ser el preámbulo de la acción; que no es lícito al universitario pensar exclusivamente para sí mismo...

Puedo sostener con toda convicción que Jorge Carpizo es un claro ejemplo del perfil que Justo Sierra deseaba que tuvieran los egresados de la institución nacional que imaginó y fundó. Por eso es uno de los ejemplos más sobresalientes de universitario que tiene la UNAM.

Jorge Carpizo es, por todo ello, ampliamente reconocido como uno de los grandes constitucionalistas de nuestro tiempo. Su ausencia realmente se siente y es más notoria en estos días de campañas, de promesas de cambio y de reforma, de discusiones sobre la organización del Estado nacional.

En un homenaje luctuoso señalé que para describir a Jorge Carpizo hacen falta sustantivos y adjetivos. En efecto, él fue un referente, un líder, un guía y un ejemplo a quien sin duda vamos a echar de menos en los grandes momentos del país. Se trata de un personaje que fue recio, serio, profesional, dedicado, comprometido, valioso y valiente, estudioso e innovador. Nunca fue, me consta, un hombre cautivado por el poder económico o político, y todavía menos alguien dispuesto a la autocomplacencia, a la comodidad, a hacer concesiones cortesanías.

Sobresalía por su inteligencia y don de gente con sus amigos, con las personas correctas, con los que mostraban una conducta positiva. Era duro con sus detractores e implacable con los que se desviaban del cumplimiento de la norma. Siempre dispuesto a encabezar causas justas, fue un ser primordialmente congruente. Con él era muy difícil equivocarse. Una línea recta articulaba su pensamiento con su decir y con su hacer. No había el menor punto de quiebre en esas dimensiones.

Jorge Carpizo fue un hombre honesto, honorable y congruente. Siempre aportó y nunca sacó ventaja personal alguna. Es un ejemplo de probidad y de austeridad en su vida personal. Ahí está su forma de ser y de conducirse en todo: en su hogar, en el trabajo y en la cotidianidad. Su calidad de vida dependía de la paz interior, de su consistencia, de la satisfacción de cumplir con su deber, nunca de los símbolos externos, y menos de la frivolidad.

LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE JORGE CARPIZO

Para el doctor Carpizo, la Universidad fue una pasión, un credo. Todo el tiempo, a partir de su ingreso a la Facultad de Derecho, pensó en ella. En sus propias palabras, señaló que al formar parte de la Universidad y a partir del contacto con sus maestros "...aprendí a entender y amar a la Universidad; porque en sus aulas empecé a comprender el profundo honor que es ser universitario; porque en sus cátedras se terminó de conformar mi ideología, enmarcada por el pensamiento social mexicano que proviene, entre otros, de Morelos, Otero, Ramírez, Arriaga, y de las tesis revolucionarias que se plasman en nuestra Constitución Política de 1917".

Él tenía muy claro el sentido y la importancia de la Universidad Nacional. Sabía que es un sitio para formar, para cuestionar, para indagar, para experimentar, para preservar y enriquecer las manifestaciones culturales más diversas, para servir y fortalecer la identidad de la nación. Entendía que solo se puede cumplir con la tarea si hay libertad, si se atajan los dogmatismos y las hegemonías ideológicas.

En su discurso de toma de posesión como rector, sostuvo con profunda convicción algunas de las tesis que lo guiaron como universitario en su rectorado, pero también antes y después del mismo. Él estaba convencido de que “La Universidad es parte de la conciencia crítica nacional, ejercida con la finalidad de continuar perfeccionando al país y alcanzar el México que todos queremos: mejor y más justo”.

A partir de ello, concluía que la casa de estudios no debía ser solo crítica, sino propositiva; que debía ofrecer soluciones a los grandes problemas nacionales; que se debía preocupar por la sociedad y “estar cerca del país, cada día más cerca”.

Jorge Carpizo entendió que la Universidad es al final de cuentas lo que los universitarios hacemos de ella y con ella cada día. Que en esa comunidad de maestros, estudiantes, investigadores, técnicos y trabajadores, todos tenemos una enorme responsabilidad que pasa por entender y descifrar paradojas importantes, como la de la excelencia y los grandes números; como la de la calidad y el compromiso con la sociedad; como la de dar vida a la universidad antigua y tradicional, además de asegurar viabilidad a la institución joven, cambiante, audaz y transformadora que requiere un país como el nuestro.

Fui testigo muy cercano del amor que profesaba por nuestra casa de estudios. Lo acompañé en su intento de mejorarla académicamente. Pude percatarme de que nunca puso nada por delante de los intereses de la Universidad de México, que su brújula fue siempre el beneficio de la Universidad, que nunca regateó tiempo, dedicación o inteligencia a la tarea universitaria en las distintas responsabilidades que asumió, y que los valores y principios universitarios le sirvieron y los aplicó en otros espacios y responsabilidades.

Una muestra adicional y concreta la recogió su testamento, que en su cláusula primera “instituye a la Universidad Nacional Autónoma de México como su legítima y universal heredera”. Además, con su generosidad bien reconocida, encontró la forma de cobijar a quien más le había servido a su digna colaboradora: doña María Quiterio Escorza.

Para el doctor Jorge Carpizo, ser universitario fue un privilegio y una vocación; aún más: fue su destino. Por eso en nuestra casa de estudios lamentamos profundamente su desaparición

CARPIZO Y SU CAMPECHE

Siento que el doctor Carpizo tuvo dos terruños. Campeche, lugar donde nació y vivió su infancia, su adolescencia y parte de su juventud, y la Universidad Nacional Autónoma de México, sitio de origen y desarrollo

intelectual, donde aprendió y enseñó, donde investigó y se formó como persona, como profesional, como ciudadano y como servidor público ejemplar.

Para Jorge Carpizo, la UNAM y Campeche eran hogares donde se sentía a gusto, donde vivía a plenitud, donde permanentemente será recordado, y sus aportaciones, siempre valoradas. Campeche y la UNAM fueron invariablemente para él, punto de partida y de llegada, espacios para estar, pero señaladamente para ser, para desarrollar, para aportar.

Para Jorge Carpizo, como lo señaló en su discurso al recibir el doctorado Honoris Causa por la Universidad Autónoma de Campeche, ese terruño, el suyo, es "...el mar azul cielo que besa sus litorales, el olor y el sabor a sal de sus aguas espumosas... Campeche es sus selvas tropicales..., es el cielo que se viste de rojo... rojo que pinta el firmamento y las nubes de sangre".

Para él, Campeche era el Campeche liberal del siglo antepasado, el de la dignidad, aquel abierto a todas las ideas, pero comprometido con las progresistas; el Campeche culto, decía él, lleno de bibliotecas y de vida intelectual.

Jorge Carpizo recordó en esa intervención al Campeche del coro, al del teatro, al de la música romántica, pero también el Campeche de Justo Sierra Méndez, el de Pedro Sainz de Baranda y el de Rafael Dondé, el de sus maestros de primaria y el de sus mejores amigos de los estudios iniciales.

Él terminó en aquella ocasión diciendo: "Para mí, Campeche es... superación y esfuerzo personales... es compromiso social, generosidad y gratitud... Campeche es... antes que nada y sobre todas las cosas, el respeto a la dignidad humana".

CARPIZO Y LA ABOGACÍA

Nuestro personaje fue un auténtico jurista. Entendía con claridad el papel de la abogacía y el papel de la justicia. Como hombre de leyes, como encargado de la procuración de la justicia, como conocedor de la Constitución Política mexicana, sabía que es mucho lo que los profesionales del derecho pueden aportar para el desarrollo y el bien de México.

El doctor Jorge Carpizo entendía que en su ejercicio diario, el abogado interpreta la ley, la aplica o la utiliza adecuándola a las circunstancias. Pero sostenía y defendía que lo que no es interpretable es el sentido de las leyes. Que su aplicación en un país con las desigualdades sociales del nuestro implica una inmensa responsabilidad ética en el ejercicio profesional del abogado.

Creía que el abogado debe ser ejemplo para la sociedad. Ya como defensor, ya como procurador o fiscal, ya como juez, sabía que se trata de un

personaje público, siempre bajo el escrutinio de la sociedad, de los medios de comunicación. Por eso pregonaba que los abogados en todas las ramas y disciplinas deben ser profesionales ejemplares. De ellos depende, sostenía, la percepción de justicia o injusticia entre la población.

De igual manera, aseguraba que los abogados pueden y deben ser agentes del cambio social. Recurro nuevamente a sus palabras, pronunciadas el 13 de julio de 1981, hace más de 31 años, en la celebración del Día del Abogado en Bellas Artes, siendo director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, cuando dijo a sus colegas:

...el papel del abogado en la sociedad y especialmente en la nuestra de hoy, se tiene que basar en su conocimiento de la realidad, en la posesión de elementos técnico-jurídicos, en su amor por la justicia y por la igualdad, en su sacerdocio por la libertad. Estos elementos nos auxiliarán para que continuemos todos construyendo el país que anhelamos, en el cual todo mexicano tenga educación, trabajo, vivienda, acceso a los bienes de la cultura, salud; en una frase: que todo mexicano lleve una vida realmente digna.

El pensamiento de Jorge Carpizo sigue vigente. Continuamos con los mismos anhelos de solucionar los mismos problemas. La concreción de los derechos sociales sigue siendo, desafortunadamente, todavía una aspiración para gran parte de la población de México

CARPIZO, EL CONSTITUCIONALISTA

En mi perspectiva, con su trabajo intelectual el doctor Jorge Carpizo hizo aportaciones importantes para su universidad, para la ciencia jurídica y para reforzar el Estado de derecho y la democracia en México. Sus contribuciones prácticas y teóricas para la vigencia de los derechos humanos en el país son, sin duda alguna, dignas de resaltarse.

En un libro de homenaje al maestro Héctor Fix-Zamudio, publicado en 2007, el doctor Carpizo planteó algunas propuestas en torno a la idea de la reforma del Estado. Todas ellas reflejan su profundo interés por la justicia, la rendición de cuentas, los contrapesos entre los poderes de la República y la necesidad de fortalecer la vida democrática de México.²¹

²¹ Carpizo, Jorge, “Propuestas de modificaciones constitucionales en el marco de la denominada reforma del Estado”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, t. XI: *Justicia, federalismo y derecho constitucional*.

Entre las reformas que a su juicio resultan necesarias incluyó la reelección de diputados y senadores con un límite; la ratificación por parte del Senado de los principales nombramientos del gabinete presidencial; la necesidad de establecer alguna fórmula contra la parálisis legislativa; la conveniencia de que la entidad de fiscalización de la Federación y el Ministerio Público se conviertan en órganos constitucionales autónomos, además de recomendar la inclusión en la Constitución Política de las figuras de iniciativa popular y del referendo.

En estas ideas veo tres preocupaciones principales: la conveniencia de contar con un sistema de contrapesos entre los poderes del Estado; la necesidad de consolidar nuestro régimen de transparencia y de rendición de cuentas, y la urgencia de asegurar una mayor participación ciudadana en la toma de decisiones. Aspectos con los que, al parecer, todas las fuerzas políticas del país están de acuerdo. El asunto es cómo concretarlos, cómo hacerlos realidad.

Las propuestas antes mencionadas van de la mano con los cinco puntos que Carpizo utilizó en otro texto³² escrito para analizar el constitucionalismo de América Latina. Estos puntos son: 1) que las elecciones sean libres, objetivas, equitativas y periódicas; 2) el respeto a los derechos humanos, primordialmente los de carácter civil y político; 3) la importancia de la oposición; 4) la desconcentración del poder y el equilibrio entre los órganos que lo ejercen, y 5) la calidad de vida de los habitantes, que tiene que ver con la alimentación, la educación, la protección a la salud, el trabajo, la vivienda y el esparcimiento, entre otros.

Al respecto de los derechos que regulan la calidad de vida de los mexicanos, es necesario reconocer que en nuestro país es mucho lo que se ha avanzado en materia democrática; sin embargo, el cumplimiento de la aplicación de los derechos sociales constituye todavía uno de los retos más importante de nuestros días. Los derechos sociales están previstos desde la Constitución de 1917, y su cumplimiento debiera ser absolutamente obligatorio para el Estado. Lamentablemente, como ya se señaló, todavía estamos lejos de lograr que su ejercicio sea una realidad para todos los mexicanos.

Debo aclarar, sin embargo, que si bien estos derechos no son todavía una realidad para todos, sería un craso error sostener que no se han registrado avances. Es evidente lo mucho que la sociedad mexicana ha progresado en el último siglo. Que es amplio lo que se ha conseguido en la supera-

³² Carpizo, Jorge, “Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano”, en Carbonell, Miguel, Carpizo, Jorge y Zovato, Daniel (coords.), *Tendencia del constitucionalismo en Iberoamérica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libros.htm?|=2701>.

ción de los niveles de vida y en el bienestar de los mexicanos. Sin embargo, el doctor Carpizo sostenía, y yo coincido con su punto de vista, que nos falta por avanzar todavía un trecho muy grande, además de que otros países, de condiciones parecidas o menores a las nuestras, lo están haciendo mejor.

ALGUNAS DE SUS APORTACIONES RECIENTES

En estos años en que he tenido la responsabilidad y la satisfacción de coordinar el trabajo de la UNAM, las iniciativas, el conocimiento y el empeño del doctor Carpizo fueron esenciales para organizar una serie de reuniones, de foros y espacios de discusión y análisis para la elaboración de propuestas sobre algunos de los principales problemas que aquejan al país.

Es así que él organizó la Conferencia Internacional sobre Seguridad y Justicia, de la cual resultó el documento *Elementos para la Construcción de una política de Estado para la Seguridad y la Justicia en Democracia*, que contiene 36 propuestas de solución en la materia, y que fuera presentado a los poderes del Estado, al titular del Poder Ejecutivo, a legisladores, a representantes del Poder Judicial de la Federación, a organizaciones sociales y a la sociedad en general.

Su participación fue también fundamental para que se realizara el Foro Internacional sobre Políticas de Regulación de Consumo de Drogas, el pasado mes de abril, con la intervención de numerosos e importantes académicos y funcionarios mexicanos y de países de América y Europa, para analizar a fondo una problemática que afecta sobre todo a los jóvenes, y para generar propuestas de consenso que contribuyan a su solución.

UNA ORACIÓN FÚNEBRE

Quiero repetir aquí algunos párrafos de la intervención que tuve en el homenaje luctuoso que la Universidad Nacional le rindió al día siguiente de su penoso fallecimiento.

A la familia del doctor Carpizo, a sus amigos y compañeros de aventura, para todos nosotros, mis sentimientos de profunda solidaridad. La tranquilidad me alcanza cuando pienso en lo que hizo y en lo que creyó. La angustia me inunda cuando comprendo que no lo veré ya nunca más. Sus enseñanzas y su fortaleza me cobijan, su pérdida me abruma y me conmueva.

¿Qué vamos a hacer sin sus consejos y sin sus propuestas? ¿Qué vamos a hacer sin su lucidez y determinación? ¿Qué falta nos genera su partida anticipada! ¿Por qué tenía que pasar? ¿Por qué teníamos que perderlo de forma

tan prematura? No estábamos preparados para ello. No es posible alcanzar la resignación que reclama nuestra aflicción.

Para concluir, quiero recordar la frase de Don Alfonso Reyes pronunciada en la despedida luctuosa del maestro Antonio Caso: “Ha de pasar mucho tiempo para que el polvo se organice en otra estructura de igual excelitud y fineza”. Para Jorge Carpizo, universitario magnífico, nuestro recuerdo permanente y el reconocimiento invariable a su obra, a su ejemplo, a su lucha de siempre en favor de la dignidad humana.

Jorge Carpizo no dejaba nada a la improvisación. En su vida pública, pero también en la privada, planeaba con detalle cada uno de sus actos. Lo mismo si se trataba de su agenda profesional, que de un viaje de placer. Por eso no resulta extraño que hubiera dejado un mensaje póstumo que su familia decidió dar a conocer. La recojo textualmente tal y como se publicó:

Jorge Carpizo

Con alegría de haber existido durante 68 años, me despido de mis familiares y amigos.

Traté de vivir lo mejor que pude dentro de mis circunstancias, y de servir con devoción a México y a su Universidad Nacional.

En los cargos que ocupé siempre rendí informes públicos, presenté evaluaciones y dejé constancia de lo realizado en múltiples libros y artículos. El mejor homenaje que puedo recibir consiste en que se lean y reflexionen.

Nunca mentí ni cometí delito alguno. Cumplí con mis responsabilidades al máximo de mi capacidad y voluntad.

En mis libros y artículos, tanto los académicos como los testimoniales, dejo constancia del país que me tocó vivir, servir, gozar y sufrir.

Mil y mil gracias a aquellos que colaboraron lealmente conmigo y con los valores que rigieron todas mis actividades.

Me voy amando, con todas mis fuerzas, convicciones y emociones, a nuestro gran país y a su, y mía también, Universidad Nacional.

La vida de Jorge Carpizo es una que merece ser imitada. Su amor a México y a su Universidad Nacional son ejemplares. Su compromiso con la verdad, con el estado de derecho, con la defensa de los derechos humanos y con el resguardo de principios laicos fundamentales, es encomiable. Las instituciones a las que sirvió tienen una deuda con él, por la entrega y los alcances de sus aportaciones. Lo que hizo por nuestras comunidades le dio brillo y dignidad. Para Jorge Carpizo, un recuerdo permanente y un agradecimiento invariable. Su vida y su obra forman parte del patrimonio de nuestra sociedad.

CONSTITUCIONALISMO LOCAL, FEDERALISMO JUDICIAL Y DERECHOS HUMANOS

Juan Manuel ACUÑA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Federalismo judicial y constitucionalismo local*. III. *Relaciones entre justicia constitucional federal y local*. IV. *Federalismo judicial y control difuso*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El diseño institucional mexicano ha experimentado una serie de profundas transformaciones constitucionales en aras de desarrollar una verdadera democracia constitucional fincada en los derechos humanos. Este proceso se encuentra signado por altas y bajas, pero en términos generales se han podido constatar mejoras institucionales, cambios estructurales y actitudinales positivos. En materia de derechos humanos, los cambios han sido profundos. Entre ellos cabe mencionar, por interesar a los fines de este trabajo, la rematerialización del sistema jurídico mexicano producida por la reforma en materia de derechos humanos y el proceso de fortalecimiento de la justicia constitucional mexicana iniciado hace ya más de veinte años. Ambos cambios apuntalan el proceso de constitucionalización del sistema jurídico mexicano.

A nivel local, y desde hace algunos años, inició un proceso análogo, aunque asimétrico, respecto al proceso federal. Algunos estados reformaron sus Constituciones para robustecer el catálogo de derechos e incorporar mecanismos de justicia constitucional local. Ambos elementos, derechos y garantía jurisdiccional, han resultado esenciales para dotar de carácter normativo a las Constituciones estatales y asumirlas entonces como verdaderas Constituciones.¹

* Universidad Panamericana, México, D. F.

¹ Astudillo Reyes, César I., *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, UNAM, 2004, p. 270.

El proceso aludido, asimétrico también entre los mismos estados, reavivó en México el debate acerca del llamado federalismo judicial, y a su alrededor se comenzaron a generar, o más bien a reiterar, interrogantes de distinta intensidad y complejidad, sobre todo en cuanto a la forma de articular la justicia constitucional local con la federal, los ámbitos de cada una de ellas y los límites para los embrionarios sistemas de justicia constitucional local. Incluso no ha faltado quien se interrogó acerca de si de acuerdo con la escasa práctica de control constitucional en los estados la justicia constitucional local traería algún beneficio, soslayando que los medios de control constitucional de tipo jurisdiccional se originaron en los estados.²

La intención de este trabajo es modesta y parcial. Consiste en adelantar algunas ideas en cuanto al futuro inmediato del federalismo judicial a partir de la interacción de unas pocas variables. La primera de esas variables es el fin que debe perseguir cualquier diseño de federalismo judicial. Postularemos que ese fin debe ser la expansión de los derechos humanos y de su protección. La segunda variable que delimitará nuestra reflexión será la dimensión constitucional distintiva de las Constituciones locales. Postularemos que las Constituciones estatales deben labrar su identidad a partir de incrementar los derechos contemplados a nivel federal o su nivel de disfrute. En tercer lugar, la variable a considerar será la interacción entre la justicia constitucional federal y la justicia constitucional local. Tal relación será abordada desde dos ámbitos relacionados, pero claramente distinguibles: el ámbito procesal, en cuyo tratamiento mencionaremos algunas de las críticas que desde hace años se han señalado respecto de la subordinación a la que es sometida la justicia local en general. Sobre este aspecto nos sumaremos a quienes consideran que es preciso disminuir la intervención de la justicia federal sobre los asuntos locales. Tomaremos como antecedente para este aspecto la influencia de la justicia federal sobre la local a través del amparo directo, para comentar la relación entre el amparo federal y el amparo local; y el ámbito de la interpretación en materia de derechos, que se presenta como un canal comunicativo entre ambas dimensiones (la federal y la local), y que a partir de la aceptación del control difuso en nuestro sistema jurídico habilita nuevas dimensiones para el estudio del federalismo judicial. Adelantamos que algo de paradójal se podría presentar con el control difuso y su ejercicio por los jueces locales en cuanto a la posibilidad o no de

² González Oropeza, Manuel, “El control constitucional en las entidades federativas”, en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (comps.), *Justicia constitucional en las entidades federativas* México, Porrúa, 2006, pp. 398 y ss.

generar una interpretación constitucional expansiva y propia en materia de derechos humanos. Las propuestas sobre los aspectos mencionados tienden al fortalecimiento del federalismo judicial a través de la construcción de una narrativa constitucional en materia de derechos propia por parte de los estados y compatible con el sistema federal.

II. FEDERALISMO JUDICIAL Y CONSTITUCIONALISMO LOCAL

El concepto de federalismo judicial *lato sensu* refiere a “la relación entre los tribunales federales y los tribunales locales en un sistema federal”.³ Se entiende que la modulación de dicha relación dependerá de una multiplicidad de factores. Cada sistema federal encuentra una determinada forma de articulación. El federalismo judicial se despliega en sistemas de dos jurisdicciones: la federal y la local, y dicha relación se materializa en la revisión federal de las resoluciones locales.⁴

Ahora bien, el federalismo judicial ofrece un ángulo de análisis previo en el cual nos debe proponer indagar acerca del apoyo que los jueces de los estados puedan obtener en sus propios textos constitucionales para garantizar derechos que no existan en la Constitución federal.⁵ Es decir, la relación con la justicia federal es medular, pero lo que los estados son capaces de hacer con sus propias Constituciones, si es que son capaces de hacer algo, resulta asimismo central, por cuanto ello podrá y deberá determinar las formas de comunicarse con la justicia federal. Un interesante ejemplo de desarrollo para el federalismo judicial en la clave descrita es el caso de los Estados Unidos. El movimiento denominado “nuevo federalismo judicial”, que se inició en la década de los setenta del siglo pasado, tuvo como piedra de toque la toma de conciencia de los operadores jurídicos de que podían mirar hacia las Constituciones locales y los derechos allí consagrados, cuando dejaron de obtener cobertura adecuada de la justicia federal. Este movimiento fue generado por el cariz conservador que asumió la Corte Suprema de aquel país bajo la presidencia de Warren Burger, y el consecuente abandono paulatino de los criterios liberales que habían caracterizado a la Corte durante la presidencia de su predecesor, Earl Warren.⁶ Es decir, el le-

³ Bustillos, Julio, *Federalismo judicial a través del amparo*, México, UNAM, 2010, p. 7.

⁴ *Idem.*

⁵ Tarr, Alan G., *Comprendiendo las Constituciones estatales*, trad. de Daniel Barceló Rojas, México, UNAM, 2009, p. 245.

⁶ *Idem.*

targo conservador que comenzaba a imponer la Corte Burger fue resistido al asumir las Constituciones estatales como tales. La existencia de derechos en las Constituciones estatales fue una de las condiciones para los nuevos desarrollos del federalismo judicial en aquel país.

De regreso en México, sabemos que las Constituciones estatales durante muchos años han sido claramente devaluadas debido al centralismo político y jurídico imperantes. González Oropeza explica que dicho proceso de devaluación inició durante el tercer periodo evolutivo del federalismo en México, que se inaugura con la Constitución de 1917. En ese periodo, el espacio constitucional de las entidades federativas fue reducido sensiblemente, y las Constituciones locales fueron reconducidas en el mejor de los casos al rol de leyes reglamentarias de la Constitución federal.⁷

A partir del año 2000, algunos estados han mostrado interesantes desarrollos constitucionales, consistentes en la positivación de derechos no contemplados a nivel federal y el desarrollo de garantías jurisdiccionales. Esta tendencia es el resultado de asumir a las Constituciones locales como lo que son, o deberían ser; es decir, leyes supremas locales que como tales gozan o deberían gozar de las características entitativas de su versión federal, supremacía, fuerza normativa, rigidez, contenidos materiales y garantías jurisdiccionales, que en materia de derechos pueden potenciar y superar el piso establecido por la Constitución federal. A la luz de esta perspectiva, el federalismo judicial en México ofrece nuevos y complejos escenarios, y la piedra de toque de esta nueva situación constitucional es la asunción por parte de los estados del verdadero carácter de Constituciones de sus leyes fundamentales locales.

Ahora bien, en esta senda, los estados deben buscar aquello que con base en sus particularismos pueden sumar en pos de la defensa de los derechos. Esta es la dimensión constitucional distintiva a la que hicimos mención líneas arriba. En palabras de Tarr, el constitucionalismo estatal debe aprovechar su potencialidad, y ello se lograría trabajando en los espacios constitucionales que se configuran a partir del grado de discrecionalidad del que disponen los estados para el diseño, cambio e interpretación de la propia Constitución.⁸

⁷ González Oropeza, Manuel, “Desarrollo del control constitucional de las entidades federativas”, en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (comps.), *op. cit.*, p. 391.

⁸ Tarr, Alan G., “La potencialidad del constitucionalismo estatal”, en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (comps.), *op. cit.*, p. 639.

III. RELACIONES ENTRE JUSTICIA CONSTITUCIONAL FEDERAL Y LOCAL

La relación entre la justicia federal y la local se actualiza a través de diversos procesos que fungen como los canales de comunicación entre ambas jurisdicciones. En un sistema federal de doble jurisdicción, resulta normal que la jurisdicción federal revise las decisiones emanadas de la jurisdicción local. Sin embargo, las modulaciones e intensidades que se generen en dicha articulación pueden producir sistemas que permitan el normal desenvolvimiento de las funciones y competencias en un sistema federal, o que, por el contrario, terminen por ahogar el desarrollo y desenvolvimiento de la jurisdicción local. Esto es lo que ha ocurrido en México.

En esta sección comentaremos una vertiente de esta compleja relación entre la jurisdicción federal y la local: la referida a la relación entre amparo federal y amparo local. Para ello, tomaremos como antecedente la revisión de sentencias definitivas de la justicia local mediante el amparo directo.

Desde los primigenios diseños constitucionales, México adoptó un sistema federal, y aunque con intermitencias centralistas, el sistema federal ha pervivido,⁹ y en lo que a justicia se refiere, un sistema de doble jurisdicción, que implica la separación entre tribunales federales y locales.¹⁰ De acuerdo con un sistema tal, propio de los estados federales, los asuntos del orden local deberían fenecer en dicho ámbito, y la intervención de la justicia federal sobre esa clase de asuntos se daría solo en el marco de violaciones a la Constitución federal. Pero el principio, insistimos, es que los asuntos referidos al orden jurídico local deben fenecer allí.

Pese a aceptar estas ideas, en México en la segunda parte del siglo XIX se inició un proceso que daría como resultado la subordinación de la justicia local ante la justicia federal y la centralización de la justicia. Las etapas de dicho proceso de modo resumido podrían ser las que a continuación se abordarán.

Cuando en 1868 iniciaron las discusiones para la reforma de la Ley de Amparo de 1861, la cuestión de la posibilidad de su interposición contra decisiones judiciales fue uno de los temas centrales de discusión. Hasta ese momento la ley no permitía tal posibilidad. El nuevo proyecto proponía

⁹ Serna de la Garza, José María, “La lógica centralizadora del sistema federal mexicano”, en Valadés, Diego y Serna de la Garza, José María (comps.), *Federalismo y regionalismo*, México, UNAM-Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, 2006, p. 547.

¹⁰ Fix-Zamudio, Héctor, “Justicia constitucional y control de legalidad en México”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (comps.), *El Estado constitucional contemporáneo. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2006, t. I, p. 251.

que las decisiones definitivas de los jueces y tribunales locales pudieran ser impugnables ante la justicia federal por la vía del amparo, pero solo por violaciones directas a la Constitución federal y siempre que la sentencia respectiva no pudiera ser impugnada por otros medios judiciales.¹¹ Para esta postura, impedir la procedencia del amparo en estos supuestos sería violatorio de la Constitución federal, pues en el marco del proceso judicial podían producirse violaciones a la Constitución federal.

El grupo enfrentado con esta posición defendió la improcedencia del amparo contra negocios judiciales. El argumento toral en el cual se apoyaba esta posición consistió en que el aceptar la procedencia del amparo contra sentencias judiciales locales violaría la autonomía de las entidades federativas.¹² Esta fue la postura triunfante, y la nueva Ley de Amparo de 1869 no admitió el amparo contra las sentencias judiciales locales.

Sin embargo, poco tiempo después, la posición derrotada en el debate legislativo logró imponerse en los estrados de la Suprema Corte. La batalla se ganó en el mentado amparo Vega, en el cual la Corte entendió que el artículo 8 de la Ley de Amparo, en el cual se fundamentaba la improcedencia del amparo contra resoluciones judiciales locales, era inconstitucional.¹³ Esta situación fue posteriormente convalidada por el constituyente de 1917.

El proceso de centralización judicial iniciado con estas decisiones resultó profundizado con la aceptación de la procedencia del amparo contra sentencias judiciales ante violaciones indirectas de la Constitución federal. Fix-Zamudio relata que al respecto eran tres las posiciones en discusión entre los partidarios de la procedencia del amparo federal contra sentencias locales. La primera posición consideraba que el amparo sería procedente contra violaciones directas a la Constitución. La segunda, que además del supuesto anterior, sería procedente ante violaciones indirectas, en el específico caso de que se alegara la violación al artículo 14 constitucional por la indebida aplicación de disposiciones legislativas ordinarias en materia penal. La tercera posición consideraba que el artículo 14 constitucional establecía un derecho para reclamar todas las resoluciones judiciales en las cuales se hubiera aplicado la ley de manera inexacta.¹⁴ Esta posición se impuso, y a partir de ese momento se desplegó el centralismo judicial en su

¹¹ Fix-Zamudio, Héctor, “Relaciones entre los tribunales locales y los federales”, en Hernández, Antonio María y Valadés, Diego (comps.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, México, UNAM, 2003, p. 112.

¹² *Ibidem*, p. 113.

¹³ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 10, p. 253.

¹⁴ *Ibidem*, nota 11, pp. 118 y 119.

versión más pretensiosa. Como consecuencia directa de este proceso brevemente descrito, la justicia local quedó subsumida en la federal, resultó sensiblemente afectada la definitividad de las resoluciones judiciales locales y nació en nuestro sistema el amparo casación o de legalidad. De esta forma, el principio de dualidad de jurisdicciones sufrió un embate, del cual recién en los últimos años ha comenzado a recuperarse.

La centralización a través del amparo ha sido severamente criticada. Sin embargo, durante muchos años se careció de estudios serios para medir el verdadero impacto de la justicia federal sobre la local. Hace algunos años, el recordado Julio Bustillos comenzó una serie de estupendos estudios para medir el real impacto. Sus conclusiones fueron llamativas y permitieron redimensionar el verdadero impacto de la centralización judicial en el federalismo judicial, que por cierto era menor a lo imaginado o intuido,¹⁵ sobre todo en lo que tiene que ver con la corrección de las sentencias locales por parte de la justicia federal.

De todas maneras, y más allá de la corrección de los estudios mencionados, resulta claro que el actual sistema de relación entre ambas jurisdicciones a través del amparo directo adolece de graves problemas de fundamentación de cara al federalismo judicial sostenido en el principio de doble jurisdicción.

Algunas propuestas han sido presentadas en los últimos años para aminsonar los efectos centralizadores del amparo directo.¹⁶ En nuestra opinión, en un sistema federal, el recurso a la justicia federal debería proceder ante violaciones directas a la Constitución federal, pues, por principio, la justicia federal tiene competencia sobre dicho ámbito.

A partir del desarrollo de la justicia constitucional local, la articulación entre ambas jurisdicciones se desarrolla en nuevos escenarios. De modo específico, nos gustaría ahora referirnos a la articulación entre el amparo federal y los amparos locales.

A poco de inaugurada esta nueva etapa de desarrollo de la justicia constitucional local, la Suprema Corte se pronunció acerca de la viabilidad constitucional de desarrollar medios de garantía jurisdiccional local. El caso resuelto tuvo lugar con ocasión de diversas controversias constitucionales

¹⁵ Para acceder a los estudios mencionados véase Bustillos, Julio, *Federalismo judicial a través del amparo. Relaciones entre las jurisdicciones federal y locales a través del instrumento protector de los derechos fundamentales*, México, UNAM, 2010.

¹⁶ Borrego Estrada, Felipe, “La reestructuración de los procesos constitucionales. Propuesta de modificación a la procedencia del amparo directo”, *Justicia constitucional en México. Memorias del Primer Congreso Nacional*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007, pp. 93-142.

presentadas por algunos ayuntamientos del estado de Veracruz contra la reforma integral a la Constitución local. Sostuvieron los demandantes que la creación del juicio de protección de derechos humanos contemplado en la reforma invadía la competencia de los tribunales federales en lo referido al juicio de amparo. El Pleno de la Corte, en decisión dividida, determinó que la reforma era constitucional, por cuanto guardaba coherencia con la autonomía estadual que las Constituciones locales establecieran mecanismos de garantía para preservar la Constitución local.¹⁷ La minoría, fundamentalmente, sostuvo la invalidez del precepto, por considerar que habida cuenta de la coincidencia entre el catálogo de derechos humanos contemplados en la Constitución veracruzana y la Constitución federal, se

¹⁷ “CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FACULTAD OTORGADA A LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ LLAVE PARA CONOCER Y RESOLVER EL JUICIO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ESA ENTIDAD FEDERATIVA, NO INVADIR LA ESFERA DE ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE LA FEDERACIÓN, PUES AQUÉL SE LIMITA A SALVAGUARDAR, EXCLUSIVAMENTE, LOS DERECHOS HUMANOS QUE ESTABLECE EL PROPIO ORDENAMIENTO LOCAL. De la interpretación armónica y sistemática de lo dispuesto en los artículos 4o., párrafo tercero, 56, fracciones I y II y 64, fracción I, de la Constitución Política del Estado de Veracruz-Llave, así como de la exposición de motivos del decreto que aprobó la Ley Número 53 mediante la cual aquéllos fueron reformados, se desprende que la competencia que la Constitución Local le otorga a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave, se circunscribe a conocer y resolver el juicio de protección de derechos humanos, pero únicamente por cuanto hace a la salvaguarda de los previstos en la Constitución de aquella entidad federativa, por lo que dicha Sala no cuenta con facultades para pronunciarse sobre violaciones a las garantías individuales que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Acorde con lo anterior, se concluye que los preceptos citados no invaden las atribuciones de los tribunales de la Federación, en tanto que el instrumento para salvaguardar los derechos humanos que prevé la Constitución *Local citada*, se limita exclusivamente a proteger los derechos humanos que dicha Constitución reserve a los gobernados de esa entidad federativa; mientras que el juicio de amparo, consagrado en los artículos 103 y 107 de la propia Constitución Federal, comprende la protección de las garantías individuales establecidas en la parte dogmática del Pacto Federal, de manera que la mencionada Sala Constitucional carece de competencia para resolver sobre el apego de actos de autoridad a la Carta Magna. Lo anterior se corrobora si se toma en consideración que el instrumento jurídico local difiere del juicio de garantías en cuanto a su finalidad, ya que prevé que la violación de los derechos humanos que expresamente se reserven implicará la sanción correspondiente y, en su caso, la reparación del daño conforme lo dispone el artículo 4o. de la propia Constitución Estatal, lo que no acontece en el indicado mecanismo federal” (No. de Registro: 186,307. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional. Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo: XVI, agosto de 2002. Tesis: P. XXXIII/2002. Página: 903).

Véase Ferrer Mac Gregor, Eduardo, “La nueva Sala Constitucional en el estado de Veracruz”, en Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Vega Hernández, Rodolfo (comps.), *Justicia constitucional local*, México, Fundap, 2003, p. 203.

duplicarían las instancias, y es atribución exclusiva de la Federación a través del juicio de amparo conocer de los actos o leyes que vulneren tales garantías. Este argumento resulta severamente peligroso para el desarrollo del constitucionalismo local, por cuanto llevado al extremo, básicamente lo que señala es que todo desarrollo que en materia de derechos humanos realicen las Constituciones locales es redundante e innecesario si ya ha sido establecido por la Constitución federal, y será de utilidad para el último tema que abordaremos.

Años después, la Suprema Corte tuvo ocasión de pronunciarse acerca de la relación del amparo local con el amparo federal. Dicho pronunciamiento recayó en la contradicción de tesis 350/2009, motivada por pronunciamientos previos y opuestos de tribunales colegiados de circuito del Séptimo Circuito y en relación con las diferentes actitudes asumidas respecto a la procedencia del amparo directo contra resoluciones recaídas en amparo local, específicamente en el juicio de protección de derechos humanos resueltos por la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz. Los pronunciamientos que motivaron la contradicción mencionada han sido investigados y reseñados por Bustillos, y de dicho estudio extraemos la siguiente síntesis.

Por un lado, encontramos tres juicios de amparo directo, identificados con los números 175/2007, 190/2007 y 309/2007, resueltos por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa. En los tres amparos, los quejosos adujeron violaciones indirectas a la Constitución sustentadas en los artículos 14 y 16 de la Constitución federal. Concretamente, que no existió fundamentación y motivación en la aplicación de la ley local. Los tribunales estimaron procedentes los amparos, entraron al fondo del asunto y confirmaron las decisiones de la Sala Constitucional, por no haber acreditado los quejosos las afectaciones referidas.

La otra posición de la contradicción estuvo representada por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del mismo circuito. Resolvió cuatro amparos identificados con los números 314/2007, 543/207, 633/2007 y 740/2009. Los quejosos igualmente adujeron violaciones indirectas a la Constitución federal en los términos de los amparos anteriores. Los amparos fueron desechados, porque a juicio del tribunal no era competente para conocer de amparos locales, pues lo contrario implicaría un quebranto a la autonomía judicial de los estados. Por otro lado, los quejosos no adujeron violaciones a la Constitución federal.¹⁸

¹⁸ Bustillos, Julio, *op. cit.*, pp. 71 y ss.

Finalmente, la Suprema Corte resolvió esta contradicción en el expediente mencionado. La tesis generada se transcribe a continuación:

AMPARO DIRECTO. PROCEDE CONTRA LAS SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ, EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, SALVO TRATÁNDOSE DE CUESTIONES ELECTORALES. De los artículos 107, fracciones III y V, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 158 de la Ley de Amparo, se advierte que el juicio de amparo directo procede contra sentencias definitivas o laudos y Resoluciones que ponen fin al juicio, dictados por tribunales judiciales, administrativos o del trabajo que pertenezcan a cualquier orden jurídico parcial —federal, local, del Distrito Federal o municipal—, ya que estos tribunales derivan del orden jurídico constitucional y, por ende, se encuentran subordinados a él. En consecuencia, el juicio de garantías en la vía directa procede contra las sentencias dictadas en un juicio de protección de derechos humanos por la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz por tratarse de un tribunal judicial, lo que se corrobora desde una perspectiva formal por lo previsto en los artículos 56 y 64, fracción I, de la Constitución Política de dicha entidad; máxime, que si bien el federalismo constitucional autoriza que las constituciones locales amplíen el nivel de protección de los derechos humanos, lo cual implica la posibilidad de que no exista coincidencia entre lo previsto en la Constitución General y las constituciones locales sobre ese aspecto, lo cierto es que las sentencias locales en materia de derechos humanos no podrían válidamente afectar el contenido esencial de las garantías individuales reconocidas en la Ley Fundamental, pues el orden jurídico local está supeditado al constitucional, lo que busca garantizarse tratándose de esos fallos a través del juicio de amparo directo. Por ello, los Tribunales Colegiados de Circuito, lejos de actuar como jueces del orden jurídico federal, funcionan como jueces de la Constitución General de la República en ese supuesto, salvo la materia electoral, la cual está sujeta a un sistema de regularidad constitucional especializado.¹⁹

Básicamente la Suprema Corte resuelve que sí procede el amparo directo contra las resoluciones de la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz, aunque no ofrece una adecuada argumentación. A nuestro modo de ver, en este caso se replican los errores cometidos en materia de procedencia del amparo federal contra resoluciones judiciales estatales en general, pues se mantiene la interpretación exorbitada de los artículos 14 y 16 constitucionales. La Corte podría haber establecido algo así como que para la procedencia de los amparos directos contra amparos

¹⁹ Contradicción de tesis 350/2009, pp. 43 y 44 del engrose.

locales sería necesario alegar la violación directa de preceptos de la Constitución federal.

IV. FEDERALISMO JUDICIAL Y CONTROL DIFUSO

Lejos ha quedado ya aquella jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante la cual se prohibió el control difuso en nuestro sistema, configurada a partir de la recordada tesis 74/99. No volveremos aquí sobre aquella cuestión ni sobre las razones de esa forma tan extraña de interpretar el artículo 133 constitucional. Solo diremos que posiblemente el mismo grupo de razones y el mismo espíritu centralista apoyaron esta tesis y las ideas que mantuvieron a los jueces locales durante mucho tiempo sometidos a la revisión del Poder Judicial federal, y, además, impedidos de participar de la labor de control constitucional.

La propia Suprema Corte, con ocasión de resolver el expediente Varios 912/2010, mediante el cual se decidió acerca de la internalización de la sentencia condenatoria para el Estado mexicano dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, modificó su anterior jurisprudencia y autorizó el control difuso. Esta decisión le venía impuesta, pues hubiera sido increíblemente contradictorio aceptar el control difuso de convencionalidad de acuerdo con la doctrina de la Corte Interamericana y continuar negando el control difuso de constitucionalidad por cuenta propia.

El control difuso de convencionalidad y la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 impusieron la necesidad de generar un drástico cambio en el sistema de control jurisdiccional imperante hasta el momento. Se abandonó el exclusivo control concentrado en el Poder Judicial federal y se pasó a un sistema difuso de aplicación incidental en el marco de cualquier proceso jurisdiccional.²⁰ A partir de esta decisión, los jueces, todos ellos, federales y locales, pueden contrastar la validez constitucional de las normas que deben aplicar para resolver un proceso, desaplicando la norma inconstitucional, interpretación conforme mediante.

Cabe preguntarse cuál es la relación entre el federalismo judicial y el control difuso y de qué manera esta situación afecta al federalismo judicial; se podría pensar que ninguna, que en realidad el control difuso implica descentralización en materia de interpretación del derecho federal, y en consecuencia no se vincula de modo claro y fuerte con el federalismo judi-

²⁰ Cossío Díaz, José Ramón *et al.*, *El caso Radilla. Estudio y documentos*, México, Porrúa, 2012, p. 23.

cial. Nosotros creemos que el control difuso tiene cierta gravitación sobre el federalismo judicial y sobre la labor de control constitucional de los jueces locales de diversas maneras.

Comencemos por señalar la gravitación que tuvo sobre el federalismo judicial la prohibición de control difuso. En realidad, dicha prohibición tuvo como resultado mantener alejados a los jueces locales de aquello que se consideraba que no les correspondía. Pero esta errónea interpretación, sumada a la falta de sistemas de justicia constitucional local, mantuvo a los jueces locales alejados de la labor de interpretación constitucional de cualquier género y mantuvo al control constitucional en sede judicial alejado de los criterios interpretativos que pudieron haber aportado los jueces locales; en definitiva, se privó a la interpretación constitucional en general del pluralismo que naturalmente la periferia puede aportar al centro. Esta observación solo pretende poner de manifiesto dos cuestiones; la primera, que la prohibición de control difuso impidió durante muchos años la profesionalización de los jueces locales en las lides de la interpretación constitucional, y segundo, que la labor de interpretación constitucional se privó de los particularismos interpretativos que podrían haber enriquecido la construcción interpretativa de la Constitución federal.

La aceptación del control difuso es, por lo que posibilita, sumamente benéfica, y se espera que tenga un efecto positivo en materia de protección de derechos. Sin embargo, creemos que no está de más realizar algunas prevenciones acerca de los posibles efectos inhibidores que pudiera tener sobre el desarrollo de una labor interpretativa propia en el ámbito de los estados, y de ese modo se produzca una disminución de espacios constitucionales interpretativos locales. Esta situación podría presentarse en los espacios de contacto que tendrán de ahora en más la interpretación constitucional practicada por los jueces federales y locales, la primera con base en el bloque de constitucionalidad, y la segunda con base en este último, por medio del control difuso, y además en su ámbito constitucional local.

La relación que se generará a partir del ejercicio del control difuso en lo que al derecho federal se refiere la consideramos menos problemática. Nos preocupa más bien lo que puede suceder con el desarrollo de la interpretación constitucional local por la gravitación de la interpretación proveniente de la justicia constitucional federal.

Para aportar algunas ideas sobre este punto nos valdremos de los argumentos vertidos por Alan Tarr al analizar la relación entre las cortes locales y la Corte federal en los Estados Unidos. El punto de partida para esta dis-

cusión podría ser el interrogante acerca de si estaría justificado que los jueces locales, al interpretar sus Constituciones, lleguen a resultados interpretativos diferentes a los obtenidos por la justicia federal.²¹ Diferentes en un sentido positivo, claro, pues las interpretaciones menos protectoras estarían vedadas. Ahora bien, el problema se presenta con mayor intensidad cuando los tribunales locales interpretan disposiciones constitucionales locales, análogas a aquellas establecidas en la Constitución federal. En este escenario, se puede plantear el interrogante acerca de si puede existir una interpretación diferente de parte de los jueces locales.

Algunas de las vías sugeridas para la convivencia de ambos flujos interpretativos serían las siguientes:

Primero, implementar lo que Tarr denomina “la aproximación del análisis estatal bloqueado”. Este consistiría en que los jueces locales se abstengan de realizar un análisis constitucional independiente y decidan siempre de acuerdo con la interpretación federal.²²

Estoy seguro de que esta manera de entender la convivencia entre ambos órdenes sería la preferida por algunos operadores, pues de cara al derecho federal, la ventaja de esta visión es que tiende a la unificación del derecho. Sin embargo, esta actitud es poco o nada deferente con el federalismo judicial, pues implicaría una delegación de los jueces locales en los jueces federales, y no se debe olvidar que los jueces locales tienen la responsabilidad de generar vía interpretativa una narrativa constitucional para sus Constituciones estatales.²³ Por otro lado, esta visión no favorece el régimen de protección de los derechos. Desde cierta óptica, nos dice Tarr, la doble jurisdicción, la constitucional local y la constitucional federal, persigue proveer de doble seguridad a los derechos. Si los tribunales locales adoptan esta perspectiva o los tribunales federales pretenden imponerla, se tenderá a debilitar el sistema de derechos, amén del federalismo judicial. En este proceso, el tribunal local puede por supuesto contemplar la interpretación federal que se le ha dado al derecho en cuestión, incluso la labor de otros tribunales estatales, pero no debe renunciar a realizar su propia indagación interpretativa que posibilite ampliar los ámbitos de los derechos.

La segunda vía se denomina “aproximación suplementaria”. Consiste en priorizar el derecho federal cuando deban decidir un caso en el que se señalan violaciones al derecho federal y al local. Aquí, la interpretación lo-

²¹ Tarr, Alan G., *op. cit.*, nota 5, p. 268.

²² *Ibidem*, p. 277.

²³ *Ibidem*, p. 279.

cal solo aparece cuando la interpretación federal no resulta suficiente para resolver el caso.

Estas dos aproximaciones plantean lo que queremos significar acerca de los posibles influjos inhibidores del control difuso en la gestación de una interpretación constitucional local con identidad propia. La influencia de la narrativa constitucional federal a través del control difuso no debe convertirse en un inhibidor para la generación de una narrativa constitucional propia de los estados, expansiva de los derechos y, por ende, en principio, acorde con el derecho federal.

V. CONCLUSIONES

El federalismo judicial constitucional en México enfrenta tiempos promisorios. Por un lado, la revalorización de las Constituciones locales, su rematerialización y el desarrollo de medios de justicia constitucional local, han apuntalado su fortalecimiento y sientan las bases para el rediseño de un sistema más óptimo en materia de protección de derechos humanos.

Sin embargo, el sistema jurídico mexicano aún conserva algunas distorsiones que afectan el desarrollo de un federalismo judicial adecuado. La procedencia del amparo directo contra sentencias judiciales locales por violaciones indirectas a la Constitución debe ser repensado.

La articulación de los nuevos amparos locales con el amparo federal pareciera estar replicando los errores cometidos con relación al amparo judicial por habilitar su procedencia para el caso de violaciones indirectas a la Constitución federal.

Los profundos y positivos cambios generados en el sistema mexicano de control constitucional jurisdiccional, particularmente la aceptación del control difuso, ha terminado con el indebido monopolio del Poder Judicial federal en la labor de interpretación constitucional. De aquí en más los jueces locales podrán aportar su narrativa constitucional para complementar y enriquecer el edificio constitucional por vía interpretativa. Pero, por otro lado, esta penetración de la interpretación constitucional en sede federal que se generará por influjo del control difuso no debe provocar que los jueces locales cedan su responsabilidad en la interpretación de las propias Constituciones a la justicia federal y los criterios sentados sobre análogos derechos. El futuro de un adecuado diseño de federalismo judicial que potencie la protección de los derechos depende también de que los jueces locales asuman dicha responsabilidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ASTUDILLO REYES, César I., *Ensayos de justicia constitucional en cuatro ordenamientos de México: Veracruz, Coahuila, Tlaxcala y Chiapas*, México, UNAM, 2004.
- BORREGO ESTRADA, Felipe, “La reestructuración de los procesos constitucionales. Propuesta de modificación a la procedencia del amparo directo”, *Justicia constitucional en México. Memorias del Primer Congreso Nacional*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón *et al.*, *El caso Radilla. Estudio y documentos*, México, Porrúa, 2012.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “El control constitucional en las entidades federativas”, en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (comps.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2006.
- , “Desarrollo del control constitucional de las entidades federativas”, en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (comps.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2006.
- BUSTILLOS, Julio, *Federalismo judicial a través del amparo*, México, UNAM, 2010.
- FERRER MAC GREGOR, Eduardo, “La nueva Sala Constitucional en el estado de Veracruz”, en Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Vega Hernández, Rodolfo (coords.), *Justicia constitucional local*, México, Fundap, 2003.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Justicia constitucional y control de legalidad en México”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (coords.), *El Estado constitucional contemporáneo. Cultura y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, 2006, t. I.
- , “Relaciones entre los tribunales locales y los federales”, en Hernández, Antonio María y Valadés, Diego (coords.), *Estudios sobre federalismo, justicia, democracia y derechos humanos. Homenaje a Pedro J. Frías*, México, UNAM, 2003.
- SERNA DE LA GARZA, José María, “La lógica centralizadora del sistema federal mexicano”, en Valadés, Diego y Serna de la Garza, José María (coords.), *Federalismo y regionalismo*, México, UNAM, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Puebla, 2006.
- TARR, Alan G., “La potencialidad del constitucionalismo estatal”, en González Oropeza, Manuel y Ferrer Mac Gregor, Eduardo (comps.), *La justicia constitucional en las entidades federativas*, México, Porrúa, 2006.
- , *Comprendiendo las Constituciones estatales*, trad. de Daniel Barceló Rojas, México, UNAM, 2009.

EL NUEVO DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

Jorge ADAME GODDARD

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Delimitación de la materia: libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.* III. *Libertad de religión y de creencias.* IV. *Los dos aspectos de la libertad religiosa: la libertad de tener y la libertad de manifestar la religión.* V. *Otros derechos humanos universales relacionados con la libertad religiosa.* VI. *Los límites a la libertad religiosa.* VII. *República laica y libertad religiosa.* VIII. *Los deberes del Estado respecto de la libertad religiosa.* IX. *Conclusiones sobre el régimen de la libertad religiosa en el ordenamiento constitucional mexicano.*

I. INTRODUCCIÓN

Me parece conveniente que en una obra de homenaje a Jorge Carpizo se presente un estudio sobre la libertad religiosa, ya que él, con su propia conducta, defendió la libertad religiosa de los demás (y de eso puedo dar testimonio personal), si bien no se manifestaba como un creyente.

Con la incorporación de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales a la Constitución mexicana, como efecto de la reforma de su artículo primero en junio de 2011, el derecho de libertad religiosa en México recibió una protección jurídica amplia, al mismo nivel que la que otorgan los tratados internacionales de derechos humanos.

El artículo primero reformado dice textualmente en su primer párrafo: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta constitución establece”.

La libertad religiosa la reconoce el artículo 24 constitucional, pero también está prevista en siete tratados que están en vigor en México, que, en orden cronológico, son los siguientes: Convenio de Ginebra relativo al trato

de los prisioneros de guerra (Ginebra, 1949);¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966),² Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (Nueva York, 1966);³ Convención Americana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, 1969);⁴ Protocolo adicional a la Convención Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (San Salvador, 1988);⁵ Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 1989);⁶ Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares (Nueva York, 1990).⁷

También conviene considerar, aunque no tienen vigor jurídico, otros documentos internacionales que pueden servir para entender mejor lo que los tratados prescriben en materia de libertad religiosa, que son la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Nueva York 1948), que es el punto de partida para la formulación de los tratados en la materia; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá 1948), y la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o en las Convicciones (proclamada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981).

La reforma constitucional en derechos humanos incluyó un párrafo (el segundo del artículo primero), que textualmente dice: “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”. De acuerdo con ese párrafo, el derecho de libertad religiosa en México será protegido según lo que dice la Constitución (artículo 24, principalmente) y lo que dicen los tratados, pero que en “todo tiempo” se debe favorecer la protección más amplia a las personas.

Como se discutió si la interpretación de los derechos humanos que resultara más favorable a la persona debía prevalecer en todo caso, o solo cuando no se opusiera a la Constitución, la Suprema Corte de Justicia resolvió⁸ que los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales vigentes en México son derechos constitucionales con la misma jerarquía

¹ Vigente en México y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29, 10, 1953.

² Vigente en México y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 09, 01, 1981.

³ Vigente en México y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 09, 01, 1981.

⁴ Vigente en México y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 09, 01, 1981.

⁵ Vigente en México y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 09, 09, 1998.

⁶ Vigente en México y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31, 07, 1990.

⁷ Vigente en México y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13, 08, 1999.

⁸ En sesión plenaria del Pleno del 3 de septiembre de 2013, al resolver una contradicción de tesis de dos diferentes tribunales colegiados, identificada como Contradicción de tesis

que los reconocidos directamente en el texto constitucional, y que cuando hubiera diferencias entre el texto constitucional y el texto de los tratados debería prevalecer el más favorable a la persona. Pero añadió que si la Constitución mexicana establecía expresamente una restricción a los derechos humanos, debería prevalecer esta restricción aun cuando los tratados otorgaran una protección más amplia.

El artículo 24 constitucional, que reconoce la libertad religiosa, acaba de ser reformado⁹ en su primer párrafo; los párrafos segundo y tercero quedaron intactos. El primer párrafo quedó en estos términos:

Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado. Esta libertad incluye el derecho de participar, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. Nadie podrá utilizar los actos públicos de expresión de esta libertad con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política.

No hay mucha diferencia entre el artículo original y el texto reformado, pues en ambos se protege la libertad religiosa de manera más bien limitada. El texto anterior hablaba de la libertad de “creencias” y protegía la libertad de profesar la creencia que uno quisiera y la de realizar los actos de culto propios. El texto actual habla, en cambio, de “libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión”, y luego se refiere expresamente a la libertad de practicar actos de culto individual o colectivamente, en público o en privado.

Además, el nuevo texto añade una restricción que antes no había: la de que “nadie podrá utilizar los actos públicos de expresión de esta libertad con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política”.

De acuerdo con el criterio asentado por la Suprema Corte, para comprender el alcance de la protección de la libertad religiosa en México debe tenerse en cuenta el artículo 24 junto con lo que afirman los tratados. En este trabajo expondré el régimen del derecho de libertad religiosa contemplado en esos tratados, con los cuales se complementa lo prescrito por el artículo 24. Para facilitar el análisis, considero principalmente dos tratados: siendo México parte integrante del sistema americano de derechos humanos y también parte del sistema universal de derechos humanos, me parece que se deben considerar, en primer lugar, el régimen de la Convención

293/2011. Falta que se publique la sentencia redactada con las observaciones que se hicieron durante la sesión (el “engrose”).

⁹ *Diario Oficial de la Federación* del 19 de julio de 2013.

Americana sobre Derechos Humanos (en lo sucesivo la Convención), pues es el que aplica la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuya jurisdicción ha sido reconocida por México, y en segundo lugar el régimen del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en lo sucesivo, el Pacto). El régimen de ambos tratados es sustancialmente igual, aunque hay algunas diferencias de estilo y de matiz, que conviene considerar. La Convención se ocupa del tema principalmente en su artículo 12, y el Pacto, en su artículo 18. Los otros tratados ratificados por México, simplemente repiten o complementan en algún punto el régimen previsto en esos dos tratados, por lo que los citaré únicamente cuando sea oportuno.

En este análisis del derecho constitucional de libertad religiosa en México procederé analizando el texto de los tratados y seguidamente el del artículo 24 constitucional, y también el del artículo 29, que se refiere a las posibilidades de limitar el derecho de libertad religiosa. No considero el artículo 130, porque sus disposiciones se refieren, no a la libertad religiosa, sino a las relaciones del Estado con las Iglesias, por lo que habrá que analizarlo separadamente. El orden que sigo es el siguiente: primero una delimitación de los términos “libertad de pensamiento”, “de conciencia” y “de religión”; luego la consideración de las expresiones “libertad de creencias” y “libertad de religión”, para averiguar si hay alguna diferencia sustantiva entre ellas o son sinónimas; en tercer término, siguiendo la distinción hecha en los tratados, explicaré el contenido de la libertad de tener una religión y el de la libertad de manifestarla; luego analizo otros derechos humanos relacionados con la libertad religiosa, y termino considerando los límites de la libertad religiosa, especialmente si la declaración de que la República mexicana es laica implica alguna restricción, y los deberes que tiene el Estado respecto de ella. Finalmente, presento, a manera de lista, las conclusiones sobre el nuevo derecho constitucional mexicano a las que llego a lo largo del trabajo.

II. DELIMITACIÓN DE LA MATERIA: LIBERTAD DE PENSAMIENTO, DE CONCIENCIA Y DE RELIGIÓN

La Convención, en su artículo 12, se refiere al derecho a la “libertad de conciencia y de religión”. Por su parte, el Pacto, en su artículo 18, se refiere al derecho a la “libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”. En ambos tratados se comprenden varias libertades, dos o tres, respectivamente. Sin embargo, el régimen que se desarrolla en los artículos sobre este derecho se ocupa exclusivamente de la libertad religiosa, y nada dice acerca de lo que es la libertad de pensamiento ni la libertad de conciencia.

Cabe entonces considerar si la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión es una sola libertad que tiene varios aspectos, y la protege un solo derecho, o si se trata de libertades diferentes correspondientes a derechos también diferentes. Este análisis es aplicable para entender el artículo 24 reformado de la Constitución mexicana, que habla de libertad de conciencia, de convicciones éticas y de religión.

Un dato importante para afrontar esta cuestión es que la libertad de pensamiento está tratada expresamente en la convención en su artículo 13, que se refiere a la “libertad de pensamiento y de expresión”, y en el Pacto, en su artículo 19, aunque trata ahí solo de la libertad de opinión y de expresión, que son libertades que tienen que ver con la exteriorización a manifestación del pensamiento.

El hecho de que la libertad de pensamiento tenga un régimen propio en ambos tratados hace pensar que es conveniente separar la libertad religiosa, como lo hace la Convención, de la libertad de pensamiento.

El artículo 24 constitucional no habla de libertad de pensamiento, sino de libertad de convicciones éticas. Las convicciones son un resultado de la libertad de pensamiento, pues consisten en aquellos juicios o verdades a las que una persona está fuertemente adherida. No puede haber libertad de tener convicciones éticas si no es porque existe la libertad de pensar y de adherirse sin coacción a lo que uno quiera. La propia Constitución mexicana se refiere a la libertad de exteriorizar el pensamiento en sus artículos 6o. (libertad de manifestación oral) y 7o. (libertad de expresión pública). Por consiguiente, también conviene separar la libertad de convicciones éticas de la libertad de religión y considerarla como libertad de pensamiento, protegida por esos dos artículos constitucionales. Con esta interpretación coincide el texto del artículo 29 constitucional, que habla de “las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna”; es decir, equipara la libertad de convicciones éticas del artículo 24 a la libertad de pensamiento.

El tratar conjuntamente la libertad de pensamiento con la libertad religiosa tiene el efecto de sugerir que la libertad religiosa es una especie de la libertad de pensamiento, lo cual no es del todo acertado. Es cierto que el creyente acepta como una verdad la existencia de Dios, pero la religión no consiste exclusivamente en pensar en Dios. La religión es propiamente una relación personal del hombre con Dios, que se establece voluntariamente cuando el hombre confía en Dios y en que puede relacionarse con él. Reducir la libertad religiosa a la libertad de pensamiento sería negar implícitamente la posibilidad del ser humano de relacionarse con Dios, que no sería

más que un “objeto” del pensamiento humano, y no una persona con la cual es posible hablar e interactuar.

Por eso, puede concluirse que la libertad religiosa es específicamente distinta de la libertad de pensamiento, y consiste en la libertad de toda persona humana de relacionarse voluntariamente con Dios, relación que se manifiesta principalmente por medio de los actos de culto; es decir, de actos humanos en los que se reconoce la supremacía de Dios; de ahí que a veces la libertad religiosa se denomine simplemente “libertad de culto”.

Ambos tratados hablan de la libertad de conciencia, pero en ninguna disposición indican de qué se trata ni cuál es su régimen. En la Convención (artículo 6-3-b) y en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos hay una referencia a la conciencia (artículo 8-3-c-ii), donde dicen que no se considerará un trabajo forzoso ilícito el que tenga que realizar una persona que, en aquellos países donde se admite la objeción de conciencia, se niega a prestar el servicio militar “por razones de conciencia”. Estos dos tratados no declaran lo que es la libertad de conciencia ni tampoco pretenden establecer un régimen de objeción de conciencia; simplemente reconocen que en algunos Estados puede existir tal régimen.

En la Constitución mexicana, la palabra “conciencia”, aparte de los artículos 24 y del 29, que se refieren a esta libertad, aparece únicamente en el artículo 2o. (párrafo segundo), donde se habla, respecto de los pueblos indígenas, de la “conciencia de su identidad” como criterio para determinar quiénes pueden ser considerados indígenas; y en el artículo 3o. (párrafo segundo), que dice que la educación fortalecerá la “conciencia de la solidaridad internacional”. Ninguna de estas referencias sirve para entender qué es la libertad de conciencia.

Dado que no hay ningún indicio en los tratados ni en la Constitución mexicana acerca de lo que se entiende por libertad de conciencia, me permito hacer algunas reflexiones para tratar de aclarar el sentido común que tiene la palabra “conciencia”.¹⁰

La conciencia puede entenderse como conocimiento, principalmente conocimiento de uno mismo (en ese sentido habla el artículo 2o. citado de “conciencia de su identidad”), o bien conocimiento de alguna otra cosa, como en el artículo 3o., que habla de la “conciencia” o conocimiento de la solidaridad internacional. Bajo este aspecto, la libertad de conciencia equivale a la libertad de conocimiento o de pensamiento, que implica que nadie

¹⁰ Conforme al artículo 31-1 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 1969), el tratado deberá interpretarse “conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

puede ser forzado a tener como verdadero lo que juzga falso, o a tener por falso lo que juzga verdadero. Bajo este aspecto, la libertad de conciencia coincide con la libertad de pensamiento, que implica no ser forzado a asentar o a pensar de determinada manera, y con la libertad religiosa que implica no ser forzado a tener, conservar, cambiar o abandonar una religión.

La libertad de conciencia en este ámbito intelectual está relacionada también con el derecho de no ser discriminado por razón de la religión, las opiniones o las convicciones, ya que la discriminación, cuando es consistente y niega verdaderamente un derecho fundamental a la persona, es una forma de coacción para que cambie de opinión o de convicción. Por tal motivo, el artículo 1-1 de la Convención y el artículo 2-1 del Pacto prohíben que se discrimine a las personas por motivos de su o sus opiniones; igual disposición tiene el quinto párrafo del artículo 1o. de la Constitución mexicana.

Otra acepción de la palabra “conciencia” es la que se da en la expresión “juicio de conciencia”. En este sentido, es la capacidad que tiene toda persona de juzgar acerca de la bondad o maldad, justicia o injusticia de los actos humanos.¹¹ Bajo este aspecto, la conciencia es la propia inteligencia en cuanto juzga de la conducta personal. Ciertamente, toda persona tiene esta conciencia y pronuncia los juicios sobre su conducta con entera libertad interior, sin que esa libertad tenga que ser regulada por el ordenamiento jurídico. En todo caso, también quedaría incluida en la libertad interior de pensamiento.

La palabra “conciencia” también se usa frecuentemente en la expresión “obrar de acuerdo con la propia conciencia” o “seguir la propia conciencia”. En este aspecto se subraya, no el juicio, sino la posibilidad de actuar de conformidad con el juicio de conciencia. En este sentido es en el que cabe la libertad de conciencia; esto es, la libertad de actuar de acuerdo con el juicio de conciencia.

El juicio de conciencia lo hace un creyente tomando en cuenta los principios éticos y religiosos de la fe que profesa; el no creyente lo hace de acuerdo con sus principios y convicciones éticas; ambos juzgan, y por eso la libertad de conciencia es común a creyentes y no creyentes. Es un principio ético universalmente reconocido que la persona no puede ser forzada a obrar en contra de los dictados de su propia conciencia.

¹¹ En el *Diccionario de la lengua española*, s.v. conciencia aparecen, junto a otros, estos dos primeros significados: “1. Propiedad del espíritu humano de reconocerse en sus atributos esenciales y en todas las modificaciones que en sí mismo experimenta. 2. Conocimiento interior del bien y del mal”.

En este orden del obrar práctico, la libertad de conciencia implica que no se puede forzar a la persona a hacer lo que juzga malo ni impedirle que haga lo que juzga bueno. Pero no se puede afirmar, de modo general, que en ningún caso se puede forzar a la persona a que haga lo que le parece malo o impedirle que haga lo que juzga bueno. El tema no es sencillo, porque el juicio de conciencia, como todos los juicios humanos, puede ser verdadero o erróneo. Las reglas de juicio que informan las conciencias provienen de la educación moral o ética recibida, de las costumbres familiares y sociales, de la cultura del pueblo, del orden jurídico vigente, y también de la fe religiosa. El creyente tiene una conciencia informada por sus principios religiosos, y también por las otras fuentes de moralidad. El no creyente tiene una conciencia informada principalmente por los principios éticos que aprueba, y que retiene como convicciones, y por las demás fuentes de moralidad.

Al juzgar su propia conducta, uno puede equivocarse por no tener una conciencia debidamente informada por las reglas y principios éticos, y pensar que tal juicio se reduce al cálculo de los intereses, o por estar sujeto a una pasión dominante que le impide ver con claridad, o por presiones externas del medio social o de personas determinadas. Por eso, puede suceder que alguien juzgue en conciencia que defraudar dinero público, o dinero de una empresa, o dinero ajeno que tiene confiado por cualquier causa, para pagar las cuentas del hospital donde internó a uno de sus hijos enfermo, no es un acto injusto; o que difamar a un competidor comercial o competidor político no es una injusticia, sino legítima defensa de los propios intereses; o que dar muerte a seres humanos inocentes en un acto terrorista no es un acto injusto, sino un resultado inevitable de la lucha por la liberación, etcétera. Cabe entonces preguntar: ¿ha de proteger la libertad de conciencia cualquier acción realizada conforme a la propia conciencia aun cuando vaya en contra del ordenamiento jurídico y político? Me parece evidente que la respuesta es negativa, pues de otro modo se destruiría el orden jurídico, ya que el juicio de conciencia individual prevalecería sobre el orden jurídico y político.

Sin embargo, como puede haber casos en que parece necesario respetar el juicio de conciencia individual, se ha ido desarrollando, todavía de modo incipiente, el recurso de objeción de conciencia. Éste permite que una persona se excuse del cumplimiento de una ley cuando le ordena practicar un acto que ella juzga en conciencia que no debe practicar. Se trata de un recurso que no pone el juicio de conciencia individual por encima del ordenamiento jurídico, sino que simplemente flexibiliza la exigencia del ordenamiento

jurídico permitiendo que el objetor, en lugar de cumplir un acto prescrito por la ley que en conciencia considera indebido, cumpla otro acto sustituto.

Es conocido el amplio uso que ha tenido la objeción de conciencia respecto del deber de prestar el servicio militar o, más recientemente, de la exigencia legal de practicar abortos. Pero, en mi opinión, hace falta diseñar, a nivel constitucional o de tratados internacionales, un adecuado sistema de objeción de conciencia, máxime en las actuales sociedades multiculturales, en las que hay decisiones políticas en forma de leyes, decretos o sentencias, que por no estar fundadas en una determinada ética común chocan frontalmente y en asuntos graves (aborto, matrimonio, eutanasia, fecundación *in vitro*) con las convicciones éticas o religiosas de amplios sectores de la población. Si el Estado de una sociedad multicultural quiere ser un Estado democrático, respetuoso de las convicciones éticas de sus ciudadanos, y no un Estado que impone a sus ciudadanos la ética implícita en sus decisiones políticas, requiere de un sistema de objeción de conciencia.

La libertad de conciencia a que se refieren los tratados y la Constitución mexicana, además de considerarse como libertad de pensamiento, se relaciona con la libertad de actuar conforme al propio juicio de conciencia aun cuando se contraponga al ordenamiento jurídico, pero no en todos los casos, sino solo en aquellos en que esté expresamente admitida la objeción de conciencia. Es decir, la mención de la libertad de conciencia es el punto de partida para admitir un régimen de objeción de conciencia.

Como la Constitución mexicana no destina un artículo que reconozca en general la libertad de pensamiento, sino solo de la libertad de expresarlo (artículos 6o. y 7o.), puede también entenderse que la “libertad de conciencia” contenida en el artículo 24 es la de no ser forzado a asentir a ciertas proposiciones o a pensar de determinada manera; es decir, equivale la libertad interior de pensamiento. A esta libertad también se refiere, como se indicó antes, la libertad de “convicciones éticas”.

III. LIBERTAD DE RELIGIÓN Y DE CREENCIAS

Los dos tratados se refieren a la “libertad de religión” y de “creencias”. ¿Es una misma libertad con dos nombres diferentes o son dos libertades distintas?

En la Declaración Americana se habla específicamente de “creencias religiosas”, pero en la Declaración Universal, en el Pacto y en la Convención se habla simplemente de creencias sin ningún otro calificativo. Dado que la palabra “creencias” aparece en un contexto que habla de libertad

religiosa, parece conveniente precisar la palabra “creencias” agregando el calificativo “religiosas”, como lo hace la Declaración Americana de Derechos Humanos. De acuerdo con esta interpretación, la libertad de creencias religiosas se refiere a la libertad de seguir y practicar creencias religiosas que no están suficientemente articuladas para llamarlas religión. Esto puede servir para proteger la libertad religiosa de millones de personas que siguen el budismo, el confucionismo o el taoísmo, el animismo y otras creencias que no son propiamente religiones, sino cuerpos doctrinales, principalmente de carácter ético, pero con afirmaciones o alusiones religiosas, y también para proteger cualquier tipo de creencias religiosas individuales. Pero no hay ninguna distinción en el régimen de protección de la libertad de religión y de la libertad de creencias; es el mismo régimen para ambas.

Si quisiera ampliarse la palabra “creencias” para comprender las no religiosas; por ejemplo, las éticas o políticas, se entraría en el ámbito de la libertad de pensamiento o de conciencia.

El cambio operado en el artículo 24 constitucional, que habla ahora de libertad de religión en lugar de libertad de creencias, no parece tener el significado de excluir las creencias religiosas del régimen actual de protección de la religión. De hecho, el artículo 29, que señala los casos en que pueden suspenderse o restringirse los derechos humanos, se refiere ahí a la libertad, no de religión, sino de “profesar creencia religiosa”. No se puede interpretar que son dos libertades o derechos diferentes con regímenes diferentes, sino la misma libertad o derecho con diferente nombre.

IV. LOS DOS ASPECTOS DE LA LIBERTAD RELIGIOSA: LA LIBERTAD DE TENER Y LA LIBERTAD DE MANIFESTAR LA RELIGIÓN

Me parece que es un acierto del régimen de estos tratados la distinción entre dos aspectos de la libertad religiosa: *a)* la libertad de tener, no tener, conservar o cambiar de religión (que en lo sucesivo la llamaré simplemente libertad de tener una religión), y *b)* la libertad de manifestarla, pues la religión no se puede reducir a un mero fenómeno íntimo que ocurre en la conciencia personal, sin ninguna trascendencia social.

Esa distinción ya está en la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 18 dice que esta libertad “incluye” la de tener o cambiar de religión, “así como” la de manifestarla. La misma distinción aparece en el artículo 12 de la Convención y en el artículo 18 del Pacto; en ambos artículos, su primer párrafo menciona estos dos aspectos de la libertad religiosa; su segundo párrafo se refiere exclusivamente a la libertad interior, y su tercero,

a la libertad de manifestarla. En la Convención sobre los Derechos del Niño se recoge esta distinción en su artículo 30, donde dice que los niños tienen derecho a “profesar y practicar” su religión.

1. *La libertad de tener una religión*

Esta libertad se expresa con palabras ligeramente diferentes en el Pacto y en la Convención. En el primero se habla de la libertad de “tener” o “adoptar” una religión; en la segunda, de “conservar” y de “cambiar”. No hay contradicción entre estos términos, más bien son complementarios, por lo que cabe decir que expresamente esta libertad interior se refiere a tener, adoptar, conservar o cambiar la religión, todo lo cual puede quedar sintéticamente expresado en la expresión “libertad de tener” una religión.

Aunque no está expresamente dicho en los textos, se entiende que la libertad de tener una religión implica el no ser forzado a tenerla. Por eso, quien no quiere tener una religión queda amparado por ella. Es algo semejante a lo que sucede con otras libertades: la libertad de imprenta no exige que todas las personas publiquen escritos, y si se niegan a publicar quedan igualmente amparados por esa libertad a que no se les fuerce a hacerlo; o la libertad de reunión, que protege a la persona que libremente se reúne, como la decisión de la que no quiere reunirse.

La libertad de religión sirve al no creyente, porque lo protege de la coacción para forzarlo a creer, pero también porque le deja abierta la posibilidad de creer cuando quiera hacerlo.

En ambos tratados, la protección de la libertad de tener una religión se materializa en declarar que son ilícitas las “medidas restrictivas” (según la Convención) o “las medidas coercitivas” (dice el Pacto) o que “puedan menoscabar” esa libertad interior.

La palabra “medidas” es de sentido amplio; comprende cualquier disposición gubernamental que tenga efecto jurídico vinculante, como un decreto o una ley de cualquier tipo, pero también decisiones que no sean jurídicamente vinculantes, como programas, planes o políticas. Esto es lo que se puede concluir, de acuerdo con el artículo 2o. de la propia Convención, que se refiere a que los Estados, para defender y promover los derechos humanos, tienen obligación de adoptar “medidas legislativas o de otro carácter”; y lo mismo puede concluirse a partir del artículo 2-2 del Pacto, que se refiere a “medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter” necesarias para proteger o promover los derechos humanos.

La Convención se refiere a medidas “restrictivas”; esto es, medidas que restrinjan la libertad religiosa; mientras que el Pacto se refiere a medidas

“coercitivas”; esto es, medidas que coaccionen la libertad religiosa, por lo que parecería que hay una diferencia en cuanto al tipo de medidas, pero esta impresión se diluye, puesto que ambos tratados dicen que la finalidad de esas medidas prohibidas es “menoscabar” la libertad religiosa; es decir, disminuirla, no necesariamente anularla.

De acuerdo con el análisis interior, ambos tratados prohíben cualquier tipo de medidas gubernamentales, administrativas, políticas o legislativas que puedan disminuir la libertad religiosa interior y, por supuesto, cualquier medida que la anule.

El artículo 24 de la Constitución mexicana prohíbe (segundo párrafo) que el Congreso dicte leyes que establezcan como obligatoria o prohíban alguna religión. La protección de los tratados es más amplia, porque se refiere a cualquier medida que menoscabe la libertad religiosa, y es la que debe prevalecer en el orden constitucional mexicano, por ser la más favorable a la persona.

2. La libertad de manifestar la religión

La Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto hablan de la libertad de “manifestar” la religión, mientras que la Convención, en el primer párrafo del artículo respectivo, habla de la libertad de “divulgar” la religión; pero en el párrafo tercero habla de la libertad de “manifestar”. No se puede, por lo tanto, considerar que son dos acciones diferentes divulgar o manifestar, sino que se trata de una sola acción (manifestar), a la cual también se llama “divulgar”, por lo que en lo sucesivo me referiré solo a la libertad de manifestar la religión.

Esos tres instrumentos internacionales afirman, con las mismas palabras, que la libertad de manifestar la religión comprende el hacerlo “individual o colectivamente, tanto en público como en privado”.

La manifestación individual de la religión es la que cada persona puede hacer por medio de palabras o actos; por ejemplo, al declarar voluntariamente que profesa una religión, o por usar una ropa o hábito que lo declaren, o al portar algún distintivo, como una medalla, o por comer o no comer determinados alimentos. Esta manifestación individual la puede hacer en lugares privados, como su propia casa, pero también en lugares públicos, como las calles, los edificios públicos, las plazas, parques o jardines, o en cualquier otro espacio público, como podría ser un medio de comunicación masiva (radio, televisión, internet) o un lugar para colocar avisos al público

(los llamados anuncios “espectaculares”), o en una escuela o en una universidad pública.

La manifestación colectiva puede ser la que hace un grupo de creyentes cuando están reunidos en un espacio privado; por ejemplo, un templo o un auditorio cerrado, pero también cuando están reunidos en un espacio público, en la calle, en una plaza, en un templo público o en cualquier otro espacio público. Pero hay también manifestación colectiva cuando la hace una persona que habla como representante autorizado de un grupo de creyentes reconocido por el ordenamiento jurídico. En tal caso, los creyentes se manifiestan colectivamente a través de su representante, aunque sea solo una voz individual. Sería fuera de lugar en un sistema democrático representativo que la manifestación colectiva fuera únicamente la que se hace en forma multitudinaria y no la que hacen los grupos por medio de sus representantes jurídicamente reconocidos.

Como se ha dejado ver, la manifestación colectiva de la religión está relacionada con otro derecho: el derecho de asociación con fines religiosos, del cual se tratará más adelante.

3. Los actos por los cuales se manifiesta la religión

La Declaración Universal señala cuatro actos por los cuales se manifiesta la religión: “la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”; el Pacto menciona igualmente (párrafo 1) la “enseñanza” y el “culto”, pero en lugar de la “práctica” dice las “prácticas”, y en lugar de observancia, “la celebración de los ritos”; en cambio, la Convención no menciona actos concretos, sino que se refiere en general a la libertad de “profesar y divulgar” la religión (párrafo 1), y en otro párrafo (el tercero), a la libertad de “manifestar” la religión.

La primera cuestión en este punto es aclarar si la enumeración de los actos en que se puede manifestar la religión que hace el Pacto es de carácter limitativo; es decir, que no admite la manifestación por medio de otros actos, o es de carácter enunciativo o ejemplificativo, de modo que solo menciona, a manera de ilustración, algunos actos en que se puede manifestar la religión. Me parece que se trata de una enumeración meramente ilustrativa, porque el mismo Pacto reconoce otros derechos en que puede ejercerse la libertad de manifestar la religión, como el derecho de difundir opiniones “de toda índole” (artículo 19-2, lo que incluye opiniones religiosas), el derecho de reunirse pacíficamente (artículo 21), que también puede ejercerse con motivos o finalidades religiosas, o el de asociarse libremente con fines

religiosos (artículo 22). Puede considerarse que la libertad de manifestar la religión comprende la de hacer cualquier acto lícito con fines religiosos.

Esa interpretación coincide con el hecho de que la Convención no menciona actos específicos por lo que se manifiesta la religión, por lo que se entiende que la libertad que protege es la de manifestar, profesar y divulgar la religión por medio de cualquier acto lícito.

De cualquier manera, conviene analizar el contenido de los actos a los que se refiere el Pacto, puesto que ilustran el contenido de la libertad religiosa. Señala expresamente que la religión se manifiesta mediante “el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza”. No explica en qué consisten dichos actos de culto, pero se entienden conforme al significado común de las palabras. Actos de culto son actos humanos que se dirigen a Dios como ser supremo; son los actos propios de la religión. Los “ritos” propios de una religión son la forma en la cual se practican los actos de culto, de modo que no hay propiamente dos libertades diferentes: una de practicar actos de culto y otra de practicar los ritos; es simplemente la libertad de practicar los actos de culto de acuerdo con los ritos propios de cada religión.

La expresión libertad de “prácticas” de una religión, como no puede referirse a los actos de culto ni a los ritos, ya considerados expresamente, debe referirse a otra materia; puede entenderse en el sentido de la práctica de la religión; esto es, a la conformación de la conducta personal de acuerdo con los principios y reglas morales de la propia religión; es una expresión que equivale a lo que la Convención llama “profesar” la religión.¹² En este sentido también se manifiesta el artículo 27 del Pacto cuando dice que los integrantes de minorías tienen derecho a “profesar y practicar” su religión.

En la enumeración de actos en los que se puede manifestar públicamente la religión, el Pacto, al igual que la Declaración Universal, menciona la “enseñanza”; la Convención no la menciona así, aunque tiene, al igual que el Pacto, un párrafo dedicado a la enseñanza religiosa. El derecho de manifestar la religión por medio de la enseñanza equivale al derecho de recibir y de impartir educación religiosa, de lo cual me ocuparé más adelante y por separado, pues más que ser un derecho comprendido en la libertad religiosa, es un derecho contenido en la libertad educativa.

Respecto a la libertad de “divulgar” la religión, de la cual habla la Convención, me parece que se entiende, o en el sentido de manifestar la reli-

¹² La Convención Internacional de Derechos del Niño declara (c) que el niño tiene derecho a “practicar” su religión, lo cual comúnmente se entiende en el sentido de llevar a la práctica las creencias y preceptos propios de la religión; esto es, conformar su vida y su conducta de acuerdo con esas creencias.

gión, y tendría el significado concreto que ya se explicó, o en el sentido de comunicar la religión de manera masiva, por cualquier medio impreso o electrónico. Desde este punto de vista, sería más bien la libertad de manifestar y publicar ideas, o libertad de expresión, a la que se refieren el artículo 13 de la propia Convención y el artículo 19 del Pacto, y de la cual me ocuparé más adelante.

Del análisis anterior puede concluirse que el acto propio o peculiar de manifestar la religión es el acto de culto; es decir, el acto de reconocimiento de la supremacía de Dios, que debe celebrarse conforme a ciertos ritos, y que da lugar a diferentes costumbres o prácticas, y que incluye la conformación de la vida del creyente de acuerdo con las prescripciones de su religión, que es la mejor manera de reconocer la supremacía de Dios. Los otros actos en los que puede manifestarse la religión: la enseñanza, la publicación de ideas, la reunión o asociación de personas y cualquier otro acto lícito, no son actos de naturaleza religiosa, como el acto de culto, y están contemplados y protegidos por otros derechos humanos, de modo que no caben propiamente en el derecho de libertad religiosa, sino en los derechos humanos correspondientes a la actividad de que se trate. Puede finalmente afirmarse que de acuerdo con los tratados, la libertad de manifestar la religión comprende realizar los actos de culto y cualquier otro acto lícito por el que pueda manifestarse.

El artículo 24 reformado únicamente protege la libertad de practicar los actos de culto, en forma individual o colectiva, en público o en privado. No afirma expresamente la libertad de manifestar la religión por otros actos lícitos, pero tampoco la prohíbe, por lo que se concluye que debe considerarse como un derecho constitucional, porque está reconocido en los tratados. Este derecho se ejerce públicamente en México; por ejemplo, cuando los deportistas se persignan o hacen signos religiosos al empezar o durante las competiciones, o cuando se organizan fiestas en los pueblos y ciudades, en las que se instalan juegos mecánicos, se hacen bailes, se prenden cuetes y se instalan puestos de comida en honor de los santos patronos, o cuando los artistas o conductores de televisión hacen referencias a Dios o transmiten programas de contenido religioso que no son propiamente actos de culto. Sería absurdo decir que no se puede manifestar la religión en esos actos, y muchos otros más porque el artículo 24 solo se refiere a la libertad de practicar actos de culto.

Respecto de los actos de difusión y manifestación de las ideas, de impartir y recibir educación o de reunión y asociación religiosa, como son actos que pueden referirse a fines religiosos o a otros fines, conviene considerarlos como actos cubiertos por los derechos universales correspondientes, lo

mismo que los que persiguen otros fines, aunque quizá puedan tener algún régimen especial en ciertos puntos. Los analizaré a continuación.

V. OTROS DERECHOS HUMANOS UNIVERSALES RELACIONADOS CON LA LIBERTAD RELIGIOSA

Se trata de derechos que son comunes a todas las personas, y que pueden ser ejercidos para cualquier finalidad y también para fines religiosos.

1. *El derecho de libertad de expresión y de manifestación de las ideas*

La Convención tiene un artículo (13), que se refiere a la libertad de pensamiento y a la libertad de expresión. El Pacto, como ya se notó, no tiene un artículo expreso sobre la libertad de pensamiento (pues a ella se refiere junto a la libertad religiosa), pero sí se refiere, en su artículo 19, a la libertad de expresión.

En la Convención, este derecho comprende la “libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole”. Se advierte inmediatamente que comprende básicamente dos aspectos: buscar y recibir información e ideas (que es lo que se ha llamado el derecho a la información) y difundirlas, que es propiamente la libertad de expresión. Se refiere a información e ideas “de toda índole”, por lo que claramente caben las de carácter religioso.

En cuanto a los medios de expresión de las informaciones e ideas, la disposición es totalmente abierta, comprende la expresión oral, por escrito, en forma impresa o “por cualquier otro procedimiento”, de modo que caben las formas de expresión por medios electrónicos. Dispone que este derecho de recibir y difundir informaciones e ideas no reconoce límites por razón de fronteras.

El Pacto, en su artículo 19-2, tiene las mismas disposiciones. Una peculiaridad es el inciso primero de ese artículo, que dice que nadie “podrá ser molestado” a causa de sus opiniones. La manifestación de las opiniones, me parece que queda incluida en la libertad de expresión, la cual comprende la expresión oral, por lo que cabe concluir que el citado inciso primero del artículo 19 del Pacto no establece un derecho de opinión diferente del derecho de libertad de expresión.

En cuanto a las restricciones a la libertad de expresión, hay una diferencia importante entre la Convención y el Pacto. La primera dice (artículo 13-2) que este derecho de libre expresión “no puede estar sujeto a previa

censura sino a responsabilidades ulteriores”. El Pacto (19-3) dice que el ejercicio de la libertad de expresión “entraña deberes y responsabilidades especiales”, y que por lo tanto puede estar sujeto a “ciertas restricciones”. La diferencia es que el tratado americano prohíbe la censura previa, y el otro no, si bien el tratado americano admite que los espectáculos públicos sí pueden estar sujetos a censura previa para “la protección moral de la infancia y la adolescencia”.

El contenido de las restricciones permitidas es igual en ambos tratados: solo se aceptan las restricciones “expresamente fijadas por la ley” y que sean “necesarias” para asegurar el respeto y la reputación de los demás, o para proteger la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Se advierte que son las mismas restricciones, también previstas en ambos tratados (12-3 y 18-3), que puede tener el derecho de manifestar la religión.

La Convención, en el tercer inciso del artículo sobre libertad de expresión, tiene algunas disposiciones peculiares que no existen en el Pacto. Ahí prohíbe que se restrinja la libertad de expresión “por vías o medios indirectos”, como el control del papel periódico, de las frecuencias radioeléctricas, o de aparatos que se usan para la difusión, o “por cualesquiera otros medios” que impidan la comunicación y difusión de ideas; de modo que se trata de una prohibición de límites amplios, que no se limita a los ejemplos enunciados, ya que alcanza a todo acto que impida indebidamente la libertad de expresión.

Los dos tratados contienen una prohibición, que constituye un límite más a la libertad de expresión. Señalan (Convención, artículo 13-5; Pacto, artículo 19) que se prohíbe “toda propaganda a favor de la guerra” y “toda apología del odio nacional, racial o religioso” que incite a la violencia contra una persona o un grupo de personas.

La libertad de expresión contemplada en estos tratados es un derecho que tienen todas las personas, creyentes o no creyentes, y que se refiere a informaciones e ideas religiosas o no religiosas, filosóficas, políticas, económicas, científicas, artísticas o de cualquier naturaleza. Sería discriminatorio, y violatorio del derecho contemplado, el negar o restringir este derecho a los creyentes, afirmando que ellos no pueden opinar de ciertas cuestiones; por ejemplo, de las cuestiones políticas, o afirmando que las informaciones o ideas religiosas no pueden circular libremente y que deben tratarse de modo diferente. Igualmente, el derecho a recibir información contemplado en esos artículos incluye el de recibir la de contenido religioso.

En la Constitución mexicana, la libertad de manifestación de las opiniones y de expresión de las ideas está regulada en los artículos 6o. y 7o., y

el derecho a la información en el artículo 6o., los cuales no excluyen de su protección las opiniones, ideas o informaciones religiosas. Las limitaciones que establecen los tratados y la Constitución a este derecho son, por lo general, semejantes, aunque parecen más extensas las de los tratados que las de la Constitución.

2. *Derecho de educación*

Este derecho comprende dos aspectos: el de recibir educación y el de impartirla. Dada la importancia de esta materia, los tratados se refieren especialmente al derecho de educación religiosa.

Respecto del derecho de recibir educación religiosa, el Pacto dice que los “Estados... se comprometen a respetar la libertad de los padres o tutores a que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”; la Convención dice que los padres o tutores “tienen derecho”¹³ a que sus hijos reciban tal educación. Este derecho o libertad de los padres a que sus hijos reciban educación religiosa también se recoge en el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (artículo 13-3). En estos tres tratados se trata del derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación religiosa o ética que esté de acuerdo con las convicciones de los padres. Tiene un matiz diferente la declaración para eliminar la discriminación por motivos religiosos que señala (artículo 5-2) el derecho de los niños, no de los padres, “a tener educación en materia de religión o convicciones”.

La Constitución mexicana no reconoce ni niega el derecho de los padres a que sus hijos reciban educación religiosa, pero por estar reconocido en los tratados, tal derecho es ya parte del orden constitucional mexicano.

El derecho de los niños a recibir educación religiosa está implícito en los dos tratados, que reconocen la libertad religiosa de toda persona, lo cual incluye a los niños. La Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 1989), también vigente en México, declara expresamente (artículo 14-1) que los niños (menores de 18 años) tienen el derecho de libertad religiosa tal como está definido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, derecho que comprende —como lo dice expresamente la citada declaración para eliminar la discriminación por motivos religiosos—, el de-

¹³ Que se afirme que es una “libertad” o un “derecho” no tiene importancia, pues los tratados suelen usar indistintamente esos términos con el mismo significado, y a veces, como en los artículos citados sobre libertad religiosa, hablan de que la persona “tiene derecho a la libertad”.

recho de los niños a recibir educación religiosa. Por lo tanto, cabe afirmar que el orden constitucional mexicano reconoce a los niños el derecho de recibir educación religiosa, aun cuando el Estado, por disposición expresa del artículo 3o. constitucional, no pueda impartirla, por lo que tal derecho será exigible, primero a los padres de familia y luego a las instituciones religiosas.

Respecto del derecho a impartir educación religiosa, no hay en los tratados una disposición que expresamente confiera ese derecho, pero se entiende que está implícito en el derecho a recibir educación religiosa, que exige necesariamente que alguien la imparta. Este derecho de impartir educación religiosa no es diferente del derecho que tiene toda persona a impartir educación en general. El derecho a la educación se trata en otros instrumentos internacionales; en el ámbito americano, en el Protocolo de San Salvador,¹⁴ y en el ámbito universal, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En el Protocolo de San Salvador, el derecho a la educación se contempla en el artículo 13. Ahí se entiende primariamente como el derecho de toda persona a recibir educación, la cual se contempla como una tarea propia del Estado, de modo que éste es el obligado a satisfacer ese derecho a recibir educación. No obstante, el párrafo cuarto del mismo artículo dice que los padres tienen derecho de escoger el tipo de educación que quieren para sus hijos, lo cual implica que han de existir otras escuelas, además de las estatales, para que los padres puedan elegir la que quieran para sus hijos. Esta conclusión la refuerza el párrafo quinto del mismo artículo, que señala que ninguna de las disposiciones de este artículo sobre la educación pueden interpretarse como una “restricción a la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, de acuerdo con la legislación interna” del Estado.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también en su artículo 13, se refiere al derecho a la educación, en términos muy semejantes a los del Protocolo. Contempla este derecho primariamente como un derecho a recibir educación del Estado, pero acepta, en su tercer párrafo, que los padres tienen derecho a escoger para sus hijos “escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas”, siempre que “satisfagan las normas mínimas que el estado prescriba”. El párrafo cuarto dice (lo que también dice el Protocolo) que este artículo no pretende restringir la libertad “de los particulares y entidades” para establecer y dirigir escuelas que se ajusten a las normas mínimas.

¹⁴ Cuyo nombre completo es Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De ambos tratados se puede concluir la existencia del derecho universal de toda persona (“particulares”), pero también de organizaciones (“entidades”, dicen ambos tratados) a establecer y dirigir escuelas, distintas de las estatales, siempre que cumplan los requisitos mínimos establecidos. Este es un derecho común a creyentes y no creyentes. Unos y otros tienen el derecho de establecer y dirigir escuelas que, si cumplen los requisitos mínimos establecidos, podrán expedir títulos con validez oficial. Los creyentes pueden establecer escuelas, cuyos estudios cuenten con reconocimiento de validez oficial, donde, además de las materias oficiales, se enseñe religión; y los no creyentes pueden establecer escuelas, con reconocimiento oficial, donde además de las materias oficiales impartan enseñanza sobre una cierta filosofía, ética o concepción del mundo.

Igualmente, los creyentes y no creyentes pueden establecer y dirigir escuelas, que no pretendan reconocimiento oficial, y que impartan únicamente religión o alguna doctrina filosófica o ética. Esta actividad, como no significaría enseñanza oficial, puede entenderse también como un ejercicio de la libertad de expresión.

En cuanto al derecho de impartir educación religiosa, de acuerdo con el artículo 3o., fracción primera, de la Constitución mexicana, el Estado no puede impartir educación religiosa; pero la Constitución no prohíbe que otras personas o entidades la impartan y, por el contrario, reconoce (el mismo artículo tercero en su fracción VI) el derecho de los particulares a impartir educación en todos sus tipos y modalidades. Por lo tanto, cabe concluir que de conformidad con los tratados y la Constitución, los particulares y entidades morales o corporativas tienen el derecho constitucional de impartir educación religiosa.

3. Derecho de reunión

Dice la Convención (artículo 15) que “se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas”, y que este derecho solo puede restringirse por disposiciones previstas en alguna ley y que “sean necesarias en una sociedad democrática” por razones de seguridad, orden público, la salud o la moral públicos, y los derechos y libertades de los demás. El Pacto tiene un artículo (artículo 21) casi idéntico. La única diferencia es que no exige que la reunión sea sin armas.

En ambos tratados, es un derecho que tienen todas las personas (creyentes o no creyentes), que se ejerce por razón de cualquier finalidad u objetivo, pues solo se exige que sea una reunión pacífica y sin armas; pueden reunirse

por razón de finalidades políticas, por la celebración de algún acontecimiento feliz, por una competencia deportiva, o también por motivos o fines religiosos, como para una peregrinación o para un acto de oración en algún lugar público.

La Constitución mexicana contempla el derecho de reunión para fines lícitos en el artículo 9o., que no excluye la reunión por motivos o fines religiosos.

Por lo tanto, el derecho a reunirse pacíficamente con fines religiosos en lugares públicos o privados es un derecho constitucional reconocido en la propia Constitución y en los tratados.

4. *Derecho de asociación*

Señala la Convención (artículo 16) que todas las personas “tienen derecho a asociarse libremente” para cualquier fin, y expresamente señala como posibles y lícitas, las asociaciones con fines “ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos”. Contempla (párrafo dos) que el ejercicio de este derecho puede restringirse, de la misma manera (por disposiciones previstas en la ley) y conforme a los mismos criterios (necesidad para proteger bienes públicos o derechos de tercero) que para restringir la libertad de manifestar la religión. Tiene un párrafo más (el tercero), que admite que se puedan imponer más restricciones a este derecho, e incluso la privación del mismo, a los miembros de las fuerzas armadas y la policía.

El Pacto (artículo 22) tiene una disposición semejante. Señala que “toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras”, sin señalar fines, salvo que enfatiza el derecho a “fundar sindicatos”, y contiene un párrafo, el cuarto, en el que declara que las disposiciones del Pacto no lesionan ni restringen la libertad sindical prevista en el Convenio Internacional del Trabajo (1948). Tiene la misma disposición que la Convención respecto de las posibles restricciones a este derecho, y también señala que pueden ser mayores para los miembros de las fuerzas armadas o de la policía, pero, a diferencia del tratado americano, no contempla la posibilidad de excluir este derecho a esas personas.

Los tratados nada dicen acerca del reconocimiento jurídico que puedan tener las asociaciones creadas por los ciudadanos, de modo que esto parece quedar al arbitrio de la legislación interna. Pero es una experiencia universal que para que las asociaciones perduren requieren del reconocimiento

de una personalidad jurídica distinta de la de los asociados; es decir, de su personalidad en cuanto asociaciones (persona moral o persona corporativa). Puede entonces considerarse que para que el derecho de asociación sea ejercido plenamente, como es el objetivo de estos tratados, se requiere que el ordenamiento jurídico interno provea al reconocimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones si cumplen determinados requisitos.

La Constitución mexicana, en su artículo 9o., ya citado, respecto de la libertad de reunión, contempla la libertad de asociación para fines lícitos, y con menos restricciones que los tratados.

Cabe por lo tanto afirmar que la Constitución y los tratados reconocen el derecho humano de asociarse con fines religiosos.

La posibilidad de las asociaciones con fines religiosos, que en el orden jurídico mexicano pueden ser de carácter privado (como una asociación civil con fines religiosos), o de carácter público (como una asociación religiosa debidamente registrada), plantea un nuevo problema estrechamente relacionado con la libertad religiosa; esto es, el problema de regular las relaciones del Estado con las asociaciones de creyentes o iglesias reconocidas por el Estado como entidades con personalidad jurídica. En esta cuestión, que es muy compleja, un punto de partida comúnmente aceptado es el de la separación entre el Estado y las iglesias, o, mejor dicho, la distinción entre el ámbito político, y su principal institución; esto es, el Estado, y el ámbito religioso y sus instituciones o iglesias. Este principio declara la distinción de ámbitos competenciales, y además el reconocimiento de la recíproca autonomía del Estado y las iglesias.

VI. LOS LÍMITES A LA LIBERTAD RELIGIOSA

La libertad de tener religión no tiene limitación en ninguno de los dos tratados que se están analizando, lo cual se explica naturalmente porque se trata de una libertad interior. En cambio, ambos tratados señalan límites a la libertad de manifestar la religión. El párrafo tercero del artículo sobre libertad religiosa de ambos tratados establece qué limitaciones puede tener; dicen que esta libertad puede estar sujeta “únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”.¹⁵

¹⁵ Convención, artículo 12-3. El Pacto únicamente varía las palabras finales, y en vez de decir “los derechos o libertades de los demás”, dice “los derechos y libertades fundamentales de los demás”.

Las limitaciones admitidas deben cumplir dos condiciones, según lo prescrito en ese párrafo: la primera es que sean “prescritas por la ley”, de modo que no valen las establecidas en un reglamento ni las dictadas por cualquier instancia administrativa, judicial o cuasijudicial,¹⁶ que no tengan fundamento en una ley. La otra condición es que tales limitaciones sean “necesarias para proteger” los bienes enumerados, de modo que no se pueden aplicar limitaciones para incrementar esos bienes, ni aquellas que siendo convenientes no son realmente necesarias.

Evidentemente que la aplicación de estas limitaciones deja un amplio margen de discrecionalidad al Estado, sobre todo porque no hay una delimitación clara de lo que son esos bienes, como la “seguridad”, el “orden” y la “moral”.

Para tener más elementos de juicio sobre cómo podrían aplicarse correctamente estas limitaciones, conviene analizar las reglas que dan los tratados sobre las limitaciones que los Estados pueden establecer a los derechos humanos en general. Una primera disposición que debe tenerse en cuenta es que el derecho de libertad religiosa es uno de los derechos cuya vigencia los Estados no pueden suspender ni siquiera en “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación” (artículos 4-1 y 2o. del Pacto y 27-2 de la Convención). Lo mismo dice el artículo 29 de la Constitución mexicana. Si los tratados prescriben que el derecho de libertad religiosa no se puede suspender ni siquiera en situaciones excepcionales, para que un Estado pueda establecer alguna limitación al derecho de manifestar la religión es preciso que demuestre fehacientemente que tales limitaciones son “necesarias para proteger” alguno o varios de los bienes públicos previstos.

Los tratados también establecen algunas reglas de interpretación de sus disposiciones (artículos 29 y 30 de la Convención y artículo 5o. del Pacto) que tienden a evitar que los Estados, o cualquier grupo, pretendan imponer restricciones injustificadas a los derechos humanos. La Convención (29-a) y el Pacto (artículo 5-1) coinciden en esta regla: que ninguna disposición del tratado puede interpretarse en el sentido de permitir o dar derecho a un Estado, grupo o individuo para suspender los derechos humanos o para restringirlos “en mayor medida” que la prevista por los tratados. Aplicando esta regla interpretativa a las disposiciones que permiten restricciones al derecho de manifestar la religión, se concluye que tales disposiciones deben interpretarse de manera estricta, de modo que no se impongan limitacio-

¹⁶ Pienso que pueden llamarse cuasijudiciales las decisiones de organismos autónomos como el Instituto Federal Electoral, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos o la Comisión Nacional para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

nes en “mayor medida” que la autorizada. Así, una limitación que no fuera necesaria, pero sí conveniente o muy conveniente para proteger el orden público, no puede ser una limitación válida de acuerdo con los tratados, porque no es necesaria.

La Convención da otras reglas para evitar la limitación indebida de derechos humanos. Dice que el tratado no puede ser interpretado en el sentido de limitar algún derecho o libertad que pudiera estar reconocido por las leyes nacionales o por otros tratados (artículo 29-b), ni tampoco (artículo 29-d) en el sentido de “excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”; entre esos actos internacionales de la misma naturaleza cabe pensar en la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación fundadas en la Religión o en las Convicciones. Nótese que esta regla interpretativa de la Convención no hace que tales declaraciones sean instrumentos jurídicamente vinculantes; simplemente protege que no se elimine el posible efecto que puedan surtir, que en mi opinión es el de considerarlas como elementos para interpretar válidamente el contenido de los derechos previstos en ella, y especialmente del derecho de libertad religiosa.

El Pacto da otra regla interpretativa (artículo 5-2), según la cual no pueden admitirse restricciones a los derechos humanos previstos en los tratados, que pretendan establecerse por virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, “so pretexto” de que el tratado “no los reconoce o los reconoce en menor grado”. Esto significa que no se puede restringir un derecho con la mera afirmación (“so pretexto”) de que el tratado lo reconoce en menor grado; no se puede, por ejemplo, decir que como este pacto reconoce el derecho de manifestar la religión en forma limitada, entonces puede ser válida cualquier restricción que imponga el Estado.

El artículo 24 constitucional establece otras limitaciones o restricciones. Dice, en primer lugar, que no hay libertad para practicar actos de culto que “constituyan un delito o falta penados por la ley”. De acuerdo con los tratados, si un acto de culto constituyera un delito penado por las leyes, estaría justificado que no hubiera libertad para practicarlo, porque se trataría de una limitación impuesta en las leyes y necesaria para proteger el orden o la seguridad pública. Pero no ocurre lo mismo cuando el acto de culto constituye una “falta”, es decir, la infracción a una disposición administrativa, que puede constar en un reglamento. En este punto, el artículo 24 constitucional es más restrictivo que el régimen de los tratados, pero como se trata de una restricción constitucional, parecería que deberá prevalecer, de acuerdo con

el criterio citado de la Suprema Corte mexicana; pero debe notarse que esta restricción solo se aplica a la libertad de practicar actos de culto, y no a la de manifestar la religión por otros actos.

Hay otra restricción introducida con la reciente reforma del artículo 24 constitucional, que de acuerdo con el criterio citado de la Suprema Corte debe prevalecer no obstante las disposiciones de los tratados. Comienza diciendo el primer párrafo de dicho artículo, que “Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado”. Luego añade que “esta libertad” incluye el derecho de participar en actos de culto. Y termina el párrafo con esta frase: “Nadie podrá utilizar los actos públicos de expresión de esta libertad con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política”.

Si se entiende la restricción al pie de la letra, se concluye que la citada limitación se refiere a los actos públicos de expresión de la “libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión”, que es la única “libertad” que se menciona en el párrafo, de modo que afectaría a quien expresa en público sus convicciones éticas, sus juicios de conciencia o sus creencias religiosas.

La restricción es que no se pueden manifestar las convicciones éticas, los juicios de conciencia o las creencias religiosas “con fines políticos, de proselitismo o de propaganda religiosa”. Esta restricción es muy problemática, porque se refiere a las intenciones subjetivas de quien manifiesta públicamente sus convicciones, juicios o creencias; y el orden jurídico, al menos en una sociedad democrática, no pretende gobernar las intenciones, sino los actos externos. ¿Acaso se podría negar a un candidato a un puesto público de elección popular, mientras está en campaña, el derecho a acudir a un acto de culto público, o el derecho a pronunciar un discurso donde manifieste sus convicciones éticas, porque eso sería interpretado como un uso de su libertad con fines políticos o electorales? O si alguien da una conferencia en algún auditorio público, o emite una opinión en un medio de comunicación, en la que, a partir de sus convicciones éticas o religiosas, hace un juicio sobre los asuntos políticos del país. ¿Podría decirse que está haciendo un uso político de su libertad y por lo tanto violando la Constitución?

Me parece que esa nueva restricción está muy mal formulada y que lo mejor que puede pasar es que no se aplique para que no se convierta la Constitución mexicana en un instrumento para descalificar a los ciudadanos por la expresión de sus convicciones éticas o religiosas.

Es cierto que las restricciones constitucionales, de acuerdo con el citado criterio de la Corte, deben prevalecer respecto de los tratados. Esto es así en

el orden constitucional mexicano. Pero es también verdad que la Constitución mexicana no modifica el contenido de los tratados ni las obligaciones que el Estado mexicano asume, al ratificarlos, ante la comunidad internacional. Por lo tanto, si alguien quisiera impugnar un acto del Estado por el que violó su derecho de libertad religiosa, o cualquier otro derecho humano, y el Estado se apoyara en la existencia de una restricción constitucional, el interesado podría acudir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que ahí se juzgue si dicho acto violó el derecho humano reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos. El caso podría llegar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tendría que decidir si la restricción constitucional es conforme o no con la Convención Americana, y si juzgara que la restricción va en contra de la Convención, la Suprema Corte mexicana tendría que acatar esa decisión, de acuerdo con el criterio que ella misma emitió.

Considerando lo anterior, se ve que las restricciones constitucionales que vayan en contra de lo establecido en los tratados de derechos humanos pueden ser combatidas ante la Comisión y superadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

VII. REPÚBLICA LAICA Y LIBERTAD RELIGIOSA

Entre las posibles limitaciones que pudiera tener el derecho de libertad religiosa en México podría mencionarse que el Estado mexicano es un Estado laico. Poco antes de que se reformara el artículo 24 constitucional, se reformó el artículo 40¹⁷ con el único objeto de establecer que la República mexicana, que antes se calificaba como “representativa, democrática, federal”, ahora se califica como “representativa, democrática, laica, federal”.

Cabe preguntar si la adición del calificativo “laica” a la República mexicana constituye una restricción al derecho humano de libertad religiosa. Que la República sea “laica” solo indica que la república no asume como propia alguna religión, o incluso que asume el compromiso de no reconocer alguna religión como oficial. Es una reiteración de lo que dice el artículo 24 en su segundo párrafo: “El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna”.

Que la República o el Estado como tales no asuman una determinada religión es algo evidente y que no necesita declaración alguna, porque los fines de la organización política son siempre de orden temporal, de modo que

¹⁷ Reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de noviembre de 2012.

no necesita asumir una religión para cumplir su cometido. Por su propia naturaleza, el Estado es laico, y no es necesario que haya una declaración al respecto, como tampoco es necesario que se diga que es laica una empresa, un sindicato, un partido político, una escuela o cualquier otra asociación que busque fines temporales.

El hecho de que la República mexicana se haya declarado laica no quiere decir, evidentemente, que los ciudadanos no tienen religión ni que se les fuerza a no tenerla. Todos los ciudadanos mexicanos, y quienes habitan en el territorio mexicano, aunque no sean ciudadanos, tienen todos los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados vigentes, según lo dice el artículo primero constitucional; por lo tanto, todos tienen el derecho de libertad religiosa.

Más aún, de acuerdo con el párrafo quinto del mismo artículo primero, está prohibido discriminar a cualquier persona por razón, entre otras, de su religión. En consecuencia, no se pueden negar ni menoscabar a los creyentes sus derechos políticos, de expresión de las ideas, de reunión, de educación, ni de libertad religiosa, por el hecho de que tengan y practiquen una religión.

VIII. LOS DEBERES DEL ESTADO RESPECTO DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

Al firmar y ratificar los tratados de derechos humanos, los Estados asumen, ante la comunidad internacional, algunas obligaciones respecto de esos derechos. La Convención, en su artículo 1o., dice que los Estados se comprometen (se entiende ante la comunidad internacional) a “respetar” los derechos y libertades, así como a “garantizar su libre y pleno ejercicio” a todas las personas (y aclara que “persona es todo ser humano”). Añade que los Estados se comprometen, si no estuviera ya garantizado el ejercicio de esos derechos, a tomar “las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

Por su parte, el Pacto (artículo 2-1) dice más o menos lo mismo: que los Estados se comprometen “a respetar y garantizar a todos los individuos” los derechos en él reconocidos, y (artículo 2-2) que en caso de no estar ya garantizados tales derechos, se comprometen a “dictar disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos” tales derechos. Añade un párrafo (el tercero), donde explica en parte el contenido de la obligación de garantizar: que exista un recurso efectivo contra la violación de los derechos, que tal recurso lo conozcan y resuelvan autoridades

competentes, administrativas o judiciales, y que las autoridades que hayan hecho la violación tengan el deber de cumplir la resolución que sea dictada.

Conforme a estos dos tratados, los Estados asumen las obligaciones de “respetar” los derechos y “garantizar” su ejercicio. Respetarlos puede significar simplemente que estén reconocidos como vigentes por el ordenamiento jurídico. La obligación de “garantizar” su ejercicio, o, como dice la Convención, su “pleno ejercicio”, tiene un contenido más amplio; evidentemente, incluye la existencia de un mecanismo judicial o administrativo para denunciar, reparar y sancionar las violaciones; pero eso no parece suficiente para garantizar su “pleno ejercicio”, pues puede ser que los derechos no se ejercitan, no porque alguien lo impida u obstaculice, sino porque no existen las condiciones necesarias para poder hacerlo, especialmente cuando se trata de derechos de contenido económico, social o cultural.

Por lo anterior, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala (artículo 2o.) que los Estados se comprometen a “adoptar medidas... especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo grado de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados... la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. Como se ve, en este tratado, la obligación de garantizar comprende, ya no solo la adopción de medidas jurídicas y judiciales, sino también de medidas económicas y técnicas. Por ejemplo, garantizar el derecho a la habitación no consiste solo en poner un artículo en la Constitución que diga que toda persona tiene derecho a tener una habitación en propiedad, sino en disponer de los adecuados programas financieros y de construcción de vivienda para que tal derecho pueda ser realmente efectivo.

La Constitución mexicana, en su artículo primero, párrafo tercero, dice que “todas las autoridades” tienen la obligación, no solo de respetar, proteger y garantizar, sino además de “promover” los derechos humanos. No hace distinción entre derechos humanos civiles y derechos humanos sociales, por lo que se entiende que la obligación de promover abarca ambos. Es más amplia la obligación prevista en la Constitución que la prevista en los tratados, por lo que debe prevalecer la Constitución.

En consecuencia, todas las “autoridades”, es decir, quienes ejercen el poder público (Ejecutivo, Legislativo o Judicial), tienen el deber de respetar, proteger, garantizar y promover el derecho de libertad religiosa reconocido actualmente en el orden constitucional mexicano. Este deber del Estado implica que los ciudadanos podrán ejercitar el juicio de amparo en contra de violaciones al derecho de libertad religiosa, pero también para exigir que

el Estado tome las medidas adecuadas para promover ese derecho, para lograr, como dice el citado artículo dos del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, su “plena efectividad”.

IX. CONCLUSIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL MEXICANO

Presento aquí en forma abreviada las conclusiones a las que llego a lo largo de este trabajo.

Primera. Libertad religiosa, libertad de pensamiento (o de “convicciones éticas” en el artículo 24 constitucional) y libertad de conciencia son tres libertades diferentes, que requieren sus propias reglas jurídicas. Libertad religiosa es la que tiene toda persona de relacionarse con Dios, sin ninguna coacción, y de manifestar su religión. Libertad de pensamiento es la de pensar y asentir sin coacción externa, así como la de expresar el pensamiento de manera verbal (libertad de opinión o manifestación) o por cualquier medio (libertad de expresión); esta libertad de pensamiento sí tiene un régimen propio en los tratados, así como en los artículos constitucionales 6o. y 7o. La libertad de conciencia (que también puede entenderse como libertad de pensamiento: no ser forzado a asentir, o libertad religiosa: no ser forzado a creer) en sentido propio es la libertad que tiene toda persona de actuar de acuerdo con su juicio de conciencia; no hay en los tratados ni en la Constitución y un régimen de esta libertad, que resulta problemática cuando el juicio de conciencia individual entra en conflicto con el ordenamiento jurídico; este conflicto se resuelve por el sistema de objeción de conciencia, que todavía no está regulado ni por los tratados ni por la Constitución, aunque lo admiten algunas leyes; la mención de la libertad de conciencia puede ser un punto de partida para desarrollar un régimen de objeción de conciencia, no como un derecho general, sino como un recurso en casos específicos.

Segunda. La libertad religiosa comprende la libertad de tener, o no tener, conservar o cambiar una religión y la libertad de manifestarla.

Tercera. La libertad de tener una religión o no tenerla no tiene ninguna limitación.

Cuarta. La libertad de manifestar la religión comprende hacerlo en forma individual o colectiva, en lugares públicos o privados, y especialmente su manifestación por medio de los actos de culto y por la conformación de la propia vida del creyente de conformidad con sus convicciones éticas y religiosas.

Quinta. El derecho a la información, a la libre manifestación y publicación de las ideas comprende las ideas religiosas, con el mismo alcance y limitación que respecto de ideas de otra índole.

Sexta. Los padres de familia, o tutores, tienen derecho a que sus hijos reciban la educación religiosa y ética que los padres decidan. Los niños tienen derecho, ante sus padres, a la educación religiosa. Todas las personas e instituciones tienen derecho, respetando la legislación educativa, a impartir educación religiosa, salvo el Estado, que por disposición constitucional (artículo 3o.) no puede hacerlo.

Séptima. El derecho de reunión con fines religiosos lo ejercen los ciudadanos creyentes con las mismas facultades y limitaciones que si lo hicieran con otros fines lícitos.

Octava. El derecho de asociación con fines religiosos es un aspecto del derecho general de asociación con fines lícitos; implica el derecho de los ciudadanos creyentes de asociarse para constituir una persona jurídica moral.

Novena. Las restricciones a la libertad de manifestar la religión que establece el artículo 24 constitucional, el que los actos de culto no constituyan una “falta”, o el que la libertad de convicciones éticas, de conciencia o de religión se usen para fines políticos o electorales, son restricciones que exceden lo previsto en los tratados, y pueden ser denunciadas ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Décima. El Estado, en todos sus órdenes, está obligado a reconocer, garantizar y a promover el derecho de libertad religiosa, tomando las medidas judiciales, administrativas y económicas que sean necesarias o convenientes para alcanzar su pleno ejercicio.

EL OMBUDSMAN EN MÉXICO: EL SISTEMA NACIONAL DE PROTECCIÓN NO JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS MÁS GRANDE DEL MUNDO

Armando ALFONZO JIMÉNEZ*

...allí donde no se respetan los Derechos Humanos no puede legítimamente hablarse de Estado de Derecho, de paz y de seguridad pública; de libertad, de justicia y de democracia. En suma, no puede hablarse de vida comunitaria civilizada.

Jorge MADRAZO¹

SUMARIO: I. Introito: hacia la consolidación de una garantía constitucional de carácter no jurisdiccional. II. Ciertos aspectos doctrinales. III. La fundación de la CNDH. IV. La constitucionalización de la CNDH y la creación del sistema de protección no jurisdiccional más grande del mundo. V. La CNDH como nuevo sujeto legitimado para participar en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad. VI. Breves reflexiones a propósito de la reforma constitucional de 2012 relacionadas con la institución. VII. Algunos ataques y debilidades del sistema nacional de protección no jurisdiccional de los derechos humanos en México. VIII. Propuestas para el fortalecimiento del sistema. IX. Bibliografía y otras fuentes.

* Licenciado en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Maestro en derecho constitucional por la Universidad Latina de América. Miembro asociado de la Sección Mexicana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, y miembro numerario del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México. Premio Nacional a la Investigación Jurídica 2013 por la Asociación Nacional de Facultades, Escuelas de Derecho, Departamentos de Derecho e Institutos de Investigación Jurídica (ANFADE).

¹ Madrazo, Jorge, Discurso pronunciado con motivo de la entrega del Informe Anual mayo 1994-mayo 1995, como presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en *6 años de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en voz de sus presidentes*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1996, p. 80.

I. INTROITO: HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE UNA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE CARÁCTER NO JURISDICCIONAL

Han transcurrido más de dos décadas desde la incorporación de la institución del *Ombudsman* en el ordenamiento jurídico mexicano, y paso a paso esta figura ha ganado aceptación, no sin dificultades, por parte de la doctrina y de quienes ejercen la profesión jurídica, como una de las garantías constitucionales que junto con los medios preventivos integran lo que el doctor Héctor Fix-Zamudio identifica como “Defensa de la Constitución”.²

A propósito de los merecidos homenajes que la Universidad Nacional Autónoma de México, mi alma *mater*, le ha brindado al doctor Jorge Carpizo, en mi muy humilde opinión, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y el sistema que hoy tenemos de protección no jurisdiccional de los derechos humanos, no se entendería sin la imaginación, el genio, el arrojo y el liderazgo que demostró el doctor Carpizo al frente de este organismo.

Cuando en la doctrina se discute sobre si el *Ombudsman* es la persona que la encabeza o la institución,³ de inmediato viene a mi mente la imagen del doctor Jorge Carpizo. Pese al cuestionado estatuto jurídico de creación, las limitaciones presupuestales iniciales y las condiciones de la infraestructura del organismo naciente, estas circunstancias pasaron a un segundo plano, por la titánica y ejemplar labor que desarrolló el primer defensor del pueblo, mexicano. Quienes tuvimos la oportunidad y el privilegio de servir desde ese lugar fuimos testigos de la brillantez y de la valentía del doctor Carpizo.

Por supuesto que la CNDH y los órganos homólogos responden en gran medida a sus equipos de trabajo, pero en el caso de la instancia nacional, su presidente fundador dejó una impronta que sin duda alguna fue seguida fielmente por el titular que lo sucedió, licenciado Jorge Madrazo, a quien tuve el privilegio de acompañar en esa y otra trinchera. Empero, después de tales gestiones, la institución perdió vuelo, y ha sido cuestionada desde distintas perspectivas, mismas que habremos de revisar en este ensayo.

Entonces, ¿el *Ombudsman* es la persona que la encabeza o la institución? No tengo duda que la lucha por los derechos humanos no solo es de una

² Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas (IJ), UNAM, 2011, pp. 383 y 384. También en Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 8a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 207.

³ Acuña Llamas, Francisco Javier, *La CNDH una institución a medio camino. Propuestas para su urgente transformación*, México, Grupo Mandala Editores, Universidad Anáhuac del Sur, 1999, pp. 25 y 32.

persona; sin embargo, en el caso del primer organismo público dedicado a salvaguardar la dignidad humana en México, el líder fue determinante para el auxilio de miles de personas que fueron atendidas por el organismo y, además, para su posicionamiento en la dinámica pública del país.

Sin autoridad moral, los mensajes que transmite el titular del organismo carecen de toda credibilidad. De ahí la trascendencia de quien encabece la causa a favor de los derechos humanos desde esa posición.

II. CIERTOS ASPECTOS DOCTRINALES

Dentro de la caracterización del *Ombudsman* y dada su difusión en una buena parte de los países del mundo, se señalan ciertos rasgos que le son comunes: lo que algunos autores han llamado los “principios universales”,⁴ los cuales se supone permiten garantizar la eficacia de la institución.

Los principales principios son:

1. *Independencia*

Este rasgo consiste en que la institución del *Ombudsman* no puede estar sujeta a la autoridad ni a la influencia de alguno de los órganos del poder público, ni tampoco puede actuar de acuerdo con la presión de organismos de la sociedad civil, medios de comunicación, partidos políticos o cualquier intervención externa. Como ente técnico que es, el *Ombudsman* debe basar sus decisiones solo en la investigación realizada y en las pruebas que integran el expediente. Si no es así, perderá credibilidad y autoridad moral, que es fundamental para su magistratura de opinión.

2. *Autonomía*

No basta con que el *Ombudsman* se encuentre fuera del ámbito orgánico ni dependa de las decisiones de otras instancias del poder público o de la sociedad. El titular del órgano de defensa de los derechos humanos debe gozar a cabalidad de plena libertad para conformar su equipo de trabajo. En la práctica de algunas entidades federativas de nuestro país e, incluso, en

⁴ Fairén Guillén, Víctor, *El Defensor del Pueblo –Ombudsman–*, t. I: *Parte general*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982, pp. 46 y ss.; Rowat, Donald C., *El ombudsman en el mundo*, traducción y apéndice de Carlos Giner de Grado, Barcelona, Teide, 1990, pp. 157-159; Alfonzo Jiménez, Armando, “La experiencia del *Ombudsman* en México”, *Idea Económica*, México, Universidad Iberoamericana, febrero-marzo-abril de 1996, pp. 54-63.

las más recientes designaciones de los presidentes de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, hemos sido testigos de cómo los legisladores a cargo de ese nombramiento influyen para que determinada persona ocupe un cargo importante dentro de la estructura del órgano. Por supuesto que esos “recomendados” no responden ni a la lógica del titular de la institución ni a su espíritu.

Justamente, todas aquellas acciones tendientes a la integración del *Ombudsman* o a la infiltración de personas que no están comprometidas con la causa por los derechos humanos, y que obedecen a intereses partidistas, de grupo o individuales, menoscaban la autonomía que debe gozar este órgano.

Quien aspira a ser titular de una comisión pública de derechos humanos, en la medida en que acepta negociar políticamente la integración del organismo en aras de lograr su titularidad, rompe con su autonomía, y con ello desvirtúa su naturaleza apartidista y socava su autoridad moral.

3. *Autoridad moral*

En mi opinión, la autoridad moral que debe distinguir la actuación del titular de la institución defensora de los derechos humanos es el rasgo que marca la diferencia entre una buena gestión de una mala al frente del *Ombudsman*.

Este principio parte del perfil de quien ocupara la titularidad del organismo. Una persona con la preparación suficiente, que entienda y esté comprometida con la causa de los derechos humanos, que vea esa oportunidad como un momento propicio para servir, sin especular que al término de su gestión recibirá a cambio otra posición o prebendas.

4. *Neutralidad partidista*

Esta característica está relacionada con la de autoridad moral. En otra ocasión me he referido a ello.⁵ Hay quienes consideran que el titular del organismo debe reunir las calidades de apartidista y apolítico.

En mi opinión, resulta inadecuado considerar que el titular del organismo no debe conocer el contexto político en el que se mueve. Esto no significa que contribuya a generar beneficios a determinado político o personaje de la vida pública. En ciertos momentos, pasar por alto el factor político tendría un gran costo. Por ejemplo, el caso de un proceso de paz, en el que por una parte

⁵ Alfonso Jiménez, Armando, *La defensa no jurisdiccional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, pp. 48-50.

la guerrilla denuncia acoso de las fuerzas armadas y, por otra, el gobierno imputa el carácter de delincuentes a quienes se levantaron en armas.

En definitiva, el *Ombudsman* no solo no debe tener militancia ni simpatía por partido político alguno, sino que debe seguir un parámetro estricto en su relación con las distintas fuerzas políticas, trato amable, pero con rigor técnico. De lo contrario, el titular se pondrá en vilo y carecerá de autoridad moral.

5. *No obligatoriedad de sus recomendaciones*

Las resoluciones más conocidas del *Ombudsman* son sus recomendaciones. Estas decisiones no tienen un efecto de fuerza vinculante para las autoridades destinatarias. El soporte de las recomendaciones es la acreditación plena, mediante pruebas y razonamientos de carácter jurídico, de las violaciones a derechos humanos. Son un instrumento disuasorio: buscan convencer a través de argumentos y no vencer con el poder del Estado. Más adelante abundaremos al respecto.

6. *Carácter técnico*

El trabajo del *Ombudsman* debe estar respaldado por razones de carácter técnico, nunca por especulaciones ni suposiciones sin sustento.

La autoridad moral del titular de la institución y la credibilidad y convicción de cada una de las resoluciones dependen del sustento probatorio y de la debida fundamentación.

Cuando se alude al *Ombudsman* como magistratura de persuasión, no podría entenderse esa condición sin razonamientos claros, motivados y apegados a derecho. Lo que busca este órgano no se reduce a dar una opinión en un caso sobre violación a derechos humanos, sino que el trabajo documental y la investigación que realiza están soportados en elementos probatorios que son sopesados bajo las reglas de valoración del propio sistema jurídico, y las observaciones que se formulan y las sugerencias que se dirigen están respaldadas en consideraciones de derecho.

7. *Designación del titular del Ombudsman por parte del Legislativo*

El modelo original del *Ombudsman* escandinavo hace referencia a la designación del titular de la institución por parte del parlamento.

En el caso de México, esto ya es una realidad. Empero, los legisladores todavía no calibran la trascendencia que tiene para la vida misma del

organismo su carácter autónomo. Muchos senadores que han participado en el proceso de selección del presidente de la CNDH creen que su investidura les da licencia para fungir como “bolsa de trabajo” y comprometer a los candidatos a ese cargo que si no le garantiza lugares determinados del organigrama, no les darán su voto a cambio. Esto refleja la pobreza de formación y de miras de estos sujetos que no les importa en absoluto el éxito de la Comisión.

Los partidos políticos se han ocupado más de obtener ganancias personales y de grupo, en lugar de servir realmente a la comunidad; además,⁶ existe un desencanto en general de la clase política, circunstancia que obliga a pensar en mecanismos de control y de auténtica participación ciudadana para garantizar que lleguen a la posición de más alto nivel en la CNDH personas con un perfil profesional y autoridad moral que permitan un debido derrotero a la institución.

En otro apartado de este trabajo me permitiré formular una propuesta en particular en relación con el sistema de designación del presidente de la CNDH y de los titulares de los organismos homólogos de las entidades federativas.

8. *Oportunidad para publicitar su trabajo*

La obligación que se les impone a los organismos públicos protectores de los derechos humanos, además de significar un mecanismo de rendición de cuentas, sobre todo representa una magnífica oportunidad para dar a conocer su trabajo, de generar una cultura a favor de la dignidad personal, y, como estrategia, es el momento propicio para llamar la atención de los medios de comunicación y de la opinión pública para que sus posicionamientos tengan una incidencia y se cumplan debidamente sus distintos pronunciamientos.

⁶ Al abordar el fenómeno relativo a la “partitocracia”, Alejandro Nieto, con agudeza y contundencia, afirma: “[...] el objetivo directo del partido es la conquista y mantenimiento del Poder [...] Y todos los partidos sin excepción pretenden mejorar las relaciones sociales, de tal manera que la ‘conquista del Estado’ —una denominación emblemática de la literatura fascista— no es más que un episodio intermedio dirigido a un fin superior inequívocamente altruista. Lo que sucede, con todo, es que la ocupación lleva consigo inevitablemente un beneficio personal directo de los miembros del partido, cuya dedicación a los objetivos públicos merece, como mínimo, una compensación para su subsistencia material ya que quien sirve al altar tiene derecho a vivir de él.

[...]

Un partido como un señor feudal no puede sobrevivir sin un botín que repartir entre sus huestes porque éstas exigen algo para mantener su fidelidad”. *El desgobierno de lo público*, Barcelona, Ariel, 2008, pp. 90 y 91.

III. LA FUNDACIÓN DE LA CNDH

A finales de la década de los ochenta en México, la realidad en cuanto a la procuración de justicia era desoladora: de manera formal se aceptaba como “reina de las pruebas” a la confesión; en consecuencia, la mayoría de las corporaciones policiacas asumían como una práctica “institucional” a la tortura como método de “investigación”. Esta repudiable práctica posibilitaba que la policía “resolviera” prácticamente todos los asuntos. Se consignaban a la autoridad judicial a los “presuntos responsables” con su confesión debajo del brazo, producto de las distintas formas de tortura, fuera física o psicológica.

El régimen autoritario tenía grandes inercias: una de ellas consistía en la censura previa a aquellos comunicadores que se atrevían a dar una opinión que no era acorde a lo que pensara el “Gran Hermano”. Y si por alguna razón el comunicador se manifestaba con libertad y criticaba a alguien del sistema, como cualquier régimen totalitario, a través de la amenaza, la intimidación u otra represalia, el comunicador tenía que guardar silencio.

Pero hubo otros casos de periodistas que no tuvieron esa fortuna. Que murieron por expresar y defender sus ideas. Fue el caso de Manuel Buendía y de Norma Corona. En ambos casos los autores intelectuales y materiales de los asesinatos fueron agentes de la ley.

Como México estaba en negociaciones para la adopción de un tratado de libre comercio con los Estados Unidos de América y Canadá, los socios activaron la alarma y presionaron al sistema, el cual, forzosamente por las circunstancias internas y externas, empezó a tomar medidas para transformar a la seguridad pública y para atajar la falta de respeto de los derechos humanos.

Estos antecedentes narrados fueron los causantes de la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Como el presidente de la República, Carlos Salinas de Gortari, tenía en puerta un viaje oficial a los Estados Unidos de América, a la usanza más acabada del presidencialismo mexicano, mediante un decreto administrativo creó la Oficina que se encargaría de la protección de la dignidad de los habitantes del país, bajo el nombre de “Comisión Nacional de Derechos Humanos”.

En efecto, de inmediato hubo voces —con justa razón— que criticaron la manera en que el presidente le dio origen a esta institución. Con ello se puso en tela de juicio uno de los rasgos fundamentales del *Ombudsman*: su independencia.

Sin embargo, la designación de la titularidad de este órgano recayó en la persona del doctor Jorge Carpizo, quien no militaba en ningún partido político. Con el transcurso del tiempo, el doctor Carpizo y su equipo, en el ejercicio cotidiano de la defensa de los derechos humanos, demostrarían su neutralidad para atender y resolver los casos a su cargo. Además, la autoridad moral, avalada por su formación técnica y su valentía, acreditarían al doctor Carpizo en la comunidad nacional y en el extranjero. Basta con revisar el órgano de difusión oficial de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (*Gaceta*) para darse cuenta de todo el trabajo profesional del personal encabezado por el presidente fundador.

1. *Los primeros y difíciles pasos*

En un país de tradición autoritaria, en el que prevalecía de manera casi absoluta la formación jurídica bajo el manto del positivismo clásico, la presencia de una institución cuyo origen y naturaleza no eran conocidos generó incompreensión y críticas.

¿Cómo era posible que una instancia del orden público formulara sus decisiones sin que contara con la fuerza del imperio de la ley?

Una institución ajena a nuestra tradición jurídica, ¿para qué?

Pero si ya teníamos el amparo ¿ese sí, un verdadero proceso jurisdiccional que obliga a las partes a su cumplimiento!

¿Por qué romper la uniformidad? ¿Por qué ir más allá del pensamiento único?

En efecto, el *Ombudsman* le generaría comezón a más de uno. Incluso, algún ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se preguntaba cómo el Estado iba a ir en contra del mismo Estado.⁷

Por fortuna, ya en tiempos más avanzados en cuanto a la democratización del país, es perfectamente aceptable que existan distintas perspectivas del derecho.

El derecho en primer lugar es lenguaje. Es decir, discurso. No corresponde a la exactitud de las ciencias naturales.

Y como discurso, el derecho a base de argumentos, de razonamientos, claro que puede generar convencimiento.

Si el derecho solo fuera fuerza obligatoria, entonces, la regularidad de los arreglos entre las personas sería exclusivamente por la vía jurisdiccional, y esto no es así.

⁷ Gudiño Pelayo, José de Jesús, *El Estado contra sí mismo. Las comisiones gubernamentales de derechos humanos y la deslegitimación de lo estatal*, México, Noriega Editores, 1998.

Justamente, el *Ombudsman* lo que persigue no es vencer, sino convencer. Por eso es conocido como una magistratura de opinión o de persuasión.

Cualquier servidor público ante quien se demuestra, con elementos de prueba, que uno de sus subordinados no siguió los lineamientos marcados en la ley, que actuó arbitrariamente, y que con esa conducta ha provocado una lesión a la dignidad de la persona, por supuesto que ese servidor público tomaría todas las medidas a su alcance para sujetar a un procedimiento de investigación a quien vulneró derechos humanos y, en su caso, resarcir los daños causados.

2. *Los cuestionamientos iniciales*

Al nacer la institución del *Ombudsman* en México, en primer término se cuestionó la manera en que fue creada: a través de un acto del presidente de la República.

Aunque se han formulado explicaciones para justificar de ese modo la creación de la CNDH, comparto la idea de que no fue la mejor forma de dar vida jurídica a esta institución en nuestro país. Se entiende la inercia del presidencialismo mexicano; sin embargo, si se hubiera creado en sintonía con el principio de independencia, la institución hubiera tenido mayor legitimación.

Empero, como hemos dicho, gracias a la presencia del doctor Jorge Carpizo y su gran autoridad moral, y debido al actuar serio y profesional del personal de la CNDH, en el terreno de los hechos, se actuó con plena independencia del Poder Ejecutivo, de los otros poderes y de los diversos sectores de la sociedad civil.

3. *La construcción de nuevos puentes de relación*

Si bien es cierto que un *Ombudsman* no es un intermediario entre la sociedad y el gobierno, la nobleza de sus propósitos propicia que tenga una red de relaciones muy importantes. Con la variable de la personalidad y actuación de su titular, a muchas organizaciones de la sociedad civil, gremios de profesionales, incluso del extranjero, les interesa establecer vínculos más allá del seguimiento de algún caso.

En México, el *Ombudsman*, al procurar la promoción de los derechos humanos, establece lazos de comunicación con sectores académicos, organizaciones de distinta índole, y otras personas que en conjunto hacen un gran frente común a favor de los derechos humanos.

En la medida en que sopesemos el valor de esa conjunción de esfuerzos, y de dejar a un lado los “egos”, en esa justa dimensión la causa de los derechos humanos se beneficiará y permitirá mayor exigencia y control a los órganos del poder público.

Hemos sostenido en otra ocasión que la crítica del *Ombudsman* debe ser propositiva y constructiva.⁸ Los señalamientos a determinados servidores públicos por una actuación que vulnera derechos humanos no debe entenderse como una crítica a las instituciones del país.

4. *La Federación Mexicana de Organismos Públicos de los Derechos Humanos*

Crear el sistema no jurisdiccional de protección a los derechos humanos no solo propició contar con el mayor número de instancias públicas defensoras de los derechos humanos en México. Gracias a la acción de sus primeros presidentes, las comisiones públicas de derechos humanos se hermanaron en una asociación nacional. En la ciudad de Chihuahua, Chihuahua, el 23 de septiembre de 1993, se constituyó la Federación Mexicana de Organismos Públicos de Protección y Defensa de los Derechos Humanos.⁹

Pareciera que hoy en día esos lazos de solidaridad que existieron dejaron de serlo. Es una lástima. La causa de los derechos humanos nos debe convocar al mayor número de personas para hacer frente a los abusos del poder. También es la única manera de cambiar las prácticas vejatorias de la dignidad personal y de concebir a un derecho que tiene como base los valores más nobles del ser humano.

En el orden internacional, es importante destacar el liderazgo que tuvo la CNDH para fundar y desarrollar la Federación Iberoamericana de Defensores del Pueblo, Procuradores, Comisionados y Presidentes de Comisiones Públicas de Derechos Humanos. En Cartagena de Indias, Colombia, fue fundada esta asociación los días 4 y 5 de agosto de 1995, por los presidentes de los organismos públicos de protección de los derechos humanos de Argentina, Colombia, Costa Rica, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México y Puerto Rico.¹⁰

⁸ Alfonso Jiménez, Armando, *La defensa no jurisdiccional de los derechos humanos*, cit., p. 53.

⁹ “Estatutos de la Federación mexicana de organismos públicos de protección y defensa de los Derechos Humanos”, *Gaceta*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, núm. 41, diciembre de 1993, pp. 11-16.

¹⁰ Madrazo, Jorge, “Presentación”, *Estatutos de la Federación Iberoamericana de Defensores del Pueblo, Procuradores, Comisionados y Presidentes de Comisiones Públicas de Derechos Humanos*, México, Impresos Chávez, 1995, pp. 5-7.

México asumió el liderazgo de esta nueva conjunción de empeños en pro de los derechos del mundo, al ser designado Jorge Madrazo, titular de la CNDH, como presidente de la citada Federación.

5. *Los medios de comunicación social*

De poco o de nada sirve la labor del Defensor del Pueblo si no cuenta con el respaldo de los medios de comunicación y la opinión pública. Se constituyen como sus aliados imprescindibles.¹¹

Las comisiones públicas de derechos humanos se constituyen como unas magistraturas de opinión. Para ello, es necesario que columnistas, periodistas y demás comunicadores reflexionen en torno al tema de los derechos humanos y al trabajo del *Ombudsman*. Además, se requiere de un compromiso firme de los editores para dar espacios relevantes en los medios de comunicación a la labor cotidiana de la institución y a sus recomendaciones públicas.

En países auténticamente democráticos esto es una realidad; en cambio, en naciones con gobiernos autoritarios o aparentemente democráticos se controla a los medios de comunicación y se minimiza el papel de las instituciones defensoras de derechos humanos.

En nuestro país, todavía son muchos los hilos de control a los medios de comunicación que manejan los gobernantes. Lamentablemente, el dinero público se emplea para la propaganda política y la publicidad gubernamental.

Los políticos indebidamente siguen con la promoción de su persona, de su imagen y la de los partidos políticos que los respaldan, en detrimento de la veracidad y oportunidad de la información. Las noticias claves de una sociedad democrática se relegan a un segundo plano, y las frivolidades de los gobernantes ocupan las ocho columnas de los diarios y de los noticiarios.

Esta situación no solo se refiere a las patologías de los sistemas políticos, sino también a los trastornos y ambiciones de algunos medios de comunicación.

6. *Su labor de generar una cultura por los derechos humanos*

Hoy, que tanto se habla de cambios de paradigmas, una verdadera transformación en relación con los derechos humanos pasa necesariamente

¹¹ Alfonso Jiménez, Armando, "Los medios de comunicación social y la opinión pública: aliados imprescindibles del *Ombudsman*", *El Cotidiano*, México, año 19, núm. 63, julio-agosto de 1994, pp. 78-82.

te por la educación y la cultura. Eso que algunos llaman “el sentimiento constitucional”.¹² No es posible superar nuestros atavismos y malas prácticas jurídicas si no tomamos en serio los derechos humanos.

En primer lugar, a quien le corresponde poner a la dignidad humana por encima de formalismos y de falsos nacionalismos es a nuestro más alto tribunal de justicia del país. No es aceptable que un órgano que se jacte de ser promotor y defender los derechos humanos subestime el contenido de los tratados internacionales en la materia y que con un juego de palabras,¹³ por una parte diga que esos tratados tienen un rango constitucional, y, por otra, que soslaye el valor del derecho convencional y lo subordine al ordenamiento jurídico nacional en aquellos casos en que la ley fundamental establezca restricciones, con lo cual se hace nugatorio el principio pro persona: si la norma internacional beneficia más a la persona en el caso concreto, ¿por qué aplicar la norma constitucional que establece limitaciones y que no es favorable a la dignidad de la persona?

Lo anterior nos demuestra una vez más que el camino para transformar la cultura jurídica en nuestro país todavía es muy largo y sinuoso.

Es necesario voltear a otros diseños normativos y realidades.

Durante varias décadas el positivismo tradicional fue de gran utilidad al régimen autoritario que gobernó. La alternancia partidista, si bien es cierto ha representado un paso significativo en el proceso de democratización que ha experimentado México, también lo es que es mucho lo que está por realizarse para transformar el régimen político. Hay muchas normas jurídicas, posiciones doctrinales, criterios jurisdiccionales y prácticas políticas de tipo autoritario.

Desde su fundación, la CNDH ha apostado a la generación de una auténtica cultura de los derechos humanos a través de la capacitación institucional, cursos a grupos sociales, intercambio con universidades públicas y privadas, así como con la publicación de materiales informativos y libros sobre las perspectivas actuales de los derechos humanos, los mecanismos de su defensa y los límites con que cuentan las autoridades para no transgredir los derechos humanos.

¹² Barroso, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 3.

¹³ “Tratados internacionales tienen rango constitucional: SCJN”, *El Universal*, México, 3 de septiembre de 2013, www.eluniversal.com.mx/nacion-mexico/2013/tratados-internacionales-tienen-rango-constitucional-scn-947582.html.

IV. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA CNDH Y LA CREACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN NO JURISDICCIONAL MÁS GRANDE DEL MUNDO

1. *El nuevo sistema*

Con la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de enero de 1992, se adicionó un apartado “B” al artículo 102. En este apartado se le daría alojamiento al *Ombudsman*, no solo a título individual, sino como todo un sistema integrado por la instancia con competencia federal y los 32 organismos en cada una de las entidades federativas del país. Un total de 33 instancias que conforman la red más grande del mundo. El apartado “A” quedó reservado para los contenidos ya previstos relativos al Ministerio Público de la Federación.

En el primer párrafo del novedoso apartado B se establecería como facultad exclusiva del Congreso federal y de los órganos legislativos de las entidades federativas, en la esfera competencial correspondiente, la de crear jurídicamente a los organismos públicos protectores de los derechos humanos. Por tanto, ningún otro órgano del poder público está facultado para establecer la figura del *Ombudsman*, de acuerdo con el espectro de sus atribuciones.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el marco de las llamadas “controversias constitucionales”, ha conocido y resuelto casos en los que se ha cuestionado que otras entidades públicas ejerzan una facultad privativa a los órganos legislativos mencionados. En especial, se han presentado que autoridades municipales han intentado crear oficinas de ese nivel de gobierno defensoras de los derechos humanos. El más alto tribunal de justicia del país ha declarado tales tentativas de dar vida jurídica a esas oficinas como inconstitucionales.¹⁴

2. *Competencia de los organismos públicos de derechos humanos*

El texto constitucional refiere que estos organismos de derechos humanos “que ampara” el orden jurídico mexicano conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa realizados por cualquier autoridad o servidor público, excepto de los del Poder Judicial de la Federación que violen estos derechos.

¹⁴ Controversia constitucional 14/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Novena Época, Pleno, registro núm. 188020, XV, enero de 2002, Tesis P./J.134/2001, p. 916.

No pasa desapercibida la versión de 1992 de la Constitución, que se circunscribía a los derechos humanos “reconocidos” por el orden jurídico nacional, y se pretendía condicionar a las comisiones de derechos humanos para que se restringieran al ámbito de validez normativo nacional; empero, desde sus inicios la práctica de las instituciones dedicadas a la defensa de la dignidad humana ha sido progresista, lo que propició posteriormente la modificación del texto constitucional. Basta con revisar las recomendaciones de estos organismos para darse cuenta del uso reiterativo de las fuentes normativas internacionales en materia de derechos humanos.

En cuanto a que los actos u omisiones administrativos deberían ser atribuidas a quien tuviera *auctoritas*; es decir, autoridades o servidores públicos, nuestra Constitución sigue una vieja tesis, que consiste en afirmar que solo quien tiene ese carácter puede transgredir derechos humanos; en consecuencia, desde esta óptica un particular —persona física o moral— no puede directamente ser considerado como sujeto activo de violación de la dignidad personal.

Este criterio está en tela de juicio, a raíz de la entrada en vigor de la nueva Ley de Amparo de abril de 2013, que incluyó como regla la posibilidad de considerar a ciertos particulares dentro de la categoría de autoridad. Lo que en Alemania desde hace más de sesenta años se conoce como el *Dritt-wirkung*.¹⁵

Llama la atención que mientras en una ley se prevé que en un proceso jurisdiccional como el amparo se admite que un particular puede violar derechos (eficacia horizontal), el criterio que prevalece en sede constitucional en el caso del mecanismo no jurisdiccional de protección a los derechos humanos se mantiene con la añeja y obsoleta tesis de que los únicos que pueden vulnerar los derechos fundamentales son las autoridades y los servidores públicos. Es menester actualizar tan vetusta idea.

3. *La incompetencia de la CNDH para conocer violaciones a derechos humanos cometidas por miembros del Poder Judicial de la Federación*

En la parte final de este mismo párrafo se contempla una limitada competencia del organismo nacional protector de los derechos humanos: no podrá conocer de violaciones a derechos humanos provenientes de servidores públicos del Poder Judicial Federal.

¹⁵ Anzures Gurría, José J., “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 22, enero-junio de 2010, pp. 3-51.

La pregunta que inmediatamente surge: y entonces ¿quién las conocerá?

La respuesta que encontramos no nos resulta satisfactoria: el propio Poder Judicial de la Federación.

Sin lugar a dudas, la intervención de la CNDH, al mando de Jorge Carpizo, en casos en los que se acreditaron violaciones a derechos humanos en la vertiente administrativa cometidas por órganos jurisdiccionales federales y locales suscitó inconformidades que influyeron negativamente para la figura del *Ombudsman* cuando este instrumento se elevó a rango constitucional. El argumento válido que, desde el punto de vista jurídico, los detractores de la institución esgrimieron, fue de carácter netamente formal: ¿cómo era posible que un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación se inmiscuyera en los asuntos judiciales! Aunque en varias ocasiones se probaron violaciones procesales, en opinión de los integrantes de la judicatura, con ello se vulneraba el principio de independencia judicial, lo cual en términos exactos no era así, dado que la intervención de la CNDH no incidió en la *ratio decidendi* de los órganos jurisdiccionales.

Algunos somos de la idea de que el *Ombudsman* judicial sí sería de gran provecho para una mejor administración de justicia en nuestro país. El Consejo de la Judicatura Federal no cumple con la función de magistratura de opinión que sí cumple la institución de origen escandinavo. Por lo menos sería deseable que la CNDH recuperara una parte de su competencia original para conocer de violaciones administrativas de los jueces y tribunales.

Por desgracia, muchas entidades federativas inspiradas en el modelo federal replicaron la limitante en el ámbito judicial local y, por ende, muchas de las violaciones procesales quedan impunes.

4. *Las recomendaciones públicas y no vinculatorias del Ombudsman*

El párrafo segundo del apartado B del artículo 102 constitucional alude a una de las decisiones más paradigmáticas del *Ombudsman*. Cuando estos organismos acreditan fehacientemente, mediante una investigación rigurosa técnico-jurídica y con base en pruebas, la violación a derechos humanos, emite un documento conocido como “recomendación”, cuya naturaleza es pública —se trata de ventilar a través de los medios de comunicación el sustento que sirvió de base para comprobar la violación a derechos humanos—, no vinculatoria —esta decisión carece de fuerza obligatoria—.

Cabe hacer la siguiente aclaración: hay una idea equivocada que pulula en distintos ámbitos sobre la actividad del *Ombudsman*. Muchos creen que esta institución solo hace recomendaciones. Los más críticos las equiparan con las “llamadas a misa”.

Esta perspectiva de ninguna manera es un reflejo de todo lo que hace el organismo en pro de la dignidad personal.

Por ejemplo, en el caso de la CNDH, el porcentaje histórico aproximado de los asuntos resueltos vía recomendación es mucho menor al 10% del total de quejas conocidas.¹⁶

Algunos casos que se inician no son de la competencia del organismo, aun-que se facilita a quienes acuden a él la información mínima para explicarles de su asunto, y en otros supuestos se les canaliza ante la autoridad competente.

Otras quejas siguen su curso, y cuando se le pide su informe a la auto-ridad, no en pocas ocasiones se le da respuesta satisfactoria al agraviado.

En otras ocasiones, gracias a la intervención de las comisiones de dere-chos humanos el caso se resuelve durante el procedimiento.

También, cuando no se esté en presencia de una violación grave a dere-chos humanos, es posible someter el asunto a amigable composición con la autoridad correspondiente, la que al aceptar los puntos de esa conciliación y al atenderlos da cabida a la conclusión del caso.

En el propio párrafo segundo del precepto comentado se prevé la facul-tad de los organismos de defensa de los derechos humanos para presentar denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.

5. *Las nuevas obligaciones de los servidores públicos frente a los organismos públicos de derechos humanos*

Dentro del mismo párrafo segundo en comentario se han establecido las siguientes nuevas obligaciones a los servidores públicos:

- A) Dar respuesta a las recomendaciones de estos organismos.
- B) Intervención parlamentaria para el cumplimiento de las recomen-daciones.

Este nuevo mecanismo de control parlamentario en México fue pro-puesto por primera vez por Jorge Madrazo cuando fungía como presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.¹⁷

En el supuesto de que la autoridad destinataria de una recomendación del *Ombudsman* no la acepte o la admita, pero no la cumpla, tiene la obliga-ción de fundar, razonar y hacer pública su negativa.

¹⁶ Por ejemplo, durante 2012, de un total de 10,237 casos concluidos solo 75 se refieren a recomendaciones. Véase *Informe de Actividades 2012*, México, CNDH, 2013, t. I, pp. 12 y 13.

¹⁷ “Retos y perspectivas del sistema nacional de protección no jurisdiccional de los dere-chos humanos”, *Temas y tópicos de derechos humanos*, México, CNDH, 1995, pp. 29-40.

Además, se dota, según corresponda, al Senado de la República y, en sus recesos, a la Comisión Permanente o a las legislaturas locales, de facultades para, previa solicitud de los organismos de derechos humanos, llamar a comparecer a las autoridades o servidores públicos responsables, con objeto de que expliquen las razones de su negativa.

6. *Casos de incompetencia de los organismos públicos de derechos humanos*

En el párrafo tercero del artículo 102, apartado B, de la Constitución mexicana se establecen otras dos causales de incompetencia para las instituciones públicas de derechos humanos.

El primer aspecto vedado para los organismos públicos de derechos humanos son los asuntos electorales. Hemos referido antes como uno de los rasgos universales del *Ombudsman* su carácter apartidista. Esta condición le permite al organismo sustraerse de las pugnas entre los partidos políticos, de la dinámica de los “dimes” y “diretes” y de los señalamientos propios de la lucha por el poder. Los organismos públicos de derechos humanos no pueden estar inmersos en esa dinámica. En el momento en que en un caso concreto se pronunciaran a favor o en contra de un interés partidista, en ese momento los demás partidos políticos se le irían encima, con independencia de las razones técnicas esgrimidas.

Además, en los últimos años en nuestro país se han incorporado garantías constitucionales de naturaleza jurisdiccional, como lo son el juicio para la protección de los derechos políticos electorales del ciudadano y el juicio de revisión constitucional electoral que se ejercen ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Por cierto, algunas de las resoluciones emitidas por ese órgano jurisdiccional no han estado exentas de polémica, en virtud de la propia naturaleza de la materia electoral.

La segunda de las causales de incompetencia establecida en el párrafo tercero invocado se constriñe a los asuntos jurisdiccionales.

Esta limitante alude a la imposibilidad de los organismos de derechos humanos para sustituir la autoridad decisoria del juez; es decir, a las cuestiones jurisdiccionales de fondo. El *Ombudsman* no puede pronunciarse sobre las cuestiones centrales de los procesos jurisdiccionales, no puede hacer una valoración de las pruebas y de los argumentos de las partes para decidir quién tiene la razón. En el momento en que el *Ombudsman* se pronunciara en ese sentido, desvirtuaría su naturaleza jurídica y dejaría de ser vía no jurisdiccional para convertirse en órgano jurisdiccional.

Precisamente este es el argumento que deja sin elementos a aquellos que abogan por dotar de fuerza vinculatoria a sus decisiones. Cuando al

Ombudsman se le dote de poderes para obligar a las partes a cumplir con su resolución, en ese momento ya no podríamos hablar de *Ombudsman*, sino de un juez o tribunal.

7. *La CNDH y su autonomía*

En el cuarto párrafo del artículo 102, apartado B, de la Constitución mexicana, se precisa la denominación del órgano que establezca el Congreso federal para la protección de los derechos humanos en ese ámbito: Comisión Nacional de los Derechos Humanos. También en este párrafo se alude a que esta instancia contará con autonomía de gestión y presupuestaria, además de personalidad jurídica y patrimonio propios.

Aunque nuestro ordenamiento constitucional lamentablemente no contiene una adecuada técnica jurídica para categorizar y caracterizar a los órganos constitucionales autónomos, derivado de la doctrina y de las decisiones de nuestro más alto tribunal de justicia del país, ha quedado claro que la CNDH es un órgano constitucional autónomo.¹⁸

8. *La autonomía de los organismos públicos de derechos humanos de las entidades federativas*

En el párrafo quinto del artículo 102, apartado B, de nuestra ley fundamental, se ordena que las Constituciones de los estados de la República, así como el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, establezcan y garanticen la autonomía de las instancias locales encargadas de la defensa de los derechos humanos.

9. *El Consejo Consultivo de la CNDH*

El párrafo sexto del artículo 102, apartado B, de la Constitución mexicana, establece el sistema de designación y sustitución de los integrantes del Consejo Consultivo de la CNDH. Este órgano colegiado está integrado por diez personalidades, que son electas por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes del Senado de la República o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación agravada.

¹⁸ Para abundar sobre los elementos que componen a los órganos constitucionales autónomos puede verse Alfonso Jiménez, Armando *La defensa no jurisdiccional de los derechos humanos*, cit., pp. 29-33.

En relación con la presentación de las propuestas formuladas por el Senado, la carta fundamental remite a una reserva de ley.

Cada año deberán ser sustituidos dos de los consejeros de mayor antigüedad en esa responsabilidad, excepto que hayan sido propuestos y ratificados para un segundo periodo.

Cuando la figura del “Consejo” apareció en el primer Reglamento Interno de la CNDH y se integró con diez personalidades de la vida pública del país, yo lo entendí como una forma de suavizar la creación de la institución vía el decreto presidencial y de dotarle de una legitimidad social.

Ahora, que la CNDH y los organismos homólogos son designados por el Poder Legislativo, en mi opinión, ha perdido sentido la presencia de un órgano colegiado como el Consejo.

10. *El presidente de la CNDH*

El párrafo séptimo del precepto constitucional en análisis alude al titular de la CNDH y de su Consejo Consultivo. Su designación será en idénticos términos que la de los consejeros: votación de las dos terceras partes de los miembros presentes del Senado de la República, o en sus recesos, de la Comisión Permanente, con la misma votación. La duración de la gestión del presidente de la CNDH será de cinco años, con la posibilidad de una reelección, y no podrá ser removido de sus funciones sino en los términos del título cuarto de la Constitución.

No estamos de acuerdo con la reelección del presidente de la CNDH, así como de los demás titulares de organismos públicos de defensa de los derechos humanos que, según su estatuto constitucional y legal, cuentan con la posibilidad de prolongar en un nuevo periodo su gestión.

En el marco de varias sucesiones que hemos sido testigos de titularidades de organismos públicos de derechos humanos en algunas entidades federativas del país, se ha advertido el indebido actuar de los presidentes de los organismos públicos de derechos humanos en turno, toda vez que han utilizado la estructura, el personal y los recursos económicos de la institución para hacer proselitismo a su favor o, cuando ya no cabe su reelección, en pro de su candidato. Con esta actitud, además de no ejercer la imparcialidad que le corresponde, se pone en condiciones de negociar políticamente con los legisladores, pone en riesgo la autonomía de la institución, y con todo ello socava su autoridad moral.

En cuanto al régimen de responsabilidades del presidente de la CNDH, la remisión que hace la Constitución al régimen general de las responsabilidades de los servidores públicos nos parece acertada; sin embargo, llama

la atención que este funcionario no cuente con la protección constitucional de inmunidad procesal. Por el tipo de la función que realiza consideramos pertinente que el presidente de la CNDH goce de este tipo de garantía constitucional, toda vez que no en pocas ocasiones los asuntos que conoce y resuelve son sumamente delicados y afectan intereses. De otra manera, con un simple procedimiento de responsabilidad podría destituir al presidente de la CNDH de su encargo.

11. *El sistema de designación del presidente, de los consejeros de la CNDH y de los titulares de los organismos públicos de derechos humanos de las entidades federativas*

El párrafo octavo del artículo 102, apartado B, prevé que la designación del presidente, de los consejeros de la CNDH y de los titulares de los organismos públicos de protección de los derechos humanos de las entidades federativas se hará conforme a un procedimiento de consulta pública, que deberá ser transparente, bajo los términos y condiciones que desarrollen las leyes correspondientes. Sobre este tema abundaremos más adelante.

12. *Obligación del presidente de la CNDH de presentar un informe anual de actividades*

El párrafo noveno del artículo 102, apartado B, impone como una obligación al titular de la CNDH, rendir un informe anual de actividades a los tres poderes de la Unión: al Legislativo, al Ejecutivo y al Judicial. Desde mi perspectiva, más como una rendición de cuentas, que en todo caso se justificaría frente al órgano de designación; es decir, el Legislativo, representa una magnífica oportunidad para que los medios de comunicación difundan los resultados obtenidos y para que la opinión pública conozca el trabajo, las problemáticas y los desafíos que enfrenta el *Ombudsman* nacional.

13. *La CNDH como segunda instancia en la vía no jurisdiccional de defensa de los derechos humanos en México*

En el párrafo décimo de la norma constitucional de referencia se contempla la denominada “segunda instancia” en el mecanismo no jurisdiccional de defensa de los derechos humanos en nuestro país. En el supuesto de que se presenten inconformidades por virtud de las recomendaciones,

acuerdos u omisiones de los organismos públicos locales de las entidades federativas, la CNDH intervendrá como instancia revisora.

En mi muy particular punto de vista, este mecanismo rompe con el sistema federal. Una vez más, se parte de la desconfianza no solo de las autoridades de gobierno del fuero común, sino también de los organismos públicos de protección de los derechos humanos. En este sentido, se le dan a la CNDH facultades, que van más allá del ámbito federal, y se centralizan decisiones que deberían adoptarse en sede de las propias entidades federativas.

14. *La facultad de investigación de violaciones graves a derechos humanos a cargo de la CNDH*

El nuevo párrafo último del artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es una adición producto de la transferencia que hizo el poder revisor de la carta magna de una desprestigiada facultad que tenía a su cargo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, prevista por el artículo 97 constitucional, para investigar violaciones graves a derechos humanos.

Cuando este mecanismo estaba previsto para desarrollarlo la Corte, muchas voces dentro de la doctrina se pronunciaban por su desaparición.¹⁹

Por otra parte, Jorge Carpizo explicaba algunas razones para que no se lograra este traslado de atribuciones a favor de la CNDH.²⁰

En estricto sentido, la CNDH no tenía impedimento de conocer e investigar sobre violaciones a derechos humanos en general, con independencia de su gravedad.

En el terreno práctico, antes de la reforma constitucional la CNDH había formulado un número importante de recomendaciones sobre violaciones graves a derechos humanos.

También la CNDH había elaborado informes especiales; por ejemplo, en materia de desapariciones forzadas, que implicaban el ejercicio de atribuciones de investigación sobre violaciones graves a derechos humanos.

¹⁹ Carpizo, Jorge, *Propuestas sobre el Ministerio Público y la función de investigación de la Suprema Corte*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005, pp. 51-110; Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, cit., pp. 287-294.

²⁰ Carpizo, Jorge, “¿Es acertada la probable transferencia de la función de investigación de la Suprema Corte a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos?”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 313-337.

Bajo esta perspectiva, resultaba innecesario mantener esta garantía constitucional.

El texto de este párrafo *in fine* establece, por una parte, la posibilidad de que la CNDH, *motu proprio*, inicie una investigación sobre hechos que engendren violaciones graves de derechos humanos, o le otorga legitimidad a ciertos actores políticos —el Ejecutivo Federal, las cámaras del Congreso de la Unión, los gobernadores de los estados, el jefe de gobierno del DF o las legislaturas de las entidades federativas—, para que accionen el procedimiento.

Para empezar, ¿qué debe entenderse por violación *grave* a derechos humanos? Con el anterior régimen de “garantías individuales” la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostenía el criterio de gravedad en cuanto “la sociedad se encuentra en un estado de inseguridad material, social, política o jurídica” como resultado de que las autoridades encargadas de brindar seguridad a la población sean las que provoquen violencia para lograr la disciplina social, o bien, que frente a un desorden generalizado las autoridades resulten omisas, negligentes o impotentes para asegurar la paz y el respeto a las garantías individuales.²¹

Habrá que esperar un nuevo criterio, sea por parte del *Ombudsman* nacional o del propio máximo tribunal de justicia del país.

Una de las características principales del *Ombudsman* es su plena independencia del poder público, y esta facultad es propicia para adentrar en un terreno muy peligroso, que es la politización de la causa de los derechos humanos.

Si la anterior facultad, a manos de la Suprema Corte, era cuestionada y se sujetaban a grandes presiones políticas a los once ministros de ese órgano jurisdiccional, ¿qué será de las presiones a las que se someterá a una sola persona; es decir, el presidente de la CNDH?

Aunado a la circunstancia de que puede darse la situación de que el presidente de la CNDH no sea profesional del derecho.

El ejercicio de esta facultad de investigación ha dejado mucho qué desear. A algunos políticos les ha servido para desviar la atención y que la problemática de violación de derechos se concentre en el órgano a cargo. Cuando la Suprema Corte era ese órgano fue objeto de múltiples críticas, y sus informes finales fueron altamente cuestionados. La verdad no creemos que lo anterior cambie sustancialmente. Por eso, lo más conveniente es que se suprima tal facultad de investigación. Reitero: la CNDH tiene competencia constitucional para conocer y resolver sobre cualquier violación a derechos humanos. Y lo más adecuado es que su actuación se lleve a cabo

²¹ *Ibidem*, p. 318.

sin presiones políticas de ningún tipo. Así se cumplirá la característica fundamental de la independencia del *Ombudsman*.

V. LA CNDH COMO NUEVO SUJETO LEGITIMADO PARA PARTICIPAR EN LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y EN LAS ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. *Legitimación de las comisiones de derechos humanos para presentar acciones de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

A raíz de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de septiembre de 2006, se incorporaron como sujetos legitimados para interponer acciones de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación a los organismos que conforman el sistema nacional de protección no jurisdiccional más grande del mundo.

En este sentido, se adicionó un inciso g a la fracción II del artículo 105 constitucional.

En la primera parte del inciso citado se le concede a la CNDH la acción de demandar la invalidez de leyes federales, estatales, del Distrito Federal, o de tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, cuando vulneren derechos humanos, sean de fuente nacional o internacional.

Llama la atención la acción de inconstitucionalidad respecto de tratados internacionales aprobados conforme al procedimiento constitucional respectivo.

Pensamos que hubiera sido más sano incluir un control de la constitucionalidad a priori; es decir, que cuando se encuentre en trámite el procedimiento de adopción de los tratados internacionales en materia de derechos humanos pudieran participar tanto la CNDH como la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Estoy cierto que no dejará nada bueno cuando el más alto tribunal de justicia del país decida invalidar una norma convencional en materia de derechos humanos a pesar de que haya sido adoptada conforme al procedimiento previsto en la Constitución. Es probable que en ese supuesto la comunidad mundial le exija al Estado mexicano responsabilidad internacional.

En el caso de los organismos públicos locales de derechos humanos, también se les dota de legitimidad para presentar acciones de inconstitucionalidad. A las instancias de protección de los derechos humanos de las entidades federativas, en contra de leyes expedidas por legislaturas locales, y a la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, contra leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

Como da cuenta precisa el jurista Joaquín Brage Camazano,²² en la redacción de esta última parte del inciso bajo análisis se advierte un error de técnica jurídica del poder revisor de la Constitución. El control constitucional que demanden los organismos locales de derechos humanos se constriñe a “leyes”, pero no se especificó —a diferencia del ámbito federal— que vulneraran derechos humanos. Bajo esta dinámica, los organismos locales de derechos humanos podrían interponer acciones de inconstitucionalidad contra toda ley.

2. *La CNDH como sujeto legitimado para presentar controversias constitucionales ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

Gracias a la reforma constitucional al artículo 105, fracción I, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 11 de junio de 2013, se faculta a los órganos constitucionales autónomos para presentar ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, controversias constitucionales cuando estimen que han sido afectados sus ámbitos competenciales.

En efecto, el nuevo inciso l de la fracción I del artículo 105 de nuestra norma fundamental alude a las controversias constitucionales que se susciten entre “Dos órganos constitucionales autónomos, y entre uno de éstos y el Poder Ejecutivo de la Unión o el Congreso de la Unión sobre la constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales”.

Es cierto que la Constitución mexicana carece de una adecuada técnica y no se precisa con claridad cuáles son esos órganos constitucionales autónomos. Sin embargo, apoyados en la doctrina podemos derivar las características de estos entes para identificarlos plenamente.

Manuel García Pelayo estableció una caracterización muy útil de los órganos constitucionales autónomos.²³

Los órganos constitucionales en México son: el Banco central, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), los tribunales agrarios, el Instituto Federal Electoral (IFE) y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en el ámbito federal.

Por tanto, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos es sujeto legitimado para intervenir en las controversias constitucionales ante el más alto tribunal de justicia del país.

²² Brage Camazano, Joaquín, “La acción abstracta de inconstitucionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Acuña, Juan Manuel (coords.), *Curso de derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2011, pp. 355 y 356.

²³ García Pelayo, Manuel, “El ‘status’ del Tribunal constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, vol.1, núm. 1, enero-abril de 1981, pp. 11-29.

VI. BREVES REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2012 RELACIONADAS CON LA INSTITUCIÓN

El 11 de junio de 2011 apareció publicada en el *Diario Oficial de la Federación* una muy importante reforma constitucional en materia de derechos humanos.

Días antes, el 6 de junio, se había publicado una reforma constitucional en materia de amparo, que vendría a ser una complementaria de la otra.

Los principales aspectos de la reforma en materia de derechos humanos son:

- a) Cambio de denominación de “derechos humanos” por “garantías individuales” y ampliación de la tutela.
- b) Cambio de la titularidad de los derechos: la persona en lugar del individuo.
- c) Reconocimiento de las fuentes de los derechos humanos: nacionales e internacionales.
- d) Principio pro persona: criterio hermenéutico de aplicación de la norma más favorable a la persona en caso de antinomia, silencio legislativo o problemas comprensivos.
- e) Nuevas y trascendentes obligaciones para todas las autoridades: promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.
- f) Nuevo régimen de suspensión de derechos humanos.
- g) Ampliación competencial del *Ombudsman* en asuntos laborales.

Sobre este aspecto conviene formular algunas reflexiones. Los organismos públicos de derechos humanos recobraron una competencia que perdieron cuando se elevó a rango constitucional al *Ombudsman*.

En sus orígenes, la Comisión Nacional de Derechos Humanos tenía competencia en materia laboral.

En su primer Reglamento Interno se establecía con claridad dicha circunstancia. En su artículo 4o. se contemplaban dos hipótesis: la primera, una incompetencia de la CNDH cuando existiera un conflicto en la relación laboral patrón-trabajador y cuya solución fuera jurisdiccional, y la segunda, que mediara la intervención de una autoridad administrativa, y que se le atribuyera a esa autoridad una violación a garantía individual o social. En la práctica, la CNDH conoció y resolvió asuntos de naturaleza laboral cuando la transgresión a los derechos humanos provenía de autoridades

administrativas en aspectos procedimentales (violaciones al debido proceso, dilación en la administración de justicia, entre otras).²⁴

Ahora que de nueva cuenta la CNDH tiene competencia en asuntos laborales, al igual que las instituciones análogas en las entidades federativas, se tiene el reto de determinar el alcance de lo que implican “los asuntos laborales”.

No cabe duda que las comisiones de derechos humanos no tienen competencia para conocer de asuntos jurisdiccionales de fondo. En este sentido, el *Ombudsman* no podrá pronunciarse en un conflicto laboral para inclinar la balanza a favor o en contra de alguna de las partes. No es posible que estos organismos influyan en el sentido del laudo.

Con independencia de lo anterior, se abre un horizonte interesante en la materia laboral. A partir de la inclusión de la llamada “cláusula antidiscriminación” en el artículo primero, *in fine*, de la Constitución mexicana, llama la atención que pueden darse supuestos de discriminación en el ámbito del trabajo que actualicen la competencia de los defensores públicos de derechos humanos. También cierta práctica de acoso laboral, ahora conocido por “*mobbing*”.

- h) La facultad investigadora de violaciones graves a derechos humanos a cargo de la CNDH, que ya hemos revisado con antelación.

VII. ALGUNOS ATAQUES Y DEBILIDADES DEL SISTEMA NACIONAL DE PROTECCIÓN NO JURISDICCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Ya han pasado más de veinte años desde que se creó el sistema de protección no jurisdiccional más grande del mundo.

En el recorrer de los años, la actuación de estos órganos no ha estado exenta de las críticas, unas bien sustentadas y otras de mala fe.

A continuación daremos cuenta de los principales cuestionamientos que se le han dirigido al *Ombudsman* en México, y también aprovecharemos este apartado para referirnos de algunas de las debilidades que advertimos, a la luz de la reforma constitucional de junio de 2011.

1. *Defensores de delincuentes*

Los organismos públicos protectores de derechos humanos han sido víctimas de campañas de desinformación para colocarlos preponderantemente

²⁴ Alfonso Jiménez, Armando, “La Comisión Nacional de Derechos Humanos y los asuntos laborales”, *Trabis*, México, año 1, núm. 1, enero-febrero de 1997, pp. 4-6.

como “defensores de los delincuentes”. No es de extrañar que dichas campañas provienen justamente de quienes han resultado más afectados por la intervención del *Ombudsman*, servidores públicos que realizaban “prácticas” no ajustadas al respeto de los derechos humanos.

La seguridad pública y el combate a la delincuencia también son derechos fundamentales. Los organismos públicos de derechos humanos no pueden estar en contra del cumplimiento de tales derechos. Sin embargo, las autoridades responsables de tan sensibles tareas no están autorizadas a utilizar métodos delincuenciales para enfrentar al delito.

En un Estado constitucional y democrático de derecho, que hasta el momento es la forma política y jurídica más acabada para vivir civilizadamente, se parte de que toda persona sin excepción es titular de los derechos inherentes a su dignidad, dentro de los que destaca la presunción de inocencia. Luego, hasta que no se demuestre plenamente la culpabilidad de alguien y así lo decrete la autoridad jurisdiccional, esa persona debe ser considerada y tratada como inocente.

Por fortuna, la reforma constitucional en materia penal de 2008 consagró los derechos de los presuntos responsables de los delitos y de las víctimas.

Dentro de los derechos de los presuntos responsables de los delitos se encuentra la presunción de inocencia. Por fin, algunos estados de la República han mostrado voluntad para cumplir con este derecho, también consagrado por el derecho internacional, y que México asumió desde hace tiempo, a pesar de la *vacatio legis* de ocho años para la entrada en vigor del nuevo sistema de justicia penal. Muchos gobernantes se han valido de este lapso para omitir implementar la reforma e incumplir la Constitución. Siguen con viejas prácticas, bajo las cuales exhiben mediáticamente a los detenidos y los presentan como si hubiera ya habido un juicio en el que se demostró fehacientemente su culpabilidad. Tratan de ocultar sus deficiencias y corrupción a través de “golpes” espectaculares.²⁵

2. Órgano burocrático

Otro de los rasgos universales de la institución del *Ombudsman* es su anti-burocratismo, que comprende dos vertientes: el tamaño de la estructura de la organización y la manera en que los trámites se diligencian.

En cuanto al segundo aspecto, a nivel del estatuto jurídico y de la práctica de la CNDH y los órganos homólogos se han alcanzado logros importantes

²⁵ Alfonso Jiménez, Armando, “Poder punitivo y derechos fundamentales”, *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, México, núm. 14, tercera época, noviembre-diciembre de 2007, pp. 9-19.

para el abatimiento de los rezagos y se tienen parámetros aceptables en cuanto a la duración de los procedimientos que se ventilan ante estos organismos.

En el caso del tamaño, por ejemplo, la CNDH ha crecido exponencialmente y ha abierto oficinas en varias entidades federativas.

Además, se ha contratado más personal y ha crecido el ejercicio del gasto corriente.

Un *Ombudsman* no puede proyectarse como cualquier oficina burocrática. No dudo de que hay mucha carga de trabajo, pero de acuerdo con la naturaleza del sistema constitucional de *Ombudsman* en México atiende a nuestro régimen federal.

Recuerdo que en nuestro paso por la CNDH se veía con respeto y aprecio a las comisiones locales de derechos humanos. No solo eran parte de la gran familia de defensores públicos de derechos humanos, sino eran verdaderamente aliados en la causa por los derechos humanos. Bajo esa mística surgieron los acuerdos de colaboración entre los organismos de las entidades federativas y la nacional, y la constitución de la Federación Mexicana de Organismos Públicos de Protección y Defensa de los Derechos Humanos.

3. *Politización en la integración de los equipos de trabajo de los titulares de los organismos públicos de derechos humanos (autonomía debilitada)*

Aunque en la reforma constitucional de junio 2011 se incluyó un aparentemente nuevo sistema de designación del presidente, de los miembros del Consejo Consultivo de la CNDH y de los titulares de las entidades federativas, a través de un procedimiento de consulta pública, en las experiencias ya dadas, la intervención de los órganos legislativos han dado pie a una intromisión y debilitamiento de la autonomía de los organismos de derechos humanos. En efecto, como otros espacios públicos, el *Ombudsman* se ha puesto en el ojo del huracán debido a que muchos legisladores ven como una oportunidad de oro colocar a alguno de sus “cuadros” políticos o recomendados sin importar si estos cumplen con el perfil, ni siquiera si conocen el tema relativo a la defensa de los derechos humanos. Los legisladores deben entender que la única manera de fortalecer el trabajo del *Ombudsman* es permitirle al titular, nombrar libremente a sus colaboradores más cercanos y desarrollar el servicio civil de carrera para el personal técnico de la institución.

4. *La eficacia horizontal de los derechos humanos en la vía no jurisdiccional*

Como consecuencia de la reforma constitucional de junio de 2011 en materia de amparo, el Congreso de la Unión expidió la correspondiente

ley reglamentaria, que fue publicada en abril de 2013. La nueva Ley de Amparo recoge los mandatos de la modificación constitucional y establece cambios importantes en cuanto a las reglas aplicables al juicio de amparo. Dentro de los nuevos criterios que contempla la Ley de Amparo está la posibilidad de la procedencia del juicio contra particulares. El nuevo dispositivo jurídico trata a los particulares como autoridad responsable, en el supuesto de que realicen actos equivalentes a los de la autoridad como consecuencia del ejercicio de ciertas de las funciones que realizan por estar previstas así en una norma general.

El doctor Edgar Corzo Sosa, a título de ejemplo, menciona el caso de los propietarios, poseedores o administradores de los establecimientos mercantiles, quienes a efecto de hacer cumplir la prohibición de fumar en determinadas áreas cerradas están en condiciones de requerir a las personas, con fundamento en la norma general, que no fumen e, inclusive, pueden solicitar el apoyo de las fuerzas del orden para hacer exigible dicho mandato, ya que en caso de no hacerlo pudieran incurrir en responsabilidades jurídicas.²⁶

5. *El nuevo régimen de suspensión de derechos humanos*

El artículo 29 de nuestra ley fundamental, referente a lo que en la doctrina constitucional es conocido como “poderes de emergencia” o “dictadura constitucional”, fue puesto en concordancia con los criterios del derecho internacional de los derechos humanos.

Este mecanismo, que en el caso mexicano participan preponderantemente órganos políticos, tiene dos cuestiones dignas de comentar.

La primera, que genera preocupación y que tiene que ver con el tema central de este ensayo. El nuevo precepto define con claridad qué derechos no pueden ser objeto de restricción y suspensión, así como todas aquellas garantías judiciales para hacer efectivos esos derechos. Esto significa que una garantía constitucional no jurisdiccional, como lo son los organismos públicos de derechos humanos previstos en el artículo 102, apartado B, de la Constitución general de la República, sí pueden ser objeto de restricción o suspensión. Algo alarmante para un Estado democrático de derecho. ¿Por qué la distinción? ¿Tendría en claro el poder revisor de la Constitución lo que aprobó? Pienso que no.

²⁶ Corzo Sosa, Edgar, *Nueva Ley de Amparo 2013*, México, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 21 y 22.

VIII. PROPUESTAS PARA EL FORTALECIMIENTO DEL SISTEMA

Uno de los grandes desafíos que enfrentan las instituciones públicas dedicadas a la defensa no jurisdiccional de los derechos humanos es cómo aumentar su credibilidad y prestigio.

Lo anterior se logra a partir de la designación de los titulares de esos órganos.

En México, como en otros países, es muy común que se politicen los nombramientos de los servidores públicos sin importar la trascendencia de la función de ciertos órganos.

El caso del *Ombudsman* no es la excepción.

Hemos visto cómo los legisladores de los distintos partidos políticos aprovechan la oportunidad de designar al titular de ese órgano, para negociar posiciones para sus allegados o recomendados dentro de su estructura.

Los “representantes” sociales y quienes aspiran al máximo cargo dentro de la organización del *Ombudsman* no tienen conciencia ni responsabilidad de dicha concertación, toda vez que le hacen un gran daño a la institución, lastiman su autoridad moral.

De ahí la pertinencia de modificar el mecanismo para el nombramiento del presidente de la CNDH y sus equivalentes en las entidades federativas, con la participación de los sectores de la sociedad civil, las principales barras de abogados y las escuelas y facultades de derecho, para que por unanimidad propongan una terna a la Cámara de Senadores, para que este órgano legislativo lo designe.

Uno de los requisitos básicos que deben observar los candidatos es su autoridad moral.

También sería crucial que quien ejerza la titularidad de estos organismos no haga caso al “canto de las sirenas” y no acepte ningún otro cargo en el ámbito público, en especial en las áreas de procuración de justicia.

IX. BIBLIOGRAFÍA Y OTRAS FUENTES

1. *Bibliografía*

ACUÑA LLAMAS, Francisco Javier, *La CNDH, una institución a medio camino. Propuestas para su urgente transformación*, México, Grupo Mandala Editores-Universidad Anáhuac del Sur, 1999.

ALFONZO JIMÉNEZ, Armando, *La defensa no jurisdiccional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.

- , “Poder punitivo y derechos fundamentales”, *Iter Criminis*, México, tercera época, núm. 14, tercera época, noviembre- diciembre de 2007.
- , “La Comisión Nacional de Derechos Humanos y los asuntos laborales”, *Trabis*, México, año 1, núm. 1, enero-febrero de 1997.
- , “La experiencia del *Ombudsman* en México”, *Idea Económica*, México, febrero-marzo-abril de 1996.
- ANZURES GURRÍA, José J., “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 22, enero-junio de 2010.
- , “Los medios de comunicación social y la opinión pública: aliados imprescindibles del *Ombudsman*”, *El Cotidiano*, México, año 19, núm. 63, julio-agosto de 1994.
- BARROSO, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín, “La acción abstracta de inconstitucionalidad”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y ACUÑA, Juan Manuel (coords.), *Curso de derecho procesal constitucional*, México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2011.
- CARPISO, Jorge, “¿Es acertada la probable transferencia de la función de investigación de la Suprema Corte a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos?”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- , *Propuestas sobre el Ministerio Público y la función de investigación de la Suprema Corte*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2005.
- y MADRAZO, Jorge, *6 años de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en voz de sus presidentes*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1996.
- , *Ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derecho Humanos, 1993.
- CORZO SOSA, Edgar, *Nueva Ley de Amparo 2013*, México, Tirant lo Blanch, 2013.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, *El Defensor del pueblo –Ombudsman–*, t. I: *Parte general*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1982.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 2011.

- y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 8a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- GARCÍA PELAYO, Manuel, “El ‘status’ del Tribunal constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, vol. 1, núm. 1, enero-abril de 1981.
- GUDIÑO PELAYO, José de Jesús, *El Estado contra sí mismo. Las comisiones gubernamentales de derechos humanos y la deslegitimación de lo estatal*, México, Noriega Editores, 1998.
- MADRAZO CUÉLLAR, Jorge, *Temas y tópicos de derechos humanos*, México, CNDH, 1995.
- , *Derechos humanos: el nuevo enfoque mexicano*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.
- NIETO, Alejandro, *El desgobierno de lo público*, Barcelona, Ariel, 2008.
- ROWAT, Donald C., *El Ombudsman en el mundo*, traducción y apéndice de Carlos Giner de Grado, Barcelona, Teide, 1990.

2. Otras fuentes

- CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación*: 30 de septiembre de 2013), disponible en www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/doc/1.doc.
- COMISIÓN NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe de Actividades 2012*, México, 2013, t. I.
- , *Gaceta*, México, núm. 41, diciembre de 1993.
- FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE DEFENSORES DEL PUEBLO, PROCURADORES, COMISIONADOS Y PRESIDENTES DE COMISIONES PÚBLICAS DE DERECHOS HUMANOS, *Estatutos de la Federación Iberoamericana de Defensores del Pueblo, Procuradores, Comisionados y Presidentes de Comisiones Públicas de Derechos Humanos*, México, Impresos Chávez, 1995.
- El Universal*, México, 3 de septiembre de 2013, www.eluniversal.com.mx/nacion-mexico/2013/tratados-internacionales-tienen-rango-constitucional-scn-947582.html.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Novena Época, Pleno, Registro número 188020, XV, enero de 2002, Tesis P./J.134/2001.

EL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL REFORMADO EN 2011. AMBIGÜEDADES Y CERTEZAS

Carlos Emilio ARENAS BÁTIZ*

Rindo homenaje al doctor Jorge Carpizo, paradigma de servidor público y de universitario. Ejemplo de una vida regida por la verdad y la ley.

SUMARIO: I. *Cómo estábamos antes de la reforma constitucional de 2011.* II. *Las ambigüedades de la reforma, según “convencionalistas” y “soberanistas”.* III. *Las certezas de la reforma.*

El artículo 1o. constitucional, desde su reforma en 2011, luce como un campo con áreas de terreno firme y sólido, sobre las cuales se han empezado a construir importantes instituciones jurídicas, pero también con áreas de terreno que han permanecido inundadas por la ambigüedad, y sobre las que no ha podido erigirse nada definido.

La ambigüedad ha impedido definir cuál es el contenido y alcance del principio pro persona, y ha dificultado identificar la jerarquía normativa que en el derecho mexicano corresponde a los derechos humanos contenidos en tratados internacionales.

Aunque, por otra parte, entre los temas perfectamente definidos y que constituyen tierra firme sobre la cual podemos actuar los operadores jurídicos, destaca el relativo al control difuso de constitucionalidad, y la consecuente abolición del control concentrado de constitucionalidad, según el cual solo los juzgadores integrantes del Poder Judicial de la Federación —no los jueces de los tribunales federales autónomos ni los jueces locales— es-

* Actualmente magistrado en el Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León, y director de la Maestría en Derecho de la EGAP del Tecnológico de Monterrey.

taban facultados para garantizar con sus sentencias la vigencia de los derechos humanos o garantías individuales previstas en la Constitución federal.

A continuación presentaré de manera muy puntual las que yo considero son las principales ambigüedades y certezas del artículo 1o. constitucional reformado en 2011, a dos años de su entrada en vigor. Aunque para poder señalar y contrastar en qué punto nos encontramos ahora, primero expondré brevemente cómo estábamos antes de la reforma.

I. CÓMO ESTÁBAMOS ANTES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011

Antes de esta fecha estaba muy claro que lo que teníamos en el país era un sistema de distribución de competencias legislativas y jurisdiccionales por órdenes jurídicos o de gobierno. A cada uno de estos ámbitos le correspondían competencias legislativas y jurisdiccionales diferenciadas, por regla general excluyentes entre sí, y jerarquizadas.

Así, existían en el país cinco órdenes normativos identificados por la jurisprudencia de la Suprema Corte: el ámbito constitucional, el ámbito federal, el ámbito local, el ámbito del Distrito Federal, y el ámbito municipal. Mientras que el orden jurídico internacional era identificado como un ámbito externo a los anteriores.

Entre las tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las cuales esta se refiere a la existencia de órdenes jurídicos o de gobierno en México, cabe citar las siguientes:

CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LOS DIVERSOS ÓRDENES JURÍDICOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL TIENEN AUTONOMÍA FUNCIONAL Y ASIGNACIONES COMPETENCIALES PROPIAS. Del contenido de los artículos 1o., 40, 41, primer párrafo, 43, 44, 49, 105, fracción I, 115, fracción I, 116, primero y segundo párrafos, 122, primero y segundo párrafos, 124 y 133, de la Constitución Federal, puede distinguirse la existencia de cuatro órdenes jurídicos dentro del Estado mexicano, a saber: el federal, el local o estatal, el del Distrito Federal y el constitucional. *Cada uno de ellos cuenta con asignaciones competenciales propias que, por lo general, son excluyentes entre sí*, contando con autonomía para su ejercicio a cargo de las autoridades correspondientes.¹

ESTADO MEXICANO. ÓRDENES JURÍDICOS QUE LO INTEGRAN. De las disposiciones contenidas en los artículos 1o., 40, 41, primer párrafo, 43, 44, 49,

¹ Época: Novena Época. Registro: 193262. Instancia: Pleno. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Localización: septiembre de 1999, Tomo X. Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 95/99. Pág. 709.

105, fracción I, 115, fracciones I y II, 116, primer y segundo párrafos, 122, primer y segundo párrafos, 124 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte la existencia de cinco órdenes jurídicos en el Estado Mexicano, a saber: el federal, el local o estatal, el municipal, el del Distrito Federal y el constitucional. Este último establece, en su aspecto orgánico, el sistema de competencias al que deberán ceñirse la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal, y corresponde a la SCJN, como Tribunal Constitucional, definir la esfera competencial de tales órdenes jurídicos y, en su caso, salvaguardarla.²

Y hasta antes de 2011 estaba claro que las normas jurídicas que integraban cada uno de los órdenes jurídicos o de gobierno anteriormente referidos debían ser producidas y salvaguardadas de manera exclusiva solo por los respectivos órganos legislativos y judiciales propios de cada ámbito.

Sistema vigente hasta 2011 Distribución de competencias legislativas y judiciales, por ámbitos nominativos de gobierno, diferenciados, excluyentes y jerarquizados

Ámbito u orden normativo	Normas jurídicas que produce y salvaguarda	Órgano legislativo competente	Jurisdicción que le corresponde	Órganos judiciales competentes
Ámbito constitucional	Derecho constitucional	Constituyente permanente	Jurisdicción constitucional	Poder Judicial de la Federación
Ámbito federal	Derecho federal	Congreso de la Unión	Jurisdicción federal	Tribunales del Poder Judicial Federal y tribunales federales autónomos*
Ámbito local o estatal	Derecho local o estatal	Congreso del Estado	Jurisdicción local o estatal	Tribunales del Poder Judicial Estatal y tribunales locales autónomos**
Ámbito del Distrito Federal	Derecho del Distrito Federal	Asamblea del Distrito Federal	Jurisdicción del Distrito Federal	Tribunales del Poder Judicial Estatal y tribunales locales autónomos**
Ámbito municipal	Derecho municipal	Ayuntamiento	Jurisdicción municipal	Juzgados menores, y en algunos municipios, tribunales contenciosos administrativos
Ámbito internacional	Derecho internacional	Estado-Estado	Jurisdicción internacional	Corte Interamericana

Esto es, en el ámbito normativo constitucional el único órgano legislativo autorizado para crear las normas jurídicas constitucionales era el Constituyente Permanente, y garantizar la vigencia de estas normas constitucionales era atribución privativa de la jurisdicción constitucional, que la propia

² Época: Novena Época. Registro: 177006. Instancia: Pleno. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Localización: Octubre de 2005, Tomo XXII. Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 136/2005. Pág. 2062.

Constitución le encargaba de modo exclusivo y expreso al Poder Judicial de la Federación.

En correspondencia con lo anterior, las normas jurídicas del ámbito federal debían ser producidas por el Congreso de la Unión, y salvaguardadas por la jurisdicción federal, a cargo de los tribunales del Poder Judicial de la Federación —que por lo tanto tenía a su cargo dos jurisdicciones: la constitucional y la federal—, y por los tribunales federales autónomos. Las normas del ámbito local debían ser producidas por el Congreso de la respectiva entidad federativa, y tuteladas por la jurisdicción local, a cargo del respectivo Poder Judicial local y tribunales locales autónomos. Y así sucesivamente.

La existencia en México, de diversos órdenes normativos o ámbitos competenciales diversos, por regla general excluyentes entre sí, y jerarquizados, ha sido confirmada en diversos precedentes judiciales y en tesis de jurisprudencia previos a la reforma de 2011. En respaldo de esto, a continuación se citan tres importantes precedentes.

1. En primer lugar se destaca que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir de la Quinta Época de la jurisprudencia, ha sostenido reiteradamente que solo la jurisdicción constitucional, que está a cargo del Poder Judicial de la Federación, tiene la exclusividad para defender las normas jurídicas constitucionales, incluyendo las relativas a derechos humanos. Y esto lo ha dicho nuestro máximo tribunal en las diversas tesis de jurisprudencia en las que ha declarado que el ejercicio del control difuso de constitucionalidad estaba prohibido a los jueces locales.

Entre estas tesis que rigieron durante las épocas Quinta, Sexta, Séptima, Octava y Novena, de la jurisprudencia federal mexicana, a continuación se cita el rubro y un fragmento de seis de ellas.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES... El artículo 133 de la Constitución... Obliga a los Jueces de los Estados a proceder siempre conforme a la Constitución, obligación que, por lo demás, no es tan sólo de estos funcionarios, sino de todas las autoridades, cuyos actos tienen la presunción de constitucionalidad, que cede únicamente ante la eficacia decisiva de un fallo judicial federal que la excluye. Este fallo no puede producirse sino mediante la controversia que prevé el artículo 103 constitucional, esto es, mediante el juicio de amparo...³

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE, POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMUN... sólo el Poder Judicial de la Fede-

³ Época: Quinta Época. Registro: 303925. Instancia: Pleno. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Localización: Tomo LXXXIX. Materia(s): Constitucional. Pág. 775.

ración puede calificar la constitucionalidad de las leyes a través del juicio constitucional de amparo.⁴

CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMUN. Conforme a la Constitución Federal, no todo órgano judicial es competente para declarar la inconstitucionalidad de una ley, sino solamente el Poder Judicial Federal, a través del juicio de amparo... Esto es así, porque nuestro derecho público admite implícitamente que, conforme al principio de la división de poderes, el órgano judicial está impedido de intervenir en la calificación de inconstitucionalidad de los actos de los otros poderes, a menos que a ese órgano se le otorgue una competencia expresa para ese efecto, como ocurre en la Constitución Federal cuando dota al Poder Judicial de la Federación de la facultad de examinar la constitucionalidad de los actos de cualquier autoridad.⁵

LEYES, CONSTITUCIONALIDAD DE LAS. LOS TRIBUNALES LOCALES NO ESTAN FACULTADOS PARA RESOLVER. Conforme a lo dispuesto en los artículos 103, fracción I, y 107, de la Constitución General de la República, los órganos jurisdiccionales de amparo son los únicos competentes para determinar sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, a través del juicio de garantías que ante ellos se promueva, y por lo mismo, debe estimarse que los tribunales locales carecen de facultades para resolver al respecto.⁶

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES... aun cuando el Tribunal Fiscal de la Federación, no sea un tribunal local; sin embargo, también carece de competencia para decidir sobre cuestiones constitucionales, ya que es un tribunal sólo de legalidad...⁷

CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN... si bien es cierto que los tres Poderes de la Unión deben observar la Ley Suprema, no puede afirmarse que por esta razón, las autoridades puedan, por sí y ante sí, en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia Cons-

⁴ Época: Sexta Época. Registro: 269162. Instancia: Tercera Sala. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Localización: Cuarta Parte, CXXXXV, Materia(s): Común. Pág. 37.

⁵ Época: Séptima Época. Registro: 242028. Instancia: Tercera Sala. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Localización: Tomo 42 Cuarta Parte. Materia(s): Común. Pág. 17.

⁶ Época: Octava Época. Registro: 227091. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Localización: Tomo IV, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1989. Materia(s): Civil. Pág. 318.

⁷ Época: Octava Época. Registro: 228225. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Localización: Tomo III, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1989. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Pág. 228.

titudinación consagra, en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa expreso, por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación.⁸

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN... esta SCJN considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.⁹

2. Otro importante precedente que confirma que hasta el 2011 lo que teníamos en el país era un modelo de órdenes jurídicos o de gobierno, diversos, excluyentes y jerarquizados, lo es el relativo a la Acción de Inconstitucionalidad a través de la cual se impugnó el sistema de justicia constitucional local del estado de Veracruz.

Al resolver este caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación confirmó que las normas jurídicas relativas a derechos humanos, previstas en la Constitución federal, solo podían ser garantizadas por el Poder Judicial de la Federación, y que en todo caso lo único que podían hacer los Congresos estatales y los poderes judiciales locales era establecer y defender derechos humanos distintos a los del ámbito constitucional.

CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LA FACULTAD OTORGADA A LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ-Llave PARA CONOCER Y RESOLVER EL JUICIO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS, PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ESA ENTIDAD FEDERATIVA, NO INVADIRÍA LA ESFERA DE ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE LA FEDERACIÓN, PUES AQUÍ SE LIMITA A SALVAGUARDAR, EXCLUSIVAMENTE, LOS DERECHOS HUMANOS QUE ESTABLECE EL PROPIO ORDENAMIENTO LOCAL... la competencia que la Constitución Local le otorga a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave, se circunscribe a conocer y resolver el juicio de protección de

⁸ Época: Novena Época. Registro: 193558. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Localización: Tomo X, Agosto de 1999. Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 73/99. Pág. 18.

⁹ Época: Novena Época. Registro: 193435. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Localización: Tomo X, Agosto de 1999. Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 74/99. Pág. 5.

derechos humanos, pero únicamente por cuanto hace a la salvaguarda de los previstos en la Constitución de aquella entidad federativa, por lo que dicha Sala no cuenta con facultades para pronunciarse sobre violaciones a las garantías individuales que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Acorde con lo anterior, se concluye que los preceptos citados no invaden las atribuciones de los tribunales de la Federación...¹⁰

3. Otro precedente que confirma que hasta antes del 2011 lo que teníamos eran diversos órdenes normativos, y que cada uno tenía la competencia exclusiva para producir y defender su propio derecho de los derechos humanos, es la Acción de Inconstitucionalidad 22/2009. Ésta la promovió la Comisión Nacional de Derechos Humanos para impugnar la reforma al Código de Comercio, que suprimía el recuso de apelación en ciertos juicios mercantiles. En opinión de la CNDH, esta reforma legal era inconvencional, porque violaba el derecho humano a la doble instancia previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Este caso fue resuelto, estableciéndose que ni siquiera la Comisión Nacional de Derechos Humanos podía hacer valer ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, violaciones directas a los derechos humanos consignados en los tratados internacionales, ya que la Corte mexicana solo puede conocer de violaciones a la Constitución y no a los tratados internacionales, salvo que la violación al tratado internacional sea impugnada como una violación indirecta a la Constitución; es decir, como violación a la garantía constitucional de legalidad prevista en los artículos 14 y 16 de la carta magna.

ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDA POR UN ORGANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN LA DEMANDA RESPECTIVA PUEDEN PLANTEARSE VIOLACIONES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y, POR ENDE, LA INCONSTITUCIONALIDAD INDIRECTA DE UNA LEY POR CONTRAVENIR LO ESTABLECIDO EN UN TRATADO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS... sólo los derechos fundamentales previstos por la Constitución pueden servir de parámetro de control en las acciones de inconstitucionalidad promovidas por los organismos de protección de los derechos humanos... de modo que los organismos de protección de los derechos humanos también pueden denunciar violaciones al principio de legalidad contenido en los artículos 14 y 16 constitucionales, con lo que es

¹⁰ Época: Novena Época. Registro: 186307. Instancia: Pleno. Tipo Tesis: Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Localización:* Tomo XVI, Agosto de 2002. Materia(s): Constitucional. Tesis: P. XXXIII/2002. Pág. 903.

dable construir un argumento de violación constitucional por incompatibilidad de una norma con un tratado internacional sobre derechos humanos.¹¹

En suma, hasta 2011 era indudable que en México teníamos un sistema jurídico dividido por ámbitos normativos, cada uno de los cuales podía producir su propio derecho de los derechos humanos, siempre y cuando no se invadiera o restringiera el previsto por el ámbito constitucional. Así, había un derecho constitucional de los derechos humanos, un derecho local de los derechos humanos en cada una de las 32 entidades federativas, y un derecho internacional de los derechos humanos, debiendo ser producido y garantizado cada uno de estos regímenes normativos por las autoridades legislativas y judiciales del respectivo ámbito normativo o de gobierno.

II. LAS AMBIGÜEDADES DE LA REFORMA, SEGÚN “CONVENCIONALISTAS” Y “SOBERANISTAS”

Una vez expuesto el modelo jurídico prevaleciente hasta 2011, lo que sigue es preguntarse qué aspectos de este modelo fueron modificados por la reforma constitucional 2011, y particularmente por el nuevo texto del artículo 1o. constitucional, cuyos primeros tres párrafos ahora establecen:

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

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

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

¹¹ Época: Novena Época. Registro: 161410. Instancia: Pleno. Tipo Tesis: Jurisprudencia. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Localización: Tomo XXXIV, Agosto de 2011. Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 31/2011. Pág. 870.

Y es aquí cuando surgen y se confrontan opiniones antagónicas que, desde perspectivas teóricas disímbricas, interpretan de forma muy distinta el mismo precepto constitucional.

Entre las referidas opiniones antagónicas destacan las de los “convencionalistas” *versus* los “soberanistas”. Expresiones estas con las cuales de ninguna manera pretendo minimizar, sino solo identificar dos perspectivas teóricas, cada una de las cuales es muy compleja y rica, aunque en este espacio solo podrá presentarse de manera resumida. Y también aclaro que las etiquetas “convencionalista” y “soberanista” no equivalen a “monismo” y “dualismo” como formas de incorporar los tratados internacionales al derecho interno.

1. *Perspectiva “convencionalista”*

Empecemos por la perspectiva teórica de los “convencionalistas”. Según estos, la división horizontal por ámbitos normativos o de gobierno, que prevalecía hasta antes de 2011, se modificó en cierto grado con la reforma.

Específicamente, los “convencionalistas” consideran que en materia de derechos humanos la reforma al artículo 1o. constitucional borró las fronteras entre los derechos humanos del ámbito constitucional y aquellos contemplados por el ámbito internacional a través de los tratados internacionales. Por consecuencia, estos dos ámbitos normativos, en lo que corresponde solo a las normas jurídicas relativas a derechos humanos, se han fusionado para constituir un solo “bloque” de derechos humanos, o “bloque” de constitucionalidad, o “bloque” de regularidad o “masa” de derechos humanos —los ministros y ministras de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, incluso los que comparten una perspectiva “convencionalista”, no han logrado consensar una denominación común—.

Así, para esta perspectiva, todas las normas jurídicas relativas a derechos humanos contenidas en tratados internacionales suscritos y ratificados por México son derecho interno, que ahora forma parte de la Constitución. Esto es, son normas jurídicas del mismo nivel jerárquico que las normas de la Constitución relativas a derechos humanos. Es más, con fundamento en el nuevo artículo 1o. constitucional, debe considerarse que la Constitución ahora se integra no solo por el texto aprobado por el legislador constituyente, sino también por todos los textos de los tratados internacionales, en las partes relativas a derechos humanos.

Y lo anterior tiene como consecuencia no solo que nuestra Constitución haya dejado de tener el tamaño de un pequeño libro, para adoptar ahora el tamaño de una enciclopedia de varios tomos en materia de derechos

humanos,¹² sino sobre todo, el efecto más relevante es que ahora, en la medida en que los derechos humanos consignados en tratados internacionales forman parte de la Constitución, en esa medida deben ser defendidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por todos los jueces nacionales, no solo ante violaciones indirectas —garantía de legalidad—, sino también ante violaciones directas a su contenido. Además de que tampoco puede considerarse a las normas originalmente constitucionales como superiores o supremas sobre los tratados internacionales en materia de derechos humanos, ya que ambos tipos de normas, en la medida en que pertenecen a la Constitución, tienen por lo tanto la misma jerarquía que corresponde a todas las normas de ese cuerpo normativo.

Otro aspecto importante de la perspectiva “convencionalista” radica en que esta entiende al principio pro persona en sentido amplio, y no en sentido restringido. Esto es, como principio de interpretación, como principio de aplicación y como principio de validez. Cada uno de estos aspectos del principio pro persona apunta a cosas distintas.

El principio pro persona se entiende en sentido amplio cuando incluye las tres siguientes facetas:

1. *Como principio de interpretación.* Según el cual cuando existan diversas interpretaciones en torno a una misma norma, se debe preferir la más favorable a los derechos humanos.

Por ejemplo, una norma procesal penal que otorgue legitimación a la víctima u ofendido por un delito, para apelar “solo respecto de la acción reparadora”,¹³ puede entenderse al menos de dos formas:

- Como legitimación para apelar exclusivamente las sentencias condenatorias contra el inculpado, por ser estas las únicas que expresamente establecen una condena a reparar el daño causado por el delito;
- Como legitimación para impugnar desde el luego las sentencias condenatorias, pero también las absolutorias, ya que estas últimas, aunque expresamente no se pronuncian en torno a la acción reparadora, sin embargo, sí tienen impacto sobre esta al impedir su nacimiento.

¹² Pedroza de la Llave, Susana Thalía y García Huante, Omar (comps.), *Compilación de instrumentos internacionales de derechos humanos, firmados y ratificados por México 1921-2003*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2003; compilan en dos tomos 30 instrumentos declarativos, y 76 tratados internacionales de derechos humanos, firmados y ratificados por México.

¹³ El artículo 384 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León establece: “Tendrán derecho a apelar [...] III.- El ofendido o su legítimo representante, respecto a la acción reparadora, y sólo en lo relativo a ésta”.

Y en este caso, al aplicar el principio pro persona debe preferirse obviamente la segunda interpretación, por ser la más favorable al derecho humano de acceso a la justicia que corresponde a la víctima u ofendido por el delito.¹⁴

2. *Como principio de aplicación.* Según el cual cuando existan dos normas que sin ser contradictorias entre sí establezcan una protección de diferente extensión para un derecho humano, deberá preferirse la que ofrece la mayor protección, siempre que esto no implique restringir otro diverso derecho humano.

Por ejemplo, dos normas que sin ser contradictorias establecen diversos niveles de protección a un derecho humano, son el artículo 2o. constitucional y el artículo 6o. del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, en materia de derechos humanos para los pueblos y comunidades indígenas.

El referido artículo 2o. constitucional establece que “Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación”, e igualmente establece en la fracción IX de este precepto, que se deberá “Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen”. Pero el artículo 6o. del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sin contravenir la Constitución mexicana, sino más bien complementándola, establece que en tratándose de pueblos indígenas y tribales, la consulta debe realizarse no solo respecto de políticas administrativas, sino también respecto de iniciativas de leyes y otros temas.¹⁵

Y en este caso, aplicando el principio pro persona como principio de aplicación, deberá aplicarse la norma internacional, por ser esta más am-

¹⁴ Esta interpretación pro persona está reflejada en la tesis relevante SP04030008, con rubro “VÍCTIMA U OFENDIDO DEL DELITO. ESTÁ LEGITIMADO PARA APELAR LA SENTENCIA DEFINITIVA ABSOLUTORIA”, aprobada por la Cuarta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Nuevo León, y consultable en <http://www.pjenl.gob.mx/criteriosjudiciales>.

¹⁵ El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo establece en su artículo 6o. lo siguiente:

“I.- Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

plia en favor de las comunidades indígenas, y toda vez que esta aplicación más favorable no se traduce en restricción injustificada del derecho humano de nadie más.

3. *Como principio de validación.* El principio pro persona consistirá en que frente a dos normas jurídicas relativas a derechos humanos, que establezcan contenidos contradictorios, deberá desaplicarse o declararse la invalidez —dependiendo de la vía procesal intentada— de la norma menos favorable al derechos humanos, y en consecuencia deberá considerarse o declararse la primacía de la más favorable.

Para ilustrar este caso, cabe referirse al tema del arraigo en materia penal, el cual está regulado tanto por normas constitucionales como por normas de tratados internacionales. Pero la Constitución federal, en su artículo 16, establece que el arraigo se puede autorizar incluso “para asegurar el éxito de la investigación”,¹⁶ y esto resulta contradictorio con los derechos humanos de libertad y tránsito, establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, principalmente en sus artículos 7.5, 8.2 y 22.1. Y de hecho, la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, antes de que el arraigo se constitucionalizara, también se había pronunciado en el sentido de que la figura cautelar del arraigo era violatoria de los antes referidos derechos humanos de libertad y tránsito previstos en la propia Constitución.¹⁷

II.- Las consultas llevadas a cabo en la aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

¹⁶ “Artículo 16 – [...] La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia...”.

¹⁷ Las tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que establecieron la inconstitucionalidad del arraigo son las siguientes:

ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL (Novena Época. Registro: 176030. Instancia: Pleno. Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXIII, Febrero de 2006, Materia(s): Constitucional, Penal. Tesis: P. XXII/2006. Página: 1170).

ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA LIBERTAD DE TRÁNSITO CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (Novena Época. Registro: 176029. Instancia: Pleno. Tesis Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXIII, Febrero de 2006, Materia(s): Constitucional, Penal. Tesis: P. XXIII/2006. Página: 1171).

Así, aplicando el principio pro persona, en este caso como principio de validación, nos llevaría a aplicar la norma convencional, e incluso a considerar inconveniente el artículo constitucional.

No se omite mencionar, por último, que esta perspectiva amplia del principio pro persona impacta al tema del control difuso, de tal manera que desde esta perspectiva “convencionalista” el control difuso de constitucionalidad se ejerce de manera simultánea con el control difuso de convencionalidad, puesto que los dos tipos de controles lo que hacen es garantizar el “bloqueo” de derechos humanos.

2. *Perspectiva “soberanista”*

Pasemos ahora a la perspectiva “soberanista”, que se ha visto reflejada mayoritariamente en los criterios de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Desde esta óptica, no cabe hablar del “bloqueo” de derechos humanos, toda vez que las fronteras entre los ámbitos normativos no se borran, sobre todo las fronteras jerárquicas entre el ámbito normativo internacional y el ámbito normativo constitucional. Por lo tanto, la Constitución sigue siendo suprema y superior a los tratados internacionales.

Además, para los “soberanistas”, el principio pro persona debe entenderse en sentido restringido; esto es, solo como principio de interpretación y como principio de aplicación, pero no en su faceta de principio de validación.

Así, para los “soberanistas” cualquier conflicto entre normas relativas a derechos humanos que involucre a una norma constitucional debe ser resuelto a favor de esta, por ser de jerarquía suprema y expresión de la soberanía nacional.

Pongamos un ejemplo. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece el principio de *no reelección* en los cargos ejecutivos de presidente de la República y de gobernador. Así se desprende de los artículos 83 y 116, fracción I, de la carta magna.¹⁸

¹⁸ “Artículo 83. El Presidente entrará a ejercer su encargo el 1o. de diciembre y durará en él seis años. El ciudadano que haya desempeñado el cargo de Presidente de la República, electo popularmente, o con el carácter de interino o sustituto, o asuma provisionalmente la titularidad del Ejecutivo Federal, en ningún caso y por ningún motivo podrá volver a desempeñar ese puesto”.

“Artículo 116... Los poderes de los Estados se organizarán conforme a la Constitución de cada uno de ellos, con sujeción a las siguientes normas:

I. Los gobernadores de los Estados no podrán durar en su encargo más de seis años.

Sin embargo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al regular el derecho humano al voto, autoriza ciertas restricciones al derecho a ser votado; esto es, al derecho de voto pasivo; por ejemplo, de edad, de nacionalidad, de residencia y de capacidad. Y con esta base puede válidamente restringirse que solo sean candidatos a presidente de la República, por ejemplo, los mayores de 35 años, y que además sean mexicanos por nacimiento. Pero la citada Convención Americana, en su artículo 23,¹⁹ no incluye dentro de las restricciones autorizadas para poder ser votado, el hecho de haber ocupado previamente el mismo cargo político. Esto es, la Convención no incluye dentro de las restricciones al derecho a ser votado el principio de *no reelección*.

Y en este orden de ideas, una Constitución local que contemplara que sí se puede reelegir el gobernador estaría apegada a la Convención Americana, aunque sería contraria a la Constitución mexicana. Y ante esta antinomia o conflicto normativo, los “soberanistas” opinarían que debe prevalecer la norma constitucional que prohíbe la reelección, simplemente por ser de jerarquía suprema y por expresar un mandato soberano, que es producto de la historia nacional. Y esto no obstante que los “convencionalistas” opinen lo contrario; es decir, que debe prevalecer la norma convencional por sobre la constitucional, por permitir aquella el ejercicio más amplio

La elección de los gobernadores de los Estados y de las Legislaturas Locales será directa y en los términos que dispongan las leyes electorales respectivas.

Los gobernadores de los Estados, cuyo origen sea la elección popular, ordinaria o extraordinaria, en ningún caso y por ningún motivo podrán volver a ocupar ese cargo, ni aun con el carácter de interinos, provisionales, sustitutos o encargados del despacho.

Nunca podrán ser electos para el período inmediato:

- a) El gobernador sustituto constitucional, o el designado para concluir el período en caso de falta absoluta del constitucional, aun cuando tenga distinta denominación;
- b) El gobernador interino, el provisional o el ciudadano que, bajo cualquier denominación, supla las faltas temporales del gobernador, siempre que desempeñe el cargo los dos últimos años del periodo”.

¹⁹ “Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

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

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

del derecho a ser votado, y sin que esta mayor protección se traduzca en agravio o restricción de otro derecho humano.²⁰

A mayor abundamiento, cabe mencionar que en Latinoamérica ya han existido dos casos en que las Constituciones han sido declaradas inconvenientes por cláusulas de *no reelección*. Uno de estos casos es la sentencia 509 de 2009 de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua, la cual resolvió el Amparo 602/2009, promovido contra de una decisión del Consejo Supremo Electoral de la República de Nicaragua, en el que no se reconocía la posibilidad de reelección al presidente y vicepresidente de la República, así como al alcalde y vicealcalde municipal. El otro caso es el de la Acción de Inconstitucionalidad 2771 de 2003, en el que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica resolvió en torno a la constitucionalidad de una reforma parcial que prohibió la reelección. En esta última sentencia se razonó:

Por consiguiente, fue la voluntad popular a través de la Constituyente, la que dispuso que existiera la reelección presidencial, con el fin de garantizarse el pueblo el efectivo derecho de elección. De hecho, a pesar de que la reforma parcial en cuestión se produjo posteriormente, esto se viene a confirmar luego con la suscripción de la Convención Americana de Derechos Humanos, que en el artículo 23 establece: “1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades... b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores,...”; y que no admite mayores limitaciones, que las siguientes: “2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.” De este último párrafo de la Convención de Derechos Humanos, se desprenden de manera clara, las únicas razones por las cuales pueden establecerse restricciones al ejercicio de los derechos ahí declarados. La reelección, según se desprende de la voluntad popular suscrita históricamente, establece la posibilidad para el ciudadano de elegir libremente a sus gobernantes, por lo que al reformarse la Constitución en detrimento de la soberanía del pueblo, y en desgaste de sus derechos fundamentales, lo que se produjo en este caso fue la imposición de más limitaciones que las ya existen-

²⁰ Aunque permitir la reelección sea contrario, por ejemplo al principio de equidad en la contienda electoral, debe tenerse presente que este principio no es un derecho humano; y que los derechos humanos solo pueden restringirse para asegurar la vigencia de otro, no para garantizar la prevalencia de un diseño político.

tes en razón de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena.²¹

El control difuso, desde esta perspectiva “soberanista”, solo es de constitucionalidad. El control de convencionalidad solo puede entenderse como subsumido en el control de constitucionalidad. Los jueces nacionales no pueden hacer control de convencionalidad, pues esta atribución es solo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A menos que se admita que hay dos tipos diversos de control de convencionalidad: uno que solo puede ejercer la citada Corte Interamericana, y que incluye la posibilidad de declarar inconvencional a una Constitución nacional, como ya lo hizo esta Corte, por ejemplo, al resolver el caso “Última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, y otro, que sería ejercido por los jueces nacionales, quienes no podrían declarar ni considerar la inconvencionalidad de su propia Constitución.

Como puede observarse, determinar cuál de las dos perspectivas debe prevalecer en su aplicación no es cosa fácil, ya que ambas son razonables.

No se omite mencionar que este mes de septiembre de 2013, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción 293/11, aprobó por mayoría de votos, que los derechos humanos contenidos en tratados internacionales se incorporan a la Constitución, pero sin prevalecer sobre las restricciones establecidas en esta. Y que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos será vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona. Criterios estos cuyo alcance preciso se conocerá hasta que se realice y publique el engrose de la sentencia que resolvió la referida contradicción 293/11.

Sin embargo, debe esperarse que los referidos criterios resuelvan solo parcialmente las ambigüedades del artículo 1o. constitucional. Y esto tomando en cuenta la experiencia que se ha tenido con criterios semejantes adoptados por supremas cortes extranjeras.

En efecto, en 1973 la Suprema Corte de Italia en el caso “Frontini”, la de Alemania, en 1974 en el caso “Solange”, y más recientemente Inglaterra en su enfrentamiento con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con motivo del caso “Hirst”, de 2005,²² han adoptado —tanto para casos comerciales como para casos relativos a derechos humanos— una doctri-

²¹ Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sala Constitucional. Acción de Inconstitucionalidad 2771 -03. Sentencia del 4 de abril de 2003. Resultando 9 y considerando VI.

²² Específicamente sobre la evolución en Alemania, del enfrentamiento entre la Corte Nacional y la Corte Europea, puede verse Matthias Hartwig, “Much Ado About Hu-

na jurisprudencial semejante a la que recién adoptó la Corte mexicana, en el sentido de dar preferencia a la soberanía y la Constitución, en aquellos casos en que haya conflicto entre una norma internacional y una norma nacional que exprese algún valor considerado como irrenunciable. Pero sin que la adopción de esta doctrina jurisprudencial haya dado por terminado el debate entre los “comunitaristas” y los “constitucionalistas” europeos, pues esta doctrina ha tenido que irse modulando caso por caso.

III. LAS CERTEZAS DE LA REFORMA

Paso por último a referirme a los aspectos incuestionables de la reforma de 2011, entre los que destaca la adopción de un modelo de control difuso de constitucionalidad, en virtud del cual se ha logrado homologar a todo México en un mismo Estado de derecho.

Hasta antes de 2011, en el país se tenían dos distintos Estados de derecho. Por una parte, existía un moderno Estado constitucional y democrático de derecho, en el cual los jueces tenían y ejercían las atribuciones necesarias para garantizar al justiciable, que solo le serían aplicadas normas generales apegadas a los principios y reglas de la Constitución, respetuosas de sus derechos humanos. Pero este Estado constitucional y democrático de derecho solo estaban facultados para tutelarlos y ejercerlos los jueces y tribunales del Poder Judicial de la Federación.

Por otra parte, se tenía un Estado legislativo de derecho, más cercano al modelo decimonónico, que prohibía a los jueces interpretar, así como evaluar las normas jurídicas, debiendo constreñirse a ser meros aplicadores mecánicos de la ley. Estado legislativo de derecho que debía ser salvaguardado por los jueces de “mera legalidad”, dentro de los cuales quedaban incluidos todos los juzgadores locales, así como los federales integrantes de tribunales autónomos.

Atento a lo anterior, México contaba con dos distintos tipos de jueces, unos autorizados para aplicar un derecho enriquecido, por estar interpretado desde la Constitución, y otros obligados a aplicar un derecho empobrecido, en virtud de que debía ser interpretado y aplicado sin referencia a ningún precepto constitucional, tal como había sido producido por el legislador ordinario.

Bajo este sistema, los justiciables tenían primero que pasar por las instancias ordinarias, en donde se les aplicaba el decimonónico Estado legisla-

man Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights”, *German Law Journal*, en <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=600>.

tivo de derecho, y no era sino hasta las instancias de amparo cuando podían acceder a un derecho enriquecido y a una justicia completa.

Gracias a la reforma de 2011, todo ello cambió en una dimensión positiva, pues ahora en todo México, y en todos sus ámbitos normativos y de gobierno, rige un Estado constitucional y democrático de derecho, en donde los juzgadores están obligados a aplicar un derecho garantista y a ser cogarantes de constitucionalidad.

Todo lo cual se traduce en importantes beneficios tanto para la doctrina jurídica como para los jueces locales y federales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y primordialmente para los justiciables.

- a) Beneficios para la doctrina jurídica, porque ya no será necesario tratar de articular dos derechos distintos, lo cual generaba distorsiones e inconsistencias; por ejemplo, las siguientes:
 - Los jueces locales estaban obligados a equivocarse cuando se encontraban frente a una norma inconstitucional. Si optaban por su inaplicación, incurrían en un actuar en exceso de su competencia. Si la aplicaban, también resultaba erróneo, y contra esa determinación se concedían posteriormente amparos, obligando a los jueces a corregir su “error”.
 - A los jueces locales les estaba prohibido aplicar la Constitución, pero les resultaba obligatorio aplicar la jurisprudencia constitucional. Esto es, como si la jurisprudencia que interpreta la Constitución fuera una cosa distinta de esta, como si fueran dos fuentes de derecho distintas.
- b) Respecto al beneficio para los jueces locales, estos ahora se equiparan con los jueces federales, como cogarantes de constitucionalidad y de derechos humanos; por lo tanto, pierden la etiqueta que los denigraba a ser jueces de “mera legalidad”.
- c) Para los jueces federales y la Suprema Corte resulta positivo, porque ahora, en la medida en que los juzgadores locales también intervendrán resolviendo temas de constitucionalidad y convencionalidad, en esa medida los juzgadores integrantes del Poder Judicial de la Federación, cuando deban resolver en última y definitiva instancia los referidos temas, lo harán con mayores elementos de juicio, pues a estos se agregarán los razonamientos expresados por los jueces locales. Esta dinámica de dar oportunidad a que los debates judiciales maduren o se depuren entre los jueces ordinarios, antes de que deban llegar a los tribunales de constitucionalidad que los resolverán

- en definitiva, es usual en otros países, como es el caso de los Estados Unidos —país en el que a esta depuración le denominan *percolate*—.
- d) Beneficios sobre todo para los justiciables, porque ahora podrán acceder a una justicia de primera, desde la primera instancia. Es decir, desde el primer contacto que tengan con cualquiera que sea el juez que les corresponda, los justiciables accederán a una justicia completa y garantista, sin que sea necesario esperar años de trámites hasta llegar vía amparo a la justicia federal, que antes era la única autorizada para impartir esa justicia completa.

Cabe decir que también constituyen terreno firme de la reforma de 2011 todos aquellos puntos en los que coinciden tanto la perspectiva “convencionalista” como la “soberanista”.

Y ambas perspectivas teóricas coinciden no solo en aceptar que todos los jueces debemos ejercer control difuso de constitucionalidad, sino también en que también todos debemos aplicar el principio pro persona en estricto sentido; esto es, como principio interpretativo y como principio de aplicación. Siendo que estos dos aspectos, por sí mismos, constituyen desde mi punto de vista un enorme avance para el sistema jurídico mexicano.

Una opinión final: considero que los juzgadores, y particularmente los juzgadores locales, ante los temas ambiguos de la reforma de 2011, debemos actuar con mucha prudencia y paciencia, esperando a que la Suprema Corte de Justicia de la Nación vaya arrojando más luz sobre los temas pendientes de definir. Pero con relación a los temas que ya han sido delineados por la máxima instancia judicial, principalmente el control difuso de constitucionalidad y la aplicación del principio pro persona en estricto sentido, debemos actuar con decisión ejerciendo esas nuevas competencias y salvaguardando un derecho garantista.

EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DEL PENSAMIENTO DE JORGE CARPIZO

V. Humberto BENÍTEZ TREVIÑO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derechos humanos*. III. *Los derechos humanos en la concepción de Jorge Carpizo*. IV. *Consideraciones finales*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Jorge Carpizo nos legó un excelente estudio sobre la interpretación del artículo 133 constitucional, realizándola a través de los métodos histórico y exegético.

Históricamente ubica al principio de supremacía constitucional a partir del estudio de organizaciones sociales antiguas, como la *polis* griega, la *civitas* romana, el Estado-nación de la Edad Media y en la Edad Moderna, donde surgen ideas renacentistas ilustradas y nuevas concepciones del Estado, como las de Maquiavelo y Jean Bodin.

En el esquema que nos presenta Carpizo sobre la evolución del principio de supremacía constitucional, cuya dinámica histórica evoluciona en forma de espiral, como dice Juan Bautista Vico, es el movimiento histórico, estudia a la Constitución como ley suprema, ideario de un pueblo y principio y fin del orden normativo.

La idea de que nadie ni nada puede estar sobre la Constitución fue concebida desde la antigüedad. En Grecia eran sancionados quienes elaboraban leyes contrarias a la Constitución; en Roma, la supremacía constitucional se representaba en la *majestas*. Quien faltaba a este principio cometía el delito político de sedición y se le aplicaba la pena capital, como aconteció en el proceso a Jesús de Nazareth, en tiempo del emperador Tiberio. En su evolución, el principio de supremacía se encuentra vinculado a la idea

* Doctor en derecho con mención honorífica por la Universidad Nacional Autónoma de México.

de soberanía como elemento jurídico del Estado y facultad para crear a la Constitución y al estado de derecho que de ella emane. En la Edad Media, el derecho positivo se concebía como un mandato del derecho natural, cuya justificación teorizaron los escolásticos representados por Santo Tomás de Aquino, autor de la *Summa Theologiae*, obra en la que sustentó la idea de lo supremo.

En el contexto medieval, Carpizo nos ubica en el año 1283, cuando los hidalgos de Aragón le impusieron al rey el *Privilegium Generale Aragonum*, como ley suprema al que debería sujetarse el rey. La no obediencia implicaba la sanción, consistente en la invalidez de los actos reales.

La distinción entre leyes fundamentales y leyes ordinarias ya se concebía entre los siglos XVII y XVIII; lo fundamental tenía su origen en la soberanía; era un mandato a lo supremo, al cual los súbditos deberían obedecer y no contrariar la voluntad de quien se le había conferido la facultad de mandar acorde con los postulados de la Constitución. En Francia nació la doctrina denominada *hereuse impussance*, o sea, la feliz impotencia de violar las leyes constitucionales del reino, y en caso de que se atreviera a realizar un acto contra esas leyes, este era nulo.¹

Los revolucionarios franceses de 1789 fortalecieron la idea de la supremacía constitucional que se expresó en la Constitución 1791, en la cual el rey pasa a ser el nuevo titular en quien residirá la titularidad de la soberanía, pero aun el mismo pueblo estará sujeto a la Constitución, porque nada ni nadie puede estar sobre ella contra de ella o fuera de ella; toda la sociedad deberá reconocer la supremacía de la ley.

La observancia del principio de supremacía constitucional adquiere sus raíces de naturalización en la conciencia de los habitantes de las trece colonias inglesas de Norteamérica, quienes antes de lograr la independencia reconocieron la supremacía de las leyes inglesas. Ninguna ley colonial podía contradecirlas.

Cuando se consolidó la independencia de las trece colonias, los constituyentes incorporaron en la Constitución del 17 de septiembre de 1787 el principio de supremacía constitucional, dimensionado en la amplia interpretación del juez Marshall en el caso *Madison-Marbury*, de cuya sentencia Jorge Carpizo cita uno de los párrafos que contiene una extraordinaria claridad para comprender el principio en estudio, y cuya expresión se presenta en la siguiente forma:

Es demasiado simple para ser controvertido, que la Constitución controla todo acto legislativo repugnante a ella; o que la legislatura puede alterar la Cons-

¹ Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, Porrúa, 2012, p. 3.

titudin mediante una ley ordinaria. Entre estas alternativas no hay término medio. La Constitución es, o bien una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios y como las otras leyes es modificable cuando la legislatura quiera modificarla. Si la primera parte de la alternativa es exacta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley; si la segunda parte es exacta entonces las constituciones escritas son tentativas absurdas por parte del pueblo para limitar el poder que en su propia naturaleza es limitable. Evidentemente todos los que han elaborado constituciones escritas las consideran como ley fundamental y suprema de la nación y consecuentemente la teoría de cada uno de tales gobiernos debe ser la de que un acto de la legislatura reppnante a la Constitución es inválido.²

Al consumarse la independencia de México, se integró el ideario liberal de los insurgentes, quienes lucharon por un ejercicio soberano propio de los mexicanos y para constituirse en Estado libre y soberano al superarse las difíciles experiencias del primer imperio mexicano y elaborar la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, en cuyo artículo 161-3o. se incorporó el principio de supremacía constitucional en los términos siguientes:

Artículo 161. Cada uno de los Estados tiene obligación:...

3o. De guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes generales de la unión y los tratados hechos ó que en adelante se hicieren por la autoridad suprema de la federación con algunas potencias extranjeras.

Con las variables del lenguaje y la nueva ideología de la segunda época del liberalismo radical y moderado, los constituyentes redactaron el principio de supremacía constitucional en el artículo 126 de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 en los siguientes términos:

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

El texto anterior se transcribió íntegro en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, promulgada el cinco de febrero de aquel año, y diecisiete años más tarde se reformó el refe-

² *Ibidem*, p. 4.

rido artículo en sus primeras líneas, mejorando su redacción y otorgándole facultad al Senado en la forma siguiente:

Art. 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes o tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.

El principio de supremacía constitucional es fundacional del Estado federal, y que toda Constitución escrita o no, se le considera que está implícito en la letra, en la costumbre o en el imaginario social, que aunque dicho principio no se enunciara en la estructura de la Constitución, integra parte de su ideario, que en una Constitución democrática es ineludible.

El enunciado de la supremacía constitucional del artículo 133 ha existido inalterable en su espíritu en los 189 años de vida federal, y con la reforma constitucional de 2011 se actualiza en forma automática a los nuevos tiempos del siglo XXI. Es un principio que trasciende los siglos y justifica la razón y ser de la Constitución.

El principio de la supremacía constitucional, además del estudio histórico y exegético, ha merecido el análisis doctrinario de diversos personajes, quienes han aportado las bases teóricas para su comprensión. Jorge Carpizo expone la idea piramidal de Hans Kelsen para destacar que existe una norma creadora para generar otra sujeta a supra y subordinación, sin contrariar la norma creada a la creadora; entonces, consiste en que una norma superior da validez y vigencia a una norma de menor jerarquía.

Esmei, al decir de Carpizo, expone que la supremacía constitucional es la base garantista de los derechos individuales y el límite del ejercicio de facultades de la autoridad frente a los habitantes, como así lo piensa Bourdeau, quien estima que sin Constitución no habría corazón que impulsara el orden institucional ni sistema nervioso que limitara el actuar de la autoridad ante los derechos ciudadanos.

Berthelemy estima que la supremacía constitucional es el principio del orden y del ejercicio de una vida democrática instruida y políticamente educada.

Carpizo justifica la existencia de la supremacía constitucional porque hace que la Constitución sea la norma de normas, la ley fundamental, el código supremo, etcétera, y que lo más trascendente de incluir la supremacía constitucional fue lograr la unión, la colaboración, el equilibrio entre los estados y la federación, así como el orden, la coexistencia del estado de

derecho en el orden interno y la apertura del mundo mediante los tratados de cooperación internacional.

Al interpretar el artículo 133 constitucional, Jorge Carpizo estudia diferentes criterios doctrinarios, como el del célebre jurista constituyente del Congreso de 1856-1857, José Castillo Velasco, quien deja ver que lo supremo de la Constitución se construye cuando los constituyentes firmaron la Constitución, considerada expresión de la voluntad del pueblo, quien es el soberano, y marca los destinos nacionales y de trato internacional, coincidiendo con ello Mariano Coronado y Ramón Rodríguez.

El tema de si las leyes federales son superiores a las locales se resuelve de acuerdo con el criterio que sustentó Ramón Rodríguez —constitucionalista de los años en que Sebastián Lerdo de Tejada era presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos—, manifestando

que únicamente la Constitución es norma suprema porque si los tratados y las leyes que emanan de ella vulneran los Derechos Humanos o restringen la soberanía de los estados, esos tratados y esas leyes no se deben cumplir, considero que el segundo párrafo del artículo se debió haber omitido por ser inexacto, pues si la Constitución es la norma fundamental no sólo los jueces de los estados deben sujetarse a ella, sino absolutamente todas las autoridades, tanto las federales como las municipales.³

Como podemos apreciar en la cita, el problema de jerarquía y niveles entre estados y federación es centenaria, y acontece con más incidencia en la actividad del Poder Judicial, sobre todo en la declarativa de inconstitucionalidad, facultad que no le corresponde hacer al juez local, sino a los jueces competentes en el ámbito federal, lo que revela una centralización de la competencia de la declaratoria de leyes anticonstitucionales o leyes inconstitucionales.

Por lo tanto, la ley federal no es suprema frente a las leyes de los estados. La única suprema es la Constitución. Aquella idea de la Constitución como ley suprema ha sido enriquecida por juristas de prestigio, como Lanz Duret, quien sostiene la idea de la autolimitación del pueblo, quien buscando el orden para el desarrollo generó la Constitución que siempre surge como ave fénix de los conflictos beligerantes a nivel interno para lograr la paz y a nivel internacional, la concordia.

Jorge Carpizo no comparte la idea de la autolimitación de Lanz Duret: “...porque despersonaliza el concepto de Poder Constituyente que única-

³ *Ibidem*, p. 12.

mente pertenece al pueblo y en su pensamiento se palpa la idea de que el pueblo después de darse su Constitución ya no tiene nada que hacer”.⁴

Para Tena Ramírez, la idea de supremacía está implícita en la Constitución, y no requiere de escribirse, porque ese principio vale y nace con la misma Constitución.

Mario de la Cueva sostiene la intocabilidad de las decisiones fundamentales, de esos principios que son la base y columna de todo el Estado y de todo el derecho, y se deben respetar los procedimientos para garantizar los derechos que concede la Constitución y revisar la tradicional clasificación de las normas, de acuerdo con una jerarquía.

En síntesis, por tratarse de esferas de competencia, no hay supremacía de las leyes federales sobre las locales, no hay concurrencia, sí hay supremacía constitucional, la cual se presenta de acuerdo con el grado. Para Carpizo, la Constitución tiene el primer grado, ubica en el mismo nivel al derecho federal y al derecho local.

Estos argumentos son punto de partida para reflexionar respecto a que si los tratados están bajo la Constitución o están al mismo nivel de esta. Si hacemos una interpretación adecuada en cuanto a la letra y el espíritu constitucional, tanto la Constitución como las leyes del Congreso de la Unión, y todos los tratados celebrados por el presidente de la República, con aprobación del Senado, son la ley suprema, y en cuanto al enunciado “jueces”, debemos entender que se refiere a todos aquellos operadores que deben aplicar la ley en los estados, sean de tribunales de justicia especializados o que tienen a su cargo una instancia donde se realiza un juicio, proceso o procedimiento, en los que se tienen que observar los pasos procedimentales en cumplimiento de la garantía de audiencia y aquellas garantías constitucionales que tutelan los derechos de los habitantes; por ello se dice que aunque no estuviera escrito este principio de supremacía constitucional, debe respetarse, porque sin él la Constitución sería emisión literaria. En ese principio radica la fortaleza constitucional y la fuerza de la ley.

El referido principio tiene como objetivo lograr el consenso para la unión legitimadora, la obediencia de la ley y su cumplimiento en forma voluntaria como un deber ciudadano de participar en la vida pública, observando fielmente los mandatos constitucionales.

Al aplicar los métodos histórico-comparativo y exegético para estudiar la supremacía constitucional, Jorge Carpizo logró generar una dialéctica entre juristas para lograr tesis novedosas en las materias de derecho constitucional y en el nuevo derecho procesal constitucional para tener claridad

⁴ *Ibidem*, p. 15.

al hacer la diferencia entre lo que son derechos humanos y garantías individuales; consideró que los primeros sustentan los derechos como ejercicio de la libertad, respeto a la dignidad a la vida, etcétera, y las segundas, como los medios de protección procesal para tutelar los derechos humanos.

La reforma de 2011 fue necesaria para que los derechos subjetivos constitucionales tuvieran una mayor protección a través de la adjetivación que se irá implementando al correr del siglo XXI en los ámbitos nacional e internacional.

Mientras exista la intención de vivir en libertad y se cumplan los propósitos de avanzar perfeccionando las formas de vida democrática, el principio de la supremacía constitucional será el eje rector que sustentará toda reforma de constitucionalidad y de legalidad. Prueba de ello es que en México dicho principio tiene una vigencia de 189 años, ya que fue implantado por la primera generación liberal en 1824. Los conservadores lo respetaron. Los liberales de 1857 mejoraron su redacción y adecuaron su contenido a su tiempo, y fue legado íntegro a la Constitución de 1917, próxima a cumplir su primer centenario de vigencia.

En la vida constitucional, el principio de supremacía constitucional solo ha tenido dos reformas: la que hizo el Constituyente de 1857 y la que practicó el Constituyente Permanente en 1934.

La reforma de 2011 dejó intocado el principio de supremacía constitucional del artículo 133; con la disponibilidad de ser útil para sistematizar su interpretación vinculándolo con los otros artículos de la Constitución que prevén el respeto a todos los derechos concedidos a los habitantes a nivel nacional e internacional, entre ellos los derechos humanos.

II. DERECHOS HUMANOS

En este apartado abordaremos la valía de los derechos humanos destacando el pensamiento de Jorge Carpizo sobre esta temática teórica en el enfoque académico y práctico obtenido como primer comisionado nacional de los derechos humanos en México. Su trabajo sobre la protección de los derechos del hombre lo realizó antes y después de la reforma del artículo 102 constitucional de 1992, que en su apartado B los elevó a rango constitucional, al federalizar su sistema protector.

Sobre la valía de los derechos humanos para fortalecer al hombre como centro de imputación de valores podemos argumentar que desde tiempos y espacios inmemoriales el ser humano siempre ha buscado descubrir en lo subjetivo lo que lo humaniza y hace valer ante la comunidad en la que vive,

protegiendo mediante enunciados morales, éticos y jurídicos aquello que descubre en su naturaleza y avanza en el reconocimiento social a través de la defensa del Estado o de organismos no gubernamentales.

Múltiples pensadores han aportado ideas sobre lo que humaniza al hombre. Si lo vemos desde el punto de vista del cristianismo, lo que hace humano al hombre es su intuición de Dios. Los griegos, entre ellos Sócrates y Platón, concebían que era la virtud el fundamento de lo justo y lo humano. Santo Tomás de Aquino concibió que los derechos del hombre eran concedidos por un ser superior, y que a través de una jerarquía de valores que partían del derecho divino se vinculaban al derecho natural, y su intuición se conceptualizaba en los derechos civiles reconocidos al hombre como persona.

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 en Francia, en diecisiete artículos y un preámbulo se implementó la nueva filosofía protectora de lo humano como escudo ante el absolutismo, al cambiar la titularidad de la soberanía del rey al pueblo. Así, entre los idearios de las revoluciones norteamericana y francesa surgen los derechos del hombre como límites de respeto de la autoridad a los derechos de los gobernados o justiciables.

La influencia revolucionaria sobre el respeto de los derechos del hombre y del ciudadano impactó en los insurgentes de las colonias españolas en Iberoamérica; hacia 1810, Miguel Hidalgo luchó por la libertad, y en Guadalupe decretó la abolición de la esclavitud.

José María Morelos, asistido de eminentes abogados conocedores del derecho, entre ellos Carlos María de Bustamante, Andrés Quintana Roo y José Manuel de Herrera, plasmó en diferentes documentos los derechos que deberían reconocerse a los hombres libres, como se puede apreciar en el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionada el 22 de octubre de 1814, conocida como Constitución de Apatzingan, entre cuyos artículos consagró principios universales de los derechos humanos, como los siguientes:

Capítulo V
De la Igualdad, Seguridad, Propiedad
y Libertad de los Ciudadanos

Art. 24. La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La integra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y es único fin de las asociaciones políticas.

Art. 27. La seguridad de los ciudadanos consiste en la garantía social: esta no puede existir sin que fije la ley los límites de los poderes y la responsabilidad de los funcionarios públicos.⁵

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, síntesis del ideario insurgente, consagró la independencia política de México, y estableció y afirmó su libertad, con el fin de promover su prosperidad y gloria. Aunque no contiene un listado o catálogo de derechos individuales, en todo su sistema constitucional protege derechos de distintas materias, como el derecho de autor (artículo 50 1a.), libertad de imprenta para que sus habitantes escribieran y publicaran sus ideas políticas libremente; asimismo, se legislara para que se respetaran las libertades que se regularan en las leyes y se respetarían los compromisos de los tratados celebrados por la autoridad suprema de la Federación.

La Constitución de 1857 sí contiene en su título I, sección I, artículo primero, lo relativo a los derechos del hombre, en los términos siguientes: “Artículo 1. El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente constitución”.

Como puede apreciarse, se incorporan los enunciados “derechos” y “garantías”, que aparentemente se confunden; en estricta interpretación debemos entender que una idea es el derecho y otra la forma del procedimiento para garantizar ese derecho. Por ello, en los 29 artículos de la referida Constitución se mencionan las garantías que al constitucionalizar las aportaciones del ideario social de la Revolución mexicana serían reproducidas para coexistir en todo el sistema de garantías de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, que priorizó el enunciado “garantías individuales” y aunque dejó subyacentes los derechos, no los enunció en el artículo 1o. Y redactó sus postulados en los términos siguientes:

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta constitución las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Aunque en los artículos que van del 1 al 29 se incluyen enunciados de libertades y derechos, como en los artículos 7o., 8o., 9o., 10, 11, 14 etcétera, se destaca la idea de garantías; por ello, la ley que deriva de los artículos

⁵ Edición facsimilar preparada por la Secretaría de Gobernación, una nota preliminar de Antonio Martínez Báez, México, 1957, pp. 8 y 9.

103 y 107 constitucionales se conoce como Ley de Amparo, y a su juicio se le conoce como juicio de amparo o de garantías.

III. LOS DERECHOS HUMANOS EN LA CONCEPCIÓN DE JORGE CARPIZO

Me llama la atención un libro de Alain Touraine, cuyo título es *¿Podremos vivir juntos?*, en cuyo contenido se comprende que los múltiples problemas del mundo actual acontecen por el alejamiento del trato comunitario, de asistencia, de falta de comunicación y de coincidencia en el fomento de valores, lo cual se ocasiona por falta de acercamiento para generar la identidad que nos permite valorar al otro y valorarnos a nosotros mismos, a los cercanos y lejanos habitantes, generando así una incomunicación en la valoración de la otredad.

Para mayor comprensión de lo anterior, Alfred Adler dice: “Los hombres vivirían juntos mucho mejor si fuese mayor su conocimiento del hombre, porque desaparecerían ciertas formas perturbadoras de la vida en común, que únicamente son ahora posibles por no conocernos, estando así expuestos al peligro de dejarnos engañar por cosas externas e incurrir en desfiguraciones o disimulos de otras”.⁶

La protección de los derechos humanos se hace realidad impulsando reformas garantistas que incorporan los referentes constitucionales de donde derivará la legislación que protegerá los bienes de la persona que merece disfrutar de una vida en libertad en un ambiente democrático y un trato digno.

Ante las teorías de los derechos humanos que los abordan desde los enfoques filosóficos, morales, éticos, históricos y jurídicos, surgen posiciones de políticos asiáticos, como la de Liu Huaqiu, vicedirector chino, quien defendiendo a su país de las sanciones impuestas por la Organización de las Naciones Unidas, en una reunión celebrada en Viena, dijo:

El concepto de derechos humanos es el producto del desarrollo internacional está íntimamente asociado con condiciones específicas, sociales, políticas y económicas y con la historia, los valores y la cultura propia. El concepto de Derechos Humanos es integral y cubre tanto los individuos como los colectivos... no hay derechos ni libertades absolutas, excepto aquellas prescritas por la ley y dentro de su marco... Nadie debe poner sus derechos e intereses por encima de los Estados y la sociedad no debe permitírsele que socave los de

⁶ Adler, Alfred, *Conocimiento del hombre*, Madrid, Espasa, 1984, p. 12.

otros y los del público en general. Este es un principio universal de todas las sociedades civilizadas.⁷

Este argumento que combate las sanciones a China por la matanza en la plaza de Tiananmen en 1989 en el centro de Pekín (donde ahora se encuentran los restos mortales y un gran retrato de Mao Zedong, como hoy se pronuncia lo que antes se escribía Mao Tse Tung; asimismo, después de aquel acontecimiento de 1989 a la capital de China se le cambió su denominación, y actualmente se le conoce como Beijing), implica que no existe uniformidad sobre el criterio de cuándo se justifica atacar un movimiento que amenaza la estabilidad de un gobierno o la seguridad de un Estado, y que deberá combatirse, sin argumentar que se están violando derechos humanos, y cuya violación no debe ser sancionada por organismos internacionales protectores de lo humano.

Existen diferentes consideraciones culturales sobre los derechos humanos. Cada nación tiene su identidad cultural y su conceptualización; será en la Constitución de cada país y en los tratados internacionales donde se precisarán las concepciones, alcances, procedimientos de interpretación y su defensa.

El brillante jurista Jorge Carpizo estima que la Constitución se sustenta en decisiones fundamentales, que son las bases de los demás postulados del orden jurídico mexicano, y entre algunas de ellas encontramos a la soberanía, la declaración de los derechos humanos, la división de poderes, la democracia y el sistema federal; en su extensa labor doctrinaria, Jorge Carpizo trató con amplitud en los foros donde intervino y en sus libros, la teoría y los enfoques prácticos de esas bases fundamentales sobre las que se genera el Estado de derecho.

Carpizo clasifica tanto a los derechos del hombre como a las garantías individuales en garantías de igualdad, libertad y seguridad jurídica.

En su literatura jurídica, Carpizo elaboró en forma didáctica un esquema para explicar con claridad los derechos humanos; diseñó un esquema en el que seleccionó conceptos clave, como ejemplos para facilitarnos una comprensión clara de las garantías individuales, como él las concibe.

Tanto en las garantías de igualdad como en las de libertad no considera al hombre como individuo, sino como persona, que es el centro de valores a reconocer para desarrollar una vida libre y digna.

Por lo anterior, Carpizo ejemplifica los derechos humanos y las garantías, con tres derechos: el de la libertad individual absoluta, considerando

⁷ *Ibidem*, pp. 128 y 129.

la prohibición de la esclavitud; en el trato jurídico, considera a la igualdad, que en su observancia debe realizarse como lo pensaba Federico Nietzsche, dando trato igual a los iguales y desigual a los desiguales; asimismo, Carpizo considera como derecho humano el derecho a la seguridad jurídica.

En relación con la libertad, Carpizo se adelantó a tratar al hombre como persona, en lugar de como individuo, ya que persona presenta mayor riqueza conceptual para entender a los derechos humanos y a las garantías individuales en un escenario cultural, considerándolas en sus aspectos físico y espiritual.

En el aspecto físico, estima que debe preservarse la garantía a no ser molestado o privado sin fundamento y motivo del lugar donde es la morada de la persona, domicilio protegido siempre como lugar sagrado y tutelado; de ahí la protección constitucional del establecimiento del domicilio donde la persona elija vivir.

En lo espiritual, la persona humana tiene un mundo interior, que gobierna su mente para manifestar su yo en el mundo exterior, diría José Ortega y Gasset vinculando el yo con su circunstancia, en la que debe garantizarse por la vía constitucional sus libertades de pensamiento, conciencia y libre expresión de las ideas en forma escrita.

Los griegos distinguían entre la vida privada y la vida pública, dándole mayor importancia a la vida participativa en la *polis*, porque estimaban que la vida pública era básica para estimular el desarrollo y la conciencia de los ciudadanos y para defender a su patria de las invasiones de sus enemigos, entre ellos los persas.

En México, entre 1808 y 1810 se intensificaron las reuniones denominadas “tertulias”, en donde se trataban los asuntos de la política colonial, de lo que sucedía en España y de los derechos y libertades reconocidas en otras naciones, como Inglaterra, Francia y en los nacientes Estados Unidos de Norteamérica. Las tertulias fueron encuentros sociales que los realistas consideraron como conspiraciones; de ahí que el derecho de reunión con fines políticos haya sido considerado el medio para el encuentro de pueblo y caudillos para tratar asuntos cívicos; por ello ese derecho se incorporó desde la primera Constitución mexicana de 1824, que reguló la vida de México en libertad.

El artículo 15 constitucional no autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, derecho que gozan aquellos perseguidos por gobiernos extranjeros y que pueden sufrir violación a sus derechos humanos. México se ha distinguido en el mundo como país garante del derecho de asilo:

...entendido como el derecho de acogerse a la protección de un país ajeno cuando en el propio se es perseguido. Lo que se protege en este caso, no es el contenido de tales o cuales ideas del asilado, sino su derecho a mantenerlas libremente, liberándolo con el asilo que se le ofrece de la persecución de que es objeto, y, por tanto, de la negación a pensar y actuar con la libertad necesaria.⁸

La manifestación pública para presentar a la autoridad una petición sin atacar a la moral ni a los derechos de un tercero, provocar un delito o perturbar el orden público, es un derecho que Jorge Carpizo considera entre los derechos relativos al ejercicio de la libertad de la persona cívica.

En cuanto a la persona social, para comprender la interacción entre las personas de tratar en forma casual o permanente asuntos de índole privada o comunitaria, Carpizo ejemplifica la libertad de asociación y la libertad de escoger libremente el trabajo.

En cuanto a garantías que actualmente forman parte instrumental del derecho procesal constitucional, y que el Estado debe garantizar en sus instancias judiciales en materia penal, el doctor Jorge Carpizo nos orienta para comprender los derechos de la defensa adecuada que se encuentran considerados como garantías individuales.

Las revoluciones de los siglos XVIII, XIX y XX tuvieron entre sus objetivos el mejoramiento de la vida social, el combate a la tiranía y a la majestad que usaba la fuerza para reprimir, la desaparición forzada de personas, el encarcelamiento o el destierro, entre otros medios de violencia para perseguir a quienes incomodaban al poder arbitrario o castigar el delito.

Los pueblos de América lucharon por tener voz y hacer oír y valer su voz en órganos representativos. Para ello, a partir de los años cincuenta del siglo XX se universalizó la protección de los derechos humanos, cuya condición cualitativa se va fortaleciendo a través de la participación democrática, oyendo la voz del pueblo en organismos nacionales, internacionales o en organizaciones no gubernamentales.

Jorge Carpizo estudia el avance de los derechos humanos a la luz de la creación de instituciones protectoras y sus formas de operar en la realidad, como lo han hecho los organismos protectores a nivel federal, estatal y municipal que se han instituido en México

A partir de la reforma al artículo 102, al que se le agregó el apartado B, se le ha dado un nuevo tratamiento a los derechos humanos, y los foros académicos, como el del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Univer-

⁸ Sánchez Vázquez, Adolfo, *Del exilio en México*, México, Grijalbo, 1977, p. 85.

sidad Nacional Autónoma de México, se convirtieron en claustros de reflexión sobre los derechos humanos, como aconteció hacia 1991, cuando se reunieron defensores de derechos humanos de diferentes partes del mundo. Para nombrar al primer *Ombudsman* de México se buscó a un personaje que cumpliera los requisitos de valía humanística, y se designó a Jorge Carpizo como primer presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Jorge Carpizo fue un actor social de la defensa de los valores que humanizan al hombre; desplegó su talento y su conocimiento de derecho constitucional para fundamentar la teoría y la práctica de los derechos humanos. Entre las aportaciones y avances que logró podemos considerar los siguientes:

- Aportó una metodología para el análisis profundo de los postulados constitucionales de las garantías individuales y de su operatividad.
- Concibió un modelo didáctico para ubicar a los derechos y garantías individuales.
- Ubicó a los derechos humanos como uno de los principales temas de atención del siglo XXI.
- Consideró que el término “garantías individuales” en las Constituciones federales de 1857 y de 1917 incluían los derechos humanos; solo había que precisar su interpretación para establecer sus diferencias con las garantías individuales.

Carpizo expresó que México, al ratificar diversos tratados sobre derechos humanos, está consciente de su importancia universal, entre ellos el realizado con la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, y otros que fortalecen “...nuestro catálogo de derechos humanos. Si se violara un derecho humano, no contenido en la Constitución, pero sí en un tratado internacional y si esa norma no fue denunciada, podemos al respecto buscar la protección judicial, tal y como si ese derecho estuviera garantizado en nuestra Constitución”.⁹

Si hacemos una revisión de los juristas que han construido el constitucionalismo mexicano, destacan en la protección de los derechos humanos las aportaciones humanistas de Manuel Crescencio Rejón, Mariano Otero, Ponciano Arriaga, Ignacio Luis Vallarta y otros liberales cuyas ideas han trascendido al paradigma de la nueva Ley de Amparo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013.

⁹ Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 490.

La elevación del nivel cultural de los pueblos favorece el desarrollo de las instituciones protectoras de los derechos humanos, como se puede observar en los países escandinavos, Australia, Canadá y otros, en que las autoridades observan con mayores escrúpulos los límites fijados para el respeto de los derechos y garantías de los gobernados. En México no hemos avanzado en esta materia lo suficiente: “cierto es que aun es necesario lograr un mayor respeto a los derechos humanos. Este es uno de los retos y desafíos al cual se enfrenta nuestro país y firmemente esperamos que lo podrá superar para que resplandezca con la libertad, la igualdad, la dignidad y la justicia entre los mexicanos”.¹⁰

Jorge Carpizo estudió con especial interés la reforma constitucional de junio de 2011; en abril de ese año elaboró un capítulo del libro *La reforma constitucional de derechos humanos*. Un nuevo paradigma, publicado en mayo del mismo año, por editorial Porrúa.

En ese estudio, Carpizo explicó la diferencia entre derechos humanos y garantías, de lo cual inferimos que los primeros son los bienes jurídicos o valores a proteger, y las segundas se refieren a los medios instrumentales con que se protegen. Estimó que en el título primero, capítulo I, no deberían estar enunciadas las garantías constitucionales, porque si se revisa la Constitución, estas se encuentran en otros apartados constitucionales, como en los artículos 103, 105 y 107. Efectivamente, le asiste la razón, porque una cosa es la sustancia, el valor o bien jurídico a proteger, y otro es el medio con el que se protege; de ahí que surja la nueva rama de estudio para proteger a las garantías, que es el derecho procesal constitucional.

Carpizo nos hizo la observación de que al hacer la interpretación sobre las normas relativas a los derechos humanos, relacionando el artículo 1o. con el 133 constitucional, como en la nueva reforma, debe hacerse, para una mayor comprensión, y orientación para interpretar el significado y los alcances de la protección de los derechos humanos.

Además, consideró Carpizo que la reforma constitucional de 2011, tal como se proyectó y se aprobó, se considera un instrumento útil y avanzado para la protección de los derechos humanos mediante “un bloque de constitucionalidad y generación de jurisprudencia, leyes secundarias, tratados internacionales ratificados por México y las resoluciones y recomendaciones emanadas de órganos creados en esos tratados”.¹¹

Al ponderar la reforma constitucional de 2011 de diversos artículos de la Constitución, Carpizo hizo una excelente exégesis, que nos orientará

¹⁰ *Ibidem*, p. 492.

¹¹ *Ibidem*, p. 335.

para la interpretación del nuevo paradigma constitucional del siglo XXI, del México que busca armonizar el control de constitucionalidad con el control de convencionalidad, para lograr una mayor eficacia del respeto a los derechos humanos a nivel estatal, nacional e internacional.

Al interpretar el pensamiento de Jorge Carpizo sobre la reforma constitucional de 2011, afirmamos que nos legó un reto, consistente en que si bien es cierto que en los últimos años se ha legislado para elevar a rango constitucional la protección de los derechos humanos mediante una instrumentación que se vaya acondicionando para lograr su beneficio en la realidad, es tiempo que los estados sean partícipes del nuevo paradigma del federalismo y “que se vuelvan protagonistas de la reforma constitucional en el verdadero sentido del artículo 135 constitucional”.

Este propósito actualmente se encamina en la investigación académica, en foros, en congresos, en labores judiciales y en la preocupación de todas las autoridades de cómo se ha de aplicar la reforma constitucional de 2011 y cómo implementar su aplicación para lograr mayor eficacia en la protección de los derechos humanos en los ámbitos nacional e internacional. De ahí que exista una mayor posibilidad de avance del derecho constitucional local, en las nuevas formas de control de la constitucionalidad a nivel de la propia competencia y jurisdicción de los estados.

En relación con la convencionalidad, aparecen nuevas materias, como el derecho constitucional internacional y el estudio integral de las materias que integran el bloque de la constitucionalidad, etcétera, y una vez avanzada la implementación de los medios protectores garantistas entraremos a la época paradigmática del nuevo respeto y trato a los derechos humanos.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

1. La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 fue la carta fundacional del Estado que incorporó el principio de supremacía constitucional como lo habían hecho las Constituciones francesa y norteamericana, ya que sin el referido principio la división de poderes y los derechos del hombre y del ciudadano no se dan las condiciones de la existencia de una Constitución, legado libertario que subsiste hasta nuestros días.

2. La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857 es el resultado de profundas reflexiones vertidas en un congreso constituyente, en el que brillaron las mentalidades más esclarecidas de la segunda época del liberalismo mexicano que elevó a rango constitucional el juicio de am-

paro, que sigue siendo el mejor instrumento para la defensa de los derechos humanos.

3. El prestigio del ideario de los constituyentes de 1857 trascendió en los programas revolucionarios que fundaron el liberalismo social que impulsó Ignacio Ramírez, estableciendo las bases del nuevo agrarismo de redención, el derecho del trabajo, el derecho a la educación y los cambios de la Revolución mexicana, confirmando en sus términos el contenido de la supremacía constitucional, de las garantías individuales y del juicio de amparo, así como la reafirmación del Estado democrático, federal, representativo, la fortaleza de lo republicano y la proyección del Estado constitucional de derecho que actualmente se aplica y desarrolla en México.

4. El constitucionalismo mexicano es una forja del estudio y experiencias académicas de la postulación y de la judicatura que brillaron en el siglo XIX, y solo por citar algunas personalidades que brillaron en aquel tiempo de la construcción de la nacionalidad e identidad nacional mencionamos a José María Luis Mora, Manuel Crescencio Rejón, Mariano Otero, Benito Juárez, Melchor Ocampo, Ignacio Manuel Altamirano, Ponciano Arriaga, León Guzmán, José María Iglesias, Ignacio Luis Vallarta, Emilio Rabasa, entre otros múltiples juristas que podríamos mencionar, que fueron intérpretes y defensores de los postulados constitucionales de la libertad forjados por los liberalismos individual y social de los siglos XIX y XX.

Entre los grandes juristas impulsores del constitucionalismo mexicano sobresalen dos que hacen parteaguas en la forja del ideario que integra el tema que se ha convertido en permanente: la reforma constitucional; ellos son los eminentes constitucionalistas Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo Mc-Gregor, cuyas aportaciones para la interpretación, aplicación y proyección de los postulados constitucionales forman parte de la jurisprudencia científica mexicana, haciendo escuela, como lo hicieron en sus respectivas academias Sócrates, Platón y Aristóteles durante el esplendor de la filosofía griega.

En México, la investigación jurídica ha fincado su claustro en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, al que pertenecen los discípulos de los ilustres maestros constitucionalistas Fix y Carpizo, quienes con sus obras prestigian a la investigación jurídica que se difunde por el mundo en varios idiomas, ilustrando a todo interesado en las distintas temáticas que son presentadas en las diferentes formas editoriales que tratan sobre la interpretación constitucional del control difuso de la convencionalidad, los derechos humanos, etcétera.

En vista de que el constitucionalismo mexicano es una corriente filosófica jurídica que ha construido la arquitectura temática del derecho consti-

tucional del siglo XXI sobre la que se sustenta nuestra Constitución, estimo que en el mundo global del cambio constitucional y del nuevo tratamiento de los derechos humanos, incorporados en la reforma de 2011, México ingresa al nuevo paradigma de protección de lo humano, que dignifica y garantiza la libertad.

Con la inteligencia de sus constitucionalistas, México está preparado para que en el mundo de la globalización se vincule a los países que avanzan en el desarrollo del nuevo Estado constitucional de derecho, acondicionando su vida democrática para lograr un mayor respeto a los derechos humanos.

Una vez promulgada la reforma constitucional de 2011, en materia de derechos humanos y sus garantías y la expedición de la Ley de Amparo, México cuenta con los postulados de constitucionalidad y las reglas de legalidad, y procede a elaborar los instrumentos o reglas procesales para que en todas las instancias las autoridades hagan realidad los beneficios de la tutela de los derechos humanos, observando, aplicando y cumpliendo todas aquellas disposiciones de constitucionalidad y convencionalidad que integran el bloque de constitucionalidad, que comprenden al derecho interno y el de los tratados internacionales que tutelan a los derechos humanos en los ámbitos nacional e internacional.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BALTAZAR ROBLES, Germán Eduardo, *La Ley de Amparo 2013 comparada, concordada y comentada*, México, COEDI, 2013.
- CARPIZO, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, Porrúa, 2012.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Sista, 2013.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, Querétaro, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2012.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y transformaciones*, México, Porrúa-UNAM, 2011.
- PACHECO PULIDO, Guillermo, *Control de convencionalidad, tratados internacionales de los derechos humanos*, México, Porrúa, 2012.
- ROJAS CABALLERO, Ariel Alberto, *Los derechos humanos en México*, México, Porrúa, 2012.

LA DISOLUCIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Juan María BILBAO BUSTILLOS

SUMARIO: I. *La libertad de asociación en el Convenio Europeo.*
II. *La disolución de asociaciones.* III. *La disolución de partidos políticos.*

I. LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN EN EL CONVENIO EUROPEO

El artículo 11.1 del Convenio Europeo de 1950 consagra, de forma conjunta, las libertades de reunión y de asociación.¹ Este precepto no define con precisión el concepto de asociación del que se parte ni describe las características que han de reunir los grupos u organizaciones sociales para poder invocar la protección del Convenio. Pero algunos pronunciamientos del Tribunal nos proporcionan valiosas pistas. Así, la libertad de asociación solo es predicable de aquellas organizaciones de base voluntaria. Cuando el nacimiento del

¹ Las dos libertades aparecen hermanadas en el artículo 11. Y no solo en su primer apartado. En el segundo párrafo se desglosan una serie de finalidades o imperativos, que podrían justificar algunas limitaciones en el disfrute efectivo de dichas libertades, siempre con carácter excepcional. A la hora de valorar la licitud de estas restricciones, los órganos encargados de controlar la observancia del Convenio vienen aplicando el test habitual de proporcionalidad, que solo se supera si se cumplen sucesivamente las exigencias de idoneidad, necesidad de la medida en una sociedad democrática y proporcionalidad en relación con los objetivos indicados. Es igualmente significativa la ubicación sistemática de este artículo, inmediatamente detrás del artículo 10, con el que está íntimamente conectado. El Tribunal ha insistido en numerosas ocasiones en esa estrecha vinculación. Pese a su rol autónomo y a la especificidad de su esfera de aplicación, el artículo 11 ha de ser interpretado a la luz del artículo 10, porque una de las funciones primordiales de las libertades de reunión y de asociación es operar como una garantía instrumental al servicio de la libertad de expresión. La libertad de opinión, al igual que la de pensamiento, tendría un alcance bien limitado si no se garantizara al mismo tiempo la posibilidad de compartir esas convicciones, ideas o intereses con otros individuos, en el marco de una asociación (caso Chassagnou y otros contra Francia, de 29 de abril de 1999).

vínculo asociativo no puede reconducirse a la libre voluntad de los asociados (sino a la ley o a un acto de los poderes públicos) se estaría en presencia no de una asociación, sino de una institución de derecho público, que se situaría fuera de la esfera de protección del artículo 11. Se requiere además una mínima estabilidad organizativa.

La libertad de asociación comprende tanto el derecho individual a crear una asociación o adherirse a una ya existente para defender colectivamente objetivos que se comparten, como la libertad de organización y actuación de las que se constituyan, sin trabas o limitaciones injustificadas. Y también la libertad para abandonarla en cualquier momento, sin verse forzado a permanecer en la misma. El Convenio no se limita a proteger a las supuestas víctimas de restricciones indebidas en el disfrute del derecho de asociación, sino que cubre también las medidas destinadas a disuadir su ejercicio y la garantía de indemnidad, que opera frente a posibles represalias.

Las relaciones internas que se desenvuelven en el seno de una asociación y no afectan a terceros quedan excluidas, en principio, de la esfera de protección del artículo 11, que garantiza la plena autonomía normativa y organizativa de las asociaciones. El derecho a fundar una asociación comporta el derecho de quienes la constituyen, a dotarse de sus propios estatutos y a organizarse de puertas adentro de forma autónoma, sin interferencias.² A diferencia de lo que han establecido, por ejemplo, los tribunales españoles, no se acaba de reconocer esa otra dimensión (entre particulares) del derecho individual de asociación, que garantizaría al socio una mínima protección frente a las decisiones arbitrarias de los órganos de gobierno de su propia asociación.

Este derecho puede ser invocado tanto por sus titulares individuales como por las propias asociaciones. De hecho, es frecuente que sean las asociaciones como tales (los partidos políticos, por ejemplo) las que promuevan la demanda. En cuanto a la legitimación para recurrir, se aplica el régimen

² En algunas ocasiones el Tribunal se ha visto obligado a defender esa autonomía frente a decisiones de las autoridades que suponían una injerencia en su organización y funcionamiento interno. Así, en el asunto Partido Republicano de Rusia contra Rusia, resuelto mediante una sentencia del 12 de abril de 2011, consideró contraria al artículo 11 la negativa del Ministerio de Justicia a inscribir en el registro la nueva dirección del partido elegida en un congreso extraordinario, que a su juicio no se había celebrado de conformidad con la ley y con los estatutos. Además de constatar la falta de base legal de la medida, la sentencia insiste en que, excepto en supuestos de conflicto interno grave y prolongado o incumplimiento de prescripciones legales razonables, las autoridades no deben intervenir para exigir el respeto por una asociación de cualquier formalidad prevista en sus estatutos. Más aún cuando, como en este caso, no se había interpuesto ninguna demanda por parte de miembros del partido en relación con el desarrollo del congreso. Corresponde a la propia asociación definir la forma de organizar sus congresos y de asegurar el respeto de sus reglas internas.

general: el concepto de víctima está estrechamente ligado al examen de los fundamentos de la demanda y a la existencia de una injerencia en el derecho protegido.

Por lo que concierne a los límites que pueden imponer las autoridades nacionales, las excepciones contempladas en el artículo 11.2 requieren una interpretación estricta, de modo que solo razones convincentes e imperativas pueden justificar las eventuales restricciones. Esta libertad no es absoluta, y hay que admitir que cuando una asociación, por sus actividades o las intenciones que declara expresa o implícitamente en su programa, pone en peligro las instituciones del Estado o los derechos y las libertades de otros, el artículo 11 no priva a las autoridades nacionales de la capacidad para proteger esas instituciones o personas.³

No cabe duda de que la libertad para fundar una asociación constituye un elemento inherente al derecho enunciado en el artículo 11, aunque este precepto solo proclame de modo expreso el derecho a fundar sindicatos. Si los ciudadanos no tuvieran la posibilidad de formar una persona jurídica para actuar colectivamente en un ámbito de su interés, el derecho de asociación quedaría desprovisto de significado. No hay pluralismo si una asociación no está en condiciones de expresar libremente sus ideas u opiniones. Los Estados disponen ciertamente de un derecho a comprobar si el objetivo y las actividades de una asociación se ajustan a la legalidad, pero deben usar esta facultad de una manera compatible con las obligaciones derivadas del Convenio bajo la reserva del riguroso control que ejercen en último término sus órganos de control. Pues bien, ese control es aún más estricto en los supuestos de disolución, administrativa o judicial, de una asociación.

II. LA DISOLUCIÓN DE ASOCIACIONES

En líneas generales, el TEDH ha estimado contraria al Convenio la disolución de asociaciones que se limitan a defender de forma pacífica determinados objetivos o ideas, aunque estas choquen frontalmente con las convicciones dominantes en la sociedad. En el asunto *Association of Citizens Radko y Paunkovski contra la ex-Repubblica yugoslava de Macedonia* (sentencia del 15 de enero de 2009), el Tribunal concluyó que los motivos invocados por las autoridades para disolver poco después de su constitución una asociación que negaba la identidad étnica del pueblo macedonio (pre-

³ Prohibiendo, por ejemplo, las actividades de una asociación islamista que preconiza el recurso a la violencia para aniquilar el Estado de Israel (decisión de 12 de junio de 2012 en el asunto *Hizb Ut-Tahrir y otros contra Alemania*).

conizar un cambio del orden constitucional mediante la violencia e incitar al odio y a la intolerancia) no eran pertinentes ni suficientes. Ni la asociación ni sus miembros habían empleado métodos ilegales ni representaban un peligro inminente para el orden público. Su objetivo era contribuir al debate público sobre ciertas cuestiones por medio de publicaciones y conferencias. Tampoco la presunta infracción, no concretada ni acreditada, de normas legales y estatutarias puede servir de excusa para disolver una asociación.

En el caso *Tebietü Mühafize Cemiyeti e Israfilov contra Azerbaïdjan* (sentencia del 8 de octubre de 2009), el Tribunal consideró arbitraria la disolución de una asociación a instancia del Ministerio de Justicia por el incumplimiento de una norma interna que obligaba a convocar la asamblea general cada cinco años y otras formalidades. También juzgó innecesaria y desproporcionada la disolución de una asociación de *squaters* (*okupas*) a instancia de los propietarios de los inmuebles que ocupaban en el asunto *Asociación Rhino y otros contra Suiza* (sentencia del 11 de octubre de 2011).

En cambio, el Tribunal no considera desproporcionada esta medida si se acredita la vinculación de la asociación disuelta con acciones violentas o discursos que promuevan el odio o la violencia. En el caso *Vona contra Hungría* (sentencia del 9 de julio de 2013), el veredicto de la Sala fue unánime: la disolución judicial de una asociación neonazi por la implicación de sus miembros en desfiles paramilitares que trataban de intimidar a la población gitana de determinadas localidades con un mensaje de segregación y hostilidad racial (denunciando la “criminalidad gitana”) estaba justificada. Para el Tribunal, las marchas organizadas por la asociación “Guardia Húngara”, fundada con el objetivo declarado de preservar las tradiciones y la cultura húngaras, desbordaron la simple expresión de una idea hiriente (o incluso antidemocrática) protegida por el Convenio, debido a la presencia amenazante de un grupo de activistas organizado con una liturgia militar (uniformes, saludos), que recordaba al movimiento nazi húngaro responsable del exterminio masivo de los judíos en aquel país. En la sentencia se sostiene que del mismo modo que no se puede exigir a un Estado que aguarde, antes de intervenir, a que un partido político recurra efectivamente a la violencia, en el caso de organizaciones o movimientos sociales que no aspiran a ocupar el poder político y que no constituyen un peligro inminente para la democracia, el Estado también puede actuar legítimamente de manera preventiva para proteger la democracia si se constata que el grupo ha comenzado a adoptar medidas concretas para hacer realidad un proyecto político incompatible con las normas del Convenio. En la opinión pública podría extenderse la sensación de que el Estado legitimaba indirectamente esa amenaza si las autoridades continuaran tolerando la existencia de la

asociación, con las prerrogativas de una entidad legalmente registrada, y sus actividades. La disolución respondía, en suma, a una necesidad social imperiosa.

III. LA DISOLUCIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS

A diferencia de los sindicatos, los partidos no aparecen mencionados en el artículo 11, pero el Tribunal ha rechazado de forma rotunda las alegaciones que ponían en duda la aplicabilidad del precepto a este tipo de organizaciones. El hecho de que se reconozca su papel como piezas esenciales de la estructura constitucional no desvirtúa su naturaleza asociativa: son una especie del género asociación. Y no hay nada en la redacción del artículo 11 que limite su ámbito de aplicación, excluyendo a los partidos. De hecho, la Comisión examinó diversas restricciones a la actividad de los partidos desde 1957.

Tampoco es de recibo la tesis (sostenida en alguna ocasión por el gobierno turco) de que el citado precepto garantiza la libertad de fundar una asociación, pero no impide su disolución. Es evidente, para el Tribunal, que la libertad de asociación no comprende únicamente el derecho a fundar un partido político, sino que garantiza también su derecho a desarrollar libremente las actividades políticas que estime oportunas. El objetivo del Convenio consiste en proteger los derechos no de forma teórica, sino concreta y efectiva. Y el derecho consagrado en el artículo 11 sería ilusorio si solo cubriera el momento de la fundación de una asociación y su protección no se extendiera a todas las fases sucesivas de la vida de esa asociación.⁴

La jurisprudencia del Tribunal en relación con la disolución de partidos políticos es realmente copiosa.⁵ Vamos a tratar de sintetizar la doctrina establecida en las sentencias dictadas en respuesta a las demandas presentadas contra decisiones del Tribunal Constitucional turco, aunque podríamos remontarnos como lejano precedente, en plena guerra fría, a la decisión de la Comisión del 20 de julio de 1957 en el caso KPD contra Alemania, por la que se declaró inadmisibile la demanda presentada por el Partido Comu-

⁴ Sirva como ejemplo la sentencia del 14 de febrero de 2006 (asunto Partido Popular Demócrata-Cristiano contra Moldavia) en la que el Tribunal calificó como violación del artículo 11 la prohibición durante un mes de las actividades de un partido de la oposición que había organizado una serie de reuniones para protestar contra la propuesta gubernamental de hacer obligatorio el estudio de la lengua rusa en la escuela.

⁵ Una valoración global de esta jurisprudencia puede verse en Saiz Arnaiz, A., “La disolución de partidos políticos y el derecho de asociación: el test de convencionalidad (artículo 11 CEDH)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 25 de mayo de 2002, pp. 24 y ss.

nista alemán, que había sido disuelto un año antes. El punto de partida de esta doctrina es la afirmación del pluralismo político como valor esencial del sistema democrático y la garantía del ejercicio colectivo de la libertad de expresión, que no solo vale para las informaciones o ideas acogidas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para las que molestan o inquietan, siempre que se defiendan por medios pacíficos.⁶ Y siempre bajo la premisa de que es el derecho nacional el que debe interpretarse a la luz del Convenio y no a la inversa.

A la hora de valorar la imperiosa necesidad de la injerencia en los términos del artículo 11.2, los Estados disponen de un margen de apreciación reducido, a lo que hay que sumar un control europeo riguroso, que se proyecta a la vez sobre la ley y sobre las decisiones que la aplican, incluidas las dictadas por tribunales independientes. Cuando ejerce este control, el Tribunal no pretende sustituir a los tribunales internos competentes, sino verificar desde el ángulo del artículo 11 las decisiones que estos han tomado.

Las claves de esta orientación jurisprudencial ya se vislumbran en la primera de estas sentencias, la dictada en el caso Partido Comunista Unificado de Turquía (TBKP) contra Turquía, el 30 de enero de 1998. Esta organización había sido disuelta por el Tribunal Constitucional turco en 1991, fundamentalmente porque incluía en su denominación un término legalmente prohibido “comunista” y porque había promovido actividades susceptibles de atentar contra la integridad territorial del Estado y la unidad de la nación. Subraya que los estatutos y el programa del TBKP partían de la distinción entre kurdos y turcos, lo que no podía admitirse en el seno de una República en la que todos sus habitantes, cualquiera que fuera su origen étnico, eran de nacionalidad turca. Lo que se proponía, en realidad, era el reconocimiento de una minoría nacional dentro de un Estado, cuya Constitución consagra la unidad de la nación turca y excluye la autodeterminación o la autonomía de cualquier región. Dividir la nación turca no es un objetivo admisible y justificaría su disolución.

El TEDH descarta como motivo de la disolución la utilización del término “comunista” en la denominación del partido, porque no puede ampararse en ninguna de las finalidades previstas en artículo 11.2. Pero admite que la distinción que se hace entre turcos y kurdos podría justificar la injerencia como medida destinada a proteger la integridad territorial y la seguridad nacional. Se trata entonces de averiguar si la disolución era ne-

⁶ En el caso de los partidos políticos se hace aún más evidente la conexión entre la libertad de asociación, la libertad de expresión y el buen funcionamiento de una democracia abierta y pluralista, único modelo político compatible con el Convenio. Su contribución al debate político es insustituible (caso Lingens contra Austria, sentencia del 8 julio de 1986).

cesaria y proporcional. El Tribunal advierte de entrada que el TBKP fue disuelto antes de haber podido iniciar sus actividades, y que por tanto tal medida fue adoptada sobre la única base de sus estatutos y su programa, no existiendo motivos para pensar que tales documentos no reflejaban las verdaderas intenciones del partido y sus dirigentes. El partido apuesta por una solución pacífica, democrática y justa del problema kurdo y la coexistencia voluntaria de ambos pueblos dentro de las fronteras de la República turca. Resulta exagerado hablar de amenaza para la integridad territorial del país, y además se rechaza expresamente el recurso a toda forma de violencia. Una formación política no puede verse inquietada por el simple hecho de querer debatir públicamente sobre la suerte de una parte de la población de un Estado y participar en la vida política de esta con el fin de encontrar, dentro siempre del respeto a las reglas democráticas. Por todo ello, concluye, la disolución fue una medida desproporcionada, que no resultaba necesaria en una sociedad democrática. El mismo criterio mantuvo en el asunto Partido de la Libertad y de la Democracia (OZDEP) contra Turquía, del 8 de diciembre de 1999. Y lo hizo también sin fisuras, por unanimidad. Este partido denunciaba en su programa la opresión de la minoría kurda y reivindicaba el reconocimiento del derecho a la autodeterminación del pueblo kurdo, pero concebía la defensa de esa causa como una lucha política dentro de los cauces democráticos.⁷

En el asunto Yazar, Karatas, Aksoy y el Partido del Trabajo del Pueblo (HEP) contra Turquía, del 9 de abril de 2002, la disolución se produjo tres años después de la fundación del partido, pero el Tribunal tampoco encuentra razones que puedan justificar la decisión impugnada, constatando que el partido no había apoyado nunca de forma explícita el uso de la violencia con fines políticos, y que ninguno de sus responsables había sido condenado por los delitos de incitación al odio racial o a la insurrección. Su disolución no puede considerarse una medida necesaria en una sociedad democrática.

Pocos meses después, el asunto Partido de la Democracia (DEP) contra Turquía, del 10 de diciembre de 2002, brindó al Tribunal la oportunidad de reiterar una vez más la doctrina perfilada en los casos ya examinados. El gobierno turco ponía el acento en el hecho de que las instancias dirigentes del DEP no se desmarcaron en ningún momento de las declaraciones del

⁷ G. Rollnert (“Libertad ideológica y libertad de asociación en la jurisprudencia del TEDH”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerol*, núm. 33, 2000, pp. 152 y 153) advierte que en la jurisprudencia del TEDH no hay un pronunciamiento rotundo sobre la legitimidad de los proyectos secesionistas. En cualquier caso, de la fórmula empleada por el Tribunal se puede deducir claramente el amparo que el artículo 11 brinda a las asociaciones de ideario independentista que respeten las reglas del juego y rechacen el recurso a la violencia. La unidad nacional no es un principio incuestionable.

expresidente. No se trataría de un episodio aislado. Se inscribiría dentro de una trayectoria de relaciones o vínculos entre el DEP y el PKK. El Tribunal recalca una vez más que las tesis defendidas por el partido (solución política del conflicto, reconocimiento de la identidad kurda) no son en sí mismas contrarias a los principios fundamentales de la democracia. Y no comparte la idea de que la formulación por su parte de reivindicaciones de autonomía o separatismo se traduzca en un respaldo a los actos terroristas. El Tribunal sale al paso de la acusación de que el partido disuelto preconizaba el recurso a la violencia con fines políticos e incitaba a la población al odio étnico y a la insurrección, y señala que sus dirigentes nunca habían apoyado o aprobado explícitamente los métodos violentos. Es verdad que las declaraciones contienen críticas virulentas contra determinados excesos en la represión del terrorismo, pero esas críticas no justifican su asimilación a los grupos armados que practican la violencia. Admite, sin embargo, el Tribunal, que de la calificación de las acciones armadas del PKK como “operaciones de legítima defensa en el marco de una guerra de liberación” y de los militantes muertos como “hijos del pueblo kurdo que se sacrificaron por la patria” podría deducirse una aprobación del recurso a la fuerza como método político. Y es entonces cuando el Tribunal se ve obligado a hilar muy fino. A su juicio, un solo discurso pronunciado en el extranjero por un exdirigente del partido tenía un impacto potencial muy limitado sobre la seguridad nacional o la integridad territorial de Turquía. En esas circunstancias, tal discurso no podía constituir por sí solo una razón que justificara una sanción como la disolución de todo un partido político, habida cuenta de que la responsabilidad individual de su autor ya se había ventilado en el plano penal. El Tribunal aprecia en suma la existencia de una violación del artículo 11 CEDH. Lo que parece deducirse *a contrario sensu* es que si esas declaraciones no hubieran sido un episodio aislado, la disolución podría haberse considerado una respuesta necesaria y proporcionada.⁸

Si hay una decisión que marca un punto de inflexión en la jurisprudencia del TEDH sobre la disolución de partidos políticos,⁹ esa es sin duda la

⁸ Sobre la extinción del mandato parlamentario, sanción impuesta a los diputados del DEP en aplicación del artículo 84 de la Constitución turca, que prevé esa medida como consecuencia automática de la disolución del partido, se pronunció el Tribunal en el caso Selim Sadak y otros contra Turquía, del 11 de junio de 2002. Pero lo hizo desde la perspectiva del artículo 3o. del Protocolo núm. 1 del Convenio (constatando la falta de proporcionalidad de una medida tan severa, que restringe indebidamente el derecho al sufragio activo y pasivo) y no bajo el ángulo de la libertad de asociación.

⁹ Una jurisprudencia que se mantiene inalterable en lo que concierne a los partidos de corte nacionalista. En el asunto Partido Socialista de Turquía (STP) y otros contra Turquía, del 12 de noviembre de 2003, el Tribunal volvió a estimar la demanda presentada por un

dictada en el asunto *Refah Partisi* (Partido de la Prosperidad) y otros contra Turquía, una controvertida sentencia fechada el 31 de julio de 2001, que sería confirmada posteriormente por la Gran Sala en su sentencia del 13 de febrero de 2003.¹⁰ No se trata esta vez de un partido kurdo o de un grupúsculo marginal antisistema, sino de una organización de ideología islamista con más de cuatro millones de afiliados, que había obtenido el 22% de los votos (casi un tercio de los escaños) en las elecciones legislativas de 1995, incorporándose, como formación más votada, al gobierno de coalición en 1996. Más aún, según algunos sondeos, el *Refah* podría haber ganado con una contundente mayoría los siguientes comicios si no hubiera sido disuelto bajo la acusación de haberse convertido en un centro de actividades anticonstitucionales, en los términos previstos en los artículos 68 y 69 de la Constitución turca. Es el carácter laico del Estado y no la unidad territorial lo que está en juego. De ahí su trascendencia.

El razonamiento que sigue el Tribunal parte de una atinada reflexión sobre el papel de la religión en un Estado democrático. No cabe duda de que la libertad religiosa es un elemento esencial de la identidad de los creyentes, pero en sociedades donde coexisten varias religiones puede resultar necesario someter dicha libertad a limitaciones con el fin de asegurar las convicciones de todos. En el caso de Turquía, los órganos del Convenio han admitido que la laicidad es uno de los principios fundacionales del Estado, de modo que una actitud que no lo respetara no tendría que ser aceptada necesariamente como conducta amparada por el artículo 9o. Es más, su responsabilidad como garante imparcial de la libertad religiosa puede llevar al Estado a exigir a sus funcionarios el compromiso de renuncia a participar en cualquier movimiento que tenga por objetivo imponer la preeminencia de las reglas religiosas (caso *Kalaç* contra Turquía, del 1o. de julio de 1997).

Apoyándose en afirmaciones contenidas en decisiones anteriores, el Tribunal aborda de forma realista la cuestión de los límites del pluralismo político, de la tolerancia, y las condiciones bajo las cuales estaría justificada la represión de los grupos extremistas. Porque cabe la posibilidad de que un partido político, invocando los derechos consagrados por el artículo 11 u otros preceptos, reivindique el derecho a desarrollar actividades dirigidas a destruir las libertades reconocidas en el Convenio y a acabar de ese modo

partido kurdo, disuelto un año después de su fundación. Véase también el caso *Partido de la Democracia y de la Evolución* y otros contra Turquía, del 26 de abril de 2005.

¹⁰ Véase el comentario de García Roca, J., “La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 65, 2002, pp. 295 y ss.

con la democracia.¹¹ No es del todo improbable que movimientos totalitarios, organizados bajo la forma de partidos políticos, pongan fin a la democracia, después de haber prosperado bajo ese mismo régimen democrático de libre concurrencia. No faltan ejemplos, desde luego, en la historia europea contemporánea.¹² Un partido que se inspire en los valores morales impuestos por una religión no debería considerarse sin más como una organización contraria a los principios fundamentales de la democracia, siempre que los medios empleados para promover el cambio de las estructuras constitucionales del Estado sean legales y democráticos y que el cambio propuesto sea compatible con los principios democráticos fundamentales.¹³ Dos requisitos cuyo cumplimiento va a exigirse en este caso con un rigor sin precedentes.

A partir de esas consideraciones, el análisis del Tribunal se centrará en tres cuestiones: 1) si existen indicios que revelen que el riesgo de atentado a la democracia es suficiente y razonablemente próximo; 2) si los actos y discursos de los dirigentes y miembros del partido que se toman en consideración son imputables al conjunto de la organización, y 3) si los actos y discursos imputables al partido, globalmente considerados, ofrecen una imagen nítida del modelo de sociedad que este preconiza y que entraría en contradicción con la concepción de una sociedad democrática.

En cuanto al primer punto, la determinación del momento oportuno de la disolución, no se puede exigir a un Estado que espere, antes de intervenir, a que el partido conquiste el poder y comience a poner en práctica un proyecto político incompatible con las normas del Convenio y de la democracia, y se mantenga impasible incluso en aquellos casos en los que el peligro que

¹¹ Sobre esta paradoja véase Fontana, G., “La tutela costituzionale de la società democratica tra pluralismo, principio di laicità e garanzia dei diritti fondamentali (La Corte europea dei diritti dell’uomo e lo scioglimento del Refah Partisi)”, *Giurisprudenza Costituzionale*, núm. 1, 2002, pp. 388-391. A su juicio, el único valor insuprimible del pluralismo es la exigencia de mantener efectivas las condiciones de la libre confrontación entre posiciones y visiones diversas (el núcleo del método o procedimiento democrático), de modo que ninguna de ellas pueda prevalecer y anular las otras de forma irreversible. Una indiscriminada e ilimitada profesión de tolerancia acaba por hacer el juego a los intolerantes. La cuestión estriba en fijar concretamente el límite traspasado, el cual las manifestaciones de disidencia política se consideran incompatibles con los valores democráticos.

¹² El gobierno turco señala que varias Constituciones europeas (Italia o Alemania, por ejemplo) adoptan la fórmula de la democracia militante, reconociendo la posibilidad de reprimir aquellas formaciones políticas que infrinjan el deber de lealtad hacia el sistema democrático y utilicen abusivamente la libertad de asociación.

¹³ Al imponer esta segunda condición “sustantiva”, el Tribunal parece apartarse de una visión exclusivamente procedimental o relativista de la democracia. Hay valores inderogables, como la garantía de los derechos fundamentales, que operan como criterios de legitimación de la democracia política (Fontana, G., *op. cit.*, p. 391).

encierra ese proyecto para la estabilidad democrática es notorio e inminente. Cuando los tribunales nacionales constatan la presencia de ese peligro, un Estado debe tener la posibilidad de impedir la realización de un proyecto político de esas características, y, a la vista de las circunstancias presentes en el caso, el Tribunal considera que el momento elegido por las autoridades turcas no sobrepasó el margen de apreciación que les reconoce el Convenio.

En relación con la segunda cuestión, la imputabilidad a un partido político de los actos y discursos de sus miembros. Para el Tribunal, las manifestaciones del líder y figura emblemática del partido son imputables sin duda al *Refah*. No es un simple miembro de la organización, y sus tomas de posición son percibidas por la opinión pública como intervenciones que reflejan la postura del partido y no como opiniones personales. Más dudas puede suscitar la atribución al partido como tal de las beligerantes declaraciones efectuadas por los tres diputados y el dirigente local, pero lo cierto es que el *Refah* no marcó distancias en su momento respecto de las mismas ni aplicó a sus autores sanciones disciplinarias; por el contrario, los presentó poco después como candidatos a importantes cargos públicos. Por todo ello, los actos y discursos de los dirigentes del *Refah* que el TC turco tomó en consideración en su sentencia eran imputables al partido disuelto en su conjunto.

Despejada esa incógnita, es el momento de analizar los motivos de la disolución para determinar si la medida respondía a una necesidad social imperiosa, lo que exige una indagación en torno sobre si el modelo de sociedad propuesto por el partido entraba en contradicción con la concepción de una sociedad democrática. Estos motivos pueden agruparse, según el TEDH, en tres bloques.

En primer término, los relacionados con el intento de instaurar un sistema multijurídico que comportara una discriminación fundada en las creencias religiosas, que ya en su sentencia de 2001 el TEDH había considerado incompatible con el Convenio, al introducir diferencias de trato en todos los ámbitos del derecho público y privado en atención a las convicciones religiosas, lo que carece manifiestamente de justificación e infringe, en especial, la prohibición de discriminación.

En segundo lugar, la intención de instaurar a largo plazo un régimen inspirado en la *charia*. La Gran Sala comparte la conclusión a la que llegó la Sala respecto de la incompatibilidad de ese código islámico con los principios fundamentales de la democracia. Principios como el del pluralismo en la participación política o la constante evolución de las libertades públicas resultan extraños a esa versión dogmática del islam. Es difícil conciliar el respeto a la democracia y los derechos humanos con la defensa de un régimen fundado en la *charia*, que se aleja nítidamente de los valores del

Convenio, especialmente en lo que concierne a las reglas de derecho penal, al lugar que reserva a las mujeres en el orden jurídico y a la intromisión en todos los ámbitos de la vida pública y privada. La sentencia reconoce que el Tribunal turco tenía razón al considerar que la pretensión del *Refah* de implantar la *charia* era incompatible con la democracia.

Finalmente, el Tribunal examina el tercer motivo, que no es otro que los llamamientos a la *djihad* (la guerra santa o, en la acepción más suave del término, la lucha por imponer el dominio del islam en la sociedad). Es verdad que los responsables del *Refah* nunca apelaron en documentos gubernamentales al uso de la violencia como método político, pero no lo es menos que no se desmarcaron en su momento de aquellos miembros del partido que defendieron públicamente la posibilidad de recurrir a la fuerza. Y eso es justamente lo que se les reprocha: que no se esforzaron nunca por eliminar la calculada ambigüedad acerca de la posible utilización de métodos violentos para acceder al poder y permanecer en el mismo.

Después de valorar globalmente todos estos aspectos, la Gran Sala llega a la conclusión de que los proyectos del *Refah* entraban en contradicción con la concepción de sociedad democrática que subyace al Convenio y que las oportunidades reales que tenía de ponerlos en práctica, de materializarlos, daban un carácter más tangible e inmediato al peligro para la democracia que encerraban. Como dijo la Sala en su sentencia de 2001, el proyecto no era teórico ni ilusorio, sino factible.¹⁴ En consecuencia, la sanción impuesta a los demandantes puede considerarse razonablemente como una medida preventiva que respondía a una necesidad social imperiosa,¹⁵ y dadas las circunstancias, era proporcionada a los objetivos perseguidos.¹⁶

¹⁴ Como pone de relieve G. Fontana (*op. cit.*, pp. 393 y 394), a la hora de valorar esta decisión conviene tener muy presentes las particulares circunstancias del ecosistema político turco, que influyeron en los jueces de Estrasburgo, llevándoles al convencimiento de que la instauración de un régimen teocrático no era una hipótesis inverosímil. A juicio de García Roca (*op. cit.*, p. 303), solo conociendo a fondo la realidad del país podía medirse cabalmente la entidad real de la amenaza que representaba el *Refah*. De ahí que recomiende en esta materia un control de mínimos y no estricto por parte del TEDH.

¹⁵ Una conclusión que no compartieron los jueces que formularon la opinión disidente a la sentencia dictada en su día por la Sala. A su juicio no se había aportado ninguna prueba de que, una vez en el gobierno, el partido hubiera tomado medidas encaminadas a instaurar un sistema incompatible con el Convenio. En la misma línea, García Roca (*op. cit.*, pp. 309 y ss.) cree que el punto débil de la sentencia es que se construye a partir de un juicio de intenciones, de una predicción sobre el futuro comportamiento del partido disuelto, cuyo acierto nunca podrá verificarse.

¹⁶ La sentencia de la Gran Sala se dicta por unanimidad, un dato digno de ser reseñado a la vista de la frágil mayoría que avaló la decisión de 2001, y va acompañada de dos opiniones concordantes. La doctrina establecida en torno a la incompatibilidad del proyecto

El Tribunal mantiene ese mismo criterio en la sentencia dictada el 30 de junio de 2009 en el caso Herri Batasuna y Batasuna contra España, que no apreció vulneración del artículo 11 en la disolución judicial de dos partidos vascos relacionados con el terrorismo de ETA. Se cierra así el ciclo iniciado con la aprobación de la LO 6/2002 de Partidos Políticos,¹⁷ la impugnación

islamista con la democracia volvió a aplicarse en el asunto Kalifatstaat contra Alemania (decisión de inadmisión del 11 de diciembre de 2006). Para el Tribunal, la asociación demandante quería instaurar un régimen islámico mundial incompatible con los principios fundamentales de la democracia. Las declaraciones y el comportamiento de los miembros y del dirigente de la asociación eran imputables a la misma, y demostrarían que no excluía el recurso a la fuerza. A la vista de todos esos elementos, la sanción impuesta fue proporcionada a los objetivos perseguidos.

¹⁷ En España, el control de la sujeción de los partidos al ordenamiento jurídico (“Los partidos políticos se ajustarán en su organización, funcionamiento y actividad a los principios democráticos y a lo dispuesto en la Constitución y en las leyes”, recuerda el artículo 6 de la LO 6/2002, del 27 de junio, de partidos políticos), está atribuido en exclusiva a los jueces y tribunales ordinarios, y no al Tribunal Constitucional, como sucede, por ejemplo, en Alemania. Esta opción por el control judicial es también la prevista en el artículo 22.4 CE respecto de todas las asociaciones (“las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada”). En cuanto a las causas previstas en la LOPP, el órgano judicial puede acordar la disolución de un partido (o la suspensión como medida cautelar) en tres supuestos: a) cuando incurra en supuestos tipificados como asociación ilícita en el Código Penal (artículo 515); b) cuando vulnere de forma continuada, reiterada y grave la exigencia de una estructura interna y un funcionamiento democráticos, y c) cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante las conductas a que se refiere el artículo 9.

El legislador optó por describir minuciosamente en el artículo 9.2 las conductas que podrían motivar la disolución del partido por vulnerar notoriamente los principios democráticos: a) vulnerar sistemáticamente las libertades y derechos fundamentales, promoviendo, justificando o exculpando los atentados contra la vida o la integridad de las personas, o la exclusión o persecución de personas por razón de su ideología, religión o creencias, nacionalidad, raza, sexo u orientación sexual; b) fomentar, propiciar o legitimar la violencia como método para la consecución de objetivos políticos...; c) complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general, o contribuir a multiplicar los efectos de la violencia terrorista y del miedo y la intimidación generada por la misma. Para no dejar ningún cabo suelto, en el apartado siguiente (artículo 9.3) se especifican a título ejemplificativo algunas de las conductas que se han de interpretar como una expresión de apoyo a organizaciones terroristas (exculpar o minimizar los efectos de la violencia, fomentar el enfrentamiento civil con la pretensión de intimidar, hacer desistir o aislar socialmente a quienes se oponen a la violencia, haciéndoles vivir cotidianamente en un ambiente de coacción, miedo, exclusión o privación de sus libertades; incluir regularmente en sus órganos directivos o en sus listas electorales personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas, utilizar símbolos, mensajes o elementos que se identifiquen con el terro-

de dicha Ley ante el Tribunal Constitucional ¹⁸ y la disolución de Batasuna

rismo; colaborar habitualmente o apoyar desde las instituciones en las que se gobierna... las entidades o grupos que actúan de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista; promover o participar en actividades que tengan por objeto homenajear o distinguir las acciones terroristas o a quienes las cometen...). En este supuesto, la decisión corresponde a la Sala especial del Tribunal Supremo regulada en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta Sala es, de alguna manera, un pleno reducido del Supremo, ya que la preside su propio presidente y están presentes todas las Salas que lo componen, a través de sus respectivos Presidentes y de dos de sus magistrados, el más antiguo y el más moderno de cada una de ellas.

Se establece pues un procedimiento judicial de ilegalización de un partido por prestar apoyo o cobertura política al terrorismo, por ser un instrumento político de una organización terrorista, que es distinto del que se prevé en el Código Penal para disolver las asociaciones ilícitas. ¿Por qué? La respuesta la encontramos en la Exposición de Motivos de la LOPP: “resulta indispensable identificar y diferenciar con toda nitidez aquellas organizaciones que defienden y promueven sus ideas y programas, cualesquiera que éstas sean, incluso aquellas que pretenden revisar el propio marco institucional, con un respeto escrupuloso de los métodos y principios democráticos, de aquellas otras que sustentan su acción política en la connivencia con la violencia, el terror, la discriminación, la exclusión y la violación de los derechos y de las libertades”. Y añade: “La presente Ley,... a diferencia de otros ordenamientos, parte de considerar que cualquier proyecto u objetivo se entiende compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda mediante una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales de los ciudadanos”. Y recuerda que “no se trata, con toda evidencia, de prohibir la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional”. El eje sobre el que pivota el razonamiento del legislador es la distinción entre fines y medios. No se proscriben ideologías o proyectos políticos, sino todo lo contrario: se trata de garantizar que todas las ideas puedan expresarse y defenderse libremente, en condiciones de igualdad. Precisamente por eso la Ley contempla como causas de ilegalización determinadas conductas o actuaciones, y no fines u objetivos programáticos.

¹⁸ El gobierno vasco presentó un recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos de la LOPP, que fue desestimado mediante la STC 48/2003, del 12 de marzo. En una decisión unánime, el Tribunal Constitucional avaló la constitucionalidad de esta regulación: “no es constitucionalmente rechazable que un partido que con su actuación ataca el pluralismo, poniendo en peligro total o parcialmente la subsistencia del orden democrático, incurra en causa de disolución”. La sentencia, además de afirmar tajantemente que en el ordenamiento español no tiene cabida una “democracia militante”, desmonta uno a uno los argumentos esgrimidos por el gobierno vasco. En primer lugar, la LOPP no es una ley singular, con un único destinatario perfectamente identificado. Si entendemos por ley singular aquella dictada en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agota su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, sin que pueda extenderse a otro, la LOPP no solo es general formalmente, por el modo en que se halla formulada (la nueva Ley regula el régimen jurídico de los partidos, derogando la anterior), sino que también lo es materialmente, porque contempla, en abstracto, una serie de conductas cuya realización podría determinar la disolución de cualquier partido presente o futuro, de un signo o de otro. Su contenido no se agota en un supuesto singular e irrepetible. La Ley prevé un procedimiento judicial en el que habrá de probarse la efectiva concurrencia de las causas de disolución descritas. La aprobación de la ley no determina por sí misma la

y HB por el Tribunal Supremo en 2003.¹⁹ En una decisión unánime, la Sala

disolución de ningún partido (no es una ley autoaplicativa). Es innegable que la configuración de buena parte del artículo 9 se hizo teniendo en cuenta la trayectoria y la actividad de un concreto partido vasco. Y que la voluntad de ilegalizar dicho partido está en el origen de la Ley. Pero lo que determinará su constitucionalidad o inconstitucionalidad no será esa percepción circunstancial, sino el alcance objetivo de la ley finalmente adoptada, cuya *ratio* no se limita a responder a las inquietudes de la ocasión, sino que pretende perdurar en el tiempo. En cuanto a la supuesta irretroactividad de la LOPP, en ningún supuesto se prevé el enjuiciamiento de actividades y conductas anteriores a su entrada en vigor. Sólo se consideran relevantes las posteriores. Otra cosa es que, a efectos de determinar la significación de tales actividades y valorar su relevancia, pueda tomarse en consideración lo que la Ley llama su “trayectoria” (art. 9.4). Finalmente, en respuesta a la objeción de falta de proporcionalidad de la medida de disolución prevista por la ley, puesto que no se han previsto otras medidas menos drásticas o gravosas, el Tribunal recuerda que ninguna de las conductas descritas en el artículo 9o. de la LOPP determina aisladamente la disolución. Para que ésta pueda tener lugar es preciso que sean realizadas “de forma reiterada y grave” (art. 9.2). Son todas ellas conductas de especial gravedad. Además, la existencia de un partido que apoya la violencia terrorista pone en peligro la subsistencia del orden constitucional, y frente a ese peligro no parece que pueda aplicarse otra sanción que la disolución.

¹⁹ El procedimiento previsto en la LOPP se aplicó por primera vez para disolver los partidos Batasuna, Herri Batasuna y Euskal Herritarrok, ilegalizados mediante la sentencia de la Sala especial del TS de 27 de marzo de 2003. El abogado del Estado, en nombre del gobierno español, y el fiscal general del Estado presentaron sus demandas ante el TS el 2 de septiembre de 2002. Poco antes, el 26 de agosto de 2002, el Pleno del Congreso había instado, sin ningún voto en contra, la ilegalización de Batasuna, HB y EH. La Sala hizo un esfuerzo considerable a la hora de subsumir los hechos en las distintas causas legales. Era una disolución anunciada, dadas las pruebas reunidas que demostraban su connivencia con ETA. Batasuna no era, en rigor, una organización “política”. Era el frente político de una organización terrorista. Aunque esa era una convicción moral que todo el mundo compartía, había que levantar el velo para desenmascarar a los cómplices de ETA y poner en evidencia el papel de Batasuna en la estrategia del terror. Para el Tribunal Supremo, existía una coincidencia esencial entre los tres partidos encausados y ETA, a cuyo control estaban sometidos. En realidad sólo existía un sujeto real, la organización terrorista ETA, que se escondía detrás de estas tres formaciones aparentemente distintas creadas en diversos momentos. Lo que había era simplemente un reparto consciente de tareas entre el terrorismo y la política, siendo la justificación de la necesidad del terrorismo una de las funciones encomendadas a HB y Batasuna. Para llegar a esta conclusión, se basó en elementos de prueba que demostraban la existencia de esos vínculos jerárquicos, de ese control, como la participación en el proceso de nombramiento de los más altos responsables de HB y sus sucesoras o la condena de varios de sus miembros por delitos relacionados con el terrorismo. En definitiva, el Supremo consideró que se habían aportado elementos de prueba suficientes, posteriores a la entrada en vigor de la LOPP, que demostraban que los partidos en cuestión eran instrumentos de la estrategia terrorista de ETA, que daban complemento y apoyo político, soporte institucional, a la lucha armada (declaraciones de sus máximos responsables, participación en manifestaciones de apoyo a terroristas, pancartas y fotos de presos en fachadas de ayuntamientos gobernados por Batasuna, nombramiento de terroristas como hijos predilectos por esos mismos ayuntamientos, negativa a condenar los atentados terroristas o la violencia de persecución; acoso a los concejales de los partidos no nacionalistas). La Sala estimó que esas conductas encajaban

acoge íntegramente las tesis del gobierno español y avala, sin el menor titubeo, los argumentos de los tribunales españoles. No solo sorprende la contundencia con que rebaten las alegaciones de los demandantes, sino que parece incluso que va más lejos de lo que sostienen las autoridades españolas al concluir que el modelo de sociedad propugnado por dichos partidos estaría en contradicción con el concepto de “sociedad democrática”, dando a entender que el proyecto político que defienden es incompatible con la democracia, una afirmación que los tribunales españoles no se atrevieron a hacer.

Los partidos demandantes alegaban que su disolución había vulnerado, entre otros, sus derechos a la libertad de pensamiento, de expresión y de asociación. Se quejaban asimismo de que se les había aplicado una ley ad hoc de forma retroactiva. El Tribunal aplica el test habitual para determinar si la intromisión en el ejercicio de su libertad de asociación estaba justificada. Para ello tiene que cumplir tres condiciones: estar prevista en la ley, que tenga como objetivo uno de los fines legítimos enunciados en el artículo 11.2 del CEDH y que sea necesaria, en una sociedad democrática, para alcanzar esos fines.

En cuanto al primer requisito, constata que la ley en litigio entró en vigor el 29 de junio de 2002, y que la disolución de los partidos políticos demandantes tuvo lugar el 27 de marzo de 2003. A su juicio, la LOPP definía de forma suficientemente precisa los comportamientos capaces de provocar su disolución judicial. Con respecto a la queja relativa a la aplicación retroactiva de la ley, recuerda que el artículo 7.1 del Convenio garantiza la irretroactividad únicamente en los procesos penales. En cualquier caso, los actos tenidos en cuenta por el TS para acordar la disolución se realizaron entre el 29 de junio y el 23 de agosto de 2002, es decir, después de la entrada en vigor de la LOPP.

En relación con la exigencia de que la medida persiga una finalidad legítima, los demandantes sostenían que el fin de la disolución era ilegítimo

en los supuestos previstos en varios de los apartados del artículo 9.3 de la ley. Esa primera aplicación a un concreto supuesto de hecho del artículo 9o. de la LOPP fue convalidada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 5 y 6/2004, del 16 de enero. Dos decisiones unánimes en las que se rechazan las diversas alegaciones formuladas por los dos partidos recurrentes, y en particular el reproche de una supuesta aplicación retroactiva de la LOPP. El Tribunal aclara que el proceso se puso en marcha por conductas realizadas con posterioridad a su entrada en vigor, aunque eso no supone hacer tabla rasa de la trayectoria anterior a efectos de acreditar la connivencia con el terrorismo. Con posterioridad, el Tribunal Supremo decretó la disolución de otros dos partidos, Acción Nacionalista Vasca (ANV) y Partido Comunista de las Tierras Vascas (PCTV), mediante sendas sentencias del 22 de septiembre de 2008. Los recursos de amparo contra ambas sentencias fueron desestimados por el Tribunal Constitucional mediante dos sentencias fechadas el 29 de enero de 2009.

porque lo que se perseguía con ella era la eliminación de la corriente política independentista vasca de la vida política. El gobierno español justifica la disolución como un medio para evitar que los partidos demandantes actúen contra el sistema democrático y las libertades de los ciudadanos al apoyar la violencia terrorista de la ETA. Y recuerda la existencia en España de varios partidos políticos de carácter independentista que ejercen normalmente su actividad. El Tribunal considera que no se ha demostrado por los demandantes que su disolución esté motivada por razones distintas de las esgrimidas por los tribunales internos. Consideradas las circunstancias del caso, estima que la disolución perseguía varios de los fines legítimos enumerados en el artículo 11.2, particularmente el mantenimiento de la seguridad pública, la defensa del orden y la protección de los derechos y libertades de otros.

Con respecto a la necesidad y proporcionalidad de la medida, los demandantes señalan que la LOPP solo prevé la disolución como sanción para comportamientos diversos y de diferente gravedad, cuando una medida tan severa debería reservarse exclusivamente para las situaciones en las que la actividad del partido pusiera en grave peligro la continuidad misma del sistema democrático. En este caso, la disolución se basa en conductas amparadas por las libertades de pensamiento, expresión y asociación (que en muchos no fueron perseguidas penalmente ni dieron lugar a sanciones administrativas) o en informaciones periodísticas no contrastadas. Tales conductas, contempladas aislada o conjuntamente, no revestirían en todo caso la gravedad exigida por la ley para considerarlas causa de disolución. Se trata pues de una medida claramente desproporcionada en relación con el fin perseguido.

El Tribunal comienza recordando que los partidos políticos cumplen un papel esencial para el mantenimiento del pluralismo y el buen funcionamiento de la democracia. Una de las características principales de la democracia reside justamente en la posibilidad que ofrece de debatir mediante el diálogo y sin recurrir a la violencia las cuestiones planteadas por diferentes corrientes de opinión política, incluso las que puedan molestar o inquietar. Reitera una vez más que un partido político puede hacer campaña en favor de un cambio de la legislación o de las estructuras legales o constitucionales del Estado con dos condiciones: 1) que los medios utilizados al efecto sean desde todo punto de vista legales y democráticos, y 2) que el cambio propuesto sea en sí mismo compatible con los principios democráticos fundamentales. De ahí que un partido cuyos responsables incitan a la violencia o promuevan la destrucción de la democracia y la vulneración de las libertades que ella reconoce no pueda prevalerse de la protección del Convenio contra las sanciones impuestas por ese motivo.

A juicio del Tribunal, no puede exigirse a un Estado que espere para intervenir a que un partido político se apropie del poder y comience a poner en práctica un proyecto político incompatible con las normas del Convenio y de la democracia, cuando el peligro para la democracia está suficientemente demostrado y sea inminente. Aplicando estos criterios al caso que nos ocupa, el TEDH advierte que el Tribunal Supremo no se limitó a mencionar la ausencia de condena por los demandantes de los atentados cometidos por la organización ETA, sino que enumeró una serie de comportamientos que permitieron concluir que los partidos demandantes eran instrumentos de la estrategia terrorista de la ETA.²⁰ Esas conductas pueden clasificarse en dos grupos: las que han favorecido un clima de confrontación social, y las que suponen un apoyo al terrorismo de la ETA. En conjunto, como han puesto de manifiesto los tribunales internos, se trata de comportamientos muy próximos al apoyo explícito a la violencia y de ensalzamiento de personas ligadas al terrorismo, que pueden considerarse como incitadores de conflictos sociales entre los partidarios de los partidos demandantes y el

²⁰ El TEDH comparte la tesis, expuesta por el Tribunal Constitucional español, de que el rechazo a condenar la violencia denota una actitud de apoyo tácito al terrorismo, en un contexto en el que las restantes formaciones políticas lo condenan. En efecto, el Tribunal Constitucional afirmó en su sentencia que la negativa de un partido político a condenar atentados terroristas puede constituir, en determinadas circunstancias, una actitud de apoyo político tácito al terrorismo o de legitimación de las acciones terroristas, por cuanto esa negativa puede tener un componente de exculpación y minimización del significado del terrorismo. No es, desde luego, “una manifestación inocua cuando con ella se condensa un credo... erigido sobre la consideración de la violencia terrorista como estricto reflejo de una violencia originaria, ésta practicada por el Estado”. En un contexto en el que se ha intentado justificar el terrorismo presentándolo “como única salida para la resolución de un pretendido conflicto histórico,... la negativa de un partido a condenar un concreto atentado terrorista, como singularización inequívocamente buscada respecto a la actitud de condena de los demás partidos, adquiere una evidente densidad significativa”. Además, “tal negativa se une a comunicados ambiguos y de compromiso sobre la base de una equidistancia entre el Estado y el terror, construida desde la premisa de no ver ninguna diferencia de cualidad entre el poder público —que monopoliza legítimamente la fuerza del Estado— y una banda criminal —cuya violencia sólo es constitutiva de ilícitos penales—, con lo que se pretende que la responsabilidad de ésta quede disminuida o desplazada”. Pero la disolución no se basó exclusivamente en esa ausencia de condena. El Tribunal Constitucional constató que esa negativa a condenar se añadía a una pluralidad de actos y de comportamientos, graves y reiterados, que permitían deducir un compromiso con el terror y contra la convivencia organizada en el marco de un Estado democrático. En cualquier caso, añade (muy significativamente) el Tribunal de Estrasburgo, el hecho de que la disolución se hubiera fundado también en este elemento no es contrario al Convenio, pues el comportamiento de los hombres públicos engloba de ordinario no sólo sus acciones o discursos, sino también, en ciertas circunstancias, sus omisiones o silencios, que pueden equivaler a tomas de posición y ser tan elocuentes como cualquier acción de apoyo expreso.

resto de las formaciones políticas. Recuerda al respecto que en sus actos y discursos los miembros y dirigentes de los partidos demandantes no excluyen el recurso a la fuerza para lograr sus objetivos. Los tribunales nacionales han justificado suficientemente la existencia de un riesgo de confrontación social, que podría desembocar en graves perturbaciones del orden público.

En una valoración final sobre esta exigencia de proporcionalidad, el TEDH estima que los tribunales internos han llegado a conclusiones razonables tras un estudio detallado de los elementos de que disponían, y no ve razón alguna para apartarse del razonamiento del TS que le lleva a afirmar que existe un vínculo entre los partidos demandantes y la ETA. Además, teniendo en cuenta la situación existente en España tras numerosos años de atentados terroristas, estos vínculos pueden ser considerados objetivamente como una amenaza para la democracia. Se adhiere, por tanto, a los argumentos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, y considera que los actos y discursos imputables a los partidos demandantes constituyen un conjunto que arroja una imagen nítida de un modelo de sociedad concebido y propugnado por dichos partidos, que estaría en contradicción con el concepto de “sociedad democrática”. En conclusión, la sanción impuesta a los demandantes respondía a “una necesidad social imperiosa”.

El Tribunal ratificó la doctrina establecida en esta trascendental decisión en una sentencia posterior, la dictada el 7 de diciembre de 2010 en el asunto Acción Nacionalista Vasca (EAE-ANV) contra España. En esta sentencia se rechazan las dos demandas promovidas por este partido, disuelto en 2008, a raíz de la anulación de 133 de las candidaturas presentadas en los comicios municipales y forales de 2007 en el País Vasco y Navarra. En su auto del 5 de mayo de 2007, el Tribunal Supremo español consideró que dichas candidaturas formaban parte de una estrategia fraudulenta con el objetivo de eludir los efectos de la disolución de Batasuna en 2003. El Tribunal toma buena nota del argumento del gobierno, según el cual la disolución de Batasuna y HB habría sido inútil si hubieran podido proseguir de facto su actividad a través de las candidaturas del partido demandante. La injerencia perseguía, por tanto, fines compatibles con el principio de la preeminencia del derecho y la protección del orden democrático. A juicio del Tribunal, las autoridades españolas se basaron en numerosos elementos que permitían concluir que las candidaturas en cuestión pretendían asegurar la continuidad de las actividades de los partidos políticos previamente declarados ilegales. Y tomaron la decisión de anular las candidaturas de modo individualizado y, tras un examen contradictorio durante el cual el partido demandante pudo presentar observaciones, comprobando la existencia inequívoca de vinculación entre algunas de sus candidaturas y los

partidos disueltos por su apoyo a la actuación violenta de la organización terrorista la ETA.

El Tribunal observa que del contexto político existente en España, marcado por la presencia de partidos políticos de carácter independentista en el seno de los parlamentos de algunas comunidades autónomas, y en particular en el País Vasco, resulta que la medida litigiosa no respondía a una intención de prohibir la manifestación de ideas separatistas. La restricción impuesta es proporcionada al fin legítimo perseguido y no vulneró ninguno de los derechos consagrados en el Convenio.

De otro orden son, aparentemente, las razones aducidas para disolver un partido político en el asunto Partido Republicano de Rusia contra Rusia, antes citada, que apreció la existencia de una violación del artículo 11 en la decisión del Tribunal Supremo de disolver la organización demandante (una escisión del Partido Comunista) por no respetar las prescripciones legales relativas a la exigencia de un número mínimo de afiliados (50,000, el más elevado de Europa) y de secciones regionales (con más de 500 miembros).²¹

²¹ La exigencia de un número mínimo de miembros se prevé también en otros Estados, pero el umbral establecido en Rusia desde 2001 es muy elevado. Las autoridades alegan que resulta necesario para limitar la financiación pública de las campañas electorales y para favorecer la estabilidad del sistema político, al impedir una fragmentación excesiva del Parlamento. Pero lo cierto es que en el ordenamiento ruso solo los partidos que obtienen más del 3% de los sufragios tienen derecho a esa financiación y a eso hay que sumar la existencia de una barrera electoral del 7% y la exigencia de un número mínimo de firmas para presentar candidaturas. El Tribunal no cree que sean necesarias restricciones suplementarias. En cuanto a la obligación de disponer de un número suficiente de antenas regionales integradas por más de 500 miembros, el gobierno demandado sostiene que su finalidad es impedir la creación de partidos regionales, que constituyen una amenaza para la integridad territorial del país. El Tribunal recuerda que no se puede obstaculizar la actividad de un partido únicamente porque pretenda debatir en público en torno a la situación de una parte de la población del Estado o defender incluso ideas separatistas. Además, el partido demandante es un partido ruso que nunca ha puesto en cuestión la integridad territorial del país. En suma, la injerencia no se funda en motivos pertinentes y suficientes y resulta desproporcionada.

LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES A LA LUZ DE LA APERTURA DEL ESTADO: UN ESTUDIO DESDE LA PERSPECTIVA ALEMANA*

Armin von BOGDANDY

SUMARIO: I. *Los principios fundamentales como área de investigación hoy en día.* II. *Tres principios fundamentales y su fundamento jurídico.* III. *Cuestiones relativas al desarrollo de los principios.*

Jorge Carpizo, con la sabiduría, sencillez y generosidad que le caracterizaban, afirmó estar seguro de la vigencia de mis reflexiones sobre un nuevo derecho público no limitado al Estado, sino entendido como disciplina que integra los órdenes nacional, supranacional e internacional. Destacaba que la extensión de estas preocupaciones académicas al ámbito latinoamericano me hacían parte de “nuestra comunidad”, refiriéndose a México.¹ Sus palabras me animan a participar en esta obra con un análisis sobre el fenómeno de la apertura en Alemania, con el propósito de aportar reflexiones útiles para el debate sobre esta temática en México, y, quizá, en otros países latinoamericanos. Agradezco a Héctor Fix-Fierro y Miguel Carbonell la gentil invitación para sumarme a este homenaje a un personaje de la talla de Jorge Carpizo. Para mí constituye un gusto y una especial satisfacción hacerle honor planteando la relevancia de que la actuación de toda autoridad pública debe estar guiada por los principios fundamentales de la democracia, el Estado de derecho y los derechos humanos, como lo defendía con profunda convicción el colega y amigo Jorge Carpizo.

* Este ensayo ha sido escrito para Kirchhof, Paul y Isensee, Josef (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, t. XI, por lo cual explica la orientación hacia la literatura jurídica alemana. Sobre su recepción, *cfr.* Steinbeis, Max, “Man kann nicht dauernd die halbe welt für verfassungswidrig erklären”, *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, Frankfurt, 7 de mayo de 2013, p. 25. Agradezco a Christoph Krenn, Michael Ioannidis y Dana Schmalz su valiosa ayuda en la elaboración de este artículo. La traducción al castellano fue elaborada por Ximena Soley Echeverría.

¹ Carpizo, Jorge, “Prólogo”, en Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. X y ss.

I. LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES COMO ÁREA DE INVESTIGACIÓN HOY EN DÍA

1. *El surgimiento de un nuevo derecho público*

Hasta hace poco tiempo, el fenómeno de la autoridad pública se limitaba a las instituciones del Estado. Hoy en día la situación es distinta. La convivencia social se ve afectada de manera significativa por instituciones supranacionales e internacionales, probablemente en Alemania mucho más que en México, ya que este país es miembro de la Unión Europea. Aunado a esto, existe una apertura sin precedentes hacia los actos soberanos de otros Estados. Esta europeización e internacionalización ha cambiado profundamente el derecho público en el territorio alemán. El presente ensayo estudia este cambio haciendo un análisis de los principios fundamentales que permean e informan todo el derecho público vigente en Alemania. Pretende demostrar que el proceso de apertura puede llevar a una constelación en la cual los principios fundamentales gozan de mejor protección que en la constelación nacional por sí sola.

Al mismo tiempo este texto ofrece poco conocimiento firme y seguro debido al estado actual de la materia. Estamos siempre ante un nuevo inicio, como lo comprueban las muchas propuestas terminológicas para abarcar este nuevo fenómeno, éstas son, entre otras: derecho de la humanidad,² derecho cosmopolita,³ derecho global,⁴ derecho mundial,⁵ derecho mundial

² Una propuesta muy temprana en Jenks, Clarence Wilfred, *The Common Law of Mankind*, Londres, Stevens & Sons, 1958; Tomuschat, Christian, "International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, General Course on Public International Law", *Recueil des Cours: Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, Países Bajos, vol. 281, 2001, p. 88 ("constitution of humankind").

³ Benhabib, Seyla, "The Philosophical Foundations of Cosmopolitan Norms", en Benhabib, Seyla y Robert Post (eds.), *Another Cosmopolitanism*, Oxford, Oxford University, The Berkeley Tanner Lectures, 2006, p. 13; Brunkhorst, Hauke, *Solidarität: Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 2002. Como concepto filosófico Kant, Immanuel, Zum, "Ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf", en Vorländer, Karl (ed.), *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, 1964, pp. 115 (133 y ss.).

⁴ Domingo, Rafael, *The New Global Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010; Cassese, Sabino, "The Globalization of Law", *New York University Journal of International Law and Politics*, núm. 37, 2005, p. 973.

⁵ Delmas-Marty, Mireille, *Trois défis pour un droit mondial*, París, Le Seuil, 1998; Emmereich-Fritsche, Angelika, *Vom Völkerrecht zum Weltrecht*, Berlin, Duncker & Humblot GmbH, 2007; Di Fabio, Udo, "Verfassungsstaat und Weltrecht", *Rechtstheorie*, vol. 39, núm. 2-3, 2008, p. 399.

interno (*Weltinnenrecht*),⁶ derecho transnacional.⁷ Tal cacofonía es síntoma de incertidumbre. Además, dichas propuestas al día de hoy son sólo eso, propuestas. No han sido desarrolladas, y seguramente no están en capacidad de guiar al razonamiento jurídico concreto en la complejidad de nuestro mundo. Sin duda alguna, hay una carencia de textos jurídicos que den un orden al vastísimo material normativo y una orientación a los operadores jurídicos; es decir, faltan doctrinas fuertes. Esto también es cierto para el derecho público en el espacio jurídico europeo.⁸ No hay una doctrina, un sistema, o un gran tratado de este nuevo derecho público que pueda guiar a la práctica y que sea de alguna manera comparable a la doctrina del derecho del Estado, o del derecho público, las cuales han sido desarrolladas en los últimos cien años en muchos Estado europeos. La producción de semejantes textos parece estar más allá de nuestras posibilidades, o por lo menos más allá del horizonte de nuestro tiempo. Una doctrina de este tipo ni siquiera existe para el mucho mejor delimitado derecho internacional:⁹ no por casualidad la *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* es eso, una enciclopedia, con 11.724 páginas, 1.618 entradas y más de 800 autores todos con ideas muy distintas, y no constituye un “sistema”, es decir, un orden complejo articulando todo el material según unos cuantos principios de manera coherente.

La carencia de tales textos no se debe a una falta de interés académico en el asunto. Por ejemplo, los estudiosos del derecho público alemán se han interesado desde siempre por la integración de Alemania en contextos más amplios.¹⁰ El tema ha sido coyuntural desde el cambio de siglo, y existen

⁶ Delbrück, Jost, “Perspektiven für ein ‘Weltinnenrecht’? Rechtsentwicklungen in einem sich wandelnden internationalen System”, en Jickeli, Joachim *et al.* (eds.), *Gedächtnisschrift für Jürgen Sonnenschein*, 2003, p. 793; Habermas, Jürgen, *Der gespaltene Westen: Kleine politische Schriften*, 2004, pp. 143, 159 y ss.

⁷ Jessup, Philip C., *Transnational Law*, New Haven, 1956; Zumbansen, Peer, “Transnational Law”, en Smits, Jan M. (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham, 2006, pp. 738 y ss.

⁸ Algunos impulsos en este sentido lo ofrecen la Asociación Europea de Derecho (Societas Iuris Publici Europaei/SIPE) o la European Public Law Association. Sobre las raíces en la historia constitucional, véase Gosewinkel, Dieter y Masing, Johannes, *Die Verfassungen in Europa 1789-1949*, Munich, Beck C. H., 2006.

⁹ Hoy en día una obra monumental de diez volúmenes Wolfrum, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2012, pero precisamente enciclopédica, con 11.724 páginas, 1.618 entradas y más de 800 autores, no constituye precisamente un “sistema”.

¹⁰ En este sentido, se pueden mencionar las distintas conferencias sobre el tema de los profesores de los países de habla alemana del derecho de Estado (*Vereinigung der deutschen*

excelentes estudios al respecto.¹¹ A estas alturas del desarrollo, se puede por lo menos afirmar un hecho importantísimo. Con cierta seguridad podemos aseverar, por lo menos en lo que concierne al espacio jurídico europeo, que los principios de protección de los derechos humanos, del Estado de derecho, y hasta de la democracia, son relevantes de alguna manera para todo ejercicio de autoridad pública que influya en este espacio.¹² Lo que no se debe olvidar es que esto no es más que otro punto de partida, y en la elaboración de este “de alguna manera” se halla la tarea de generaciones de juristas, politólogos, filósofos políticos.

Ante este trasfondo, el presente artículo explica su entendimiento de esta nueva área de investigación (1), esboza los principios pertinentes (2), y examina su interacción (3). El análisis llevado a cabo se basa en ciertos supuestos desarrollados en estudios anteriores sobre el nuevo derecho público.¹³ Los supuestos se pueden formular de la siguiente manera:

Como consecuencia de la europeización e internacionalización de Alemania, en tanto que Estado miembro de la UE, el derecho público vigente en su territorio ya no se puede entender únicamente a partir de su Constitución, la Ley Fundamental. Más bien, es necesario tomar en cuenta también el derecho de la Unión, el derecho internacional y el derecho de otros Estados, sobre todo el de aquellos que forman parte del espacio jurídico eu-

Staatsrechtslehrer) y los artículos en el Manual del Derecho de Estado (*Handbuch des Staatsrechts*).

¹¹ Tres disertaciones alemanas representativas *cf.* Sauer, Heiko, *Jurisdiktionskonflikte in mehrebenensystemen*, 2008; Payandeh, Mehrdad, *Internationales gemeinschaftsrecht*, 2010; Kleinlein, Thomas, *Konstitutionalisierung im völkerrecht*, 2012.

¹² Esto era completamente diferente hace veinte años. Compárese con Randelzhofer, Albrecht, “Zum behaupteten Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft”, en Hommelhoff, Peter y Kirchhof, Paul (eds.), *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, 1994, p. 39 (40).

¹³ Bogdandy, Armin von, “Zweierlei Verfassungsrecht. Europäisierung als Gefährdung des gesellschaftlichen Grundkonsenses”, *Der Staat*, vol. 39, núm 2, 2000, p. 163, traducción italiana “L’europeizzazione dell’ordinamento giuridico come minaccia per il consenso sociale?”, en Zagrebelsky, Gustavo *et al.* (eds.), *Diritti e Costituzione nell’Unione Europea*, Gius, Roma, Laterza & Figli, 2003, S. 272-298; del mismo autor, “Los principios fundamentales de la Unión Europea. Aspectos teóricos y doctrinales”, en Bogdandy, Armin von, *Hacia un nuevo derecho público. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional*, 2011, p. 123; véase también, “El derecho internacional como derecho público”, en *Hacia un nuevo derecho...*, *cit.*, p. 93; del mismo modo, “Configurar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional público”, en *Hacia un nuevo derecho...*, *cit.*, p. 283; igualmente, “El derecho internacional como derecho público: prolegómeno de un derecho de los mercados financieros”, en Pérez de Nanclares, José Martín (ed.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 57-79.

ropeo.¹⁴ Esto modifica el ámbito de aplicación de los principios fundamentales de la Ley Fundamental e influye en su significado. La interpretación y evolución de los principios fundamentales de la Constitución nacional hoy se insertan en una dimensión supranacional, internacional y comparada.

Las instituciones nacionales, supranacionales e internacionales no forman un ente único, como sí lo es el *Gesamtstaat* en Alemania, constituido por la federación y los *Länder*, el Estado en España, formado por el Estado central y las comunidades autónomas, la República italiana, formada, según el artículo 114 de la Constitución, por todas las instituciones republicanas desde los municipios hasta el Estado. Al mismo tiempo, debido a la europeización e internacionalización de Alemania, las autoridades públicas internacionales, supranacionales y estatales están tan íntimamente relacionadas entre ellas, que a menudo la legitimidad del ejercicio de autoridad pública alemana sólo puede ser determinada en este contexto más amplio. Un problema de legitimidad de una autoridad pública afecta la legitimidad de las decisiones de otras autoridades públicas. El apego a los principios se convierte así en un asunto de interés común.

Tal legitimidad se basa en algunos principios fundamentales compartidos. Los ya mencionados principios de protección de los derechos humanos, del Estado de derecho, y de la democracia son relevantes de alguna manera para todo ejercicio de autoridad pública que influya en este espacio.¹⁵ Sin embargo, a pesar de que estos principios llevan la misma denominación, están arraigados en ordenamientos jurídicos distintos y son independientes en su vigencia y significado. Por lo tanto, estos principios crean puntos de referencia para discursos comunes, legitiman la interdependencia y permiten elaboraciones que abarcan los distintos ordenamientos. Estos ordenamientos se respaldan entre sí. Al mismo tiempo, el contenido específico de estos principios puede variar. Además, tales principios pueden justificar la resistencia a la pretensión de validez de un acto proveniente de un orden normativo distinto. Estos principios son, entonces, tanto la base para construcciones comunes como para conflictos. En resumen, son de suma importancia para entender y construir la interacción entre los distintos órdenes normativos.

¹⁴ Más en detalle: Bogdandy, Armin von, “La ciencia jurídica nacional en el espacio jurídico europeo. Un manifiesto”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 32, núm. 94, 2012, pp. 13-28.

¹⁵ Sobre la pregunta del rol de la charía en el derecho constitucional de los Estados musulmanes El Fadl, Abou, “The Centrality of Shari’ah to Government and Constitutionalism in Islam”, en Grote, Rainer y Röder, Tilmann (eds.), *Constitutionalism in Islamic Countries: Between Upheaval and Continuity*, Oxford, 2012, p. 35.

2. *El ejercicio de la autoridad pública como objeto de investigación*

A. *La transformación del concepto de soberanía*

El punto de partida de este ensayo es la constatación de un cambio evidente. Mientras que hasta inicios de los años noventa del siglo pasado el derecho del Estado, o el derecho público nacional, abarcaban la totalidad del núcleo básico de la autoridad pública en los Estados miembros de la UE a partir de los principios de las respectivas Constituciones, esto hoy ya no es así debido al impacto de ciertas instituciones internacionales y supranacionales, ancladas en otros ordenamientos jurídicos. En el caso específico de Alemania: los principios de la Ley Fundamental¹⁶ no fundamentan la potestad de emitir reglamentos de la Unión Europea, de imponer sanciones del Consejo de Seguridad o la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como sí proveen el fundamento para el ejercicio de autoridad pública de las instituciones alemanas.

El principio de soberanía provee un marco más preciso para ilustrar este cambio en la estructura básica del derecho público. El entendimiento tradicional que se tiene del Estado y del orden internacional, del derecho del Estado y del derecho internacional; es decir, del conjunto de aspectos aquí analizados, ha sido desarrollado a partir del concepto de soberanía. Este concepto es fundamento tanto de la doctrina jurídica como de la teoría de la legitimación. Según Georg Jellinek, todo “puede ser explicado por medio de la soberanía y a partir de la soberanía”.¹⁷ A pesar de todos los problemas que acarrea el concepto clásico de soberanía, al igual que todos los conceptos abstractos, éste ha tenido una fuerza analítica y normativa ejemplar. La soberanía, entendida como soberanía interna del Estado, es el fundamento de su autoridad para crear normas jurídicas y denota su poder real superior frente al resto de los ámbitos sociales.¹⁸ La soberanía, entendi-

¹⁶ “Artículo 20 [fundamentos del orden estatal, derecho de resistencia] (1) La República federal de Alemania es un Estado federal democrático y social. (2) Todo poder del Estado emana del pueblo. Este Poder es ejercido por el pueblo mediante elecciones y votaciones y por intermedio de órganos especiales de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial. (3) El Poder Legislativo está sometido al orden constitucional; los poderes Ejecutivo y Judicial, a la ley y al derecho. (4) Contra cualquiera que intente eliminar este orden, todos los alemanes tienen el derecho de resistencia cuando no fuere posible otro recurso”.

¹⁷ Jellinek, Georg, *Die Lehre von den Staatenverbindungen* (1882), Pauly, Walter (ed.), 1996, pp. 16 y ss., cita en la p. 36 (“durch die Souveränität und aus der Souveränität erklärt werden”); en detalle sobre las obras de Pauly, *ibidem*, pp. VII y ss.

¹⁸ Ranzelzhofer, Albrecht, “Staatsgewalt und Souveränität”, en *HSR II*, 2004 (1987), § 17, nota marginal 25, 35 y ss.

da como soberanía popular, justifica esta autoridad y ese poder por tratarse de la realización del principio democrático.¹⁹ La soberanía dirigida hacia fuera, es decir, la soberanía internacional, protege lo antes descrito como un “escudo”²⁰ y fundamenta la validez del derecho internacional público de la misma manera que la del derecho del Estado: a partir de la voluntad del Estado. En resumen, gracias al principio de soberanía, el Estado crea un universo normativo a través de su ordenamiento jurídico.

El principio de soberanía caracterizó tanto la estructura del derecho del Estado como la del derecho internacional, pero en dimensiones diametralmente opuestas. Mientras que el derecho del Estado tiene una estructura vertical, de carácter señorial, la estructura del derecho internacional es una horizontal, de cooperación. Debido a este trasfondo conceptual, existen pocos principios comunes al derecho público nacional y al derecho internacional público, a pesar de contar con normas como la del artículo 38(1)(c) del Estatuto de la CIJ en el derecho internacional, y los artículos 25 de la Ley Fundamental, 10 de la Constitución italiana, 29 de la Constitución irlandesa, o el 153 de la Constitución eslovena, en el derecho nacional. Los principios generales del derecho, en el sentido del artículo 38(1)(c) del Estatuto de la CIJ, se nutren, sobre todo, de institutos del derecho privado, como por ejemplo el de *pacta sunt servanda*, el de la buena fe, o el del deber de indemnización.²¹ Inclusive los derechos humanos son difíciles de cuadrar dentro de esta rúbrica.²² La carencia de principios comunes no es sólo un asunto entre los ordenamientos jurídicos estatales e internacionales: el principio tradicional de soberanía permite además que se produzcan ordenamientos muy diversos a nivel estatal, es decir, un pluralismo radical.

Ciertamente, el principio clásico de soberanía no se exalta tan pronunciadamente en la Ley Fundamental como en otros órdenes constitucionales.²³ A pesar de esto, la teoría del Estado alemana, así como la doctrina

¹⁹ Heller, Hermann, *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*, 1927; Uwe Volkmann, “Setzt Demokratie den Staat voraus?”, *AöR* 127 (2002), p. 575 (577, 582).

²⁰ Sobre la noción de la soberanía como escudo, Bleckmann, Albert, *Begriff und Kriterien der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge*, 1970, p. 166.

²¹ Clásico, Lauterpacht, Hersch, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, London, 1927.

²² Mosler, Hermann, “General Principles of Law”, en Bernhardt, Rudolf (ed.), *EPIL*, Bd. II, Amsterdam/Lausanne/New York/Oxford/Shannon/Tokyo, 1995, pp. 511, 518 y ss., mostrando una apertura cautelosa hacia los derechos humanos.

²³ Se puede pensar en el significado fundamental del principio de la soberanía parlamentaria en el Reino Unido, sobre este punto, Loughlin, Martin, “Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Großbritannien”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.),

de su derecho del Estado se basa, en su gran mayoría, en el concepto de soberanía: Rainer Wahl acuciosamente señaló que la constitucionalización del ordenamiento jurídico fue el gran proyecto normativo de los primeros cuarenta años de la República Federal.²⁴ Es decir, la creación de un universo normativo, el ordenamiento alemán, que realizara sus principios. Esta importancia del concepto de soberanía se evidencia también en el entendimiento predominante de las reglas generales de derecho internacional del artículo 25 de la Ley Fundamental,²⁵ en la atención limitada a los fallos del TEDH que imperó por un largo tiempo²⁶ y en la escasa importancia del derecho comparado para la jurisprudencia de los más altos tribunales.²⁷ En 2009, el fallo del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre el Tratado de Lisboa dotó al principio de soberanía con una nueva y directa eficacia jurídica.²⁸ Al mismo tiempo, este fallo puso en evidencia la erosión del principio al afirmar que la soberanía protege únicamente la esencia de lo más esencial, lo absolutamente inalienable, aquello que bajo ninguna circunstancia se le puede delegar a un órgano o institución no alemana. Así, el principio de soberanía cesó de ser el fundamento único del constructo doctrinal o legitimatorio. Más aún, la soberanía está al servicio de otros principios. Mientras que el concepto tradicional de soberanía, según Georg Jellinek, era de orden fundacional; es decir, constituía una justificación en sí misma, actualmente la soberanía está sujeta a principios superiores, ya

Handbuch Ius Publicum Europaeum, vol. I, 2007, § 4 núm. 75; sobre Francia Jouanjan, Olivier, “Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Frankreich”, en *ibidem*, § 2 Nm. 100 y ss.

²⁴ Wahl, Rainer, “Herausforderungen und Antworten – Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte”, 2006.

²⁵ “Artículo 25 [derecho internacional y derecho federal] Las reglas generales del derecho internacional público son parte integrante del derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal”. Koenig, Christian, en Von Mangoldt *et al.*, GG II, artículo 25, notas marginales, pp. 32 y ss.; Herdegen, Matthias, en Maunz *et al.*, GG IV, artículo 25, notas marginales, pp. 36 y ss. Haciendo un estudio de derecho comparado: Hobe, Stephan, en Friauf, Höfling, *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, vol. II, artículo 25, notas marginales, pp. 37 y ss.

²⁶ Frowein, Jochen Abr., “Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht”, *DÖV*, núm. 19, 1998, p. 806.

²⁷ Sauer, Heiko, “Verfassungsvergleichung durch das Bundesverfassungsgericht”, *Journal für Rechtspolitik*, núm. 18, 2010, p. 194.

²⁸ *Cfr.* con Schorkopf, Frank, “The European Union as An Association of Sovereign States: Karlsruhe’s Ruling on the Treaty of Lisbon”, *German Law Journal*, núm. 10, 2009, pp. 1219 (1223 y ss.); Kottmann, Matthias y Wohlfahrt, Christian, “Der gespaltene Wächter? Demokratie, Verfassungsidentität und Integrationsverantwortung im Lissabon-Urteil”, *ZaöRV*, núm. 69, 2009, pp. 443 (460 y ss.).

sea la libre determinación de los pueblos o los derechos humanos. Cada vez más, el concepto de soberanía se torna en concepto funcional, perdiendo así su carácter fundacional.

B. *La autoridad pública de las instituciones supra e internacionales*

Sin lugar a dudas, el principio de soberanía, tanto en el derecho del Estado como en el derecho internacional y en las teorías sobre la legitimidad, sigue siendo de gran importancia.²⁹ No obstante, a raíz de una serie de cambios, este principio ya no debería ser *la* única base para comprender y construir la estructura fundamental de la autoridad pública.³⁰ La europeización y globalización socavan la famosa premisa del principio clásico de soberanía según la cual los Estados crean “comunidades independientes”.³¹ Eyal Benvenisti capta este fenómeno con una imagen sugestiva: la vieja soberanía se asemejaba al derecho de propiedad sobre un gran fundo, separado de otras propiedades por ríos o desiertos, mientras que la nueva soberanía se asemeja al derecho de propiedad sobre un pequeño apartamento en un gran edificio en donde viven 200 otras familias.³² Éste es el trasfondo del fenómeno de inmediata relevancia para este artículo: muchas instituciones supra- e internacionales afectan y dan forma a las interacciones sociales en Alemania con tal magnitud y autonomía, que la concepción tripartita de la soberanía no puede, por sí sola, ser el único fundamento de una doctrina fuerte ni de una teoría convincente de la legitimidad.³³ Parece más plausible entender a estas instituciones supra e internacionales como titulares de la autoridad pública en razón del impacto que tienen sobre relaciones sociales concretas.

²⁹ Compárese con Grimm, Dieter, *Souveränität: Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, 2009; Haltern, Ulrich, *Was bedeutet Souveränität?*, 2007; Maus, Ingeborg, *Über Volkssouveränität: Elemente einer Demokratietheorie*, 2011.

³⁰ Aquí no se hablará sobre el cambio en el entendimiento del Estado a lo interno. Sobre ese tema véase Auby, Jean-Bernard, “Die Transformation der Verwaltung und des Verwaltungsrechts”, en Bogdandy, Armin von *et al.*, *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. III, 2010, § 56. A saber, no se afirma que el principio de soberanía ya no juega ningún papel; esto sería insostenible, compárese con el fallo de la CIJ del 3 de febrero de 2012, *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, núm. 57.

³¹ Clásicamente en el caso Lotus de la Corte Permanente de Justicia Internacional, CPJI, del 7 de noviembre de 1927, *The Case of the S.S. Lotus, France v. Turkey*, Series A, núm. 10, 1927, p. 18 (“independent communities”).

³² Benvenisti, Eyal, “Sovereigns as trustees of humanity: on the accountability of states to foreign stakeholders”, *American Journal of International Law*, núm. 107, 2013, p. 295.

³³ Un ejemplo entre los abundantes escritos de Vesting, Thomas, “Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes”, *VVDStRL*, núm. 63, 2004, p. 41.

Dicho de otra manera: el ejercicio de la autoridad pública es la característica estructural fundamental que las instituciones estatales comparten con las instituciones supra- e internacionales.

Esta calificación constituye un paso esencial para determinar los principios que las instituciones estatales, supra e internacionales comparten, ya que solo tiene sentido hablar de principios comunes cuando existen suficientes puntos de comparación. Llegamos así a un resultado parecido al del derecho constitucional global³⁴ o bien del derecho administrativo global,³⁵ pero con otra base conceptual, que permite evitar algunos problemas graves. Al mismo tiempo hay que subrayar que el concepto de “autoridad pública supranacional” o bien “autoridad pública internacional” no es pacífico, sino más bien requiere de considerables innovaciones conceptuales.³⁶

La comprensión tradicional de la autoridad pública se basa en el concepto de poder estatal que a su vez se caracteriza por el monopolio estatal de la violencia y por el dominio real sobre el propio territorio. Ya que ni las instituciones supranacionales ni las internacionales disponen de estos dos elementos, se debe definir “autoridad” de manera más amplia a la tradicional³⁷ para poder incluir a estas instituciones. La propuesta consiste en entender a la autoridad pública como la capacidad legal de *determinar* a otros

³⁴ Esto no resta mérito a estos enfoques; compárese en especial con Klabbers, Jan *et al.*, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford 2009; específicamente sobre principios, Kleinlein (*op. cit.*, nota 11); sobre los problemas Klabbers, Jan, “Constitutionalism Lite”, *International Organizations Law Review*, núm. 1, 2004, p. 31; Weiler, Joseph H. H., “Dialogical Epilogue”, en Burca, Grainne de y Weiler, Joseph H. H. (eds.), *The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge, 2011, pp. 262 y ss.

³⁵ Kingsbury, Benedict *et al.*, “The Emergence of Global Administrative Law”, *Law and Contemporary Problems*, núm. 2, 2005, p. 15; Schmidt-Aßmann, Eberhard, “Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen”, *Der Staat*, núm. 45, 2006, p. 315; sobre los problemas, Bogdandy, Armin von, “Prolegomena zu Prinzipien internationalisierter und internationaler Verwaltung”, en Trute, Hans-Heinrich *et al.* (eds.), *Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, p. 683.

³⁶ Más en detalle, Bogdandy, Armin von *et al.*, “El derecho internacional como derecho público: prolegómeno de un derecho de los mercados financieros”, en Pérez de Nanclares, José Martín y (ed.), *Estados y organizaciones internacionales ante las nuevas crisis globales*, 2010, p. 57; Bogdandy, Armin von y Goldmann, Matthias, “The Exercise of International Public Authority Through National Policy Assessment”, *IOLR*, núm. 5, 2008, p. 241; sobre eso, Carmona Cuenca, Encarna, “Noticia de libros”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2012, pp. 347 y 351; compárese además con Zürn, Michael *et al.*, “International Authority and its Politicization”, *International Theory*, núm. 4, 2012, p. 69; Grimm, Dieter, *Das öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, 2012.

³⁷ La palabra “definición” se entiende aquí como el desarrollo de suficientes elementos conceptuales que comprendan las constelaciones más importantes. Nuestro objetivo no es

y de reducir sus libertades; es decir, de configurar *unilateralmente* su situación jurídica o de facto. Esta determinación puede, en primer lugar, llevarse a cabo por medio de actos jurídicamente vinculantes. En ese caso estaríamos ante el supuesto menos problemático.³⁸ Un acto es jurídicamente vinculante cuando modifica la situación jurídica de otro sujeto jurídico, sobre todo cuando una acción contraria a ese acto es ilegal.³⁹

Tomando en cuenta la manera en que funcionan muchos de los mecanismos de la así llamada gobernanza global (*global governance*) el concepto de autoridad pública no debería limitarse a los actos jurídicamente vinculantes. El derecho pretoriano de los tribunales internacionales (*case law*) es en nuestros días una de las muchas maneras por medio de las cuales se determina la situación de terceros. En los últimos veinte años los tribunales internacionales han adquirido un rol significativo en el desarrollo del derecho internacional, precisamente en ámbitos de enorme relevancia para el derecho interno (por ejemplo: los derechos humanos, el derecho penal, o el derecho económico).⁴⁰ Lo mismo aplica para los actos jurídicamente no vinculantes de las organizaciones internacionales en la medida en que estos condicionen a otros sujetos de derecho. Existe condicionamiento cuando un acto presiona a otro sujeto a hacer o abstenerse de hacer algo y cuando esta presión solo puede ser resistida con dificultad.⁴¹ Un ejercicio de la autoridad pública de este tipo es la fijación de estándares no vinculantes que son cumplidos, entre otras razones, debido a que los beneficios de su cumplimiento

establecer una definición que comprenda la totalidad de las constelaciones. Más sobre esto Koch, Hans-Joachim y Rüßmann, Helmut, *Juristische Begründungslehre*, 1982, p. 75.

³⁸ Similar Barnett, Michael y Duvall, Raymond, "Power in Global Governance", en Barnett, Michael y Raymond Duvall (eds.), *Power in Global Governance*, Cambridge, 2005, p. 1 (8); más cercana a la visión tradicional compárese con Möllers, *Gewaltengliederung: Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich*, 2005, pp. 81 y ss.

³⁹ Un ejemplo de tal determinación jurídica lo constituye la decisión sobre el estatus de refugiado por el ACNUR, sobre esto, Smrkolj, Maja, "International Institutions and Individualized Decision-Making: An Example of UNHCR's Refugee Status Determination", *German Law Journal*, núm. 9, 2008, p. 1779.

⁴⁰ Sobre la creación del derecho llevada a cabo por los tribunales internacionales y su problemática, véase en detalle Bogdandy, Armin von y Venzke, Ingo (eds.), "Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers", *German Law Journal*, núm. 12, 2011, p. 979. Los problemas específicos del poder público ejercido por los tribunales internacionales no será analizado en más detalle en el marco de esta contribución.

⁴¹ Muy reveladora en este sentido es la discusión acerca del derecho canónico de la Iglesia católica en el siglo XXVII, Duve, Thomas, "Katholisches kirchenrecht und moraltheologie im 16. Jahrhundert. Eine globale normative ordnung im schatten schwacher staatlichkeit", en Kadelbach, Stefan y Günther Klaus (eds.), *Recht ohne staat? Zur normativität nichtstaatlicher rechtsetzung*, Frankfurt, Campus, 2011, pp. 147, 159-166.

superan los perjuicios de su incumplimiento (por ejemplo: los estándares de la OCDE para evitar la doble imposición),⁴² o bien porque cuentan con mecanismos para imponer sanciones o repartir beneficios que aseguran su cumplimiento (por ejemplo: el Código de Conducta para la Pesca Responsable de la FAO).⁴³ Asimismo, los sujetos de derecho también pueden ser condicionados por actos que no posean ninguna cualidad deontológica, pero que disponen de un poder comunicativo del cual los destinatarios solo se pueden sustraer a un gran costo, ya sea una pérdida de reputación o una pérdida monetaria (por ejemplo: los datos estadísticos de los informes PISA).

Esta ampliación del concepto de autoridad pública se puede justificar, sobre todo, a partir de las teorías que explican la comunicación social y sus efectos reales. Ciertamente, el impacto debe superar cierto umbral. Esto ocurre cuando un acto viene aparejado con mecanismos que efectivamente exigen al destinatario su toma en consideración. De este tipo de actos hay muchos: las organizaciones internacionales han demostrado ser extraordinariamente creativas en este aspecto.⁴⁴

Este entendimiento amplio del concepto de autoridad pública se basa en la conclusión empírica de que muchos actos emitidos por instituciones supranacionales e internacionales pueden limitar la libertad individual y la libre determinación de los pueblos de manera muy similar a los actos vinculantes de los órganos estatales. Al mismo tiempo, su cumplimiento lo demanda la Constitución alemana: de la Ley Fundamental y su principio de Estado de derecho se deriva el deber jurídico de cumplir con un acto vinculante de una institución supra o internacional.⁴⁵ Además, a menudo, la libertad jurídica de optar por incumplir un acto que únicamente condiciona es una mera ficción.⁴⁶

⁴² Reimer, Ekkehart, “Transnationales Steuerrecht”, en Möllers, Christoph (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht*, 2007, p. 181.

⁴³ Friedrich, Jürgen Legal, “Challenges of Nonbinding Instruments: The Case of the FAO Code of Conduct for Responsible Fisheries”, *German Law Journal*, núm. 9, 2008, p. 1539.

⁴⁴ Bastantes ejemplos en Bogdandy, Armin von et al. (eds.), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, 2010.

⁴⁵ Así lo consideró el Tribunal Federal Constitucional Alemán en su decisión Görgülü del 10 de marzo de 2004, BVerfGE 111, 307, sobre la jurisprudencia del TEDH; BVerfGE 22, 293 sobre el derecho de la (en ese entonces) Comunidad Económica Europea.

⁴⁶ Desde la perspectiva de las ciencias políticas véase Barnett y Duvall (*op. cit.*, nota 38); Abbott, Kenneth W. y Snidal, Duncan, “Hard and Soft Law in International Governance”, *International Organization*, núm. 54, 2000, p. 421; Lipson, Charles, “Why are some International Agreements informal?”, *International Organization*, núm. 45, 1991, p. 495.

Finalmente, este concepto amplio de autoridad pública se basa en una consideración fundamental: cuando el derecho público, de conformidad con la tradición liberal democrática, se entiende como un orden para proteger la libertad individual y posibilitar la libre determinación de los pueblos, cualquier acto que afecte estos valores, ya sea este vinculante o no, debe, por principio, ser abarcado por el concepto de autoridad pública en la medida en que los efectos sean lo suficientemente significativos para despertar dudas fundadas sobre su legitimidad. Al mismo tiempo hay que enfatizar que la calificación de un acto como ejercicio de autoridad pública no implica su legitimidad. En contraste con Joseph Raz,⁴⁷ aquí se separa el concepto de legitimidad del de autoridad. El concepto de autoridad sirve para identificar fenómenos que necesitan ser enmarcados por un régimen de derecho público, nada más.

Por supuesto, esta ampliación conceptual es una definición, y por lo tanto no es obligatoria bajo ninguna tesis. Es más, sigue siendo posible explicar todo a partir del principio tradicional de soberanía, de situar a la voluntad del Estado como punto central y de entender a la autoridad pública únicamente como autoridad estatal. La base convencional de todo acto supranacional e internacional permite sustentar esta visión más limitada de la autoridad pública. Las teorías y doctrinas correspondientes, sin embargo, ignoran en qué medida los otros órdenes normativos pueden afectar las interacciones sociales y corren el gran riesgo de no entender y acompañar estos fenómenos importantes.

A la luz de este concepto ampliado de la autoridad, también los actos de algunos entes privados pueden ser relevantes dado que afectan la libertad. Aquí se puede pensar en las clasificaciones de las agencias de calificación de riesgos, en las decisiones sobre el emplazamiento y estructura de ciertas grandes compañías, o bien en las medidas que los padres toman respecto de sus hijos. Pero, ¿cuándo es que el ejercicio de la autoridad se convierte en un fenómeno de autoridad pública? Se puede entender que la autoridad supranacional e internacional es pública cuando se basa en una competencia que hubiera sido conferida por medio de un acto realizado junto con otros actores públicos —en general por los Estados— para cumplir con una tarea pública que precisamente estos actores entienden como tal y cuya caracterización como tal les es permitida.⁴⁸ El carácter público del ejercicio de la

⁴⁷ Raz, Joseph, *The authority of law* (1979), pp. 28 y ss.; parecido Myres Mcdougal-Harold Laswell, “The identification and appraisal of diverse systems of public order”, *Ajil* 53 (1959), p. 9.

⁴⁸ Algunos autores colocan al cumplimiento de tareas públicas en el centro de sus planteamientos. Véase Ruffert, Matthias, “Perspektiven des Internationalen Verwaltungsrechts”,

“autoridad” depende así de su fundamento jurídico. Por consiguiente, las instituciones aquí analizadas ejercen autoridad pública, la cual les ha sido conferida por comunidades políticas sobre la base de actos jurídicos (de carácter vinculante o no). Lo contrario al ejercicio de la autoridad pública es la realización de la libertad individual, la cual no requiere de ninguna otra justificación.⁴⁹

Esta definición de autoridad pública reúne muchas ideas de la ciencia jurídica, de las ciencias políticas y de la teoría política. La autoridad pública supranacional se ejerce por medio de los actos legislativos de la Unión, los actos administrativos de la Unión y las decisiones de la justicia europea.⁵⁰ Afirmar que la Unión Europea ejerce autoridad pública parece ser hoy en día indisputable, si bien el debate respectivo emplea el concepto más técnico de competencia. Pero también la autoridad de las instituciones de la gobernanza global⁵¹ cada vez más se plantea dentro de esta lógica, como lo evidencia la introducción de conceptos como el de *lawmaking* por parte de las instituciones internacionales,⁵² el de un derecho administrativo “internacional” o “global”,⁵³ así como el de una justicia internacional, y hasta el de una justicia penal internacional.⁵⁴

Por supuesto que esta definición de “lo público” es más bien formalista y no agota el significado que este concepto ha adquirido en la tradición constitucional occidental. En los Estados liberales democráticos, lo público se asocia con el deber de las instituciones públicas de servir al bien común y

en Möllers, Christoph *et al.* (eds.), *Internationales Verwaltungsrecht*, 2007, p. 395. Preferimos partir del concepto de poder público y calificarlo haciendo referencia a los intereses públicos.

⁴⁹ Esto no impide obligar a actores privados, sobre todo a las empresas, a cumplir con los derechos humanos. Compárese con el artículo 9(3) de la Ley Fundamental. Para otros planteamientos a nivel global compárese con OECD Guidelines for Multinational Enterprises y las UN Guiding Principles on Business and Human Rights; Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework, UN Doc. A/HRC/17/31 (21.3.2011) (de John Gerard Ruggie); Gerard, John Gerard, “Ruggie, Business and Human Rights: The Evolving International Agenda”, *AJIL*, núm. 101, 2007, p. 819.

⁵⁰ En detalle Bitter, Stephan, *Die Sanktion im Recht der Europäischen Union*, 2011.

⁵¹ Fundamental Rosenau, James N., “Governance, Order, and Change in World Politics”, en Rosenau, James N. y Czempiel, Ernst-Otto (eds.), *Governance without Government*, Cambridge, 1992, p. 1.

⁵² Alvarez, José, *International Organizations as Law-makers*, Oxford, 2005.

⁵³ Compárese con la nota al pie de página, núm. 36.

⁵⁴ Acerca de la problemática de los procesos de creación de derecho Meyer, Frank, *Stratfrechtsgenese en Internationalen Organisationen*, 2012, pp. 601 y ss., 837 y ss.

de acatar principios fundamentales;⁵⁵ es decir, a diferencia de una banda de ladrones, de ser legítimas. Las expectativas de este tipo no se deberían concebir como parte del concepto de autoridad pública, sino más bien como principios independientes (*infra* I.3).⁵⁶

Usar el término “autoridad pública” como concepto fundamental común, tanto para las instituciones estatales como para las supranacionales y las internacionales, no afirma que estas instituciones sean idénticas en todo sentido. Constituye más bien el punto de partida para tomar en consideración sus correspondientes especificidades. La soberanía estatal se caracteriza por el poder de definir las competencias (*Kompetenz-Kompetenz*); en otras palabras, por ser el poder soberano originario y por tener la capacidad de recurrir a mecanismos de coacción, y, particularmente en Alemania, a una identidad colectiva y a una solidaridad establecida.⁵⁷ Las instituciones supranacionales típicamente se diferencian de las internacionales debido a que sus actuaciones comúnmente configuran directamente las interacciones sociales en el espacio jurídico estatal. Estas diferencias, a las cuales sólo hemos aludido, serán de gran importancia para la concretización de los principios fundamentales.

C. *La autoridad pública de otros Estados*

El espacio jurídico alemán ha mostrado apertura, no sólo en el plano vertical, sino también en el horizontal hacia los actos de otros Estados. Este es otro aspecto importante que resulta de la pertenencia al espacio jurídico

⁵⁵ Friedrich, Carl J., *Constitutional Government and Politics*, Nueva York, 1950, pp. 247 y ss.; Loewenstein, Karl, *Political Power and the Governmental Process*, Chicago, 1957; Henkin, Louis, “A New Birth of Constitutionalism”, en Rosenfeld, Michel (ed.), *Constitutionalism, Identity, Difference and Legitimacy*, Durham, 1994, p. 39.

⁵⁶ Con otra opinión, Kingsbury, Benedict, “The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law”, *European Journal of International Law*, núm. 20, 2009, pp. 23 (30 y ss.), siguiendo la teoría del derecho natural de Lon Fuller. Según Kingsbury, la conformidad con determinados principios fundamentales como racionalidad y proporcionalidad es requisito del concepto de derecho público a nivel internacional. Con debida razón Alexander Somek ve aquí una tendencia hacia una concepción iusnaturalista del derecho público a nivel internacional. Somek, Alexander, “The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law: A Reply to Benedict Kingsbury”, *European Journal of International Law*, núm. 20, 2009, p. 985 (990).

⁵⁷ Compárese con el fallo en cuanto al Tratado de Maastricht del 12 de octubre de 1993, BVerfGE 89, 155 y en cuanto al Tratado de Lisboa del 30 de junio de 2009, BVerfGE 123, 267.

europeo.⁵⁸ Claramente la apertura horizontal no es algo completamente nuevo. Su componente más antiguo es el derecho internacional privado, el cual obliga a los tribunales estatales a aplicar el derecho privado de otros Estados.⁵⁹ Pero esta apertura del espacio jurídico alemán se ha hecho más significativa como consecuencia de la europeización e internacionalización. Primero, el derecho internacional privado alemán, al igual que el de los otros Estados miembros, fue armonizado en gran parte con los reglamentos “Roma I” y “Roma II”,⁶⁰ así como con el reglamento relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.⁶¹ Tal apertura hacia el derecho privado de otros Estados no opera únicamente dentro del espacio jurídico europeo, ya que el reglamento también prevé la aplicación del derecho extraeuropeo bajo condiciones más sencillas a las del antiguo derecho alemán.⁶²

Una instancia más reciente de la “apertura horizontal” la encontramos en el derecho administrativo. Según el derecho tradicional, el principio de territorialidad se aplica a los actos administrativos; únicamente unos pocos actos administrativos, como el permiso de conducir, eran aplicables de manera transfronteriza, debido a que había tratados internacionales para estos efectos.⁶³ Hoy en día, en cambio, el acto administrativo transfronterizo se ha convertido en un instituto jurídico firme y constante del derecho administrativo, de modo que a menudo las medidas de otro Estado tienen efectos en Alemania y hasta son ejecutadas por autoridades alemanas.⁶⁴ En muchos

⁵⁸ Wahl, Rainer, “Europäisierung: Die miteinander verbundenen Entwicklungen von Rechtsordnungen als ganzen”, en Trute, Hans-Heinrich *et al.* (eds.), *Allgemeines Verwaltungsrecht - zur Tragfähigkeit eines Konzepts*, 2008, pp. 869 (897).

⁵⁹ Más sobre esto Hoffmann, Bernd v. y Thorn, Karsten, *Internationales Privatrecht*, 2012, p. 47.

⁶⁰ Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); y Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II).

⁶¹ Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

⁶² Compárese con el principio de aplicación universal según los artículos 2o. de Roma I y 3 de Roma III.

⁶³ Ruffert, Matthias, “Der transnationale Verwaltungsakt”, *Die Verwaltung*, núm. 34, 2001, pp. 453 (457).

⁶⁴ Schmidt-Abmann, Eberhard, “Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht”, *DVBl.*, núm. 108, 1993, p. 924 (935); compárese también con Sydow, Gernot, *Verwaltungs Kooperation in der Europäischen Union*, 2004, pp. 141 y ss.

casos, es el derecho de la Unión⁶⁵ o el derecho internacional público,⁶⁶ el que así lo ordena.

Otra apertura importante para los principios fundamentales se realiza en el marco del derecho comparado. Los tribunales nacionales se sirven de los fallos de otros tribunales nacionales para de esta manera desarrollar figuras jurídicas comunes, y así contribuir a un diálogo judicial transnacional.⁶⁷ Por medio de este diálogo transnacional se desarrollan los principios. Sobre todo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán podemos encontrar cada vez más referencias a la jurisprudencia de otros Estados.⁶⁸ Hasta ahora la jurisprudencia ha sido citada como sustento adicional y no como precedente con autoridad, a diferencia de los fallos del TEDH.⁶⁹ Se puede cuestionar si en el espacio jurídico europeo las decisiones de otros altos tribunales deberían tener un efecto más importante al de mero sustento adicional. Sobre todo hay que considerar si la discrepancia con una solución de otro tribunal requiere de una motivación especial en los fallos. En el espacio jurídico europeo parece conveniente que las cuestiones de interés común sean objeto de discusión y que las divergencias de opinión queden documentadas.⁷⁰ Naturalmente, aquí se plantean cuestiones muy difíciles,

⁶⁵ Ohler, Christoph, “Europäisches und nationales Verwaltungsrecht”, en Terhechte, Philipp (ed.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2011, pp. 331 (344); sobre el derecho migratorio: Bast, Jürgen, “Transnationale Verwaltung des europäischen Migrationsraums”, *Der Staat*, núm. 46, 2007, p. 1; sobre el derecho administrativo económico: Michaels, Sascha, *Anerkennungspflichten im Wirtschaftsverwaltungsrecht der Europäischen Gemeinschaft und der Bundesrepublik Deutschland*, 2004, pp. 188 y ss.

⁶⁶ Nicolaidis, Kalypso y Shaffer, Gregory, “Transnational Mutual Recognition Regimes: Governance without Global Government”, *Law and Contemporary Problems*, núm. 68, 2005, p. 263.

⁶⁷ Benvenuti, Eyal, “Reclaiming democracy: the strategic uses of foreign and international law by national courts”, *AJIL*, 2008, pp. 241 y ss.; Slaughter, Anne-Marie, “A Global Community of Courts”, *Harvard International Law Journal*, 2003, pp. 191 y ss.; Wendel, Matthias, *Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht*, 2011, pp. 53 y ss.; con reservas en cuanto a la jurisdicción civil alemana Ranieri, Filippo, “Die Rechtsvergleichung und das deutsche Zivilrecht im 20. Jahrhundert”, en Ascheri, Mario *et al.* (eds.), *FS für Knut Wolfgang Nörr*, 2003, p. 777 (796 y ss.).

⁶⁸ Sauer, Heiko (*op. cit.*, nota 27).

⁶⁹ Decisión Görgülü del Tribunal Federal Constitucional Alemán, BVerfGE 111, 307 (317, 323); compárese la decisión reciente sobre la custodia de seguridad del Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE 128, pp. 326 (368 y ss.).

⁷⁰ Compárese con discusiones análogas en cuanto al derecho internacional de las inversiones, Schill, Stephan, “Crafting the International Economic Order: The Public Function of Investment Treaty Arbitration and Its Significance for the Role of the Arbitrator”, *Leiden Journal of International Law*, núm. 23, 2010, pp. 401 (424 y ss.).

como lo demuestra la manera tan crítica en que el Tribunal Constitucional Checo trató una decisión del Tribunal Constitucional Federal Alemán.⁷¹

3. Principios

La búsqueda de principios es un mecanismo clásico del derecho para revelar estructuras fundamentales. Quizá por esta misma razón el concepto “principios” es controvertido.⁷² Para efectos de esta contribución basta con entender a los principios como normas de particular importancia, normas que por esta razón dan orientación en la variedad del material jurídico, fundamentan esta variedad y tienen una función de “cierre” del discurso normativo. Este artículo concibe los principios de manera diferente a Alexy, el cual los comprende en contraposición con las reglas, más específicamente, como mandatos de optimización ponderables.⁷³ Tal caracterización basada en la diferenciación categórica entre principios y reglas me parece poco convincente.⁷⁴ Por lo tanto, el término “principio” tiene aquí un carácter atributivo. Le asigna a una norma un papel destacado, una importancia particular.

Típicamente los principios se caracterizan por ser abstractos y vagos, lo cual permite un gran margen interpretativo. Además, como los principios son empleados también en el discurso normativo general, los principios jurídicos permiten el enlace del discurso jurídico al discurso normativo general. Dentro de los principios fundamentales de la tradición liberal democrática occidental⁷⁵ se encuentran en particular aquellas normas que cumplen una función de justificación normativa del ejercicio de la autoridad pública. Tomando en consideración la imperiosa necesidad de justificar las actuaciones soberanas, son los principios los que proveen las bases esenciales para

⁷¹ Compárese con el fallo del Tribunal Constitucional checo del 3 de noviembre de 2009, Pl. ÚS 29/09 (Tratado de Lisboa II), sobre todo las notas marginales 110 y ss., 137 y ss.

⁷² Fundamental, Dworkin, Ronald, *Bürgerrechte ernstgenommen*, 1984, pp. 58 y ss.; sobre el debate, Guastini, Riccardo, *Distinguendo: Studi di teoria e meta-teoria del diritto*, Torino, 1996, pp. 115 y ss.; Koskeniemi, Martti, “General Principles”, Koskeniemi, Martti (ed.), *Sources of International Law*, Aldershot, 2000, p. 359; Habermas, Jürgen, *Faktizität und Geltung*, 1994, pp. 254 y ss.; Alexy, Robert, *Theorie der Grundrechte*, 2006; Reimer, Franz, *Verfassungsprinzipien: Ein Normtyp im Grundgesetz*, 2001.

⁷³ En detalle Alexy (*op. cit.*, nota 72), pp. 75 y ss.

⁷⁴ Jakab, András, “Re-Defining Principles as Important Rules – A Critique of Robert Alexy”, en Martin Borowski (ed.), *On the nature of legal principles*, 2010, p. 145.

⁷⁵ Sobre la cuestión del eurocentrismo, Bogdandy, Armin von, “The European Lesson for International Democracy”, *AJIL*, 23 (2012), p. 317.

su legitimación.⁷⁶ Este concepto material de *principio fundamental* comprende únicamente unas pocas normas que también en el derecho constitucional estatal se denominan principios fundamentales o principios estructurales.⁷⁷

Una norma con el carácter de principio puede estar contenida en un instrumento de *soft law*, lo cual es acorde con el concepto de autoridad pública desarrollado anteriormente.⁷⁸ Esta es sólo una de las razones por la cual los principios no gozan de un estatus jurídico homogéneo. Una norma con carácter de principio puede limitarse a permitir una reconstrucción de la materia jurídica; es decir, puede constituir un mero principio doctrinal. Además, puede tener el carácter de principio rector, lo cual significa que influye sobre los procesos administrativos y políticos a futuro. Sobre todo en el ámbito supra e internacional, a menudo se llega a consensos por medio del establecimiento de principios rectores, bajo el entendimiento de que éstos serán desarrollados con posterioridad.⁷⁹ Los principios, en su condición de principios jurídicos, pueden además influir en la interpretación del derecho, y en algunos casos inclusive tienen efectos jurídicos directos. Dada esta variedad, la mera calificación de una norma como principio no produce por sí sola ningún efecto jurídico específico. Vale también recalcar que los principios tienen grados distintos de normatividad en los diferentes ordenamientos jurídicos. Una normatividad alta, como la que gozan los principios en el orden constitucional alemán, no es lo habitual.⁸⁰ En este ensayo intento, en primera línea, presentar a los principios fundamentales generales en su condición de principios rectores para así esclarecer el contexto más amplio y demostrar la factibilidad y deseabilidad de promover un discurso jurídico multinivel.

A continuación me enfocaré en los siguientes tres principios: Estado de derecho, democracia y protección de los derechos humanos. Esto no niega la existencia o importancia de otros principios, como por ejemplo el de solidaridad, el de sostenibilidad o el de subsidiariedad.

⁷⁶ Sobre el concepto de *principe fondateur*, Molinier, Joël (ed.), *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, París, 2005, p. 24; similar Dworkin (*op. cit.*, nota 72), p. 55.

⁷⁷ Más en detalle en Dreier, Horst (ed.), *Grundgesetz-Kommentar*, vol. 2, 2006, artículo 20 (Introducción), notas marginales 5, 8; Reimer (*op. cit.*, nota 72), pp. 26 y ss.

⁷⁸ Las razones por las cuales aquí utilizamos un término jurídico amplio corresponden a aquellas que expusimos para justificar el entendimiento amplio del concepto de poder público. Véase *supra* I.2.B

⁷⁹ Por ejemplo, el World Summit Outcome Document, September 2005: “they (Rule of Law, democracy, human rights) belong to the universal and indivisible core values and principles of the United Nations”, UN Doc. A/RES/60/1 (24 de octubre de 2005), párrafo 119.

⁸⁰ Luhmann, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, 1993, pp. 585 y ss., considera esto una anomalía europea en declive.

II. TRES PRINCIPIOS FUNDAMENTALES Y SU FUNDAMENTO JURÍDICO

Los principios de la democracia, Estado de derecho y protección de los derechos humanos en las nuevas constelaciones no sólo interesan a la ciencia jurídica, sino también a otras disciplinas.⁸¹ La teoría política y la filosofía práctica en especial argumentan a menudo basadas en principios.⁸² La relación de la ciencia jurídica con estas otras disciplinas es tan fluida como difícil. La diferencia entre las disciplinas no se debe a los principios *per se*: tanto en la ciencia jurídica como en la teoría política y en la filosofía práctica se trabaja sobre democracia, Estado de derecho, y derechos humanos y fundamentales. La especificidad se encuentra más bien en que un discurso filosófico basado en principios puede proceder de manera completamente deductiva, mientras que un análisis jurídico es informado por el derecho vigente; es decir, por las disposiciones del derecho positivo y por la jurisprudencia. Una de las primeras tareas del aporte jurídico a esta discusión multidisciplinaria consiste en constatar los resultados de la discusión y acción política sobre los principios en el derecho positivo y esbozar su pretensión de validez.

¿Dónde empezar? Las disposiciones de la Ley Fundamental son válidas en tanto que actuaciones del poder constituyente como poder público originario.⁸³ Por esta razón serán el punto de partida de este análisis. De seguido se expondrán los principios fundamentales del derecho de la Unión y del derecho internacional público.

1. Principios fundamentales de la ley fundamental

A. Preceptos para las autoridades alemanas

La Ley Fundamental preceptúa el cumplimiento de numerosos principios a las autoridades alemanas que ejercen la autoridad pública. El artículo 79(3) de esta ley, refiriéndose a los artículos 1o. y 20 de la misma, establece un grupo de principios especiales porque no pueden ser abrogados ni si-

⁸¹ Cfr. sobre todo los trabajos del “Exzellenzcluster Normative Ordnungen” en la Universidad de Francfort del Meno, <http://www.normativeorders.net/en>. Sobre esto Forst, Rainer y Günther, Klaus, “Die Herausbildung normativer Ordnungen. Zur Idee eines interdisziplinären Forschungsprogramms”, en Forst, Rainer y Günther, Klaus (eds.), *Die Herausbildung normativer Ordnungen*, 2011, p. 11.

⁸² Rawls, John, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, 1975, pp. 81 y ss.; Dworkin (*op. cit.*, nota 72), pp. 54 y ss.; Habermas (*op. cit.*, nota 72), pp. 166, 208 y ss., 242.

⁸³ En detalle sobre la relevancia de esta figura del derecho constitucional Herbst, Tobias, *Legitimation durch Verfassungsgebung*, 2003.

quiera por el legislador constitucional. Estos principios de tan particular importancia son: la dignidad humana y el núcleo de los derechos humanos inalienables, así como la democracia y el Estado federal y social de derecho. De conformidad con el derecho constitucional comparado, se puede constatar que estas disposiciones expresan “el núcleo duro” del constitucionalismo liberal democrático.⁸⁴ Gracias a una jurisprudencia constitucional particularmente densa, estos principios cuentan con un alto grado de concretización.⁸⁵ Los principios centrales; es decir, el respeto de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho están contemplados en la Ley Fundamental misma. El respeto de los derechos humanos y el principio democrático encuentran una expresión concreta sobre todo en el catálogo de derechos fundamentales y en el artículo 38 de la Ley Fundamental, mientras que el principio del Estado de derecho se concretiza en normas como las de los artículos 19(4), 97 y 104 de la Ley Fundamental, así como a partir de la regulación de competencias, la cual es una expresión del principio de separación de poderes. Se suele afirmar que la constitucionalización del ordenamiento jurídico alemán constituye el desarrollo más importante de los primeros cuarenta años de existencia del ordenamiento jurídico federal-republicano.⁸⁶ No queda claro si esta intensa constitucionalización se debe entender como algo meramente idiosincrático o como un modelo para otros; lo que sí es incuestionable es que forma parte de lo que en conjunto ha sido un desarrollo sumamente exitoso.⁸⁷

B. *Preceptos para las autoridades supra- e internacionales*

La Ley Fundamental no solo preceptúa el cumplimiento de ciertos principios a las autoridades alemanas, sino también a las entidades supra- e internacionales en las que participa Alemania. Por un lado el ordenamiento alemán muestra una apertura muy clara y considerable hacia el derecho internacional y europeo,⁸⁸ ya que únicamente muy pocas Constituciones

⁸⁴ Cruz Villalón, Pedro, “Rasgos básicos del derecho constitucional de los Estados en perspectiva comparada”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *El derecho constitucional en el espacio jurídico europeo*, Ius Publicum Europaeum, vol. I, pp. 15 y ss.,

⁸⁵ Sobre las razones, Schönberger, Christoph, “Anmerkungen zu Karlsruhe”, en Jestaedt, Matthias *et al.*, *Das entgrenzte Gericht*, 2011, p. 9 (27).

⁸⁶ Wahl (*op. cit.*, nota 24), más sobre el tema Schuppert, Gunnar Folke y Christian Bumke, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, 2000.

⁸⁷ Cfr. con los artículos en Stolleis, Michael (ed.), *Herzokammern der Republik. Die Deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, 2011.

⁸⁸ Abriendo nuevas perspectivas, Vogel, Klaus, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit*, 1964; de las obras más recientes Wendel (*op. cit.*, nota 67).

europas cuentan con disposiciones similares.⁸⁹ Por otro lado, el artículo 23(1) de la Ley Fundamental impone una serie de preceptos a la Unión Europea. Esta “está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad” y debe garantizar “una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente ley fundamental”. En este aspecto la Ley Fundamental es única en Europa. Las disposiciones de este tipo son mucho más vagas en las Constituciones de otros Estados miembros de la UE.⁹⁰ No obstante, sus tribunales constitucionales a menudo las han interpretado como el Tribunal Constitucional Federal Alemán, si bien de manera menos detallada.⁹¹

Los preceptos para las organizaciones internacionales se deducen de los artículos 24 y 59 de la Ley Fundamental.⁹² Mientras que el artículo 59(2) se sitúa dentro de la media,⁹³ el artículo 24 se puede clasificar como una dis-

⁸⁹ La Constitución portuguesa también es de avanzada en este aspecto. En su artículo 7o. menciona numerosos principios del ordenamiento internacional y europeo; algo más reservada es la Constitución de Holanda, que en su artículo 90 prevé el fomento del desarrollo del ordenamiento jurídico internacional por parte del gobierno. Particularmente de avanzada es la Constitución suiza en su artículo 193(4).

⁹⁰ Ciertos preceptos se encuentran también en el artículo 8(4) de la Constitución portuguesa (“respetando el principio fundamental del Estado de Derecho democrático”).

⁹¹ Ese es el caso en Suecia, Hungría y la República Checa, en cuanto a esto compárese con Wendel (*op. cit.*, nota 67), pp. 449 y ss.; resumiendo, Huber, Peter M., “Estatilidad abierta: un análisis comparado”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (*op. cit.*, nota 84), pp. 69 y ss.; Grabenwarter, Christoph, “National Constitutional Law Relating to the European Union”, en Bogdandy, Armin von y Bast, Jürgen (eds.), *Principles of European Constitutional Law*, 2006, pp. 94 (98 y ss.); Mayer, Franz C., “The European Constitution and the Courts”, *ibidem*, p. 281.

⁹² “Artículo 24 [instituciones interestatales] (1) la federación puede transferir, por vía legislativa, derechos de soberanía a instituciones interestatales. (1 a) en tanto los Länder son competentes para el ejercicio de poderes y el cumplimiento de tareas estatales, pueden, con la aprobación del gobierno federal, transferir derechos de soberanía a instituciones regionales transfronterizas. (2) para salvaguardar la paz, la federación puede adherirse a un sistema de seguridad colectiva mutua; a tal efecto admitirá aquellas restricciones de sus derechos de soberanía que establezcan y garanticen un orden pacífico y duradero en Europa y entre los pueblos del mundo. (3) para la regulación de conflictos internacionales, la federación se adherirá a convenios sobre arbitraje internacional general, amplio y obligatorio.

Artículo 59 [representación internacional de la federación] (2) los tratados que regulen las relaciones políticas de la federación o se refieran a materias de la legislación federal, requieren la aprobación o la participación, bajo la forma de una ley federal, de los órganos competentes en la respectiva materia de legislación federal. A los convenios administrativos se aplicarán por analogía las disposiciones relativas a la administración federal”.

⁹³ Compárese con preceptos similares; por ejemplo: el artículo 53 de la Constitución francesa, el artículo 89 de la Constitución polaca o el artículo 3(a) de la Constitución eslovena.

posición particularmente abierta a la autoridad supraestatal.⁹⁴ El contraste con el artículo 23(1)⁹⁵ refleja el estado del debate en el momento en que se redactó en los años noventa. Sobre esta base, los tribunales y la ciencia jurídica han desarrollado ciertos preceptos asentados en principios para las autoridades supra- e internacionales. Así, una organización internacional no debe exceder el mandato democráticamente legitimado que se le haya encomendado;⁹⁶ esto explica el rol central de las doctrinas sobre las competencias. Además, la transferencia de competencias no debe afectar la estructura fundamental de la Constitución.⁹⁷ De esto se derivan ciertos preceptos estructurales para las organizaciones internacionales, sobre todo en cuanto a los principios de protección de los derechos humanos y del Estado de derecho.⁹⁸ El principio democrático, por su parte, explica la reserva de ley para efectuar ciertas transferencias de competencias, contenida en los artículos 24 y 59 de la Ley Fundamental, al igual que el principio de atribución. Así se refleja, por ahora, la relevancia del principio democrático para la autoridad pública internacional.

C. *Preceptos para otros Estados*

La Ley Fundamental no contiene ninguna norma específica que prescriba condiciones para que los actos de otros Estados tengan efectos en Alemania. No obstante, tanto la aplicación del derecho privado extranjero,

⁹⁴ Pernice, Ingolf, en Dreier, Horst (ed.), *GG-Kommentar*, 2010, artículo 24, nota marginal 14; otras autorizaciones cautelosas de transferencia de soberanía son el artículo 34 de la Constitución belga, el artículo 90(1) de la Constitución polaca, el artículo 3(a) de la Constitución eslovena y el artículo 10(a) de la Constitución checa.

⁹⁵ “Artículo 23 [Unión Europea —protección de los derechos fundamentales— principio de subsidiariedad] (1) para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. Los apartados 2 y 3 del artículo 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones”.

⁹⁶ Compárese con la decisión del Tribunal Federal Constitucional del 22 de noviembre de 2001 sobre el nuevo concepto estratégico de la OTAN (BVerfGE 104, 151).

⁹⁷ Pernice (*op. cit.*, nota 94), nota marginal 32.

⁹⁸ Streinz, Rudolf, en Sachs, Michael (ed.), *GG Kommentar*, 2011, artículo 24, nota marginal 29.

así como el reconocimiento de los fallos de tribunales extranjeros en materia civil por parte de las autoridades alemanas, encuentran sus límites en la así llamada reserva de orden público. De conformidad con el artículo 6(1) de la Ley Introductoria al Código Civil (EGBGB) “una norma jurídica de otro Estado no es aplicable, cuando conduce a un resultado que es en lo esencial incompatible en forma manifiesta con los del derecho alemán”.⁹⁹ Estos principios esenciales se desprenden de los principios de la Ley Fundamental.¹⁰⁰

Respecto del reconocimiento y efecto de decisiones judiciales extranjeras, el principio de reserva de orden público aplica de manera limitada, es decir, únicamente cuando el proceso extranjero no cumple con ciertos requisitos mínimos del Estado de derecho o cuando el resultado del reconocimiento contradice principios esenciales de la Ley Fundamental.¹⁰¹ Entonces, los preceptos dirigidos a la autoridad pública de otros Estados solo actúan de manera indirecta y restringida. Es importante acotar que para reconocer la autoridad de otro Estado no se exige que éste sea un Estado constitucional y democrático.

Finalmente, los principios constitucionales de protección de los derechos humanos, Estado de derecho y democracia son relevantes, en principio, para todas las formas de autoridad pública que surtan efectos en el territorio alemán. Sin embargo, el grado de concretización de estos principios respecto de las distintas autoridades a las cuales se les preceptúa su cumplimiento es muy distinto. Mientras que se cuenta con una rica doctrina y una abundante jurisprudencia respecto de la autoridad ejercida por las instituciones alemanas, sólo se tienen requisitos vagos en lo que se refiere a la autoridad supraestatal de la UE y por último unos cuantos requisitos mínimos en cuanto a los efectos de los actos de otros Estados. Esto tiene su lógica: las exigencias para ejercer la autoridad pública alemana no pueden ser transferidos, así sin más, a instituciones de otros ordenamientos. Una transferencia de este tipo imposibilitaría la integración de Alemania y por

⁹⁹ Similar § 328(1)(4) del Código de Procedimientos Civiles (ZPO); disposiciones correspondientes del derecho de la Unión en el artículo 21 del Reglamento Roma I y en el artículo 10 de Roma II; para el reconocimiento de sentencias extranjeras § 328(1)(4) del Código de Procedimientos Civiles, y el artículo 34(1) del Reglamento sobre Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (“Bruselas I”).

¹⁰⁰ Compárese con el artículo 6(2) de la Ley Introductoria al Código Civil (EGBGB), el cual realiza el requisito de compatibilidad con los derechos fundamentales.

¹⁰¹ Gottwald, Peter, en Rauscher, Thomas *et al.* (eds.), *Münchener Kommentar zur ZPO*, 2008, notas marginales 99-100, 110 y ss.

eso estaría en abierta contradicción con el objetivo constitucional de integración supra- e internacional.¹⁰²

2. Principios fundamentales del derecho de la Unión

A. Preceptos para la Unión

El derecho primario (constitucional) de la Unión Europea establece en el artículo 2(1) del Tratado de la Unión Europea (TUE) los principios fundamentales pertinentes al ejercicio de la autoridad pública, a saber: “libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho”. Numerosas disposiciones del derecho primario de la Unión tienen el objetivo de concretizarlos, sobre todo los artículos 9o. a 12 del TUE en lo que se refiere al principio democrático, o las disposiciones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), en lo que se refiere al respeto de los derechos humanos y al Estado de derecho. Las disposiciones detalladas sobre las competencias de la UE son muy importantes, tanto para el principio democrático como para el Estado de derecho. Aquí nos referimos sobre todo a los artículos 1(1), 4o. y 5o. del TUE, así como a los artículos 2o. a 6o. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Valiéndose de la tradición constitucional europea, lentamente se han ido desarrollando doctrinas específicas sobre algunos principios constitucionales de la Unión; éstas toman en serio las especificidades de la Unión, y así concretizan su carácter sui géneris.¹⁰³ Si bien los principios relativos a la Unión se nutren de los discursos en torno a los principios estatales, no pueden seguirlos ciegamente. El acervo alemán, en particular, debido a su alto grado de sofisticación, no puede servir como modelo, ya que a nivel europeo faltan muchas de las condiciones que le dan sustento, como por ejemplo: el trasfondo histórico traumático, el rol tan específico del Tribunal Federal Constitucional Alemán, y la importancia de la ciencia jurídica en ese país. Ciertamente, ha habido una constitucionaliza-

¹⁰² Esto se deduce del preámbulo, el cual reza “consciente de su responsabilidad ante Dios y ante los hombres, animado de la voluntad de servir a la paz del mundo, como miembro con igualdad de derechos de una Europa unida, el pueblo alemán, en virtud de su poder constituyente, se ha otorgado la presente ley fundamental...”.

¹⁰³ Molinier (*op. cit.*, nota 76); Mangiameli, Stelio (ed.), *L'ordinamento Europeo: I principi dell'Unione*, Mailand, 2006; Bauer, Hartmut y Calliess, Christian (eds.), *Verfassungsprinzipien in Europa*, 2008; Franzius, Claudio, *Europäisches Verfassungsrechtsdenken*, Atenas, 2010, pp. 87 y ss.; Beutler, Bengt, “Die Werte der Europäischen Union und ihr Wert”, *FS für Rainer Wahl*, 2011, p. 635.

ción del derecho de la Unión,¹⁰⁴ pero esta constitucionalización no se puede comparar con la del ordenamiento jurídico alemán.

B. Preceptos para los Estados

Los principios del artículo 2o. TUE no sólo imponen preceptos a las autoridades de la Unión, sino también a las estatales. En este aspecto hay que diferenciar entre los Estados miembros de la UE y los terceros Estados.

De los artículos 7o. y 49 del TUE se desprende la relevancia de estos principios para los Estados miembros en todo ejercicio de autoridad pública que efectúen, aun fuera del ámbito de aplicación del artículo 51 de la CDFUE.¹⁰⁵ ¿En qué medida determina esto la estructura constitucional de los Estados miembros? Es un tema crucial para el constitucionalismo europeo.¹⁰⁶ Ciertamente, los requisitos del artículo 2o. TEU no se pueden interpretar bajo la lógica de un principio de homogeneidad como en un Estado federal.¹⁰⁷ Tal interpretación no tendría cabida en el derecho de la Unión a la luz del artículo 4(2) del TUE (protección de la identidad nacional), porque entraría en conflicto con la diversidad de las constituciones de

¹⁰⁴ Revolucionario Weiler, Joseph H. H., “The Transformation of Europe”, *Yale Law Journal*, núm. 100, 1991, 2403.

¹⁰⁵ Hilf, Meinhard y Schorkopf, Frank, en Grabitz, Eberhard *et al.* (eds.), *Das Recht der Europäischen Union* (colección de hojas sueltas, Estado de las mismas en julio de 2010), artículo 2 EU, nota marginal 18; Ruffert, Matthias, en Calliess, Christian y Ruffert, Matthias (eds.), *EU/AEUV*, 2011, artículo 7o. EU, nota marginal 4; Verhoeven, Amaryllis, “How Democratic Need European Union Members Be?”, *El Rev.*, núm. 23, 1998, pp. 217 (222-224, 234); Declaration of the Presidency of the Convention, del 6 de febrero de 2003, CONV 528/03, 11.

¹⁰⁶ Esto se evidencia en la discusión sobre la interpretación del artículo 51(1) de la Carta de los Derechos Fundamentales. Para una interpretación restrictiva véase, por ejemplo, Huber, Peter M., “Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte”, *NJW*, núm. 64, 2011, p. 2385; Borowsky, Martin, “Art. 51 GrCH”, en Meyer, Jürgen (ed.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2011, nota marginal 24; una interpretación distinta en Lenaerts, Koen, *Die EU Grundrechtecharta: Anwendbarkeit und Auslegung*, Europarecht, 2012, p. 3. TJUE, Asunto C-617/10, Akerberg Fransson; la reacción crítica del Tribunal Federal Constitucional Alemán en su fallo sobre el almacenamiento de datos, 1 BvR 1215/07, 24 de abril de 2013, párrs. 88 y ss., en http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20130424_1bvr121507.html.

¹⁰⁷ Este principio encuentra expresión en el artículo 28(1) de la Ley Fundamental, y reza en lo conducente: “el orden constitucional de los *Länder* debe responder a los principios del estado de derecho republicano, democrático y social en el sentido de la presente ley fundamental. En los *Länder*, distritos y municipios, el pueblo debe tener una representación surgida de elecciones generales, directas, libres, iguales y secretas”.

los Estados miembros. En la Unión Europea hay repúblicas y monarquías, sistemas parlamentarios y semipresidencialistas, parlamentos poderosos y débiles, democracias competitivas y consociativas, estructuras partidarias fuertes y débiles, instituciones sociales fuertes y débiles, Estados unitarios y federales, tribunales constitucionales fuertes, débiles e inexistentes, así como divergencias notables en cuanto al contenido y nivel de protección de los derechos fundamentales.¹⁰⁸ Ante este trasfondo, es un desafío jurídico importante desarrollar preceptos para el ejercicio de autoridad pública a nivel de la Unión que sean adecuados a su problemática particular.¹⁰⁹

Haciendo referencia ahora a los terceros Estados, se debe diferenciar entre los Estados candidatos a la UE y los demás Estados. Los Estados candidatos deben, de conformidad con el artículo 49 TUE, cumplir con los principios fundamentales del artículo 2 TUE.¹¹⁰ En el pasado esto fue un catalizador para el desarrollo liberal democrático en aquellos Estados.¹¹¹ Más allá de esto, tal y como se desprende de los artículos 3(5) y 21(1) del TUE, el derecho de la Unión obliga a los órganos de la Unión a procurar un desarrollo constitucional acorde con la tradición liberal democrática en otros Estados, también fuera de Europa.¹¹² Evidentemente, a los redactores del Tratado les gusta la idea de una Unión que porta el estandarte de la libertad democrática.¹¹³ A pesar de haber sido consagrados en el Tratado, estos principios no han dejado mayor huella en el actuar real de la Unión: los discursos de aplicación de estas normas han sido algo escue-

¹⁰⁸ Cruz, Villalón (*op. cit.*, nota 84).

¹⁰⁹ Un intento en este sentido: Bogdandy, Armin von *et al.*, “Un salvavidas para los derechos fundamentales europeos. Principios básicos de una doctrina Solange en el derecho de la Unión”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 28, 2012, pp. 1-34.

¹¹⁰ En detalle Rötting, Michael, *Das verfassungsrechtliche Beitrittsverfahren zur Europäischen Union*, 2009.

¹¹¹ Sadurski, Wojciech, “Accession’s Democracy Dividend: The Impact of the EU Enlargement upon Democracy in the New Member States of Central and Eastern Europe”, *ELJ*, núm. 10, 2004, p. 371; Sedelmeier, Ulrich, “Europeanisation in new member and candidate states”, *Living Reviews in European Governance*, núm. 6, 2011, en <http://www.livingreviews.org/lreg-2011-1>.

¹¹² Sobre este tema, desde la óptica de las ciencias políticas, Manners, Ian, “Normative Power Europe: A Contradiction in Terms?”, *Journal of Common Market Studies*, núm. 40, 2002, p. 235; Schimmelfennig, Frank, “Europeanization, beyond Europe”, *Living Reviews in European Governance*, núm. 7, 2012, en <http://www.livingreviews.org/lreg-2012-1>.

¹¹³ Sobre el aspecto hegemónico, Galtung, Johan, *The European Community: A Superpower in the Making*, Oslo-London, 1973, Insbesondere, pp. 117 y ss.

tos hasta ahora¹¹⁴ y la jurisprudencia sobre esta materia es prácticamente inexistente.¹¹⁵

C. *Preceptos para las instituciones internacionales*

Los tratados de la Unión no contienen disposiciones expresas respecto de la recepción de los actos de autoridad pública de las instituciones internacionales. No obstante, es posible interpretar los objetivos previstos en los artículos 3(5) y 21(1) del TUE en el sentido de que las normas de la Unión la obligan a procurar el desarrollo liberal y democrático de las organizaciones internacionales.¹¹⁶ Este objetivo se refleja también en las correspondientes normas de atribución de competencias.¹¹⁷ Hasta ahora el TJUE no ha mostrado mucho interés en desarrollar preceptos estructurales para las instituciones internacionales. Su jurisprudencia parece orientarse, sobre todo, a la protección de la autonomía del derecho de la Unión y de sus propias potestades jurisdiccionales.¹¹⁸ De particular importancia en este contexto ha sido la así llamada “jurisprudencia Kadi”. Muchos comparten la opinión de que el TJUE dejó pasar la oportunidad en este caso de aplicar la fórmula Solange a los actos de autoridades internacionales que surten efectos en la Unión, y lo critica por eso.¹¹⁹

¹¹⁴ Compárese con Cremona, Marise, “Values in EU Foreign Policy”, en Evans, Malcolm y Koutrakos, Panos (eds.), *Beyond the Established Legal Orders*, 2011, pp. 275 (280 y ss.); Krajewski, Markus, “External Trade Law and the Constitution Treaty: Towards a Federal and More Democratic Foreign Policy?”, *Common Market Law Review*, núm. 42, 2005, pp. 91 (106 y ss.).

¹¹⁵ Se suele recurrir preferiblemente a los artículos 3(5) 21(1) para fundamentar la relación de la Unión con el derecho internacional público. Compárese con TJUE, Asunto C-366/10, *Air Transport Association of America* y otros, no ha sido publicado en la recopilación de jurisprudencia, nota marginal 101: compárese también con TJUE Asunto T-85/09, *Kadi* (*Kadi II*), Recopilación de Jurisprudencia 2010, p. II-05177

¹¹⁶ En este sentido, Petersmann, Ernst-Ulrich, “The 2004 Treaty Establishing a Constitution for Europe and Foreign Policy: A New Constitutional Paradigm?”, *FS für Manfred Zuleeg*, pp. 176, (185 y ss.); Cremona (*op. cit.*, nota 114), pp. 307 y ss.

¹¹⁷ Con referencia al artículo 207 del TFUE (política comercial común); al artículo 208(1) del TFUE (cooperación para el desarrollo); artículo 212(1) (cooperación económica, financiera y técnica con terceros países) y el artículo 214(1) (ayuda humanitaria).

¹¹⁸ Dictamen del Tribunal de Justicia 1/91 del 14 de diciembre de 1991, Recopilación de jurisprudencia 1991, p. I-6079, en especial las notas marginales 34 y ss. y Dictamen del Tribunal Europeo de Justicia 1/09 del 8 de marzo de 2011 (Tribunal de patentes), no ha sido publicado en la recopilación de jurisprudencia, notas marginales 64 y ss.

¹¹⁹ En este sentido, Weiler, Joseph H. H., “EJIL Editorial”, *EJIL*, núm. 19, 2008, pp. 895 (896); Halberstam, Daniel y Stein, Eric, “The United Nations, the European Union and

3. *Los principios fundamentales del derecho internacional público*

A. *Preceptos del derecho internacional público general*

El derecho internacional público carece de un acto jurídico, comparable a la Ley Fundamental o al Tratado de la Unión Europea, que preceptúe la aplicabilidad de los principios de protección de los derechos humanos, del Estado de derecho y de la democracia para el conjunto del derecho internacional público, o incluso para todo el derecho en general. No obstante, desde hace mucho tiempo ha habido intentos políticos y académicos para superar esta situación, que muchos consideran deficitaria. En las últimas dos décadas estos intentos han ganado intensidad.¹²⁰ De los esfuerzos de la ciencia jurídica en este sentido podemos hacer especial referencia a los partidarios de una constitucionalización del derecho internacional público.¹²¹

El constitucionalismo asevera que ciertas normas fundamentales internacionales son componentes de un derecho constitucional supraestatal.¹²² Algunos partidarios de este enfoque proponen clasificar ciertos principios como *ius cogens*, el cual no solo tiene primacía dentro del derecho internacional público, sino también en el derecho en general.¹²³ A mi parecer, una clasificación de este tipo extiende inaceptablemente los límites del instituto

the King of Sweden: Economic Sanctions and Individual Rights in a Plural World Order”, *CMLR*, núm. 46, 2009, pp. 13 (60 y ss.); sobre el planteamiento Solange en el caso Kadi, entre otros, Sauer, Heiko, “Rechtsschutz gegen völkerrechtsdeterminiertes Gemeinschaftsrecht? – Die Terroristenlisten vor dem EuGH”, *NJW*, 2008, pp. 3685 (3686); López-Jacoiste, Eugenia, “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la defensa de los derechos fundamentales: algunas reflexiones constitucionales a la luz del caso Kadi”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (eds.), *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, 2010, p. 826; Santos Vara, Juan, “El control judicial de las sanciones contra Al-Qaeda y los talibanes en la Unión Europea: ¿un desafío a los poderes del Consejo de Seguridad?”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 32, 2009, p. 104.

¹²⁰ Recientemente se fundó una revista interdisciplinaria especialmente para este tema: *Global Constitutionalism*, compárese con el editorial de su primera edición: Wiener, Antje *et al.*, “Global Constitutionalism: Human Rights, Democracy and the Rule of Law”, en *Global Constitutionalism*, núm. 1, 2012, p. 1.

¹²¹ Kleinlein (*op. cit.*, nota 11).

¹²² Peters, Anne, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, *Leiden Journal of International Law*, 2006, p. 579.

¹²³ De esta manera, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia encontró, en el caso Furundžija, que la prohibición de tortura había alcanzado el grado de *ius cogens*, lo cual implica la prohibición de cualquier normativa nacional que afecte la validez de esta prohibición, Sentencia de primera instancia del 10 de diciembre de 2012 (IT-95-17/1-T), párrafos 144 y ss.

jurídico del *ius cogens*.¹²⁴ Una corriente más cautelosa del constitucionalismo desarrolla algunas disposiciones claves de la Carta de las Naciones Unidas a la luz de ciertos principios fundamentales constitucionales.¹²⁵ Otra corriente hace uso de un concepto material de Constitución y señala así algunas normas del derecho internacional público que habrían adquirido la importancia de normas constitucionales.¹²⁶ Basándose en el derecho administrativo, es posible llegar a conclusiones similares.¹²⁷ El enfoque de derecho público que aquí planteamos también tiene como objetivo el aseguramiento y fomento de una gobernanza liberal y democrática. Sin embargo, al contar con un fundamento conceptual distinto (el de autoridad pública en lugar de Constitución) evita muchos de los problemas de los otros planteamientos aquí descritos.

B. *Preceptos para los Estados*

El precepto más claro para los Estados es la obligación de cumplir con el principio de protección de los derechos humanos. Para los Estados parte de los pactos universales de derechos humanos su obligatoriedad no deja duda alguna.¹²⁸ La función que estos pactos tienen a lo interno de los Estados ha sido reconocida expresamente en numerosas Constituciones de reciente data.¹²⁹ Menos clara es la obligatoriedad para los Estados que no son

¹²⁴ Las correspondientes declaraciones, como por ejemplo el World Summit Outcome Document de septiembre 2005, según el cual el Estado de derecho, la democracia y los derechos humanos “belong to the universal and indivisible core values and principles of the United Nations” (*op. cit.*, nota 79), no son suficiente para darles carácter de *ius cogens*; más en detalle, Kadelbach, Stefan, “Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and Other Rules – The Identification of Fundamental Norms”, en Thouvenin, Jean-Marc y Tomuschat, Christian (eds.), *The Fundamental Rules of the International Legal Order*, Leiden, 2006, p. 30.

¹²⁵ Verdross, Alfred y Simma, Bruno, *Universelles Völkerrecht*, 1984, pp. 69 y ss.; Fassbender, Bardo, *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*, Leiden, 2009.

¹²⁶ En el sentido de un desarrollo constitucional multinivel, Peters, Anne, “Rechtsordnungen und Konstitutionalisierung: Zur Neubestimmung der Verhältnisse”, *ζÖR*, núm. 65, 2010, p. 3.

¹²⁷ Kingsbury *et al.* (*op. cit.*, nota 35), p. 15.

¹²⁸ Una voz con autoridad proveniente del “nuevo mundo”, Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, São Paulo, 2012, p. 227.

¹²⁹ En el espacio jurídico europeo compárese con el artículo 10 de la Constitución española; el artículo 20 de la Constitución rumana; el artículo 11 de la Constitución eslovaca; de igual manera, compárese con las disposiciones más recientes de las Constituciones latinoamericanas, por ejemplo, los artículos 75 y 22 de la Constitución argentina, el artículo 6 de la Constitución uruguaya; además Binder, Christina, “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”, *German Law Journal*, núm. 11, 2011, p. 1203.

parte de estos pactos. En este sentido, hay abundantes planteamientos de la doctrina que argumentan su obligatoriedad de manera convincente, por lo menos en lo que concierne a los derechos humanos fundamentales.¹³⁰ Dentro de estos derechos se incluyen, al menos, el derecho a la vida, así como la prohibición de la tortura, de la esclavitud y de la detención arbitraria.¹³¹

Lo problemático del principio de protección de los derechos humanos no es tanto su fundamento jurídico sino más bien su cumplimiento, como bien lo documentan los inquietantes reportes de un gran número de organizaciones. Esto nos lleva al principio del Estado de derecho. Este principio, denominado también *rule of law* o *prééminence du droit*, es muy complejo. Sus componentes más importantes en este momento son instituciones y procedimientos que hacen valer la normatividad del derecho, y, en consecuencia, de los derechos humanos frente a toda autoridad, incluso toda autoridad pública.

Numerosos tratados internacionales contienen elementos del principio de Estado de derecho, cuyo cumplimiento es exigido a las administraciones públicas y los tribunales estatales. Como ejemplo podemos mencionar los artículos 9(3)-(4), 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo X del GATT; o el artículo 88 del Estatuto de Roma.¹³² Estas disposiciones fueron formuladas, en su mayor parte, para ámbitos específicos del derecho. A pesar de esto, en la literatura se describe reiteradamente una tendencia hacia un desarrollo de esta dimensión del derecho internacional público y hasta se habla de la emergencia en el derecho internacional público de un principio del debido proceso (*due process*) global.¹³³ Así, si bien Sabino Cassese no considera que exista un principio general de debido

¹³⁰ De Schutter, Olivier, *International Human Rights Law*, Cambridge, 2010, pp. 49 y ss., Simma, Bruno y Alston, Philip, "The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens and General Principles", *Australian Yearbook of International Law*, núm. 12, 1988/1989, p. 100; Meron, Theodor, *Human Rights and Humanitarian Norms as Customary Law*, Oxford, 1989, p. 79; en este sentido también la opinión consultativa de la CIJ del 9 de julio de 2004, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, párrafos 107 y ss.

¹³¹ Kadelbach (*op. cit.*, nota 124), p. 29.

¹³² Para una compilación de los principios correspondientes, Cassese, Sabino, "A Global Due Process of Law?", en Anthony, Gordon *et al.* (eds.), *Values in Global Administrative Law*, Oxford, 2011, pp. 17 (21 y ss.); a nivel europeo también aplican las garantías de la CEDH, en especial los artículos 6o. y 13o.

¹³³ Cassese, Sabino (*op. cit.*, nota 132); Correia, Sérvulo, "Administrative Due or Fair Process: Different Paths in the Evolutionary Formation of a Global Principle and of a Global Right", en Anthony, Gordon *et al.* (eds.), *Values in Global Administrative Law*, Oxford, 2011, p. 313; Palombella, Gianluigi, "The Rule of Law Beyond the State: Failures, Promises, Theory", *International Journal of Constitutional Law*, núm. 7, 2009, p. 442.

proceso en el ámbito internacional, describe una clara tendencia hacia el desarrollo y consolidación de ciertos requisitos clave de este principio.¹³⁴ Los tribunales internacionales juegan un rol de suma importancia en este desarrollo.¹³⁵

Aún más difícil es la situación jurídica del principio democrático. La Carta de las Naciones Unidas solo le exige a sus Estados miembros que sean, de conformidad con el artículo 4(1), “amantes de la paz”. El derecho de libre determinación de los pueblos, asegurado por el derecho internacional público de muchas maneras, apunta en la misma dirección que el principio democrático, pero su contenido general se queda atrás de éste.¹³⁶ Sin duda alguna, ciertos aspectos importantes de las formas constitucionales democráticas son reafirmados por el derecho internacional público, particularmente a través de las normas protectoras de los derechos humanos y de las minorías. Además, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ordena la celebración de elecciones periódicas y auténticas en su artículo 25.¹³⁷ Si bien la fuerza normativa de esta disposición sufre debido a la práctica de Estados como China y Rusia, ciertamente no es destruida. Igualmente, se discute sobre si el derecho internacional público obliga a una forma constitucional democrática.¹³⁸ Una serie de autores ven un desarrollo apuntando hacia un mandato democrático universal en tanto que principio jurídico, pero admiten que todavía no ha cristalizado como tal. No obstan-

¹³⁴ Cassese, Sabino (*op. cit.*, nota 132), p. 51.

¹³⁵ *Cfr.* con WTO Appellate Body Report, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT-DS58/AB/R, del 6 de noviembre de 1998, párrafo 182.

¹³⁶ Peters, Anne, *Das Gebietsreferendum im Völkerrecht*, 1995, pp. 387 y ss.; Thüerer, Daniel y Burri, Thomas, sus observaciones en el artículo sobre “Self-Determination”, en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2012 (edición electrónica), indican ciertos avances en el derecho a la libre determinación de los pueblos, pero no una equiparación con el derecho a la democracia; Wheatley, Steven, *The Democratic Legitimacy of International Law*, Oxford, 2010, p. 213, se refiere al estatus de *ius cogens* y la fuerza *erga omnes* del derecho a la libre determinación de los pueblos sin equipararlo al derecho a la democracia.

¹³⁷ Nowak, Manfred, U.N. Covenant on Civil and Political Rights – CCPR Commentary, Article 25, notas marginales 1 y 18; por el contrario, la situación jurídica en el ámbito europea es mucho más clara, en particular gracias a los artículos 10.-30. del Protocolo Adicional a la CEDH, Frowein, Jochen, en Frowein, Jochen y Peukert, Wolfgang (eds.), *Europäische Menschenrechtskonvention. Kommentar*, 1996, p. 835.

¹³⁸ Franck, Thomas M., “The Emerging Right to Democratic Governance”, *AJIL*, núm. 86, 1992, p. 46; Peters, Anne, en Klabbers, Jan *et al.* (eds.), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, 2009, pp. 263 (273 y ss.); Petersen, Niels, *Demokratie als teleologisches Prinzip*, 2009; Besson, Samantha, “Das Menschenrecht auf Demokratie”, en Haller, Gret *et al.* (eds.), *Menschenrechte und Völkssouveränität in Europa*, 2011, p. 61.

te, el principio democrático ya ha sido establecido como principio rector y estructural.¹³⁹

Este desarrollo evidencia otro elemento de la transformación del concepto de soberanía. La vieja soberanía era un concepto de “cierre”. Hoy, en cambio, la soberanía se está transformando en un instituto cada vez más funcional: hay soberanía de los Estados para constituir ordenamientos jurídicos respetuosos de los principios de protección de los derechos humanos, del Estado de derecho, y quizá hasta de la democracia.¹⁴⁰

C. *Preceptos para las organizaciones internacionales*

Los principios del derecho público tradicionalmente procuran contener a la autoridad estatal. Por el contrario, el derecho de las organizaciones internacionales ha sido interpretado desde hace mucho tiempo desde una óptica funcionalista; es decir, no para contener sus competencias, sino más bien para fortalecerlas.¹⁴¹ Debido a que las organizaciones internacionales se han visto fortalecidas en el proceso de globalización y se han convertido en verdaderos agentes de autoridad pública, corresponde preguntarse sobre la aplicación de los principios aquí planteados a sus actuaciones. El debate que hasta ahora se había concentrado a la Unión Europea se ha ido universalizando.

En un primer momento se cuestionó el alcance de la obligatoriedad de los derechos humanos para las organizaciones supra- e internacionales. Aunque éstas sólo en muy pocos casos pueden emitir actos con efectos directos, la relevancia para los derechos humanos de muchas de sus prácticas son hoy en día evidentes, ya estemos hablando de las sanciones inteligentes del Consejo de Seguridad de la ONU, de los préstamos del Banco Mundial, o del reconocimiento de la condición de refugiado por parte del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Dado que en general estas instituciones no son parte contratante de los pactos de derechos humanos, su obligatoriedad requiere de construcciones doctrinales; pero hoy en día no hay carencia de propuestas convincentes en este sentido.¹⁴² Actual-

¹³⁹ En detalle, Petersen (*op. cit.*, nota 138).

¹⁴⁰ Peters, Anne, “Realizing utopia as a scholarly endeavour”, *EJIL*, núm. 24, 2013, p. 538; Benvenisti (*op. cit.*, nota 32).

¹⁴¹ Klabbers, Jan, “Two Concepts of International Organization”, *International Organizations Law Review*, 2005, p. 277.

¹⁴² Simma y Alston (*op. cit.*, nota 130), pp. 100 y ss.; Ahmed, Tawhida y Butler, Israel de Jesús, “The European Union and Human Rights: An International Law Perspective”, *EJIL*, núm. 17, 2006, p. 771; McCorquodale, Robert, “International Organizations And

mente ninguna institución internacional niega la relevancia de los derechos humanos para sus actuaciones.¹⁴³ Es evidente que si así lo hicieran, sufrirían una crisis en su legitimidad y pondrían en riesgo a la organización.

La situación es similar respecto de muchos elementos del principio de Estado de derecho o *rule of law*. Aunque claramente no son Estados, muchas instituciones internacionales cuentan con complejas reglas institucionales y procesales.¹⁴⁴ Es difícil hacer afirmaciones de carácter general debido a que la situación jurídica de las diferentes organizaciones suele ser muy variada.¹⁴⁵ En general hay una ausencia de disposiciones claras y expresas que permitan y posibiliten un recurso de índole judicial en contra de los actos de las instituciones internacionales.¹⁴⁶ No obstante, cada vez más, los derechos humanos se comprenden de manera tal que requieren de tales mecanismos.¹⁴⁷ Por esta razón, se creó el Panel de Inspección del Banco Mundial al igual que la oficina del Ombudsman en el marco de las así llamadas sanciones inteligentes del Consejo de Seguridad.¹⁴⁸ Una cuestión importante y pendiente de resolución es la medida en la cual los tribunales estatales pueden compensar las deficiencias del ámbito internacional.¹⁴⁹

Aún más difícil es la cuestión sobre la existencia del principio democrático en el derecho internacional público respecto de las instituciones inter-

International Human Rights Law”, en Kaikobad, Kaiyan Homi y Bohlander, Michael (eds.), *International Law and Power: Perspectives on Legal Order and Justice*, Leiden 2009, p. 141.

¹⁴³ Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración de la reunión de alto nivel de la Asamblea General sobre el Estado de derecho en los planos nacional e internacional, A/RES/67/1, 30 de noviembre de 2012, en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N12/478/69/PDF/N1247869.pdf>; *idem*, En aras de la justicia: un programa de acción para reforzar el estado de derecho en los planos nacional e internacional. Informe del secretario general, A/66/749, 16 de marzo de 2012, en http://www.unrol.org/files/sg%20report%20spanish%2066_%20749.pdf.

¹⁴⁴ Bernstorff, Jochen von, “Procedures of Decision-Making and the Role of Law in International Organizations”, *German Law Journal*, núm. 9, 2008, pp. 1939 (1951 y ss.).

¹⁴⁵ En detalle, Schermer, Henry G. y Blokker, Niels M., *International Institutional Law*, Leiden, 2011, pp. 501 y ss.

¹⁴⁶ Schmalenbach, Kirsten, “International Organizations or Institutions, Legal Remedies against Acts of Organs”, en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2012 (edición electrónica), nota marginal 25.

¹⁴⁷ Feinäugle, Clemens A., *Hoheitsgewalt im Völkerrecht: das 1267-Sanktionsregime der UN und seine rechtliche Fassung*, 2011, pp. 191 y ss.

¹⁴⁸ Schmalenbach (*op. cit.*, nota 146); Wet, Erika de, “Holding International Institutions Accountable: The Complementary Role of Non-Judicial Oversight Mechanisms and Judicial Review”, *German Law Journal*, núm. 9, 2008, pp. 1987 (2000).

¹⁴⁹ Más en detalle, Reinisch August (ed.), *Challenging Acts of International Organizations before National Courts*, Oxford, 2010.

nacionales. Mientras que el Tratado de la UE prescribe claramente la obligatoriedad del principio democrático para esta organización supranacional, los estatutos de las organizaciones internacionales no cuentan con una disposición análoga. Pero seríamos demasiado iuspositivistas si en razón de la ausencia de una disposición expresa desterráramos la idea de la democracia dentro las organizaciones internacionales del pensamiento jurídico y la relegáramos exclusivamente a las ciencias políticas o a la filosofía política. En vista de las manifiestas dificultades de hablar de procesos democráticos en el ámbito internacional, muchos autores prefieren hablar de rendición de cuentas o *accountability*.¹⁵⁰ Pero, al fin y al cabo, la rendición de cuentas tiene que ver con la cuestión democrática, ya que se trata de una manera de vincular a las organizaciones internacionales con los valores, intereses y convicciones de los ciudadanos afectados y de asumir responsabilidad frente a ellos. Hay muchas opiniones en este debate. Ciertamente, la obligación de las organizaciones internacionales de apegarse a su instrumento constitutivo se puede interpretar como un aspecto del principio democrático.¹⁵¹ Otros aspectos importantes son la transparencia, el rol de los gremios parlamentarios, así como los derechos de participación de las organizaciones no gubernamentales.¹⁵² Sin duda que para las organizaciones internacionales el concepto de democracia hoy en día también sirve como punto de fuga de constructos doctrinales (por ejemplo, doctrinas sobre las competencias) y de la crítica.

III. CUESTIONES RELATIVAS AL DESARROLLO DE LOS PRINCIPIOS

1. *Potencialidades y problemas*

Los principios de la protección de los derechos humanos, del Estado de derecho y, de manera más limitada, de la democracia, se pueden identificar tanto en el derecho alemán como en el derecho de la Unión y en el derecho

¹⁵⁰ International Law Association, *Accountability of International Organisations*, Final Report, 2004, en http://www.ila-hq.org/html/layout_committee.htm; Kingsbury (*op. cit.*, nota 56); Curtin, Deirdre y Wille, Anchrit (eds.), *Meaning and Practice of Accountability in the EU Multi-Level Context*, 2008; Dann, Philipp, "Accountability in Development Aid Law. The World Bank, UNDP and the Emerging Structures of Transnational Oversight", *AVR*, nota 44, 2006, p. 381.

¹⁵¹ Wolfrum, Rüdiger, "Kontrolle der auswärtigen Gewalt", *VVDStRL*, núm. 56, 1997, pp. 38 (45 y ss. y 61 y ss.); Klabbers, Jan, *Research Handbook on the Law of International Organizations*, 2011, pp. 208 y ss.

¹⁵² En detalle, Bogdandy (*op. cit.*, nota 75).

internacional público. La pretensión de validez de los respectivos principios no se limita a las instituciones del ordenamiento jurídico del cual provienen, sino que se extiende a las instituciones de aquellos ordenamientos con los cuales se interactúa. Por eso, dichos principios permiten un discurso general sobre asuntos esenciales. El potencial que esta convergencia tiene para conceptualizar el fenómeno de autoridad pública de las distintas instituciones es indudable. Sin embargo, el hecho de que las normas de los diferentes ordenamientos jurídicos —alemán, europeo e internacional— establezcan principios aplicables a los actos de autoridad pública de otros órdenes normativos hace surgir interrogantes difíciles, como por ejemplo, ¿cuál es el ordenamiento jurídico que provee las bases para un entendimiento generalizado de los principios?¹⁵³ La manera clásica de resolver este tipo de cuestión y de ordenar los diferentes discursos en torno a los principios lo podemos encontrar en el artículo IV(4) y en la decimacuarta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos. En Alemania lo encontramos en el artículo 28(1) de la Ley Fundamental. Según estas disposiciones, los principios de los estados federados se deben ajustar a aquellos del ente superior; eso es, del Estado federal.

No contamos con semejante norma para resolver nuestra cuestión.¹⁵⁴ Solo contamos con unos cuantos constructos doctrinales que se ocupan de lo verdaderamente fundamental: el modo de ordenar recíprocamente el derecho estatal, el derecho de la Unión y el derecho internacional público.

Esta cuestión general se divide en una serie de cuestiones distintas, pero interrelacionadas. En lo que se refiere a las actuaciones de las instituciones internacionales, hay que determinar la validez, el rango y los efectos de estos actos dentro del ámbito territorial de aplicación del derecho de la Unión y del derecho nacional. En otras palabras, la pregunta es ¿cuál es el tratamiento que las instituciones de la Unión o los órganos alemanes deben darle a dichos actos? La situación inversa es algo distinta. La cuestión no versa sobre la validez, rango o efectos del derecho de la Unión y del derecho estatal dentro del ordenamiento jurídico internacional, sino más bien sobre si los órganos de la Unión o si los órganos estatales pueden obedecer un acto del derecho internacional. En otras palabras, ¿cuál es la relevancia de un acto del derecho internacional en el ordenamiento jurídico interno? Dado que

¹⁵³ Un tema esencial de Carl Schmitt es que el principio de soberanía clásico lo impide. Cfr. Schmitt, Carl, *Der Nomos der Erde*, 1950, pp. 96 y ss.

¹⁵⁴ A pesar de que existen algunos planteamientos en el derecho positivo. Tradicionalmente: artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos; en el espacio jurídico europeo, por ejemplo, los artículos 1 y 25 de la Ley Fundamental, el artículo 10 de la Constitución italiana, el artículo 55 de la Constitución francesa, y el artículo 216(2) del TFUE.

los principios normalmente no conducen a conflictos directos, surge la pregunta de la interrelación de los diferentes entendimientos y manifestaciones de estos principios, diferencias que se explican a partir del desarrollo particular que éstos tienen en el derecho positivo, jurisprudencia y doctrina de sus respectivos ordenamientos jurídicos. Una pregunta parecida se plantea respecto del peso que se le debe acordar al derecho comparado.

2. *Pluralismo de principios*

La reflexión sobre la relación entre los principios en los diferentes niveles tiene la dificultad de seguir siendo cautiva de dos teorías de inicios del siglo XX: el monismo y el dualismo.¹⁵⁵ Valiéndonos de ellas no es posible llegar a ningún entendimiento plausible. La situación jurídica y política actual es fundamentalmente distinta a aquella de hace cien años. El caso alemán es emblemático: Alemania, en aquel entonces un Estado bastante autoritario y expansionista, se ha convertido en un Estado constitucional desarrollado, las rivalidades con sus países vecinos por territorio colonial han cesado y el país se ha insertado, junto con esos mismos vecinos, en una red altamente interconectada de organizaciones supra e internacionales, justamente para superar tal rivalidad destructiva. Es de notar que el estudio más importante promoviendo el dualismo bajo la Ley Fundamental se publicó en 1967, y por esta razón no puede abordar los fenómenos de la gobernanza global.¹⁵⁶ Pero tampoco el monismo es convincente, ni como doctrina ni como teoría. Lo prueba la práctica jurídica en el contexto actual: siempre que un actor debe tratar una cuestión de validez, rango, efectos, significado o legitimidad de una norma u otro acto, el primer paso es asignar tal acto a un ordenamiento jurídico específico; semejante práctica contradice así la idea de una amalgama de ordenamientos jurídicos. Todas las cuestiones esenciales son respondidas siempre de acuerdo con un ordenamiento específico. Por eso, tanto el monismo como el dualismo han agotado su utilidad como constructos doctrinales ya que no están en capacidad de proponer soluciones plausibles a las preguntas jurídicas prácticas. Como constructos teóricos para

¹⁵⁵ Revolucionario, Triepel, Heinrich, *Völkerrecht und Landesrecht*, 1899, pp. 12-22; Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, 1934, pp. 129-154; Scelle, Georges, *Précis de Droit des Gens*, 1932, pp. 31-32; en detalle, Amrhein-Hofmann, Christine, *Monismus und Dualismus in den Völkerrechtslehren*, 2003; Dupuy, Pierre-Marie, “International Law and Domestic (Municipal) Law”, en Wolfrum, Rüdiger (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2012 (edición en línea).

¹⁵⁶ Rudolf, Walter, *Völkerrecht und deutsches Recht*, 1967.

comprender la estructura integral del derecho son igualmente inútiles, tanto analítica como normativamente. El dualismo comparte el mismo destino del concepto tradicional de soberanía. El monismo que sostiene la primacía del derecho internacional público comparte las mismas debilidades que el derecho constitucional mundial en tanto que paradigma para comprender el derecho en vigencia. En el derecho constitucional se podría pensar, basándonos en el concepto de soberanía, en mantener un monismo con la primacía del derecho estatal; es consecuente con la idea de que los principios constitucionales nacionales constituyen el punto central del universo normativo. La opinión de Antonin Scalia sobre el derecho comparado constituye un buen ejemplo de este tipo de monismo,¹⁵⁷ así como aquella de los autores que entienden al derecho internacional como derecho nacional para el contacto con el extranjero (*äußeres Staatsrecht*).¹⁵⁸ Pero estas opiniones pueden ser desafiadas, aun respecto de la Constitución estadounidense, como lo demuestra el argumento contundente sobre la intención de los constituyentes estadounidenses de integrar a su país en un proyecto universal.¹⁵⁹ En Alemania, una concepción como la de Scalia no tendría cabida a la luz de la manifiesta decisión fundamental de contar con un Estado abierto.

Existen abundantes propuestas conceptuales para captar esta nueva constelación. De particular importancia en el contexto de habla alemana podemos mencionar los siguientes conceptos: sistema multinivel (*Mehrebenensystem*), red (*Netzwerk*) y entramado (*Verbund*).¹⁶⁰ Estas propuestas conceptuales forman parte del debate internacional que concibe a esta nueva constelación desde la óptica del pluralismo jurídico.¹⁶¹ La conclusión central

¹⁵⁷ Compárese con la opinión disidente del juez Antonin Scalia en la decisión de la Corte Suprema de los Estados Unidos *Roper v. Simmons*, 543 U.S. (2005); así como una discusión con el juez Stephen Breyer, ciertos extractos fueron impresos en *International Journal of Constitutional Law* 3, 2005, p. 519.

¹⁵⁸ Goldsmith, Jack y Posner, Eric, *The Limits of International Law*, Oxford, 2005; Bradley, Curtis y Goldsmith, Jack, *Foreign Relations Law*, Nueva York, 2007.

¹⁵⁹ Jackson, Vicki C., *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford, 2010, pp. 153 y 154.

¹⁶⁰ Sobre el concepto de entramado (*Verbund*), Bogdandy, Armin von, *Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform*, 1999; Schönberger, Christoph, “Die Europäische Union als Bund”, *AöR*, núm. 129, 2004, p. 81; sobre el concepto multinivel (*Mehrebenen*), Pernice, Ingolf, “Multilevel Constitutionalism in the European Union”, *Eur. L. Rev.*, núm. 27, 2002, p. 511; sobre el concepto de red (*Netzwerk*), Goldmann, Matthias, “Der Widerspenstigen Zähmung, oder: Netzwerke dogmatisch gedacht”, en Boysen, Sigrid (ed.), *Netzwerke*, 2007, p. 225.

¹⁶¹ Günther, Klaus, “Rechtspluralismus und universeller Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem”, *FS für Jürgen Habermas*, 2001, p. 539; Griffiths, John,

compartida por todas las concepciones pluralistas consiste en dejar de concebir a los distintos principios que regulan las interacciones sociales y que provienen del derecho internacional público, del derecho de la Unión o del derecho estatal nacional como pertenecientes a un ordenamiento jurídico unitario. Por lo tanto, rechazan el paradigma de jerarquía como símbolo del orden entre los ordenamientos.¹⁶²

Las perspectivas pluralistas se dividen en dos campos. La posición más radical sostiene que los conflictos que se ocasionan son conflictos de poder, y, por ende, difícilmente pueden ser abordados desde la lógica jurídica.¹⁶³ La posición del diálogo parte de un punto de vista diametralmente opuesto: la observación de que los diversos regímenes jurídicos e instituciones usualmente desarrollan relaciones jurídicas estables a pesar de su independencia normativa. Lo cierto es que el concepto de diálogo no está muy elaborado y puede ser malinterpretado cuando se piensa que supone una relación amistosa entre las instituciones de los varios ordenamientos. Este ensayo no pretende eso, y usa el concepto de diálogo para contrastarlo con el de interacción. Hubo interacción entre los Estados Unidos y la Unión Soviética también en los momentos más críticos de la guerra fría,¹⁶⁴ pero no hubo diálogo porque no había una responsabilidad compartida y asumida para un proyecto común. En este sentido, hay diálogo entre las cortes en el espacio jurídico europeo, un diálogo basado en las decisiones constitucionales y políticas de participar en este espacio.¹⁶⁵ Desde la posición del diálogo se sostiene que los conflictos fundamentales son la gran excepción, la regla más bien consiste en un trabajo conjunto y fructífero. Quien elige la regla como punto de partida para el pensamiento científico, como Hegel, y no la excepción, como Carl Schmitt, opta por el pluralismo dialogal.

“What is Legal Pluralism?”, *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, núm. 24, 1986, p. 1; para una excelente reseña de los distintos planteamientos, Lars Vellechner, “Cosmopolitan Pluralism as an Approach to Law and Globalisation”, *TLT* 3 (2012), pp. 461 y ss.

¹⁶² Itzcovich, Giulio, “Legal Order, Legal Pluralism, Fundamental Principles. Europe and Its Law in Three Concepts”, *ELJ*, núm. 18, 2012, pp. 358 (370).

¹⁶³ Teubner, Gunther, “Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus”, *Rechtshistorisches Journal*, núm. 15, 1996, pp. 255 (261-2, 273); véase también Fischer-Lescano, Andreas y Teubner, Regimekollisionen, Gunther, *Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, 2006; Krisch, Nico, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, Oxford, 2010.

¹⁶⁴ Dyèvre, Arthur, *Game Theory and Judicial Behaviour* (11 de marzo de 2011), en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1783507.

¹⁶⁵ Sandulli, Aldo, “The European Court of Justice and the competitive dialogue between courts”, en Cananea, Giacinto della y Sandulli, Aldo (eds.), *Global Standards for Public Authorities*, 2012, pp. 165-176.

3. *Los principios de los principios*

Los principios mencionados pueden servir como marco para entender y desarrollar esta nueva constelación, tanto por lo que tienen en común como por lo que los distingue. Para avanzar en este marco bajo la óptica del pluralismo dialogal se necesitan las capacidades jurídicas esenciales de siempre; es decir, la abstracción, la especificación, la comparación, la analogía, el sentido de juicio y una clara visión de los fenómenos reales.¹⁶⁶ La fusión de los distintos discursos sobre los principios es igual de improbable que la fusión de los diversos ordenamientos jurídicos. Sin embargo, bajo la premisa del pluralismo dialogal, estrechar vínculos entre estos discursos es tan probable como lo es necesario. Para estrechar estos vínculos podría ser útil identificar la esencia común, de estos principios, a saber: la protección del núcleo esencial de los derechos humanos,¹⁶⁷ la estabilización de las expectativas normativas frente a los órganos que ejercen autoridad pública,¹⁶⁸ así como el vínculo de las instituciones que ejercen autoridad pública con los valores, intereses y convicciones de los afectados por sus actuaciones. Aquí vislumbra la inclusión ciudadana en el ejercicio de la autoridad pública.¹⁶⁹

¹⁶⁶ Ejemplos cautelosos en Besson, Samantha, “The Human Right to Democracy – A Moral Defence with a Legal Nuance”, paper prepared for the European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), 4 de mayo de 2010, CDL-UD(2010)003, en [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-UD\(2010\)003-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-UD(2010)003-e), así como en Ruiz Fabri, Hélène, “Principes généraux du droit communautaire et droit compare”, *Droits*, núm. 45, 2007, p. 127.

¹⁶⁷ Bernstorff, Jochen von, “Kerngehaltsschutz durch den UN-Menschenrechtsausschuss und den EGMR: vom Wert kategorialer Argumentationsformen”, *Der Staat*, núm. 50, 2011, p. 165.

¹⁶⁸ Habermas (*op. cit.*, nota 72), p. 516; Luhmann (*op. cit.*, nota 80), pp. 150-153.

¹⁶⁹ Habermas, Jürgen, *Zur Verfassung Europas. Ein Essay*, 2011, p. 54; véase también Sen, Amartya, *The Idea of Justice*, London, 2009, p. 117.

LIBERDADE DE IMPRENSA, UMA SALVAGUARDA DA CONSTITUIÇÃO

Paulo BONAVIDES

NOTA DO AUTOR

Um dos assuntos constitucionais mais relevantes da atualidade, pelas implicações pertinentes à conservação do Estado de Direito, designadamente em países da periferia, é, por sem dúvida, o que entende com a garantia e a manutenção da liberdade de imprensa, em sistemas presidenciais de governo, minados de crises e expostos a frequentes ameaças —ostensivas umas, ocultas e dissimuladas outras— de supressão dessa liberdade, historicamente tão dificultosa de conquistar e conservar, conforme perceberá o leitor.

Atravessa o Brasil contemporâneo um de seus momentos institucionais mais graves e delicados da nova fase republicana, inaugurada com a Carta Política de 1988, consoante certidão que nos passa o abalo provocado pelas manifestações populares de junho de 2013, nas principais metrópoles da nação.

Subjugar a crise e sustentar as vigas do regime, parece-nos unicamente possível, prevenindo as tragédias políticas do passado — ditaduras, golpes de Estado, atos institucionais, censura aos meios de comunicação, mutilação do corpo representativo nas duas casas do Congresso, decretos de recesso parlamentar, cassação de mandatos legislativos, ofensas de toda ordem à Constituição, eis o cortejo de ocorrências, que estão na memória das cinco repúblicas que o Brasil atravessou em mais de 120 anos de sua história constitucional, desde a queda do Império.

Com o longo exórdio dessa reflexão preliminar, afigura-se-nos de todo o ponto justificável e oportuno reproduzir trabalho de nossa lavra, estampado em Fortaleza, há cerca de 30 anos, precisamente em 15 de fevereiro de 1986, no jornal OPOVO.

Esse trabalho, que ora reproduzimos, pelas razões já expostas de sua pertinente oportunidade, o fazemos para render homenagem póstuma a Jorge Carpizo, em obra que lhe é dedicada - a ele que foi um dos mais in-

signes constitucionalistas de nosso tempo e de toda a América Latina. Seu trespasse, em março de 2013, enlutou as letras jurídicas do continente.

Vive o Brasil o chamado momento constituinte, em que todas as preocupações políticas fundamentais convergem para a solução do problema institucional. O País se vale dessa oportunidade histórica para intentar o estabelecimento de um sistema de Governo erguido sobre as sólidas bases da liberdade, da democracia e da juridicidade dos Poderes.

A Constituinte e a Constituição, indissociáveis como valores, trazem a um tempo a promessa redentora e a ameaça potencial de mais um equívoco irremediável. Como a hora é de esperanças e de eventual retificação de rumos, vamos abster-nos de comentários sobre o que, de imediato, nos aguarda nessa rota ainda balizada de incertezas, para lembrarmos tão somente a importância que tem a imprensa como instrumento de sustentação do futuro pacto constitucional; a imprensa, que abre ou desobstrui caminhos e que, dos meios de comunicação, é talvez o mais apto a formar opinião. Contribui sempre poderosamente para consolidar valores e aperfeiçoar representações básicas de cultura política em todas as sociedades onde atua livre e desembaraçada de obstáculos.

Tudo isso nos ocorre na data festiva em que o jornal O POVO principia o programa comemorativo de 60 anos de empenho e fidelidade à causa que o fez nascer: a defesa dos interesses populares. O transcurso desse acontecimento nos leva, por conseguinte, a um passeio de reflexões acerca do que tem sido o jornal como elemento civilizador e como órgão de expressão da vontade coletiva, sem a qual não há em nenhuma sociedade poder legítimo nem instituições genuinamente democráticas.

Em fins do século XVIII já a imprensa exercia um notável influxo no campo da divulgação das ideias e da formação da opinião pública. Entrava o periódico a concorrer também com o livro na preparação ideológica da sociedade. Os 900 jornais aparecidos na França, durante a Revolução de 1789, foram tão subversivos para a época quanto os textos de Montesquieu, Rousseau e Sieyès; em nada inferiores, por conseguinte, ao *Espírito das Leis*, ao *Contrato Social* e ao *Que é o terceiro Estado?*, alavancas revolucionárias de mudança que prepararam o advento de uma nova idade para as estruturas políticas e sociais do ocidente.

Mas o jornal sempre teve uma vantagem sobre o livro: a característica de sua atuação mais rápida, quase fulminante, superior ao livro na medida em que fazia pulsar com mais vigor e imediatismo as paixões aquecidas pelo brilho da palavra incendiária. Os grandes jornalistas do passado, senhoreando almas e corações, se comparam aos tribunos imortais. Tiveram na

porfia política dos três últimos séculos um lugar de equivalente destaque e importância.

Não nos move aqui o sentido de assinalar a valia literária dos periódicos e das gazetas, que também tem sido enorme, como está a demonstrar a Inglaterra de Swift, Addison, Pope e Steele, ou o Brasil de José de Alencar e Machado de Assis. Importa-nos sobretudo ilustrar o caráter político do jornalismo, que teve possivelmente sua idade de ouro, pelo menos na Europa e no Brasil, durante a derrubada do absolutismo real e a implantação da monarquia constitucional.

Benjamin Constant, jornalista, fazia Napoleão tremer de ódio. A imprensa de Paris, depois da Revolução, sentiu, porém, cair sobre seus prelos o braço da repressão, das leis autoritárias, da censura, visto que a contradição napoleônica, filha da Revolução, não podia conviver com a liberdade e o Direito, com a Constituição e com as franquias populares. Napoleão podia fazer um Código: promulgar Constituições nunca, outorgá-las sim, como tantas vezes o fez para cimentar, em vão, pela via plebiscitária, as redes oscilantes do arbítrio e do poder.

Em Portugal o século XIX é esplêndido. Reflete as lutas de opinião que a tribuna e a imprensa testemunharam entre liberais e ultramontanos; entre os adeptos de D. Pedro, o libertador, e de D. Miguel, o usurpador. Durante a guerra fratricida, os dois irmãos disputavam a mesma coroa, o mesmo trono, com uma diferença fundamental: o primeiro simbolizava o poder do povo, o poder da liberdade, o poder da burguesia, o poder revolucionário, o poder heróico da Ilha Terceira e do Batalhão Acadêmico do Porto; o segundo, ao contrário, representava o poder de Roma, de uma Cúria que nada aprendera com a Revolução, ou seja, o poder da Inquisição, que escandalizava a Nação portuguesa, intentando ainda sobreviver, como sobreviveu, durante cerca de duas décadas, às luzes do século XIX; era, enfim, a bandeira de todos os retrógrados, de quantos não percebiam o amanhecer de uma época política diferente, com o povo estreado, mediante a representação constitucional e parlamentar, as primeiras manifestações de sua vontade governante, base da nova legitimidade e da nova soberania.

Escritores e jornalistas da liberdade foram Garrett, Herculano, Castilho Antonio e José Estevão, entre outros. Este último, a chamada Águia do Marão, um gigante da tribuna e da eloquência parlamentar, bem distintos todos eles de um José Agostinho de Macedo, o foliculário da Reação e do altar, frade devasso que intentou manchar a glória de Camões e se mordida de inveja diante do talento e da superioridade de Bocage, o poeta do povão, só comparável neste século ao nosso Patativa do Assaré. De Macedo, porém

se vingou exemplarmente Bocage improvisando a “Pena de Talião”, sátira imortal que os séculos não apagarão.

A imprensa foi também força participante no processo de emancipação do domínio português durante as lutas da Independência e da consolidação do Primeiro Reinado. Em Londres, circulou o “Correio Braziliense”, a primeira gazeta nacional, desatada dos vínculos coloniais.

Igualmente expressiva nos primeiros momentos da nacionalidade veio a ser a função patriótica da “Sentinela da Praia Grande”, com o jornalismo político dos Andradas, significativamente em favor da legitimidade constituinte, contra a qual, numa demissão de seu idealismo liberal, se tornou truculento o primeiro Imperador.

A “Sentinela”, positivando a crítica independente, representou, em verdade, uma tomada de consciência em favor da livre circulação das ideias. José Bonifácio, a primeira vítima do poder pessoal que a dinastia de Bragança trasladara às nossas instituições, encarnou com aquele jornalismo a resistência legítima aos que buscavam oprimir a imprensa.

Não menos significativa a batalha de Frei Caneca no “Typhis Pernambucano”, contra o ato de força que foi a dissolução da Constituinte. O jornalista-sacerdote fuzilado no Recife pela reação imperial sustentou em cada página daquele diário os ideais republicanos e patrióticos da Confederação do Equador.

Evaristo da Veiga, com “A Aurora Fluminense”, se revelou outro gigante do Primeiro Reinado, contribuindo poderosamente com a pena e o talento para a Abdicação. Sem a imprensa, os governos da Regência não teriam por sua vez amparado a causa liberal contra as pressões reacionárias, vitoriosas enfim a partir da Lei de Interpretação do Ato Adicional.

Com a Maioridade e o Segundo Reinado, não arrefece o prestígio da imprensa nem a base de sustentação que ela oferece, fora dos prelos conservadores, aos ideais republicanos e aos princípios da monarquia constitucional federativa, tão energicamente propugnados por Joaquim Nabuco e Rui Barbosa.

O historiador político poderá fazer esta indagação inarredável: Teria sido possível o movimento da Abolição sem o concurso dos jornais, sem a pregação cívica e anti-escravagista dos editorialistas do Império?

Não é sem razão que a colaboração de Rui Barbosa no diário “A Imprensa” abrange vários tomos debaixo de um título que exprime tudo: “A Queda do Império”. Rui atuava no ânimo da tropa. Seus artigos circulavam nos quartéis. Foram eles, segundo confessaram os autores do golpe de Estado de 15 de novembro de 1889, que desfizeram as últimas resistências de

Deodoro à marcha militar do Campo de Santana, onde se decretou o fim do Império.

Se a República nasceu em grande parte da propaganda veiculada por jornalistas de escol, não poderia ela portanto ter sido um período de menos glória para o jornalismo brasileiro. O movimento civilista contra Hermes, bem como a Reação Republicana de Nilo Peçanha e os dois 5 de julho, e afinal a Revolução mesma de 30, jamais teriam sido possíveis sem o concurso do periodismo político.

A primeira cadeia nacional de jornais —os “Diários Associados”— teve sua expansão estimulada em 1937 por um episódio político de nossa história: a campanha de Armando Sales à Presidência da República. A candidatura paulista pôs em mão de Assis Chateaubriand os meios financeiros para aquisição de mais jornais, inclusive o nosso saudoso “Correio do Ceará”, de A. C. Mendes, comprado naquela época.

Se o artigo de fundo, ou o editorial, conforme se chama hoje, já não tem na imprensa da sociedade industrial ou pós-industrial a força política do passado —pelo menos em termos de proselitismo ideológico e de imediato influxo sobre a condução de uma política de governo— nem por isso é desprezível o poder com que orienta e forma opinião, ao lado dos demais meios de comunicação.

Há pouco mais de 40 anos, para demonstrar o que continua sendo em nossa vida republicana o prestígio do jornal na decisão de acontecimentos políticos culminantes, uma entrevista de José Américo de Almeida, concedida a Carlos Lacerda, deixou o “rei nu”, acabando numa única manhã com oito anos de estorvos à liberdade de imprensa. Não se disparou um só tiro para pôr abaixo aquele órgão temido e desprezado da Nação, o célebre DIP (Departamento de Imprensa e Propaganda), a criação mais repressiva do regime de exceção introduzido por Vargas no País.

Não podemos concluir essas ligeiras considerações históricas sobre a função libertadora da imprensa na política nacional sem aludirmos à Nova República e à derrota da candidatura de Maluf, verdadeiramente inconcebíveis não fora a adesão maciça e corajosa dos meios de comunicação ao movimento das diretas. O quarto poder —a imprensa, a televisão e o rádio— foi assim decisivo para fulminar vinte anos de vergonha nacional e resgatar a honra do País dilacerada com a trucidação das liberdades públicas.

LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA
DE DERECHOS HUMANOS, CASO ARTAVIA MURILLO
Y OTROS (FECUNDACIÓN *IN VITRO*) VS. COSTA RICA.
UN AVANCE EN EL PENSAMIENTO LAICO
EN LATINOAMÉRICA*

Ingrid BRENA**

SUMARIO: I. *La fecundación asistida, una opción a la infertilidad.* II. *Antecedentes del caso presentado ante la Corte.* III. *Proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* IV. *Trascendencia de la resolución de la Corte.* V. *Relevancia de la sentencia en el contexto de la laicidad.* VI. *Colofón.*

I. LA FECUNDACIÓN ASISTIDA, UNA OPCIÓN A LA INFERTILIDAD

Los índices de infertilidad se han incrementado en el mundo en forma alarmante durante los últimos años. Esta situación ha propiciado que un número cada vez mayor de parejas con problemas para procrear o llevar a cabo un embarazo decidan acudir a las técnicas de reproducción asistida, conocida por sus siglas TRA. América Latina no es ajena a esta tendencia, y en la mayoría de nuestros países se aplican actualmente técnicas diversas, entre las cuales se encuentra la fecundación *in vitro*. Este procedimiento se desarrolla en tres etapas: a) obtención de los gametos, tanto femeninos como masculinos, b) fecundación *in vitro*, o sea, la fusión de los gametos masculino y feme-

* Las referencias y fuentes utilizadas para este trabajo también fueron utilizadas para el artículo “La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Atravía Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica. Nuevas esperanzas a la libertad reproductiva en Latinoamérica”, publicado en septiembre de 2013 por la revista *Derecho y Genoma Humano. Law and the Human Genome*, publicada por la Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA, y universidades de Deusto y del País Vasco.

** Coordinadora del Núcleo de Estudios en Derecho y Salud en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Secretaria académica del Colegio de Bioética, A. C. y exmiembro del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional de Bioética.

nino — semen y óvulo — realizada en forma extracorpórea, generalmente en un laboratorio, con lo cual se genera un cigoto, y c) transferencia de cigoto al seno materno para su implantación¹ para el posterior desarrollo de un embarazo.

La moderna tecnología reproductiva no goza de total aceptación, y ha generado desde su implementación controversias sociales, políticas y jurídicas. Un ejemplo claro y magnificado de esta polémica son los acontecimientos ocurridos en Costa Rica, que suscitaron la intervención de diferentes órganos del sistema de protección de los derechos humanos del continente americano; primero de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y después de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II. ANTECEDENTES DEL CASO PRESENTADO ANTE LA CORTE

Por Decreto ejecutivo 24029-S, del 3 de febrero de 1995, Costa Rica reguló la fecundación *in vitro*, conocida con las siglas FIV. La ordenación era restrictiva desde origen, pues la técnica se aplicaba solo a parejas conyugales; prohibía la fertilización de más de seis óvulos por ciclo de tratamiento, y exigía que todos los óvulos fertilizados en un ciclo fueran transferidos a la cavidad uterina de la paciente. Estaba vedado desechar o eliminar embriones, pero tampoco podían preservarse para su transferencia a ciclos subsiguientes de la misma u otras pacientes. La interdicción se extendió a cualquier comercio con células germinales destinadas al tratamiento de pacientes de técnicas de reproducción asistida.

No obstante estas restricciones, dos meses después, el 7 de abril del mismo año, se presentó un recurso de inconstitucionalidad contra el decreto mencionado, bajo el argumento de que la fecundación *in vitro* y la transferencia de embriones regulada en el mismo violaban el derecho a la vida y a la dignidad del ser humano. Mientras el recurso se resolvía, la fecundación *in vitro* fue practicada en Costa Rica entre 1995 y 2000, lapso durante el cual nacieron quince niños.

Más tarde, el 15 de marzo de 2000, mediante sentencia 2000-02306, la Sala Constitucional de Costa Rica declaró inconstitucional los procedimientos de FIV. El Tribunal argumentó en su fallo² que las condiciones en

¹ Para conocer la cronología de la fecundación *in vitro*, consultar la voz “Embrión” de Lacadena Calero, Juan Ramón, en *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, t. I, a-h, Cátedra Interuniversitaria, Fundación BBVA – Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto – Universidad del País Vasco/EHU, Granda, 2001.

² Sentencia 2000-02306, del 15 de marzo de 2000, emitida por la Sala Constitucional de Costa Rica, expediente 95-001734-007-CO.

que se aplicaba esa técnica de reproducción asistida acarrearán una elevada pérdida de embriones, pérdida que no debía justificarse con el objetivo de ayudar a una pareja infértil a procrear un hijo. En su opinión, los embriones, cuya vida se procuraba primero y luego se frustraba, eran seres humanos, personas desde el momento de la concepción, y por tanto cualquier eliminación o destrucción —voluntaria, derivada de la impericia de quien ejecuta la técnica o de la inexactitud de ésta— violaba su derecho a la vida. La Sala concluyó que la técnica de FIV no era acorde con la protección constitucional a la vida y, por tanto, que el decreto cuestionado resultaba inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política de Costa Rica, y al 4o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Después de la sentencia, la fecundación *in vitro* quedó prohibida en Costa Rica, a pesar de que varias parejas estaban en lista de espera para ser sometidas al procedimiento. Algunas de esas parejas, inconformes con el fallo de la Sala Constitucional, presentaron una petición contra la República de Costa Rica el 19 de enero de 2001 ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En su escrito alegaron la responsabilidad legal del Estado por haberles negado el acceso al tratamiento citado, en contravención a diversos derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Diez años después, el 14 de julio de 2010, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó su informe 85/10. En ese documento determinó que al impedir el acceso a un tratamiento que hubiera permitido a las parejas superar su situación de desventaja respecto a la posibilidad de tener hijos biológicos,³ el Estado de Costa Rica era responsable por la violación de varios derechos consagrados en la Convención Americana. Concretamente, citó el derecho a la salud,⁴ el cual se ve afectado, puesto que la imposibilidad de lograr un embarazo puede generar trastornos psicológicos o sufrimiento psíquico, y ambos alejan a los sujetos del concepto de salud, entendido como un “estado de completo bienestar físico, mental y social,

³ Si se desea conocer a detalle la resolución de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos véase Brena, Ingrid, “La fecundación asistida. ¿Historia de un debate interminable? El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. XII, 2012, pp 25-46.

⁴ La infertilidad es considerada una enfermedad del sistema reproductivo, definida por “la imposibilidad de alcanzar un embarazo clínico luego de haber mantenido relaciones sexuales sin protección durante doce meses o más” (traducción no oficial), the International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and The World Health Organization (WHO) Revised, Glossary on ART Terminology, 2009, publicado por *Human Reproduction*, vol. 24, núm. 11, pp. 2683-2687, citada por el mismo Informe de la CIDH.

y no solo la ausencia de enfermedades o dolencias”.⁵ También se violó el derecho al goce de los beneficios del progreso científico, reconocido internacionalmente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁶ el derecho a formar una familia⁷ a través de la decisión de convertirse en padre o madre biológico; decisión que, por otra parte, corresponde a la esfera más íntima de la vida, de ejercicio exclusivo de cada persona y/o pareja. Para sostener este punto, la CIDH invocó jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha sostenido que la protección a la vida privada incluye el respeto a la decisión individual de convertirse en padre o madre.⁸

La Comisión consideró que más allá de la prohibición absoluta, existían formas menos restrictivas que permitían satisfacer el objetivo buscado por el Estado —proteger la vida— sin coartar los derechos de las parejas infértiles. Con base en estas consideraciones, concluyó que la sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica representó una interferencia arbitraria y una restricción incompatible con la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento.⁹

Estas conclusiones sustentaron las recomendaciones dirigidas a la República de Costa Rica tanto para levantar la prohibición a la fecundación *in vitro* en el país como para asegurar que la regulación de la práctica de la fertilización *in vitro* sea compatible con los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹⁰

⁵ Definición de la OMS.

⁶ El artículo 15 b) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones”.

⁷ Artículo 11.2 “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia”. Artículo 17.2 “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia”.

⁸ Corte Europea de Derechos Humanos, *Pretty v. The United Kingdom*, Aplicación 2346/02, 29 de abril 2002, párrafo 61. Citada en el Informe de la CIDH.

⁹ “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

¹⁰ El texto de la recomendación completa es 1. Levantar la prohibición de la fecundación *in vitro* en el país a través de los procedimientos legales correspondientes.

2.- Asegurar que la regulación que se otorgue a la práctica de la fecundación *in vitro* a partir del levantamiento de la prohibición sea compatible con las obligaciones estatales respecto a los derechos consagrados en los artículos 11.2, 17.2 y 24, según lo establecido a lo largo del presente informe. En particular que las personas

Tanto el Informe como las recomendaciones fueron notificados al Estado el 23 de julio de 2010,¹¹ pero las segundas no fueron atendidas dentro del plazo legal ni dentro de las prórrogas concedidas. En vista de esta actitud del Estado, la Comisión solicitó el 29 de julio de 2011 a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la declaración de responsabilidad del Estado, y el 18 de octubre de 2011 el caso fue sometido a la jurisdicción de la Corte.

III. PROCESO ANTE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Durante el proceso, la Corte llevó a cabo varias consultas, escuchó a los peritos presentados por las partes y recibió *amicus curiae*. Finalmente, optó, por una parte, resolver la controversia contra la República de Costa Rica, y, por la otra, interpretar el artículo 4.1 de la Convención Americana para la Protección de los Derechos Humanos, y el 28 de noviembre de 2012 emitió su sentencia en el caso “Atravía Murillo y otros (fecundación *in vitro*)”.¹²

En su fallo, la Corte ordenó a la República de Costa Rica tomar las medidas apropiadas para dejar sin efecto la prohibición decretada por su Sala Constitucional, y que las personas que así lo deseen puedan hacer uso de la fertilización *in vitro*. Al efecto, prescribió también que el Estado debía regular, a la brevedad, aquellos aspectos que considerara necesarios para la implementación de técnica y estableciera sistemas de control de calidad para las instituciones y profesionales que la desarrollen. Por último, condenó

y/o parejas que lo requieran y así lo deseen puedan acceder a las técnicas de fecundación in vitro de forma que dicho tratamiento contribuya efectivamente a su finalidad.

3. *Reparar íntegramente a las víctimas del presente caso tanto, en el aspecto material como moral, incluyendo medidas de satisfacción por los daños ocasionados.* La recomendación fue firmada el 14 de julio de 2010, pero hubo una disidencia en relación con el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tres miembros de la Comisión determinaron que no hay discriminación en la sentencia de la Sala Constitucional en virtud de que la misma prohíbe el acceso a los procedimientos *in vitro* por igual a todos los individuos y parejas del país.

¹¹ El artículo 51.1 de la Convención Americana prevé que la Comisión deberá remitir a la Corte el caso en un plazo no mayor de tres meses; sin embargo, el Reglamento de la Comisión prevé la posibilidad de que se otorguen prórrogas a los Estados, bajo ciertos requisitos previamente establecidos.

¹² El caso se relacionó con los efectos de la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, la cual implicó la prohibición de la aplicación de esa técnica reproductiva en Costa Rica y, en particular, generó que algunas personas interrumpieran el tratamiento médico que habían iniciado, y que otras se vieran obligadas a viajar a otros países a fin de tener acceso a una FIV.

al Estado al pago de indemnizaciones compensatorias por daño material e inmaterial a las víctimas.¹³

IV. TRASCENDENCIA DE LA RESOLUCIÓN DE LA CORTE

Si bien el fallo de la Corte Interamericana recayó sobre un caso concreto y estuvo dirigido a la República de Costa Rica, el significado de la sentencia se extiende hacia los demás Estados de la región. El valor de la sentencia estriba en sus argumentaciones y en sus fundamentos sobre derechos y conceptos relacionados con la reproducción asistida, que giran en torno al contenido de los derechos reproductivos, la interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana y la pérdida de embriones.

1. *Derechos reproductivos*

Todas las personas tienen derecho a reproducirse, y éste forma parte del derecho a tomar decisiones vitales y al derecho a organizarse familiarmente. A los poderes públicos corresponde únicamente abstenerse de imponer límites, interferir o controlar este tipo de decisiones, salvo en situaciones extremas. Sin embargo, a las preguntas sobre si éste es un derecho subjetivo; es decir, si puede exigirse el cumplimiento a la administración pública o más bien se trata de un derecho en sentido propio, como una expresión de la libertad personal configurada como libertad de procreación, contestaríamos que, en total acuerdo con la opinión de Yolanda Gómez,¹⁴ este derecho se configura como una facultad: la de decidir tener o no tener hijos y el espaciamiento temporal entre ellos.

Pero debemos también tomar en cuenta que los derechos a la reproducción, además de esa facultad, abarcan al mismo tiempo otros derechos relacionados con ellos, tales como a la intimidad personal y familiar, a fundar una familia y a la salud en su vertiente reproductiva. La sentencia de la Corte vincula y reconoce todos estos derechos con toda precisión.

¹³ No se incluyó el texto completo de la sentencia por cuestiones de espacio, y la referencia no es textual, sino resumida. La sentencia completa se obtiene en la página web de la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.

¹⁴ Gómez Sánchez, Yolanda, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons-Universidad Complutense de Madrid, 1944, p. 41. Sostiene que si bien no existe un derecho expreso a la reproducción, podemos deducir que tal facultad tiene su fundamento en el reconocimiento de la libertad como un valor superior dentro de cualquier orden jurídico y de la dignidad de la persona en el libre desarrollo de su personalidad.

Por otra parte, si bien la libertad a la procreación natural es casi absoluta para las parejas sin problemas de fertilidad, debemos tener presente que en la actualidad existe un gran porcentaje de la población mundial que padece problemas de fertilidad.¹⁵ La infertilidad, considerada como una afectación de la salud, no es un problema menor si tomamos en cuenta que las estimaciones más recientes mencionan un porcentaje de infertilidad de una de cada seis parejas a escala mundial y afecta por igual a hombres y mujeres.¹⁶

En los casos de personas con problemas de infertilidad, el derecho a la procreación adquiere matices diferentes. No se trata ya del reconocimiento de una libertad que pueda ejercerse de manera casi ilimitada, sino que el derecho a la procreación artificial, debido a la complejidad y a los riesgos asociados a las técnicas de reproducción asistida, así como a los intereses y derechos de los implicados en su aplicación, debe ser atendido por los Estados de manera distinta.¹⁷ Esta nueva manera tiene que ver más con el acceso a la tecnología de la reproducción y a una regulación adecuada.¹⁸

La autonomía subyace en el derecho a la procreación artificial, para que las personas libremente puedan decidir si quieren o no acceder a —y hasta escoger— alguna de las técnicas disponibles, de acuerdo con su especial situación de salud, pero también con sus propios valores, ideas y creencias. A diferencia del derecho a la procreación natural, las personas tienen el poder de exigir al Estado que no limite o suprima su derecho, no al menos sin una justificación racional, legítima y proporcional. En ese sentido, Yolanda Gómez expresa que los derechos reproductivos, lejos de ser absolutos, están sujetos a ciertos límites, los cuales tampoco pueden ser absolutos: ellos deben derivar del ejercicio de la propia libertad, de la libertad de los demás, del respeto al ejercicio de los derechos de los otros, así como de los propios. De-

¹⁵ Considerada esta por los organismos internacionales de salud como la incapacidad para lograr un embarazo después de tener relaciones sexuales sin protección por más de doce meses.

¹⁶ Entre las causas que la originan se encuentran el incremento en la esperanza de vida, cambios de estilo de vida o retraso en la formación de una familia, pero también la infertilidad ocasionada por infecciones del sistema reproductivo mal tratadas o abortos mal realizados.

¹⁷ Abellán García, Fernando, “Derechos reproductivos”, *Enciclopedia de bioderecho y bioética*, t. I, bajo la dirección de Carlos María Casabona, *cit.*, pp. 571 y ss.

¹⁸ Rodolfo Vázquez sostiene que hablar en nuestros días de un derecho a la libertad de procreación supone la colaboración coital como no coital, y en este segundo caso, a un acceso sin discriminación alguna a las nuevas formas de tecnología de reproducción. Vázquez, Rodolfo, “La cuestión del embrión y algunos de los problemas de la bioética”, en Pérez Tamayo, Ruy *et al.* (coord), en *La construcción de la bioética*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, textos de Bioética, vol. 1, p. 36.

bemos interpretar, agrega la misma autora, que se debe extender la libertad hasta donde sea posible, sin vulnerar otros valores y principios.¹⁹

Quiénes padezcan infertilidad, pero como parte de su proyecto de vida anhelan tener descendencia, deberán contar con la libertad necesaria para utilizar la técnica más adecuada para lograr la gestación deseada. Es deber del Estado proporcionar a sus ciudadanos toda la gama de servicios de salud reproductiva en los cuales se involucra el derecho de acceder a la tecnología médica a su alcance.

En reconocimiento de los derechos reproductivos, la sentencia de la Corte decidió proteger a las personas que en uso de su libertad de autodeterminación y de acuerdo con sus circunstancias de salud especiales y convicciones, habían decidido someterse a procedimientos de fertilización *in vitro*. Desde luego que las condiciones de infertilidad de las parejas que demandaron la intervención de la Corte no fueron creadas por el Estado de Costa Rica, pero su Sala Constitucional, al generar la interrupción del tratamiento médico, impidió que esas parejas tuvieran acceso a las técnicas de fertilización asistida disponibles en ese momento, y como resultado fueron privadas del ejercicio de su libertad reproductiva.

2. Interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana

Casi desde la aprobación de la Convención, los términos *persona*, *concepción*, y *en general* expresados en el texto del artículo 4.1 de la Convención Americana para la Protección de los Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho está protegido por la ley y en general a partir del momento de la concepción...” han sido utilizados en innumerables decisiones judiciales a todos los niveles, en exposiciones de motivos de leyes y en la doctrina. Cada persona, agrupación, tribunal o legislador les ha dado el sentido que más conviene a sus intereses, creando con ello una gran confusión e incertidumbre. Los radicales posicionamientos condujeron a la Corte Interamericana a considerar la pertinencia de hacer uso de su atribución de intérprete oficial de la Convención Americana para la Protección de Derechos Humanos.

A fin de realizar una buena labor interpretativa, los integrantes del Tribunal recibieron múltiples *amicus curae* provenientes de personas y grupos con diferentes posturas y formación, tanto conservadoras como liberales,²⁰

¹⁹ Gómez Sánchez, Yolanda, “El derecho a la reproducción humana”, *cit.*, p. 60.

²⁰ Entre los especialistas en derechos reproductivos en bioética mención de México al Colegio de Bioética, a varios especialistas de derechos humanos e instituciones de educación

y consultaron a los peritos ofrecidos por las partes. Como resultado de la revisión de antecedentes y de las opiniones y dictámenes recibidos, en sus argumentaciones ellos eligieron apegarse a las explicaciones científicas, entre las que destacan dos lecturas diferentes del término *concepción*. Una corriente entiende por *concepción* el momento de encuentro o fecundación del óvulo por el espermatozoide. Es a partir de ese instante cuando se crea una nueva célula, el cigoto, considerado por la misma corriente como un organismo humano que alberga ya las instrucciones necesarias para el desarrollo del embrión. Otra corriente, en cambio, entiende por *concepción* la implantación del óvulo fecundado en el útero, la cual faculta la conexión de la nueva célula con el sistema circulatorio materno. Es entonces cuando el cigoto accede a todas las hormonas y demás elementos necesarios para su desarrollo y tiene posibilidades de evolucionar hasta convertirse en un niño o niña. Sobre el tema, Jorge Carpizo tomó una posición clara en su libro *La interrupción del embarazo antes de las doce semanas*, y expresó: “Quienes proponen que el inicio de la vida humana corresponde al momento de la fecundación, desconocen y olvidan los conocimientos que en la actualidad ofrece la biología de la reproducción, la información genética y la inviabilidad del embrión antes de su implantación”.²¹

El momento de la concepción —por tanto, el del comienzo de una nueva vida humana— es en opinión del Tribunal una cuestión valorada desde diversas perspectivas: biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales en que no existe una definición consensuada sobre el punto. Es cierto, añade, que existen juicios que confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones, pero estas posiciones no pueden justificar la prevalencia de cierto tipo de literatura al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana. Esta interpretación implicaría, concluye, imponer un tipo de creencias específicas, propias de un grupo, a otras personas que no las comparten.

La Corte señaló que la expresión *ser humano* utilizada en la Declaración Universal de Derechos Humanos no fue introducida por sus redactores con el fin de incluir al no nacido, como tampoco fue esa la intención al incorporarla en otros documentos internacionales, entre ellos los trabajos preparatorios del artículo 6.1 y el mismo precepto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ninguno de estos documentos indican que

superior, como universidades de las más diversas tendencias, como la Panamericana de México y de grupos conservadores, como Vida y Familia.

²¹ Carpizo, Jorge, “La interrupción del embarazo antes de las 12 semanas”, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 6.

los Estados pretendieran tratar como persona al no nacido ni otorgarle el mismo nivel de protección que a las personas nacidas. Lo mismo puede expresarse respecto a los artículos 1o. y 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Sobre estas bases no puede establecerse, como lo señaló el gobierno de Costa Rica, que sean varios los instrumentos internacionales que protejan la vida prenatal.

En cuanto al último término, *en general*, la Corte concluyó que el motivo para su incorporación en el artículo 4.1 correspondió a un intento por balancear el posible conflicto entre el interés, de proteger la vida prenatal y el de reconocer los derechos de ciertas personas, en especial los de la madre, los cuales no deben ser ignorados, y menos anulados en aras de una protección absoluta del embrión.²²

3. *Controversia sobre la pérdida de embriones*

En 2000, la Sala Constitucional de Costa Rica argumentó en su sentencia, origen de la demanda, que la práctica de la FIV acarrea el desecho y pérdida de embriones, y que de ninguna manera era justificable generar la posibilidad de una nueva vida a costa de otra.

El tema del derecho a la vida de los embriones fue quizá uno de los más sensibles analizados durante el proceso; tal vez por eso la Corte fue minuciosa en su análisis y consulta. Para fundar su resolución tomó en cuenta varias pruebas y atendieron el dictamen varios peritos. Uno de ellos, Zeguers Hold Hochchild, manifestó que si bien es cierto que durante los procedimientos de FIV se pueden malograr embriones, “la información científica generada enseña que la muerte embrionaria que ocurre en los procedimientos de FIV no ocurre como resultado directo de la técnica, sino que ocurre como parte del proceso con que se expresa nuestra naturaleza”.²³ Por su parte, la perita Garza manifestó que “la mortalidad de los embriones es de alrededor de 30% en circunstancias naturales y para la FIV se estima que la pérdida embrionaria es de alrededor del 90%. Sin embargo, aclaró que “es difícil estimar la mortalidad exacta embrionaria en circunstancias naturales

²² Cabe comentar que en el mismo sentido, una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México declaró que del hecho de que la vida sea una condición necesaria de la existencia de otros derechos no se puede válidamente concluir que debe considerarse a la vida como más valiosa que cualquiera de esos otros derechos. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 28 de agosto de 2008, acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.

²³ Resumen escrito del peritaje rendido por Fernando Zegers-Hochschild en la audiencia pública ante la Corte (expediente de fondo, tomo VI, folio 2835). Citado en la sentencia.

ya que algunas pérdidas no se pueden detectar en embarazo temprano”.²⁴ Frente a este panorama, el Tribunal consideró que no le correspondía a la Corte analizar a profundidad cuál perito tenía la razón, ya que para ella fue suficiente constatar que la prueba obrante en el expediente era concordante en señalar que tanto en el embarazo natural como en el marco de la FIV existe pérdida de embriones.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte encontró desproporcionado pretender la protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la técnica FIV. A partir de esta postura, decidió compartir el concepto de Zeger-Hochschild, perito para quien es fundamental, desde una perspectiva biomédica, diferenciar el significado de “proteger el derecho a la vida” y el de “garantizar el derecho a la vida de estructuras celulares que se rigen por una matemática y una biología que trasciende cualquier regulación social o jurídica”. Bajo esta premisa nadie puede garantizar el desarrollo y nacimiento del óvulo fecundado natural o artificialmente; por lo tanto, corresponde a las instituciones responsables de las técnicas de reproducción asistida proveer las mejores condiciones con que cuente el conocimiento médico y científico para que los gametos y los embriones cumplan su potencialidad de llegar a ser persona.

V. RELEVANCIA DE LA SENTENCIA EN EL CONTEXTO DE LA LAICIDAD

Como mencionamos al principio de este estudio, las técnicas de procreación no natural —y en especial la FIV— han generado serias controversias desde su implantación. De manera esquemática podemos distinguir dos tendencias que reflejan las oposiciones: por un lado, la primacía de la protección de la vida de los embriones generados durante los procesos reproductivos artificiales y, por el otro, la primacía del libre acceso a las técnicas de reproducción asistida.

En el panorama latinoamericano, las posiciones sobre cuándo comienza la vida y, por tanto, a partir de qué momento es deber del Estado protegerla, están claramente definidas. La poderosa influencia religiosa de la Iglesia católica, que desde hace más de un siglo ha manifestado su oposición y rechazo a la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida,²⁵

²⁴ Declaración ante fedatario público de la perita Garza. Citada en la sentencia.

²⁵ Efectivamente, ya en 1897 mediante decreto del Santo Oficio, el Vaticano condenaba la inseminación artificial, condena que fuera ratificada por los papas León XII y Pío XII.

se ha hecho presente en la región. Su ascendiente se ha incrementado significativamente a partir de la IV Conferencia General del Episcopado Latinoamericano, celebrada en octubre de 1992. De esta reunión resultó un documento con el cual el entonces papa Juan Pablo II sentó las bases de una ideología y una estrategia muy conservadoras dirigidas concretamente a los gobiernos y a los partidos políticos ideológicamente afines a la Iglesia. La función de unos y otros ha sido desde entonces la de impulsar iniciativas de leyes acordes con los principios de la fe católica y detener, por el contrario, las que le son adversas.²⁶ Estas posiciones gozan de una presencia política muy fuerte, como Jorge Carpizo expresó: “no existe duda alguna de que una de las regiones más atrasadas, si no la que más en el reconocimiento de los derechos reproductivos de la mujer es América Latina, debido entre otros factores a una fuerte influencia de la Iglesia católica”.²⁷

Costa Rica ha sido un ejemplo de la observancia de esas políticas conservadoras: primero, a través de la sentencia de la Sala Constitucional, que prohibía la fecundación *in vitro* en aras de la protección de la vida de los embriones —convirtiendo con ello a Costa Rica en el único Estado del continente que llegaba a tal extremo— y posteriormente, con la falta de cumplimiento de las recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, a pesar de que el Ejecutivo enviara al Congreso el Proyecto de Ley de FIV 17900.²⁸

Por otro lado, desde una perspectiva liberal, la tolerancia y la aceptación de métodos alternativos de procreación han permitido hablar en nuestros días de un derecho a la libertad de procreación, el cual incluye el dere-

Citado por Mendoza, Héctor A., *La reproducción humana asistida Un análisis desde la perspectiva biojurídica*, México, Fontamara-Universidad Autónoma de Nuevo León, 2011.

²⁶ Miyares, Alicia, “Derechos sexuales y reproductivos en América Latina”, *Pensamiento Iberoamericano Feminismo, Género e Igualdad*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Fundación Carolina, 2a. época, núm. 9, septiembre de 2011.

²⁷ Carpizo, Jorge, “La interrupción del embarazo antes de las 12 semanas”, *cit.*, p. 14.

²⁸ “Costa Rica rechaza la ley de fecundación *in vitro*”, *aciprensa.com*. “Los obispos de Costa Rica expresaron su rechazo a la norma (el proyecto de ley). En octubre de 2010, el presidente de la Conferencia Episcopal y del Arzobispado de San José, monseñor Barrantes Ureña, solicitó al gobierno no aprobar la Ley de Fertilización *in vitro* por ser una técnica que para lograr su fin elimina en el camino varias vidas humanas” ACI, *prensa.com/noticias/CostaRica/15/junio/2011*, consultado el 15 de abril de 2012. Otro artículo: “La Costa Rica católica se atasca con la fertilización *in vitro*” de Álvaro Murillo, San José. En torno a la falta de acuerdo en el Congreso para aprobar la citada iniciativa de ley. “El Gobierno tiró la toalla. En el Congreso hay mas opiniones que diputados, los científicos toman partido y las iglesias mantienen encendidos cirios y las hogueras... Faltó tiempo, faltó voluntad o la Iglesia es tan fuerte como se sospecha”. *El País*, 13 de julio de 2011.

cho de acceso indiscriminado a alguna de las nuevas formas de tecnología de reproducción.²⁹ Además, la libertad reproductiva se ha convertido en una de las banderas de los grupos feministas, que consideran a la reproducción no como un hecho que acontece a la mujer, sino como una decisión propia. Esta tendencia ha penetrado casi todos los países de la región, tanto en aquellos cuyos gobiernos con preferencias liberales como en los de tendencias conservadoras. Cada Estado, de manera más abierta o más restringida, permite la realización de varias técnicas de reproducción, incluida la fecundación *in vitro*.

Sin embargo, resulta preocupante que a pesar de que las técnicas de reproducción asistida —incluida la FIV— se practiquen regularmente, no existan leyes sistemáticas que las disciplinen. Varios gobiernos han iniciado procesos para legislar sobre reproducción asistida, sin que estos hayan podido concretarse debido a las radicales posturas asumidas por los grupos liberales y conservadores.³⁰ El caso de Costa Rica no es único; en Argentina se han elaborado más de veinte proyectos de ley. Lamentablemente, hasta el momento ninguno de ellos ha logrado ser aprobado.³¹ En México, cada partido político ha presentado sin resultado alguno una o varias iniciativas ante el Congreso de la República y ante la Cámara de Diputados.³²

A pesar de que las técnicas se practican sin ninguna o insuficiente regulación y al margen de la valoración y del control moral, con el incremento de los riesgos implicados, las posiciones encontradas han cancelado la posi-

²⁹ Vázquez, Rodolfo, “La cuestión del embrión y algunos de los problemas de la bioética”, en Pérez Tamayo, Ruy *et al.* (coords.), *La construcción de la bioética*, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, vol. 1, p. 36.

³⁰ En opinión del distinguido médico y filósofo francés Claude Sureau, la dualidad de las actitudes frente a ese ser son profundamente ambiguas, y hasta podrían catalogarse de “esquizofrénicas”, por las oposiciones conceptuales tan radicales que se manifiestan en su entorno, Sureau, Claude, “Létre Prenatal, Illusion Biologique, Réalite Humaine o Enjeu Politique”, *Science, Étique et Droit*, bajo la dirección de Nicole M. Le Douriahn Catherine Puigelier, Odile, Jacob, Francia, pp. 202-217.

³¹ Sin embargo, parece que se suscitan cambios. En la provincia de Buenos Aires, el 3 de diciembre de 2010 se sancionó una ley que define la infertilidad como enfermedad, y a partir de esa apreciación se considera la cobertura por parte del Estado de las técnicas de fertilización asistida y la creación de centros estatales que las realicen. Datos obtenidos de la publicación *Fecundación in vitro en Costa Rica y en la Argentina*, de Carlos Valerio *et al.*, texto en línea, Abeledo Perrot, *lexis nexis.com.ar/Noticias*, <http://www.lexisnexis.com.ar/Noticias/MostrarNoticia>, Argentina, 23 de febrero 2011, http://www.lexisnexis.com.ar/Noticias/MostrarNoticia_cod=8161&tipo2. Consultada el 27 de mayo de 2011.

³² En la actual legislatura se pretende impulsar un proyecto de reforma a la Ley General de Salud, elaborado por el Partido Acción Nacional.

bilidad de avance.³³ Por eso, la sentencia de noviembre de 2012 significa un adelanto en la construcción del pensamiento liberal en torno a los derechos reproductivos en Latinoamérica. El Tribunal escuchó y atendió tanto a representantes de corrientes liberales como a conservadoras y religiosas, para finalmente decidir fundar su sentencia en criterios científicos, despojados de cualquier ideología o religión que afectara el ámbito de toma de decisiones sobre reproducción.

Se espera que la República de Costa Rica cumpla con la sentencia, regule la implementación de la FIV y establezca los sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones y profesionales calificados que desarrollen las técnicas de reproducción asistida. La nueva legislación deberá, desde luego, respetar los derechos humanos asociados a los derechos reproductivos y la interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana. Expresamos nuestro deseo de que los demás Estados de la región también apuren sus legislaciones sobre las mismas bases, y sobre todo que no desatiendan el espíritu democrático y laico que permea la sentencia. Recordemos cómo Jorge Carpizo defendió en tantos foros el laicismo como sinónimo de democracia. El laicismo es contrario al fanatismo, al dogmatismo y al pensamiento único; democracia es el derecho a disentir a pensar distinto.³⁴

Estamos de acuerdo en que las técnicas de reproducción asistida sean sometidas a ciertas limitantes derivadas del reconocimiento de otros derechos, tanto de los mismos involucrados como de terceros y a ciertos principios, como la indicación médica y la proporcionalidad de los medios que se empleen. Sin embargo, existe una gran diferencia entre establecer limitantes cuando estas se encuentran justificadas y no sean excesivas, a imponer una tajante prohibición o no legislar.

Los derechos reproductivos suponen el libre albedrío, para cuyo ejercicio se requiere de un Estado laico que no admita imposiciones ni trabas religiosas a la decisión de cada persona y que además cree las condiciones adecuadas para que las personas puedan ejercer esa libertad.

VI. COLOFÓN

Por último, resulta necesario insistir en que no solo las legislaciones, sino también cualquier toma de decisiones —tanto administrativas como

³³ González, Juliana, “Embrión humano y dignidad humana”, en Brena, Ingrid (coord.), *Células troncales, aspectos científicos, filosóficos y jurídicos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 61.

³⁴ Carpizo, Jorge, “La interrupción del embarazo antes de las 12 semanas”, *cit.*, pp. 41 y ss.

judiciales— deben fundamentarse en información científica que permita la construcción de una convivencia respetuosa dirigida hacia un objetivo primordial: el respeto a los derechos humanos involucrados con los derechos reproductivos. Los valores de cualquier religión pertenecen al ámbito privado de las personas. A los Estados les corresponde proteger la libertad reproductiva para que las personas puedan decidir si quieren o no tener hijos y cuándo tenerlos, y en el caso de las personas con problemas de fertilidad, para tener acceso a las nuevas tecnologías a su alcance.

Costa Rica, como Estado parte de la Convención Americana, está obligado a cumplir la sentencia de la Corte.³⁵ Los demás Estados partes de la Convención decidirán, de acuerdo con sus derechos internos, el grado de obligatoriedad de la sentencia. Pero en todo caso, este fallo deberá ser valorado como un gran paso hacia el avance del pensamiento democrático y laico. Representa una visión al margen de las creencias y religiones, que no solo beneficiará a las personas o parejas con problemas de fertilidad, sino que las interpretaciones sobre los términos *persona y concepción* darán luz a otros debates, como la práctica del diagnóstico preimplantatorio o la empantanada discusión en Latinoamérica sobre la posible utilización de células troncales embrionarias con fines de investigación. La autoridad de las argumentaciones vertidas en la sentencia, así como en la interpretación oficial del artículo 4.1 de la Convención Americana, han dejado un precedente que difícilmente podrá ser desconocido para quienes intenten aplicar este precepto y regular las diversas técnicas de reproducción asistida en Latinoamérica.

³⁵ El artículo 68.1 de la Convención Americana expresa: “Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean parte”.

INTERPRETACIÓN CONFORME Y BLOQUE
CONSTITUCIONAL DE DERECHOS HUMANOS.
NUEVAS APROXIMACIONES SOBRE EL ALCANCE
DEL ARTÍCULO 1o., PÁRRAFO SEGUNDO,
DE LA CONSTITUCIÓN

José Luis CABALLERO OCHOA*

A la memoria de Jorge Carpizo Mac-Gregor,
defensor de los derechos humanos.

SUMARIO: I. *Proemio*. II. *Las aproximaciones constitucionales sobre la interpretación conforme con relación a la Constitución y a los tratados internacionales*. III. *El bloque integrado de derechos a partir del ejercicio de la interpretación conforme*. IV. *Conclusiones*.

I. PROEMIO

Quiero iniciar agradeciendo al comité organizador de la obra colectiva, doctores Héctor Fix-Zamudio, Diego Valadés, Héctor Fix-Fierro, Miguel Carbonell y al licenciado Luis Raúl González Pérez, por haberme invitado a participar en este libro-homenaje, que hace presente a través del recuerdo y la palabra a Jorge Carpizo; a sus aportaciones en los más diversos temas que conciernen a la sociedad mexicana de nuestros días, particularmente desde el derecho constitucional, disciplina a la que dedicó su ejercicio profesional y académico. Los derechos humanos constituyen uno de los aspectos que le despertaban mayor interés y pasión, y en el que empeñó buena parte de su vida, no solo mediante una presencia pública destacada en los ámbitos de su promoción y defensa, sino también mediante la generación de doctrina

* Académico-investigador en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, ciudad de México. Agradezco la generosa colaboración de la licenciada Julieta Becerril Romero en la elaboración de este artículo.

jurídica relativa a la temática, ante la idea de que las normas sobre derechos humanos debían ser aplicadas en toda su amplitud por parte de los operadores jurídicos nacionales.

El tema que me permito desarrollar estuvo presente de alguna manera en los últimos trabajos del doctor Carpizo, en los que incluso expresó sus puntos de vista ante la trascendental reforma constitucional de derechos humanos publicada el 10 de junio de 2011, lamentablemente solo unos meses antes de su partida.¹

Algunas de las reflexiones expuestas en esos trabajos se encuentran relacionadas con los siguientes aspectos, que revisten una enorme importancia a partir de los contenidos presentes en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, CPEUM o la Constitución), así como la interpretación que ha emitido en fechas recientes la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN o Suprema Corte):

- Las normas de derechos humanos contenidas en tratados internacionales establecen una incidencia en el ámbito constitucional desde la ratificación de los instrumentos, y su incorporación como norma interna en atención al artículo 133 de la CPEUM.² La reforma de derechos humanos “explícito” lo que la Constitución ya incorporaba.³
- Los tratados internacionales sobre derechos humanos integran con la Constitución un catálogo o bloque normativo sobre derechos humanos.⁴
- La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH o Corte Interamericana) incide en el contenido normativo integrado sobre los derechos humanos, y es obligatoria en todos los casos, y no únicamente en aquellos en los

¹ Me refiero específicamente a un capítulo de libro y dos artículos: “¿Es acertada la probable transferencia de la función de investigación de la Suprema Corte a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos?”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011; “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 25, julio-diciembre de 2011; “La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

² “¿Es acertada la probable transferencia de la función de investigación de la Suprema Corte a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos?”, *cit.*, p. 316.

³ “La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos”, *cit.*, p. 818.

⁴ *Ibidem*, p. 817.

que el Estado mexicano haya sido destinatario de una sentencia condenatoria.⁵

Él expresó esta observación cuando ya la SCJN en el expediente Varios 912/2010, 14 de julio de 2011,⁶ mediante el que se precisaron las obligaciones puntuales para el Poder Judicial en relación con el *caso Radilla Pacheco vs. México*,⁷ determinó que la jurisprudencia de la Corte IDH sería considerada únicamente como un conjunto de criterios orientadores en los casos en que México no fuera el Estado parte en el litigio. Por fortuna, en últimas fechas, al resolver la contradicción de tesis 293/2011-PL,⁸ la Suprema Corte modificó su criterio al reconocer la obligatoriedad de la jurisprudencia interamericana en su totalidad,⁹ en la medida en que favorezca la protección más amplia.

Sirva pues, este trabajo, de reconocimiento a una trayectoria que mucho aportó y enriqueció a la vida nacional; siempre respaldada en un testimonio de vida personal, académica y de servicio público coherente.

II. LAS APROXIMACIONES CONSTITUCIONALES SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONFORME CON RELACIÓN A LA CONSTITUCIÓN Y A LOS TRATADOS INTERNACIONALES

1. El modelo constitucional mexicano ha optado por un sistema de interpretación en relación con las normas de derechos humanos, para su ejercicio, aplicación y resolución de tensiones y antinomias, previsto en el artículo 1o., párrafo segundo, de la CPEUM, y que establece la interpretación conforme de las normas relativas a derechos, teniendo como referentes a la propia Constitución y a los tratados internacionales de la materia.¹⁰

⁵ “De esta forma, el derecho internacional de los derechos humanos es una de las fuentes del derecho constitucional mexicano, en cuanto amplía los derechos humanos reconocidos en nuestro orden jurídico interno, y en cuanto la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales —la Corte IDH— nos es obligatoria...”. *Ibidem*, p. 816.

⁶ Se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* del 4 de octubre de 2011 (sección segunda), pp. 1-65, en http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5212527&fecha=04/10/2011.

⁷ Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209.

⁸ Contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

⁹ En una votación dividida de seis ministros contra cinco.

¹⁰ El texto de esa disposición establece: “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

Ya no se trata únicamente de observar las previsiones relativas a la celebración y aprobación de los tratados internacionales (artículos 76, fracción I, y 89, fracción X, de la CPEUM); o de la regla para su incorporación y habilitación al sistema normativo mexicano (artículo 133 de la CPEUM), que es la implicación correcta sobre el principio de supremacía constitucional ante los tratados internacionales, como fuente de su aplicación —no de su producción normativa—. ¹¹ Es, ante todo, un tema concerniente a la naturaleza de los derechos humanos, que expanden su contenido mediante una interpretación conforme, como lo advierte la primera de las disposiciones, que complementa a las demás en un sentido de progresividad. El artículo 1o. provocó una transformación en el sistema normativo, frente al que debe leerse ahora el artículo 133, al modificar una predeterminación vertical de los órdenes normativos, que impacta también el sistema de competencias en nuestro país.

2. A partir de la habilitación de los tratados internacionales como parte del sistema nacional, el artículo 1o. se encarga de situarlos en el ámbito normativo de la Constitución, mediante la conformación de un solo catálogo de derechos humanos, con independencia de su ubicación en el sistema de fuentes del derecho.

Así, el parámetro de validez formal de los tratados sobre derechos humanos se encuentra precisamente en la conformidad con el procedimiento de habilitación en el sistema legal interno, y el material, en relación con el despliegue de su propio contenido normativo, en atención al principio pro persona, como ya lo hicieron notar algunos expertos y expertas, a través de distintas colaboraciones en espacios electrónicos y *blogs*, al seguir la discusión de la SCJN durante los últimos días de agosto y primeros de septiembre de 2013; precisamente sobre el reconocimiento de un único conjunto normativo de derechos presentes en la Constitución y en los tratados internacionales —el llamado “bloque de constitucionalidad”—. ¹²

¹¹ Al respecto: Caballero Ochoa, José Luis, “Algunas implicaciones del nuevo sistema de interpretación sobre derechos humanos”, *Defensor. Revista de Derechos Humanos*, México, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, núm. 6, junio de 2013.

¹² Así, por ejemplo, en *Animal Político*: Geraldina González de la Vega, “Claves para entender la discusión en la SCJN. Bloque de constitucionalidad y jerarquía de fuentes”, en su blog “37 grados”, <http://www.animalpolitico.com/blogueros-treinta-y-siete-grados/2013/08/28/claves-para-entender-la-discusion-en-la-scn-bloque-de-constitucionalidad-y-jerarquia-de-fuentes/#axzz2fGaI9gd>. Ramos Duarte, Rebeca, “SCJN y derechos humanos” en el Blog “Punto G(ire)”, <http://www.animalpolitico.com/blogueros-punto-gire/2013/09/02/scjn-y-derechos-humanos/#axzz2fGona04P>.

En *Nexos*: Pedro Salazar Ugarte, “Jerarquía entre derechos constitucionales e internacionales”, blog “El juego de la Suprema Corte”, <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3021>.

3. La base de implementación de un único catálogo de derechos no es jerárquica, sino que corresponde a un doble propósito de los tratados internacionales en la materia, en atención a la naturaleza jurídica de este material normativo, y ante el ejercicio de la interpretación conforme:

- Situarse en el ámbito constitucional de las normas sobre derechos humanos, en cuanto se consideran también como estándares de mínimos.
- Establecer un marco de integración normativa, dialogante con el derecho interno, a partir de la cláusula de interpretación conforme. Es, en realidad, como ha precisado Argelia Queralt, una interpretación autointegrativa, no heterónoma, entre las normas sobre derechos humanos¹³ procedentes de fuentes distintas.

Un modelo interpretativo que tiene su anclaje en el reconocimiento de que las normas sobre derechos humanos, en ese carácter de mínimos, son remitidas para efecto de su ampliación a otros ordenamientos, teniendo como referentes para este ejercicio a la CPEUM y a los tratados, y cuyo propósito primordial es la integración, al establecer el contenido constitucional/convencional de los derechos.¹⁴

4. La cláusula de interpretación conforme es una “norma puente”, de habilitación interpretativa; de conexión entre los elementos de derechos humanos provenientes de fuentes distinta. Tiene así una dimensión funcional en el ordenamiento, sobre la que tienen que establecerse con mayor claridad dos grandes aspectos.

1. *Su virtualidad y alcance*

Se trata de situar su cometido en el ordenamiento, lo que es de la mayor importancia. Una gran definición sobre su aplicación por parte de todos los operadores jurídicos nacionales ya se estableció en el expediente

Paulina Barrera, “Decisiones de la ¿Suprema? Corte de Justicia”, blog “El juego de la Suprema Corte”, <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3106>. Vladimir Chorny, “¿Contrarreforma en sede judicial?”, blog “El juego de la Suprema Corte”, <http://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/?p=3071>.

¹³ *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal constitucional*, prólogo de Enoch Alberti, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, p. 201.

¹⁴ Se puede ver esta definición en mi trabajo *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, prólogo del ministro Juan Silva Meza, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, p. 235.

Varios 912/2010, considerando tres modalidades al efectuar el ejercicio interpretativo:

- a) En un sentido amplio, que corresponde a todos los operadores jurídicos nacionales;
- b) En un sentido estricto, en una operación que corresponde específicamente a los jueces nacionales, a efecto de atender a la interpretación más protectora en caso de tener varias alternativas hermenéuticas. Se trata de privilegiar el principio pro persona, que va aparejado a la interpretación conforme.
- c) La alternativa de la inaplicación de normas procede en caso de no ser posible alcanzar la compatibilidad constitucional/convencional del precepto normativo interpretado, y al haber agotado las distintas modalidades interpretativas que hubiera de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales.¹⁵

En los últimos dos años la discusión se ha conducido a entender si los referentes para el ejercicio interpretativo conforman un solo catálogo de derechos, que definirían el contenido constitucional de los mismos, o si prevalece la Constitución. Este debate ha tenido un importante punto de inflexión al resolver dos contradicciones de tesis en fechas recientes:¹⁶

¹⁵ El texto de la resolución es el siguiente:

“A) Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

B) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

C) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte” (párrafo 33).

¹⁶ Si bien es cierto la primera discusión, sin resultados ante la división que causaron los proyectos, incluso del ministro ponente con respecto a su propio proyecto en el caso de la 21/2011 – PL, tuvo lugar los días 12 y 13 de marzo de 2012. Es decir, el tema ha causado tanta división al interior de la Suprema Corte, que hubo de pasar casi un año y medio para que se presentaran de nueva cuenta, y llegar a un resultado de consenso en algunos aspectos, pero a costa de una compleja negociación interna.

- Contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, a cargo del ministro Arturo Záldivar Lelo de Larrea, los días 26, 27 y 29 de agosto, y 2 y 3 de septiembre de 2013.
- Contradicción de tesis 21/2011 – PL entre las sustentadas por la Primera y la Segunda Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo proyecto corrió a cargo del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena (originalmente se encontraba en la ponencia del ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano), y cuya discusión y aprobación tuvo lugar los días 5 y 9 de septiembre de 2013.¹⁷

En realidad, los dos ejes de argumentación general ante estos temas se dividen entre quienes proponen sujetar la conformación del conjunto normativo y los efectos del ejercicio interpretativo a la perspectiva jerárquica de las fuentes prevista en el artículo 133 de la CPEUM y sobre todo a la particular interpretación que la SCJN ha establecido sobre este precepto (modelo de las fuentes del derecho); incluso estableciendo la sujeción de los tratados a la producción normativa de la Constitución, lo que es insostenible.¹⁸

¹⁷ Las sesiones públicas en su versión taquigráfica pueden encontrarse en:

La del 26 de agosto en http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/26082013PO.pdf.

La del 27 de agosto en http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/27082013PO.pdf.

La del 29 de agosto en http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/29082013PO.pdf.

La del 2 de septiembre en http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/02092013PO.pdf.

La del 3 de septiembre en http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/03092013PO.pdf.

La del 5 de septiembre en http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/05092013PO.pdf.

La del 9 de septiembre en http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/09092013PO.pdf.

¹⁸ Algunas de las frases que se emitieron en las sesiones públicas son muy ilustrativas de esta idea.

Por ejemplo, en la discusión del 27 de agosto, el ministro Luis María Aguilar Morales afirmó: “Asimismo, la Constitución es la Norma Suprema que se alza, incluso como referente, como paradigma fundamental al que deben someterse todas las otras normas; la Constitución no puede sino estar como referente único e insuperable de toda legitimidad y legalidad en el país, a riesgo, incluso de perder su cualidad de norma de referencia fundante y origen de creación institucional, que a ella debe ajustarse y someterse toda otra norma que se genere dentro de su ámbito general de aplicación, *pues de la Constitución deriva todo el marco normativo, incluso, desde*

O bien, la que considera que a partir del artículo 1o. de la Constitución se ha modificado el sistema normativo, albergando un modelo interpretativo a partir de las fuentes, pero que tiene su propia dinámica en el reconocimiento de la aplicación de los derechos humanos, a partir de remisiones más protectoras por vía hermenéutica (modelo interpretativo).¹⁹

2. *Su empleo cotidiano, tanto en la integración del contenido de los derechos como para atender las tensiones o conflictos que se presentan ante su ejercicio*

Este es el sentido de aplicación del artículo 1o., párrafo segundo. Definir la ruta de su empleo en cuanto norma puente de integración entre derechos. En realidad, la SCJN en este punto ha establecido el contenido de un bloque de constitucionalidad en los casos que va resolviendo, aunque haya sido reticente a reconocer su definición y estimar sus consecuencias, a partir de lo que claramente ya se establece en los dos primeros párrafos del artículo 1o. de la CPEUM. Por ejemplo, en la Acción de inconstitucionalidad 155/2007, mediante la aplicación de la interpretación conforme, dotó de contenido al artículo 5o. de la CPEUM, relativo a la libertad de trabajo, en relación con los tratados que prohíben la realización de trabajos impuestos como pena en sede administrativa y no jurisdiccional, como se puede apreciar en el párrafo siguiente.

De la aplicación de este estándar como parámetro de control se concluye que debe declararse la invalidez de los artículos impugnados por resultar contrarios a la interpretación más favorable que se desprende de los artículos

luego, como lo decía la Ministra Luna Ramos, los tratados internacionales, incluyendo los de derechos humanos, y por ello la Constitución no puede en ningún caso perder su preeminencia sobre cualquier otra norma (cursivas nuestras), cit., pp. 47 y 48.

¹⁹ En la sesión del 26 de agosto, al exponer su proyecto, el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea señaló: “La reforma constitucional de junio de dos mil once al artículo 1o. constitucional, viene a constitucionalizar los derechos humanos de fuente internacional, y si esto es así tenemos un catálogo de derechos, una masa de derechos, una red de derechos que debe relacionarse entre sí, en términos de armonización y de coordinación a través de la interpretación conforme y el principio pro persona a que alude el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional, y no puede referirse o relacionarse en términos de jerarquía, porque el artículo 1o. constitucional deriva de la intención del Poder Revisión de la Constitución, de poner a la persona en el centro de toda la ingeniería constitucional, reconociendo, derivado de la dignidad de la persona humana un catálogo de derechos humanos, y estos derechos humanos deben tener la misma validez y relacionarse en estos términos, porque de otra manera sería sostener que hay derechos humanos de primera y derechos humanos de segunda. Que hay derechos humanos para una dignidad de primera y otros derechos humanos para una dignidad de segunda”. *Cit.*, nota 17, p. 28.

1o., párrafo segundo en relación con el 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, interpretado conforme a los artículos 8 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 2o. del Convenio 29 de la Organización Internacional del Trabajo y 6 de la Convención Americana.²⁰

La CPEUM y los tres tratados que fueron aplicados constituyen un solo bloque normativo que evidencia el contenido constitucional/convencional del precepto.

III. EL BLOQUE INTEGRADO DE DERECHOS A PARTIR DEL EJERCICIO DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME

5. Uno de los propósitos principales de aplicar la interpretación conforme es, pues, construir el contenido esencial de los derechos y el bloque de constitucionalidad, a partir de la relación del binomio inescindible de los referentes Constitución y tratados internacionales, al establecerse una conjunción copulativa: “de conformidad con esta Constitución y los tratados internacionales en la materia...”²¹

Me parece que este ejercicio, derivado del modelo *sui generis* adoptado por la CPEUM, tiene tres implicaciones, que no se observan en los diseños adoptados en el derecho comparado, porque estos han adoptado la remisión interpretativa de los derechos fundamentales a los tratados internacionales.²² Así, bajo la cobertura del artículo 1o., párrafo segundo, encontramos las siguientes modalidades de interpretación conforme:

- A) De todas las normas relativas a los derechos humanos contenidas en la legislación, hacia los referentes *Constitución y los tratados internacionales*.
- B) De las normas sobre derechos humanos contenidas en los tratados internacionales hacia la *Constitución y los tratados internacionales*.

Una posibilidad interpretativa respaldada en los criterios contenidos en los propios instrumentos. Por ejemplo, el artículo 29 de la CADH, al establecer:

²⁰ Considerando quinto. Estudio de fondo... Análisis de la vinculación a la libertad de trabajo (artículos 5o. y 21 constitucionales), p. 35.

²¹ Como lo ha hecho notar Eduardo Ferrer, en “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 365.

²² Así, por ejemplo, el artículo 10.2 de la Constitución de España; el artículo 93 de la Constitución de Colombia; La 4a. disposición final y transitoria de la Constitución de Perú; el artículo 13, fracción IV de la Constitución de Bolivia, entre otros.

Normas de interpretación. 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 puede estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;...

O bien, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, que señala en su artículo 5.2:

No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.

C) De las normas sobre derechos humanos contenidas en la Constitución, hacia otras normas de la *Constitución y los tratados internacionales*.

Esta última remisión es la que refleja la construcción de un bloque posterior de derechos, ya interpretado e integrado de conformidad con el material normativo de referente, y que sirve de parámetro a la legislación y a los actos de autoridad. Sin embargo, en la Contradicción de tesis 293/2011, la SCJN señaló como excepción al contraste interpretativo el caso de las restricciones puntuales que establece la CPEUM, pero el resto de sus normas sobre derechos humanos sí es objeto de una remisión hermenéutica al bloque de constitucionalidad inicial; es decir, al binomio de referentes en la *Constitución y los tratados internacionales*.

Desde luego que la excepción rompe con la lógica de la interpretación conforme, para instalarse en la de las fuentes del derecho y de la prevalencia jerárquica a priori de la Constitución. Aunque me parece que aún y con esta circunstancia la SCJN dio un paso adelante en la contradicción de tesis citada, porque no había determinado la conformación de único bloque o catálogo de derechos, y tampoco la remisión de la propia Constitución hacia los referentes, lo que es de la mayor importancia. Al explicitar que solo en las restricciones se estará a lo establecido en la Constitución, se entiende que el resto de normas presentes en ella se integran al sistema interpretativo, lo que es un avance sustantivo, con mayor razón debido a que algunos ministros no concordaban con esta posibilidad.

Valga decirlo, por centrar su esfuerzo en mantener fuera del parámetro de control constitucional/convencional las restricciones en la Constitución, la minoría reticente de la SCJN validó el anterior aspecto, que se desprende del artículo 1o., párrafo segundo, pero que requería una interpretación. A mi juicio, lo correcto era haber votado el proyecto original presentado por

el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, sobre el alcance de los preceptos constitucionales y la tesis de jurisprudencia que debería adoptarse; pero no debe concluirse que se haya derogado por vía interpretativa el artículo 1o. de la CPEUM, como han expresado las voces más críticas. Por lo tanto, en México tenemos una Constitución interpretada en materia de derechos humanos, que amplían el parámetro de su contenido al ser “interpretadas de conformidad”.

6. El ejercicio de interpretación conforme requiere y presupone el bloque de constitucionalidad (artículo 1o., párrafo primero) como el catálogo de derechos completo que conforma el orden constitucional mexicano, y al que se remiten las normas para efecto de su ampliación. Pero al mismo tiempo este catálogo conlleva a un segundo bloque de constitucionalidad, que determina a la vez el contenido de cada derecho como resultado de efectuar el ejercicio interpretativo. Estamos efectivamente ante un “conjunto normativo de relaciones complejas”, como bien han advertido Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil.²³

En nuestro contexto, y ante las enormes reticencias en la SCJN para la adopción de esta figura conforme su acepción en el modelo comparado —no así por parte de la doctrina, que se refiere y seguirá refiriéndose a él sin ningún problema—²⁴ el bloque de constitucionalidad ha recibido carta de naturalización con algunos matices semánticos. Cabe señalar que la acepción que se ha desarrollado por vía jurisprudencial es la del catálogo unificado de derechos, y no aun la del bloque como conjunto normativo interpretado sobre el contenido de cada uno de los derechos.

En el proyecto original de Contradicción de tesis 293/2011, y que fue discutido en marzo de 2012,²⁵ el ministro Zaldívar señalaba claramente que estábamos ante un “bloque de derechos de rango constitucional”.²⁶ Con

²³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, prólogo de Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, p. 5

²⁴ Esta observación fue hecha por el ministro Zaldívar en la presentación del libro *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, en la Universidad Iberoamericana, campus ciudad de México, el 1o. de octubre de 2013.

²⁵ Las versiones taquigráficas de esta discusión: la del 12 de marzo en http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/pl201200312v2.pdf [Consulta 10/04/2012].

La del 13 de marzo en http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/pl201200313v3.pdf [Consulta 10/04/2012].

²⁶ “Proyecto de contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativas y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el

este término, como se dijo posteriormente en la discusión pública, lo que se pretende señalar es que nos encontramos ante una sola masa o conjunto normativo de derechos humanos que “forman el referente de validez de todo el sistema jurídico mexicano”,²⁷

Ese es el sentido inicial de la expresión. Identificar un único marco normativo de referente de construcción de los derechos, sobre el que la SCJN ha emprendido una ruta con distinciones y matices:

- A) Ya desde la discusión del proyecto original de Contradicción de tesis 293/2011 se advirtió esta connotación. Por ejemplo, el ministro José Ramón Cossío introdujo la idea de un “bloque de regularidad”; en su opinión: “simple y sencillamente para que dentro del bloque de regularidad existan dos normas o dos tipos de normas, las constitucionales y las convencionales, que teniendo diversa jerarquía normativa pueden hacer funciones jurídicas diferenciadas”.²⁸ Esta noción de control de regularidad o de “parámetro de control de la regularidad” ha ido tomando lugar en resoluciones de la SCJN, como fue el caso de la Acción de inconstitucionalidad 155/2007.²⁹
- B) Sin embargo, es necesario puntualizar que, como se aprecia, en su primera expresión el llamado control de regularidad implicaría dos parámetros distintos de control concentrado o difuso: el constitucional y el convencional;³⁰ una aproximación que no comparto, porque me

Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito al resolver respectivamente, el amparo directo 1060/2008 y los amparos directos 344/2008 y 623/2008”, presentado para su discusión ante el Pleno de la Suprema Corte el 12 de marzo de 2012, p. 49.

²⁷ En este sentido, son ilustrativas las expresiones del ministro Zaldívar durante la discusión del 12 de marzo (*cit. supra* nota 25): “Creo que más importante que la denominación que en última instancia podría modificarse y creo que no pasa nada, lo que creo que es relevante es la idea de si vamos a aceptar que los derechos humanos de fuente internacional jueguen o no de esta manera en el sistema constitucional mexicano, no tanto discutir una denominación que puede ser ‘bloque’ o llamarle de cualquier otra manera, creo que esto es lo realmente relevante” (pp. 24 y 25) “...esta amalgama, bloque, masa de derechos humanos, de fuente internacional y de la propia Constitución forman el referente de validez de todo el sistema jurídico mexicano, obligándonos a los jueces a interpretarlo siempre de la manera más favorable a los derechos de la persona” (p. 25).

²⁸ *Cit.* nota 25, pp. 28 y 29.

²⁹ Por ejemplo, en el “Considerando quinto. Estudio de fondo”... “Análisis de la violación a la libertad de trabajo (artículos 5o. y 21 constitucionales)”, pp. 22 y ss.

³⁰ Como lo señaló el ministro José Ramón Cossío en su artículo: “Primeras implicaciones del caso Radilla”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 26, junio-diciembre de 2012, p. 33.

parece que se trata de ámbitos tendientes a la integración mediante la interpretación conforme.³¹

- C) En su segundo proyecto de Contradicción de tesis 293/2011, el ministro Zaldívar sustituyó la expresión “bloque de constitucionalidad” por la de “parámetro de control de la regularidad constitucional”, pero sosteniendo el criterio de que nos encontramos ante un solo catálogo de derechos. El resultado que se produjo ante este proyecto por mayoría de diez votos, es que, efectivamente, se trata de un único parámetro de control de regularidad constitucional³² —según la expresión cada vez más adoptada ya por la SCJN—,³³ con independencia de la jerarquía de las fuentes, salvo en el aspecto concreto de las restricciones expresas que establezca la Constitución a las que ya me he referido.

El rubro provisional de la tesis de jurisprudencia correspondiente es: DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL³⁴

7. Es importante advertir que el bloque de constitucionalidad constituye un proceso dinámico, a partir de las dos aproximaciones ya mencionadas.

- A) Un primer sentido se refiere al bloque que se ha identificado como el catálogo ampliado de derechos; esto es, el universo de derechos establecidos en la Constitución o con rango constitucional, según se establece en el artículo 1o., párrafo primero, de la CPEUM, y ha sido finalmente explicitado por la SCJN en la Contradicción de tesis 293/2011. En esta primera aproximación, “para que opere correctamente la interpretación conforme requiere de la teoría del bloque de constitucionalidad”, como han señalado los autores Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona.³⁵

³¹ Es precisamente la tesis que sostengo en *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, cit.

³² Ante la falta del engrose a finales del mes de septiembre de 2013, véase la versión taquigráfica del 3 de septiembre de 2013. *Cit.* nota 17, pp. 28 y 29.

³³ Véase, por ejemplo, el proyecto presentado por el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, discutido y votado el 16 de octubre de 2013 en sentido favorable por mayoría de cuatro votos en la Primera Sala. Se trata del Amparo en revisión 159/2013, caso de Ricardo Adair Coronel Robles. En el proyecto se utiliza la expresión en tres ocasiones.

³⁴ *Ibidem*, p. 48.

³⁵ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 10.

Este ámbito del bloque de constitucionalidad como el universo de derechos sobre el que se hará el ejercicio de interpretación se conforma como binomio que actúa como el referente para la interpretación, y cuya relación ya ha sido explicitada por la Suprema Corte.

- B) En una segunda faceta, el bloque de constitucionalidad se presenta también como el resultado del ejercicio interpretativo. Implica que el desarrollo de cada derecho en su contenido esencial se encuentra conformado por la Constitución, los tratados internacionales y la jurisprudencia que los interpreta y desarrolla. Este bloque ya interpretado es justamente el que ofrece la dimensión del contenido de los derechos, y que asume ya el control de constitucionalidad y de convencionalidad ejercidos de forma complementaria, como señaló recientemente la Corte IDH en la resolución de cumplimiento del caso *Gelman vs. Uruguay*.

En consecuencia, la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, que el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria.³⁶

Es el resultado de las remisiones entre la CPEUM y los tratados internacionales como han sido interpretados por los organismos previstos para ese propósito, y que arrojan un contenido conformado por los elementos más protectores. Precisamente es el sentido y la conformación de un bloque de contenido integrado de los derechos, lo que advirtió Jorge Carpizo, y que a su juicio se encuentra conformado por una serie de elementos, que cito a continuación:

...a) nuestra Constitución y los preceptos secundarios que reconocen derechos humanos; b) las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales ratificados por nuestro país; c) el derecho internacional consuetudinario y el *ius cogens*; d) la jurisprudencia de la Corte IDH; e) las resoluciones sobre la materia de la SCJN, y f) los derechos humanos implícitos.³⁷

³⁶ Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 20 de marzo de 2013. Caso *Gelman vs. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, párr. 88.

³⁷ “La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos”, *cit.*, p. 817.

8. Es con respecto a la consideración de este segundo bloque, sobre la que, me parece, la SCJN debe ofrecernos un mayor contenido jurisprudencial desde dos ángulos.

A) Sobre sus alcances generales, y el papel que juega cada elemento normativo y jurisprudencial en esta integración, aunque ya ha dado un avance notable al estimar que la jurisprudencia de la Corte IDH es de obligatoria consideración en la medida en que favorezca una protección más amplia.

Así lo apunta la siguiente tesis de jurisprudencia, aún de rubro provisional: LA JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.³⁸

A esta jurisprudencia debe sumarse la que emite la SCJN, que establece claramente el contenido de los derechos y la solución a casos de conflicto mediante los distintos mecanismos de control de la constitucionalidad a su alcance.

Sobre el empleo de un bloque integrado que evidencia el contenido de los derechos humanos, tenemos ya en México dos buenos ejemplos, que se han desarrollado en los últimos años.³⁹

a) *El derecho al juez natural*

El derecho al juez natural no se encuentra expresamente previsto ni en la CADH ni en la CPEUM. Es en realidad un derecho que se ha hecho visible ante el ejercicio interpretativo que ha efectuado la Corte IDH mediante control de convencionalidad, especialmente a partir del artículo 8.1 de la CADH, y la jurisprudencia que ha venido construyendo desde el caso *Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú*.⁴⁰ A este bloque de convencionalidad se suman las previsiones constitucionales contenidas en los artículos 17, párrafo segundo, y 20, “C”, fracción II, de la CPEUM, respectivamente, sobre el derecho de acceso a la justicia,⁴¹ y el derecho de la víctima a “intervenir en el juicio”,⁴² a efecto de conformar un bloque de constitucionalidad integrado.

³⁸ *Cit.* nota 33, p. 36.

³⁹ Me he referido a ambos casos en el libro *La interpretación conforme. El modelo constitucional frente a los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*, *cit.*

⁴⁰ Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de mayo de 1999, serie C, núm. 52.

⁴¹ “Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.

⁴² Como señala la propia disposición constitucional:

“C. De los derechos de la víctima o del ofendido:

El ministro José Ramón Cossío, en su voto particular en el juicio de Amparo en revisión 989/2009, resuelto el 10 de agosto de 2009 por el Pleno de la SCJN, señaló que es necesario dimensionar el artículo 13 de la CPEUM en lo atinente al fuero militar, en relación con los artículos 17 y 20, CPEUM, lo que a su juicio implica “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”.⁴³

Así, el bloque de constitucionalidad de este derecho interpretado involucra a los artículos 17 y 20, “C”, fracción II, de la CPEUM, en relación con los artículos 8.1 y 25 de la CADH, y la interpretación que de estos ha dado la Corte IDH, así como la jurisprudencia que se ha generado al respecto por parte de la SCJN.

b) *La protección a la familia*

El tema de la protección a la familia previsto en el artículo 4o., primer párrafo, de la CPEUM, puede ser ilustrativo de la conformación del bloque de constitucionalidad al que deben sujetarse la regulación y la política pública en la materia. Ayuda a esta ilustración que el diseño constitucional lo prevea como un derecho de configuración legal; es decir, envía la norma a su protección en legislación secundaria —en el caso concreto, los 32 ordenamientos locales y el de carácter federal—, sin que esto implique que el derecho no tenga un contenido mínimo constitucional, lo que debe ser necesariamente atendido por el legislador ordinario.

La disposición establece: “El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia”.

En los últimos años la jurisprudencia internacional y comparada han tenido oportunidad de advertir que el contenido de este derecho debe reconocer el dato social y las reivindicaciones de personas y colectivos: que esta se conforma como una comunidad diversa que acoge no solo al modelo tradicional, sino también otros modelos que deben ser protegidos por la cobertura legal.

La legislación secundaria debe atender a un contenido que implica, por ejemplo, el derecho a formar una familia y a su protección por parte del Es-

...

“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”.

⁴³ En “III. Consideraciones del presente voto”, punto dos “interpretación constitucional”, p. 35.

tado, como consagra el artículo 4o. de la CPEUM, así como el artículo 17.1 de la CADH, también sobre el derecho de protección a la familia, en relación con el artículo 11.2 del mismo tratado, el derecho a la vida privada;⁴⁴ de esta suerte, son dos disposiciones las que tutelan la protección de la familia en la Convención Americana. Además, la jurisprudencia de la Corte IDH, que ha señalado particularmente en el caso *Atala Riffo y niñas vs Chile*,⁴⁵ que el modelo de vida familiar se ha extendido a otras formas, incluidas las parejas del mismo sexo.

Una ruta que ha hecho constar, y ha ampliado con su jurisprudencia la SCJN. Por ejemplo, en la Acción de inconstitucionalidad 2/2010, que determinó la constitucionalidad de la definición de matrimonio como “la unión libre de dos personas”, prevista en el artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal. O bien en el Juicio de amparo en revisión 581/2012, resuelto el 5 de diciembre de 2012, por la Primera Sala de la SCJN determinó por vía de interpretación conforme que el contenido del artículo 143 del Código Civil del Estado de Oaxaca al establecer el matrimonio como “un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer”, debe ajustarse a la realidad actual, y no solo referirse al matrimonio heterosexual, “para entender que ese acuerdo de voluntades se celebra entre dos personas”,⁴⁶ con lo que se ha evitado “la declaratoria de inconstitucionalidad de esa porción normativa”.⁴⁷

B) Es precisamente este segundo aspecto del bloque interpretado lo que debe ser continuamente dilucidado por la SCJN a efecto de determinar el contenido mínimo de cada derecho ante las tensiones que se producen entre ellos, así como para marcar el estándar mínimo a la legislación que al regularlos pueda establecer restricciones.

IV. CONCLUSIONES

Es muy importante asumir las implicaciones de haber incorporado una cláusula de interpretación conforme como el principio normativo de aten-

⁴⁴ El artículo 11.2 establece:

“Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación (cursivas nuestras).”

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

⁴⁵ Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C, núm. 239.

⁴⁶ P. 47, segundo párrafo.

⁴⁷ *Idem*.

ción a las normas sobre derechos humanos, para su correcta aplicación. El reconocimiento de un bloque de constitucionalidad previo y posterior a este ejercicio es una de ellas; se requiere de esta teoría para que opere bien la interpretación, como bien han advertido don Héctor Fix-Zamudio y el doctor Salvador Valencia Carmona.⁴⁸

Los operadores jurídicos en general tienen la obligación de efectuar la interpretación conforme en la generación o aplicación de las normas sobre derechos humanos, conforme a sus distintas atribuciones y competencias, y requieren conocer el bloque normativo previo, así como el de contenido constitucional/convencional que se va determinando. Un trabajo muy relevante en este tema es el que les correspondería hacer a las comisiones públicas de derechos humanos, que muy poco o nada aplican este contenido. Algunas, como la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, tienen una excelente trayectoria en la aplicación de estándares internacionales, pero sigue sin armonizarse con disposiciones constitucionales, y no hay una inclusión de la jurisprudencia de la SCJN, como parte fundamental del bloque.

Los jueces y juezas deben realizar una interpretación conforme en sentido estricto, y esto implica conocer el material normativo de contraste, entre la Constitución y los tratados internacionales, pero también la dimensión constitucional que adquieren los derechos “interpretados de conformidad” a efecto de realizar el análisis de constitucionalidad/convencionalidad de las leyes y de los actos de autoridad; atendiendo a que, como ha señalado la Primera Sala de la SCJN, no basta que el legislador válidamente pueda dar especificidad a los límites a los derechos, sino que es necesario “un análisis sustantivo de constitucionalidad” de la regulación en materia de derechos humanos.⁴⁹

El papel de la SCJN es fundamental para seguir dotando de contenido constitucional a las normas sobre derechos humanos en su interpretación. Un reto importante pasa por modificar un elemento de nuestra cultura jurídica: que la jurisprudencia deje de ser únicamente un instrumento para vincular a los jueces a la interpretación de la Suprema Corte, y se convierta en un retrato final de los derechos para la sociedad.

⁴⁸ *Cit.* nota 35.

⁴⁹ Véase el Amparo en Revisión 2044/2008, resuelto por la Primera Sala de la SCJN el 17 de junio de 2009. Considerando quinto. Estudio de fondo...1. El juego entre Constitución y ley. Constitución jurídica y Constitución política, p. XVI.

DERECHOS HUMANOS Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Ismael CAMARGO GONZÁLEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derechos humanos*. III. *Derecho internacional de los derechos humanos*. IV. *Análisis de sentencias relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con relación al tema*. V. *Control de convencionalidad y derechos humanos*. VI. *Conclusiones*. VII. *Fuentes de consulta*.

I. INTRODUCCIÓN

De manera natural, nuestra propuesta gira en torno a dos ejes teóricos: derechos humanos y control de convencionalidad. Efectivamente, el tema de los derechos humanos vinculado al control de convencionalidad ha cobrado vigencia y reconocimiento a su importancia.

Para el análisis de ambos ejes teóricos resulta pertinente el estudio de otros conceptos vinculados con estos temas, como son el derecho internacional de los derechos humanos y, consecuentemente, la jerarquía de los tratados internacionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el efecto de sus sentencias, que derivan en el principio de control de convencionalidad.

En este tenor, sin duda, el doctor Jorge Carpizo se significó como uno de los principales iniciadores y fomentadores de los derechos humanos en el país, al lado del doctor Héctor Fix-Zamudio. Ambos cuentan con una copiosa producción académica, referida o vinculada a los ejes del tema *derechos humanos y control de convencionalidad*.

Por su importancia, dentro de este análisis la reforma constitucional de junio de 2011 tiene un lugar destacado, en virtud de que como lo señalamos en el apartado correspondiente, estas reformas constituyen un nuevo para-

* Doctor en derecho; profesor e investigador TC titular "C", adscrito a la Facultad de Derecho-Culiacán, Universidad Autónoma de Sinaloa; investigador nacional Sin-Conacyt, nivel I, y miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

digma, al actualizar la concepción de derechos humanos en la Constitución general; asimismo, reconocen y garantizan estos derechos contenidos en los tratados internacionales.

II. DERECHOS HUMANOS

En opinión del doctor Jorge Carpizo,¹ sobre la naturaleza de los derechos humanos existen dos perspectivas principales desde hace muchos siglos. Una sostiene que los derechos humanos son aquellos que el Estado *otorga* en su orden jurídico. La segunda manifiesta que el Estado solo los *reconoce* y los garantiza en alguna medida. En la primera perspectiva se encuentran diversas concepciones o matices positivistas; en la segunda, la de derecho natural. Las escuelas son muy diversas unas de otras.

Abunda el doctor Carpizo, resaltando la importancia de las concepciones de derecho natural, coinciden entonces en este tronco común de pensamiento, y a partir de él toman derroteros muy diversos. Por ejemplo, algunos escritores piensan que la persona tiene una dignidad intrínseca por el hecho de estar en relación directa con lo absoluto. Otros, entre los que me incluyo, consideramos que no es correcto plantear el problema en esta forma, sino que la base de los derechos humanos se encuentra en la dignidad de la persona, y nadie puede legítimamente impedir a otro el goce de esos derechos. El hombre solo puede realizarse dentro de la comunidad social, y esta comunidad no tiene otro fin que servir a la persona. El fin de la comunidad es la realización de una obra en común, y esta consiste en que cada hombre viva como persona; es decir, con dignidad humana, concepto que examino en este ensayo.

Efectivamente, por nuestra parte, en diversos foros académicos hemos insistido en la afirmación de que la dignidad es consustancial al ser humano como tal, inseparable de su esencia, y por tanto parte integral e inseparable del concepto de derechos humanos. Para reforzar nuestra posición, resulta atinente citar que en este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado importantes directivas de interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos que vinculan directamente el principio universal de no discriminación con otro principio igualmente universal: el principio de igualdad. Un ejemplo de ello lo constituye la opinión consultiva 04/84 expedida por la citada Corte el 19 de enero de 1984.

¹ Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos, naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 25, julio-diciembre de 2011, p. 4.

En su parte relativa, esta directiva dispone que

La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de sus derechos que sí se reconocen a quienes no se consideraran incurso en tal situación de inferioridad, no es admisible crear diferencias de tratamientos entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza.²

Es así que resalta dos elementos en torno a la dignidad del ser humano: primero, la sustancia o esencia permanente como ser racional, cuya condición es universal, de todos los seres humanos, y aunque no sea absoluta para su ejercicio sí lo es respecto de la posibilidad de desarrollo; es decir, todo aquel que pertenezca al género humano tiene la condición de persona para ser desarrollada, y segundo, por este último atributo, la capacidad de tomar decisiones al contar con una libertad de pensamiento que le permita reflexionar y orientar sus actos voluntarios o no hacerlo, y llevarlos a cabo, considerando o no las consecuencias.³

En este tema, nuestro país estuvo rezagado del contexto internacional. En la actualidad, los jueces federales y locales enfrentan un reto nada fácil: adecuar las normas internas a las de carácter internacional contenidas en los documentos de esa naturaleza aceptados por el Estado mexicano.

Debido a la importancia que tanto en el ámbito internacional como en el nacional cobró el respeto irrestricto de los derechos humanos, y en respuesta al compromiso adquirido por el gobierno de México al aceptar diversos instrumentos jurídicos internacionales en materia de derechos humanos, fue necesario contar con un mecanismo interinstitucional de alto nivel, encargado del intercambio periódico y sistemático de criterios y acciones.⁴

² Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, serie A, núm. 4, párrafo 55.

³ Lugo Garfias, María Elena, "La dignidad y el trato digno como compromiso del Estado mexicano", *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, México, nueva época, año 6, núm. 16, 2011. Primero, la dignidad ha sido estudiada desde dos disciplinas esenciales: la filosofía y el derecho; ambas han dado respuesta por medio de dicho vocablo a lo que los seres humanos tienen como característica esencial, cuyos elementos han sido evaluados con la importancia que les ha permitido aparecer en diversos planos, como el jurídico, aunque sus parámetros de medición no estén específicamente determinados, p. 78.

⁴ Bosada Ramírez de Arellano, David, *Vida internacional de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, México, CNDH, 2005, p. 53.

Además de incorporar un amplio catálogo de derechos, esta Convención estableció los medios de protección para ellos; es decir, declaró órganos competentes a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados parte de la Convención. México se adhirió a esta Convención en marzo de 1981.⁵

Por otra parte, estamos convencidos de que la citada reforma constitucional en torno al tema de los derechos humanos, de muchas maneras facilitará la comprensión en relación con su naturaleza, y despejará las dudas que su concepto contenía. Nos parece atinente citar precisamente la siguiente reflexión al respecto.

La expresión “derechos humanos” es una de las de uso más frecuente en nuestros días; su presencia es habitual en el lenguaje de los medios de comunicación, en el de los ciudadanos y en el de los políticos; también es un lugar común en el lenguaje de los juristas y filósofos que se ocupan de cuestiones relativas al Estado y al derecho. Esta frecuencia de uso no garantiza —sucedé todo lo contrario— que la expresión “derechos humanos” sea empleada con precisión; esto es, que tenga un ámbito significativo bien definido. Por eso, no es infrecuente afirmar que la expresión “derechos humanos” adolece de *ambigüedad significativa*, o, lo que es lo mismo, que es un *concepto impreciso*, ya que no determina a qué realidad concreta se refiere. En estas circunstancias, es difícil saber de qué se está hablando al oír la expresión “derechos humanos” o “derechos fundamentales”, que con gran frecuencia se usan como términos sinónimos, por lo que se ha propuesto la necesidad de clarificar este asunto proponiendo alguna *definición estipulativa*. En efecto, las palabras ambiguas deben ser precisadas en su significación, y una de las formas de precisión consiste en decir en qué sentido se usan. Para eso sirven las definiciones estipulativas, que son convenciones sobre cómo deben ser empleadas las palabras, a juicio de quien las usa. Este expediente proporciona claridad, ya que a una expresión (por ejemplo, derechos humanos) corresponde un ámbito significativo preciso y, por consiguiente, los interlocutores saben a qué atenerse.⁶

⁵ *Ibidem*, p. 62.

⁶ Escalona Martínez, Gaspar, “La naturaleza de los derechos humanos”, en Gómez Sánchez, Yolanda (coord.), *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos-Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2004, p. 128.

III. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1. *Reforma constitucional*

En armonía con el análisis de ambos ejes teóricos que nos proponemos estudiar en el presente trabajo: *derechos humanos y control de convencionalidad*, la reforma constitucional resulta vital, pues constituye normativamente la adecuación del derecho interno al derecho internacional de los derechos humanos.

En este tenor, la reforma constitucional en materia de *derechos humanos* es considerada como un avance muy significativo, encaminado a concertar en una misma dirección las disposiciones internacionales y el marco jurídico mexicano, principalmente en lo referente a los derechos básicos de toda persona; por ejemplo, una prohibición más amplia de la discriminación, que en su práctica se considera que atenta contra la dignidad humana y anula o menoscaba los derechos y libertades de la persona.⁷

Señaló Héctor Fix-Zamudio:⁸ “En relación con estas reformas, —cuestionó— ¿Qué función tienen los jueces, empezando por los que integran la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) y también los de carácter local?, ¿qué implican estas reformas y la incorporación de los derechos establecidos en los tratados internacionales para los jueces?, desde luego cambia la perspectiva”.

En el proyecto de reformas mencionado, la Cámara de Diputados consideró pertinente la incorporación plena de los derechos humanos al sistema constitucional para el fortalecimiento del Estado democrático y para garantizar la mayor protección de los derechos de las personas. En el dictamen publicado en la *Gaceta Parlamentaria* el 23 de abril de 2009, la propuesta de la Cámara de origen fue modificar el título a “De los derechos humanos”. En el dictamen indicó:

es menester que los derechos humanos estén establecidos de manera clara en la Constitución puesto que en ellos deben estar basadas las políticas públicas que promueva el Ejecutivo; en su contenido deben de estar los criterios regu-

⁷ Gamboa Montejano, Claudia (coord.), *Reforma constitucional relativa a los derechos humanos y los tratados internacionales*, México, LXI Legislatura, Cámara de Diputados-Dirección General de Servicios de Documentación y Análisis, 2012, p. 3.

⁸ Fix-Zamudio, Héctor, “Los derechos humanos elevados a nivel constitucional, una gran innovación”, *Boletín*, Academia Mexicana de Ciencias, AMC/299/13, México, D. F., 24 de agosto de 2013, <https://blu174.mail.live.com/default.aspx?id=64855&owa=1&owasuffix=owa%2f#n=1319156176&fid=1&mid=d4448f82-0cef-11e3-a5af-00215ad8572c&fi=1>.

ladores que rijan el actuar del poder judicial y sus fundamentos deben ser el eje rector de las leyes y normas que emita el poder legislativo.

La Cámara de Senadores, en su dictamen del 8 de abril del 2010, resaltó la tradición constitucional mexicana, desde la Constitución de 1857. Asimismo, en la minuta del proyecto de decreto realizó la modificación a “De los derechos humanos y sus garantías”. La incorporación de “y sus garantías” fue con el propósito de no apartarse de la original intención del legislador constitucional y de aportar mayor claridad a los términos constitucionales, pero enfatizó: “Mantener sólo la denominación del capítulo relativo a las ‘Garantías Individuales’ en nuestra Carta Magna pareciera no ser lo más adecuado, más aún cuando este capítulo ha tenido múltiples reformas”.

Respecto del primer párrafo, se destacan los siguientes elementos: 1) cambia el término “individuo” por el de “persona”; 2) incorpora la expresión “derechos humanos” en lugar de “garantías individuales”; 3) modifica el verbo “otorga” por el de “reconoce”, y 4) amplía el reconocimiento de derechos humanos en la Constitución a todos los tratados internacionales que haya ratificado México. El Estado mexicano es parte de diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos, tanto en el sistema universal como del sistema interamericano de derechos humanos, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aunque vale la pena indicar que el texto de la reforma amplía la protección a todo tratado internacional. En el segundo párrafo, que se adicionó, se incorpora la interpretación conforme a la Constitución y a los tratados internacionales en la aplicación de las normas de derechos humanos y el principio *pro persona*. Indica: “favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. Lo anterior, a nivel doctrinal se ha conocido como principio *pro homine*, aunque en últimas fechas ha sido sustituido por la expresión “pro persona”, por tener esta última una perspectiva de género. El principio surgió como regla de interpretación del derecho internacional de los derechos humanos, cuando se tenga que seleccionar entre la aplicación de dos o más normas, como pueden ser las constitucionales y las de uno o más tratados internacionales, se debe optar por la que encamina a la aplicación de la norma más protectora de la persona o la menos restrictiva de derechos humanos. Con este principio ya no se acude a una jerarquía normativa. En el tercer párrafo que se adicionó se contemplan los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad desarrollados por el derecho internacional de los dere-

chos humanos, y las obligaciones de prevenir, investigar, sancionar y reparar las transgresiones a los derechos humanos por parte del Estado.

El quinto párrafo, que se recorrió por las adiciones de los párrafos anteriores, incorpora a la prohibición de toda discriminación por motivo de las preferencias, sea de manera explícita, la referente a *preferencias sexuales* de las personas.

La citada reforma adopta importantes paradigmas, como el principio pro homine, y de manera certera se incorpora la corriente teórica que impulsa la supremacía de los tratados internacionales sobre el derecho interno, y que a través de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su jurisprudencia lo vincula con el control de convencionalidad.

2. *Jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos*

De acuerdo con la definición establecida en el artículo 2o. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969,⁹ un tratado es un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

La incorporación de los tratados internacionales al derecho interno se entiende como “un proceso histórico por el cual una comunidad acepta libremente un sistema jurídico extraño (esto es, antiguo o extranjero)... una comunidad asimila el derecho extraño en la medida que lo permite el derecho preexistente, de suerte que con tal situación, el derecho nacional entra en un proceso de transformación”.¹⁰ En este aspecto han surgido teorías que explican esta incorporación, dividiéndose la doctrina en dos corrientes: teoría dualista y teoría monista, cada cual con una distinta propuesta.

En palabras de Carlos M. Ayala Corao,¹¹ citando a Germán J. Bidart Campos y Pedro Nikken, los derechos humanos son objeto de estudio tanto

⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331 (entered into force January 27, 1980). Viena, 23 de mayo de 1969, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de febrero de 1975.

¹⁰ Citado por Álvarez Valdez, Francisco, *La argumentación jurídica y los nuevos paradigmas del derecho*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2012, p. 26; *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, t. VI, Q-Z, pp. 49-51.

¹¹ Ayala Corao, Carlos M., “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Fundación de Derecho Público, Venezuela, Fundación Editorial

por el derecho constitucional (interno) como por el derecho internacional. En el derecho constitucional se estudia el tema de los derechos humanos dentro del capítulo que Bidart Campos¹² ha denominado el “derecho constitucional de los derechos humanos”. Mientras que en el derecho internacional público, el tema de los derechos humanos ha adquirido una proyección tal, que su evolución ha permitido consolidar la formación de una nueva rama denominada el “derecho internacional de los derechos humanos”.¹³

IV. ANÁLISIS DE SENTENCIAS RELEVANTES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CON RELACIÓN AL TEMA

El análisis sistemático de algunas de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su respectiva jurisprudencia que a nuestro particular juicio resulten relevantes, tiene por objeto poner en contexto el principio de control de convencionalidad en su contenido

1. *Sistema interamericano de derechos humanos*

El continente americano cuenta con un sistema de protección de los derechos humanos cuyos cimientos se encuentran en la Carta de la Organización de Estados Americanos y en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948. El sistema interamericano está integrado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Desde esa fecha este sistema regional se ha ido perfeccionando. En 1959 se creó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y su instrumento normativo básico fue solamente la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. En 1967, con la primera reforma de la Carta de OEA, a través del Protocolo de Buenos Aires, la Comisión Interamericana se convirtió en uno de los órganos principales de la Organización.

Jurídica Venezolana, Hispamer, Nicaragua, Universidad Central de Chile, Universidad Externado de Colombia, Universidad de Lima y la UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 37.

¹² Bidart Campos, Germán J. y Herrendorf, Daniel, *Principios de derechos humanos y garantías*, Buenos Aires, 1991, pp. 195 y ss.

¹³ Nikken, Pedro, “El derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, núm. 72, 1989; Piza R., Rodolfo E., *Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana*, San José, 1989.

Por lo que respecta al Estado mexicano, este se adhirió a la Convención Americana de Derechos Humanos el 24 de marzo de 1981. En relación con esta sentencia, Ignacio F. Herrerías Cuevas y Marcos del Rosario Rodríguez¹⁴ comentan que no obstante la claridad con la que se puedan asumir obligaciones contraídas por el Estado mexicano, hasta hace apenas unos meses, la Suprema Corte de Justicia de la Nación empezó a pronunciarse (con mayor intensidad) respecto a la obligatoriedad de los compromisos contraídos en materia de derechos humanos y sobre las reformas constitucionales respectivas.

Por último, y no por ello menos importante, existe, como lo plantea el doctor Héctor Fix-Zamudio,¹⁵ una laguna jurídica en relación con las recomendaciones emitidas por los órganos que integran el sistema interamericano de derechos humanos. Efectivamente, desde este punto de vista, dijo el investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en México y en otros países de Latinoamérica existe un problema muy serio, que es necesario solventar, pues no existe una regulación jurídica sobre cómo se van a cumplir, no solo las sentencias de la SCJN, sino las recomendaciones aceptadas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que no son obligatorias, y las de los demás órganos administrativos de la Organización de las Naciones Unidas que tienen la facultad de recibir quejas y emitir recomendaciones.

¹⁴ Que el modelo de control de convencionalidad y constitucionalidad debe adoptarse a partir de lo establecido en el párrafo 339 de la sentencia Radilla Pacheco *vs.* México y conforme a los artículos 1o., 103, 105 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos —transcripción del citado párrafo 339—: “En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un <control de convencionalidad> ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Herrerías Cuevas, Ignacio F. y Rosario Rodríguez, Marcos, *El control de constitucionalidad y convencionalidad*, México, UBIJUS, 2012, pp. 29 y 30.

¹⁵ Fix-Zamudio, Héctor, “Los derechos humanos elevados a nivel constitucional, una gran innovación”, *cit.*

2. *Corte Interamericana de Derechos Humanos*

Un hecho importante, sin duda es el nacimiento mismo de la Corte. En noviembre de 1969 se celebró en San José de Costa Rica la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. En ella, los delegados de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos redactaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que entró en vigor el 18 de julio de 1978, al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación por un Estado miembro de la OEA y el establecimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1979 como institución judicial autónoma de la OEA, cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados concernientes al mismo asunto.

Sin embargo, faltaba un instrumento convencional que recogiera y ampliara los derechos consignados en la Declaración Americana y que comprometiera a los Estados a darles cumplimiento. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en 1969 en San José de Costa Rica, y en vigor desde 1978, define los derechos humanos que los Estados ratificantes se comprometen internacionalmente a respetar y garantizar que sean respetados (p. 62).

3. *Análisis de sentencias relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con el control de convencionalidad*

— *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. En este caso paradigmático la Corte Interamericana dictó sentencia el 23 de noviembre de 2009, declarando la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la detención y posterior desaparición forzada a partir de 1974 del señor Radilla Pacheco y la impunidad de los hechos. En esta sentencia, la Corte estableció la violación a los artículos 8 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, relativos a las garantías judiciales y protección judicial.

...la Corte Interamericana ordenó al Estado mexicano, entre otras medidas, que garantizara que la averiguación previa que se encontraba abierta por los hechos constitutivos de la desaparición forzada del señor Radilla Pacheco se mantuviera bajo conocimiento de la jurisdicción ordinaria, al igual que cualquier otra causa penal que se iniciara contra cualquier otro presunto responsable. Asimismo, ordenó al Estado que expidiera copias de la averiguación previa respectiva a los representantes legales de la hija del señor Radilla Pacheco, quien actuaba como coadyuvante del Ministerio Público, como

parte de su derecho a participar plenamente en la investigación, por tratarse de violaciones graves a los derechos humanos. Además, la Corte Interamericana ordenó que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, particularmente las que se deriven del artículo 13 constitucional, relativo al fuero de guerra, se adecuaran a los principios de juez natural, excepcionalidad y restricción de la justicia militar.¹⁶

Complementa esta sentencia la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 19 de mayo de 2011, caso Radilla Pacheco *vs.* Estados Unidos Mexicanos, supervisión de cumplimiento de sentencia, comentada líneas arriba.¹⁷ Considerando (5): la obligación de cumplir lo dispuesto en las sentencias del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquéllos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados partes vinculan a todos los poderes o funciones del Estado.

Considerando (6): los Estados partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effét utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no solo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.

— Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras — Sentencia del 29 de julio de 1988 (*Fondo*) — Corte Interamericana de Derechos Humanos —¹⁸

Parte X, punto 166. La segunda obligación de los Estados partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica

¹⁶ Obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Radilla Pacheco *vs.* México. Consúltese www.juridicas.unam.mx.

¹⁷ http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/radillapacheco_19_05_11.pdf.

¹⁸ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf.

el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos.

Parte X, punto 167. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Sin lugar a dudas, del análisis de cada una de estas sentencias se desprende como un hecho notable, primeramente, la influencia que en la protección de los derechos humanos ha consolidado la Corte Interamericana de Derechos Humanos subrayando la preeminencia del orden internacional y la obligatoriedad de los compromisos contraídos por los Estados firmantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en vigor el 18 de julio de 1978.

Resulta importante reflexionar sobre el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en este sentido, Helio Bicudo¹⁹ comenta el comunicado de la misma en el sentido de que la competencia de la Corte no puede estar condicionada por hechos distintos a sus propias actuaciones. Los instrumentos de aceptación de la cláusula faculta-

¹⁹ Bicudo, Helio, "Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", *El sistema de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Organización de los Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Agencia Española de Cooperación Internacional y Gobierno de la República de los Estados Unidos Mexicanos, San José de Costa Rica, 2003, t. I. En comunicado de prensa del 29 de septiembre de 1999, la CIDH, con conocimiento de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, recién acababa de dictar sentencias por medio de las cuales declaraba inadmisibles el pretendido retiro del Estado peruano, de la competencia contenciosa de dicha Corte, con efectos inmediatos. La cuestión del pretendido retiro, por parte del Perú, de la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte y de los efectos jurídicos del mismo, debe ser resuelta por este Tribunal. La Corte Interamericana, como todo órgano con competencias jurisdiccionales, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (compétence de la compétence/ Kompetenz-Kompetenz), p. 233.

tiva de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción.

—Caso Gomes Lund y otros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil — Sentencia del 24 de noviembre de 2010 — Corte Interamericana de Derechos Humanos —²⁰

Introducción de la causa y objeto de la controversia. El 6 de marzo de 2001 la Comisión emitió el Informe de Admisibilidad 33/013, y el 31 de octubre de 2008 aprobó el Informe de Fondo 91/08, en los términos del artículo 50 de la Convención, el cual contenía determinadas recomendaciones para el Estado. Dicho informe fue notificado a Brasil el 21 de noviembre de 2008, y se le concedió un plazo de dos meses para comunicar las acciones emprendidas con el propósito de implementar las recomendaciones de la Comisión. Pese a las dos prórrogas concedidas al Estado, los plazos para presentar información sobre el cumplimiento de las recomendaciones transcurrieron sin que hubiera una “implementación satisfactoria de las [mismas]”.

Ante ello, la Comisión decidió someter el caso a la jurisdicción de la Corte, considerando que representaba “una oportunidad importante para consolidar la jurisprudencia interamericana sobre las leyes de amnistía en relación con las desapariciones forzadas y la ejecución extrajudicial, y la resultante obligación de los Estados de hacer conocer la verdad a la sociedad e investigar, procesar y sancionar graves violaciones de derechos humanos”. Asimismo, la Comisión enfatizó el valor histórico del caso y la posibilidad del Tribunal de afirmar la incompatibilidad de la Ley de Amnistía y de las leyes sobre secreto de documentos con la Convención Americana.

III. Excepciones preliminares. En este caso, Brasil reconoce la competencia contenciosa de la Corte Interamericana el 10 de diciembre de 1998 y declara que el Tribunal tendría competencia respecto de “hechos posteriores” a dicho reconocimiento. Con base en lo anterior y en el principio de irretroactividad, la Corte no puede ejercer su competencia contenciosa para aplicar la Convención y declarar una violación a sus normas cuando los hechos alegados o la conducta del Estado que pudieran implicar su responsabilidad internacional son anteriores a dicho reconocimiento de la competencia.

Punto 2. Consideraciones de la Corte. Por el contrario, en su jurisprudencia constante este Tribunal ha establecido que los actos de carácter continuo o permanente se extienden durante todo el tiempo en el cual el hecho

²⁰ http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/seriec_219_esp.pdf

continúa, manteniéndose su falta de conformidad con la obligación internacional. En concordancia con lo anterior, la Corte recuerda que el carácter continuo o permanente de la desaparición forzada de personas ha sido reconocido de manera reiterada por el derecho internacional de los derechos humanos, en el cual el acto de desaparición y su ejecución inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y los hechos no hayan sido esclarecidos. Por tanto, la Corte es competente para analizar las alegadas desapariciones forzadas de las presuntas víctimas a partir del reconocimiento de su competencia contenciosa efectuado por Brasil.

IV. Derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad y libertad personales en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos. C. La desaparición forzada como violación múltiple y continuada de derechos y deberes de respeto y garantía. Punto 103. Adicionalmente, en el derecho internacional la jurisprudencia de este Tribunal ha sido precursora de la consolidación de una perspectiva comprensiva de la gravedad y el carácter continuado o permanente de la figura de la desaparición forzada de personas, en la cual el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece mientras no se conozca el paradero de la persona desaparecida y se determine con certeza su identidad. De conformidad con todo lo anterior, la Corte ha reiterado que la desaparición forzada constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana, que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otras vulneraciones conexas, siendo particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado.

Voto razonado del juez *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas con relación a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Gomes Lund y otros* (“guerrilha do araguaia”) *vs.* Brasil del 24 de noviembre de 2010.

III. Adecuación del derecho interno a las normas de la Convención Americana. En aquel caso, en el voto concurrente del juez Cançado Trindade, se tienen expresiones aún más incisivas: “4. [...] La convención Americana, juntamente con otros tratados de derechos humanos, “fueron concebidos y adoptados con base en la premisa de que los ordenamientos jurídicos internos deben armonizarse con las disposiciones convencionales, y no viceversa” (párrafo 13). En definitiva, advertí, “No se puede legítimamente es-

perar que dichas disposiciones convencionales se ‘adaptan’ o se subordinen a las soluciones de derecho constitucional o de derecho público interno, que varían de país a país... La Convención Americana, además de otros tratados de derechos humanos, buscan, *a contrario sensu*, tener en el derecho interno de los Estados Parte el efecto de perfeccionarlo, para maximizar la protección de los derechos consagrados, acarreado, en este propósito, siempre que necesario, la revisión o revocación de leyes nacionales... que no se conformen con sus estándares de protección” (párrafo 14) (resaltamos).

9. En el cuarto ítem del párrafo 40 del mismo voto, el juez Cançado Trindade expone que cualquier norma de derecho interno, independientemente de su rango (constitucional o infraconstitucional), puede, por su propia existencia y aplicabilidad, *per se* comprometer la responsabilidad de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos (resaltamos).

10. Por lo tanto, en defensa de la garantía de la supremacía de los derechos humanos, especialmente cuando degradados por crímenes de lesa-humanidad, se hace necesario reconocer la importancia de esa sentencia internacional e incorporarla de inmediato al ordenamiento nacional, de modo que se pueda investigar, procesar y castigar aquellos crímenes hasta entonces protegidos por una interpretación de la Ley de Amnistía que, al final de cuentas, es generadora de impunidad, incredulidad en la protección del Estado y de una herida social eternamente abierta, que necesita ser curada con la aplicación serena más incisiva del derecho y de la justicia.

En este apartado, resulta atinente la reflexión en relación con el voto razonado del juez *ad hoc* Roberto de Figueiredo Caldas y el voto concurrente del juez Cançado Trindade, en virtud de que convergen en: a) adecuación del derecho interno a las normas de la Convención Americana, y b) de la garantía de la supremacía de los derechos humanos. Ambos temas, vinculados íntimamente con el análisis del presente trabajo.

V. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y DERECHOS HUMANOS

El control de convencionalidad entraña no solo la adecuación de las normas internas al emanado del derecho internacional, relativo al contenido normativo de los textos, sino también el que se refiere a su interpretación por parte de la Corte Interamericana, y desde luego, a su jurisprudencia.

Efectivamente, es a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente haciendo alusión a lo establecido en un caso mexicano, que el tribunal colegiado ejerció un control de convencionalidad para interpretar la garantía de acceso a la justicia. En

tal sentido, dicho tribunal señaló que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus jueces, como parte del aparato estatal, deben velar por que sus disposiciones no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que sean contrarias a su objetivo y fin.²¹

Ignacio Francisco Herrerías Cuevas,²² citando a Rey Cantor, refiere que el control de convencionalidad de las normas de derecho internacional es fruto de la jurisprudencia de la Corte (Interamericana de Derechos Humanos), y como tal, el Tribunal tiene competencia inherente para la protección internacional de la persona humana, según se desprende del segundo considerando del preámbulo de la Convención Americana, que enuncia el objeto y fin del tratado, en relación con los artículos 2o., 33, y 62 de la Convención, de los que claramente se desprende que corresponderá a la Corte verificar si un Estado ha cumplido o no con los compromisos internacionales expidiendo leyes incompatibles y violando derechos reconocidos en ese tratado, haciendo un examen de confrontación normativo del derecho interno (Constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etcétera) con las normas internacionales, al que se le denomina “control”, y al asegurar la supremacía de la Convención se denominará “control de convencionalidad”, para que en su caso se dicte sentencia ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con objeto de garantizar la supremacía de la Convención Americana.

El control de convencionalidad es un principio con estándares y reglas provenientes de sentencias de tribunales internacionales, con el derecho interno y concretamente con la garantía de acceso a la justicia, obligatoria para los jueces internos como un control eficaz para hacer efectivos los derechos humanos.

El control de convencionalidad ha resultado una herramienta formidable y eficaz para hacer efectivos los derechos humanos, pues a través de una excelente articulación de estándares y reglas provenientes de tribunales internacionales, que obliga a los jueces nacionales a ajustar el derecho interno a su contenido.

²¹ Citado por Camargo González, Ismael y López Sánchez, Francisco, *La argumentación jurídica y los nuevos paradigmas del derecho*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2012, p. 11. Control de convencionalidad, <http://www.juridicas.unam.mx>.

²² Herrerías Cuevas, Ignacio Francisco, *Control de convencionalidad y efectos de las sentencias*, México, URBIJUS, 2012, p. 88.

VI CONCLUSIONES

Aun cuando pudieran existir voces discordantes en torno a la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su protagónico rol de tribunal supranacional (otorgado, por cierto, por acuerdo de los Estados partes la Convención Americana de Derechos Humanos), alegando entre otras cosas vulneración a la soberanía nacional, carencia de tradición histórica constitucionalista, violación al principio de irretroactividad, entre otros, lo cierto es que el proceso de consolidación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no ha sido fácil, ya que hubo de transitar por un largo y escabroso camino aplicando criterios de interpretación expansiva y no restrictiva respecto a la esencia del derecho internacional en relación con el derecho interno y su vínculo especial con la protección de los derechos humanos.

Ponderamos la importancia de la reforma constitucional que nuestro país llevó a cabo en materia de derechos humanos, recientemente (junio de 2011), pues direcciona en un mismo sentido el derecho interno y el derecho internacional, incorpora, reconoce y amplía plenamente los derechos humanos al sistema constitucional y adopta importantes paradigmas, como el principio *pro homine* insertando a nuestro país en las corrientes teóricas de carácter global, que impulsan la supremacía del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno.

Por otra parte, resulta evidente el estrecho vínculo existente entre los derechos humanos y el sistema interamericano de derechos humanos, conformado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Interamericana y sus instrumentos normativos. Esto deriva fundamentalmente en el nacimiento de un nuevo paradigma: *el control de convencionalidad*.

VII. FUENTES DE CONSULTA

AYALA CORAO, Carlos M., “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, en MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Fundación de Derecho Público, Venezuela, Fundación Editorial Jurídica Venezolana, Hispamer, Nicaragua, Universidad Central de Chile, Universidad Externado de Colombia, Universidad de Lima y la UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.

- BICUDO, Helio, “Cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *El sistema de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Organización de los Estados Americanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Agencia Española de Cooperación Internacional y Gobierno de la República de los Estados Unidos Mexicanos, San José de Costa Rica, 2003, t. I.
- BOSADA RAMÍREZ DE ARELLANO, David, *Vida internacional de la Comisión Nacional de Derechos Humanos*, México, CNDH, 2005.
- CARPISO, Jorge, “Los derechos humanos, naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 25, julio-diciembre de 2011.
- CAMARGO GONZÁLEZ, Ismael y LÓPEZ SÁNCHEZ, Francisco, *La argumentación jurídica y los nuevos paradigmas del derecho*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2012.
- ESCALONA MARTÍNEZ, Gaspar, “La naturaleza de los derechos humanos”, en GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (coord.), *Pasado, presente y futuro de los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos-Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2004.
- GAMBOA MONTEJANO, Claudia (coord.), *Reforma constitucional relativa a los derechos humanos y los tratados internacionales*, México, LXI Legislatura, Cámara de Diputados, Dirección General de Servicios de Documentación y Análisis, 2012.
- HERRERÍAS CUEVAS, Ignacio Francisco, *Control de convencionalidad y efectos de las sentencias*, México, URBÍJUS, 2012.
- _____, y ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos del, *El control de constitucionalidad y convencionalidad*, México, URBÍJUS, 2012.
- LUGO GARFIAS, María Elena, “La dignidad y el trato digno como compromiso del Estado mexicano”, *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, México, Derechos Humanos México, nueva época, año 6, núm. 16, 2011.
- NIKKEN, Pedro, “El derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Caracas, núm. 72, 1989.
- PIZA R., Rodolfo E., *Derecho internacional de los derechos humanos: la Convención Americana*, San José, 1989.

Medios electrónicos

Caso Gomes, Lund y otros (“guerrilha do araguaia”) vs. Brasil, http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/seriec_219_esp.pdf.

Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/radillapacheco_19_05_11.pdf.

Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Sentencia del 29 de julio de 1988 (Fondo), Corte Interamericana de Derechos Humanos, http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/radillapacheco_19_05_11.pdf.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, “Los derechos humanos elevados a nivel constitucional, una gran innovación”, *Boletín*, México, D. F., Academia Mexicana de Ciencias, AMC/299/13, 24 de agosto de 2013, <https://blu174.mail.live.com/default.aspx?id=64855&owa=1&owasuffix=owa%2f#n=1319156176&fid=1&mid=d4448f82-0cef-11e3-a5af-00215ad8572c&fv=1>.

¿ES POSIBLE EL CONTROL PLENO DE CONVENCIONALIDAD EN ESPAÑA?

Raúl CANOSA USERA*

SUMARIO: I. *El control de convencionalidad, último fruto de laboratorio constitucional iberoamericano.* II. *La situación en Europa.* III. *La experiencia española.* IV. *Conclusión.*

I. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, ÚLTIMO FRUTO DE LABORATORIO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO

La Corte de San José, a pesar de haber dictado muchísimas menos sentencias que su homólogo europeo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), ha aportado hitos extraordinarios, tanto en lo que hace a la interpretación de los derechos convencionales como en lo que atañe a la posición de la Corte. Acerca de lo primero, recuérdese su creación del concepto de desaparición forzada de personas. Por lo que toca lo segundo, la exuberante y revolucionaria teoría y práctica del control de convencionalidad, tanto de la Corte misma como el control irradiado a los tribunales nacionales.

Bien es cierto que la mayor longevidad y el mayor número de casos resueltos por el Tribunal Europeo han ejercido notable influencia en la jurisprudencia de la Corte de San José, pero no es menos cierto que las soluciones de ésta también han influido en la jurisprudencia del TEDH.¹ Ahora bien, la última gran aportación de la Corte, el llamado “control difuso de convencionalidad”,² no es fácil de recibir en el sistema europeo, por las ra-

* Catedrático de derecho constitucional, Universidad Complutense.

¹ Acerca de la comunicación entre ambos sistemas, *cf.* García Roca, Javier *et al.*, “La comunicación entre ambos sistemas y las características del diálogo”, en García Roca, Javier *et al.* (eds.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Madrid, Thomson Reuters, 2012, pp. 66 y ss.

² El más importante y consciente intento de elaborar una teoría acerca del control difuso de convencionalidad se debe a Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell,

ziones que trataremos de explicar, al menos no totalmente como se tiende a practicar en el sistema interamericano. En éste aparece como una consecuencia natural que la Corte ha ido creando pretorianamente y que, no sin conflictos con algunos Estados, ha venido siendo aceptada por las jurisdicciones nacionales. Veamos este proceso e indagemos en las posibilidades de su recepción en Europa, en particular en España.

Se decía que Francia era el laboratorio constitucional de Europa; un pueblo tan inteligente como el francés se entretenía experimentando soluciones constitucionales a los problemas políticos que afrontaba. Hoy esta caracterización debe atribuirse a los países de Iberoamérica, cuyas Constituciones son un prodigio de originalidad, así como al discurrir del sistema interamericano de derechos humanos. Y cuando prevalece el prurito de originalidad, en ocasiones se yerra, pero los aciertos, cuando se producen, causan admiración. Uno de tales aciertos parece ser el control de convencionalidad.

1. *El intenso proceso interamericano de constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos*

La originalidad latinoamericana sobrepasa el marco estatal para plantearse asimismo en el derecho internacional de los derechos humanos. Se han tomado muy en serio los derechos, también a escala internacional. Y si las declaraciones de derechos en las Constituciones de la región asombran por su prolijidad, causa mayor impresión todavía —por ser más lógica— la pretensión de hacer valer las declaraciones internacionales, en particular la Convención Interamericana, el Pacto de San José de 1962, y sus protocolos, mediante la irradiación de la jurisprudencia de la Corte de San José, incluso con la imposición del control de convencionalidad difuso. Todo ello es de una lógica aplastante y de naturaleza claramente constitucional.

Al apropiarse el derecho internacional de la materia constitucional por excelencia, la de los derechos,³ se plantea de inmediato la cuestión de su eficacia. Proclamar derechos y no prever mecanismos de garantía conduciría a su esterilidad y es contrario a la racionalidad de su proclamación. Cuando tras la Segunda Guerra Mundial comienzan a declararse internacionalmente los derechos, se da ese paso de gigante que acaba configurando a los seres

Miguel y Salazar, Pedro, *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 339 y ss. Del mismo autor: “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, El Colegio Nacional, 2010, pp. 155-188.

³ Fenómeno bien explicado por Góngora Mera, Manuel Eduardo, *Inter-American Judicial Constitutionalism*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2012, pp. 199 y ss.

humanos como sujetos de derecho internacional, que en buena lid deberían tener acceso a mecanismos, también internacionales, de tutela.

Para que el sistema funcionara era indispensable que estos mecanismos fueran efectivos, y de un modo u otro lo han sido en dos ámbitos regionales: el europeo y el interamericano. No han sido idénticas las soluciones ofrecidas en cada caso, así que hay similitudes, pero también diferencias. Y la conclusión es que en ciertos aspectos (los tratados en este artículo) se ha avanzado más en el sistema interamericano, gracias al activismo inteligente de la Corte de San José, que, a pesar de dictar muchísimas menos sentencias que el TEDH, las ha sabido emplear para convertirse en una suerte de supertribunal de derechos humanos y exigir que los jueces nacionales se conviertan en auxiliares suyos mediante el control de convencionalidad nacional.

La consecuencia apuntada implica la plena constitucionalización del derecho internacional con la puesta a disposición del órgano internacional destinado a interpretar y aplicar los tratados de una jurisdicción obligatoria con la extensión que la misma Corte de San José ha determinado (lo que ha hecho muy intensamente), y unos Estados dispuestos a abrirse al derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo en esta apertura la aceptación de la superioridad de las interpretaciones llevadas a cabo por la Corte y la obligación de depurar internamente el derecho nacional a la luz del bloque de la convencionalidad. De nada hubiera servido el activismo de la Corte si los Estados no hubieran dispuesto la indispensable apertura de sus ordenamientos y sus tribunales no hubieran acatado y hecho valer frente al legislador nacional la jurisprudencia de la Corte Interamericana.⁴ Este doble movimiento, de la Corte y de los Estados, se ha conjugado en un fenómeno que causa asombro y admiración entre los europeos y justifica que estas páginas se dediquen a imaginar la repetición del proceso en Europa.

2. *Apertura de los Estados al derecho internacional de los derechos humanos*

Si en los Estados radica la soberanía, era indispensable que los mismos ordenamientos constitucionales o la práctica de sus máximos intérpretes se abriera al derecho internacional de los derechos humanos y permitiera la recepción nacional de tales tratados y de su interpretación suprema realizada por la Corte Interamericana. Las soluciones internas a esta difícil ecuación que supone, de una suerte u otra, aceptar limitaciones a la soberanía, no son

⁴ El resultado ha sido lo que se analiza en el libro coordinado por Corzo Sosa, Edgar *et al.*, *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2013.

uniformes, pero tienden a asegurar el resultado final pretendido e impuesto desde la Corte de San José. Coexisten así las variadas soluciones nacionales con la única doctrina acerca de las obligaciones para los Estados que impone la Convención según el parecer de la Corte.⁵

Las Constituciones no suelen establecer explícitamente la superioridad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, sino mencionar los tratados sobre derechos ratificados por los respectivos Estados. El grado de apertura⁶ mayor se produce cuando la Constitución interna atribuye a los tratados sobre derechos el valor de norma constitucional.⁷ Esta equiparación de rango amplía el bloque de la constitucionalidad, extendiendo sobre los tratados el rango normativo supremo. Lo anterior tiene la consecuencia evidente de que estos tratados ratificados se incorporan al derecho nacional con el valor de norma constitucional. Es el caso pionero del artículo 75.22 de la Constitución argentina.

Es obvio, empero, que los Estados ratifican con pleno uso de su soberanía y no lo harían si el tratado fuera contrario a la Constitución nacional. Deben, pues, verificar, si procede, la sintonía entre el tratado y la Constitución nacional. Pero una vez ratificado, el tratado se convierte en norma nacional. Se introduce así una diferenciación entre los tratados sobre derechos que presentarían rango constitucional y los demás que ocuparían una posición subordinada en el orden jurídico nacional.

Otros ordenamientos, como el mexicano, atribuyen a los tratados, todos ellos, el carácter de suprema ley del país (artículo 133), pero no vienen colocados a la par que la Constitución, aunque sí por encima de la ley. Por último, todavía algunos ordenamientos equiparan los tratados a la ley, pero pueden introducir una invocación a su función interpretativa de los derechos fundamentales constitucionalmente declarados, en la estela del artículo 10.2 de la

⁵ Por lo que concierne a la internacionalización del derecho constitucional, *cf.* Ayala Corao, Carlos, “Mundialización de los derechos humanos”, en Häberle, Peter y García Belaunde, Domingo (dirs.), *El control del poder. Libro homenaje a Diego Valadés*, Lima, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2012, pp. 94 y 95.

⁶ Que analiza Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme...”, *cit.*, pp. 345 y ss. También Fix-Zamudio, Héctor, “La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, t. II, pp. 583 y ss.

⁷ Acerca de la inclusión de los tratados en el bloque de la constitucionalidad, *cf.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme...”, *cit.*, pp. 356 y 357; García Ramírez, Sergio y Castañeda Hernández, Mireya (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

Constitución española. La Constitución de México hace esto último (artículo 1o., párrafo segundo) en la reforma de 2011.

Incluso hay países que, sin prescripción constitucional concreta, han admitido por medio de sus intérpretes supremos la interpretación de la Corte Interamericana, aplicando el criterio *pro persona*,⁸ principio que también se recoge en varias Constituciones iberoamericanas.

De una u otra suerte el grueso del constitucionalismo iberoamericano ha admitido la fuerza de los tratados sobre derechos y se ha ido mostrando cada vez más dispuesto a aceptar el magisterio interpretativo de la Corte de San José. Con razón habla Sergio García Ramírez⁹ de la fuerza del derecho internacional de los derechos humanos. Veamos ahora el proceder de la Corte IDH.

3. Interpretación extensiva de sus propias competencias por la Corte de San José y la invención del control de convencionalidad difuso

Podía haber sucedido que la Convención Interamericana, como otros tratados internacionales sobre derechos, incluso convertidos internamente en normas de rango constitucional, hubiera quedado al albur de los supremos intérpretes nacionales. Éstos los habrían hecho valer como tales normas constitucionales integrándolas con las normas genuinamente nacionales reconocedoras de derechos. La Convención Interamericana, sin embargo, puso en funcionamiento un sistema de garantías que culmina en la Corte, cuyo reconocimiento por parte de los Estados, mayoritariamente iberoamericanos, ha acabado convirtiéndola en una suerte de supertribunal de amparo, ya que dice la última palabra acerca de los derechos. Así las cosas, los supremos intérpretes nacionales no pueden arrogarse esta función si sus Estados han reconocido la jurisdicción de la Corte de San José. Y como ésta dice la última palabra acerca del alcance de la Convención, todos los órganos del Estado, incluyendo los supremos intérpretes de los derechos, han de acomodarse a ella. Es la lógica implacable de los tiempos procesales que coloca a un órgano, en este caso internacional, a decir la última palabra. El sistema carecería de sentido si lo decidido por la Corte internacional no fuera atendido por los Estados.

⁸ Sobre este principio, *cf.* Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 298 y ss.

⁹ “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 28, 2011, pp. 131 y ss.

Lo asombroso de la experiencia interamericana consiste en la amplitud con que la Corte de San José ha extendido sus exigencias a los Estados y la docilidad con la que los máximos intérpretes de muchos Estados las han aceptado.¹⁰

A. *Del control de actos al control de normas*

Los sistemas internacionales de protección de derechos nacieron como un tipo de amparo mediante el cual las pretensiones de protección de los derechos, una vez agotadas las vías internas, podían suscitarse ante la Comisión, lo que sigue ocurriendo en el sistema interamericano, y posteriormente ante el tribunal, a propuesta de aquella. En el sistema europeo, tras el Protocolo adicional 14,¹¹ el acceso es ya directo ante el tribunal, sin la intermediación de la Comisión, una vez agotadas las vías judiciales internas.

Lo que se ventilará en cada caso será la eventual lesión de un derecho convencional de uno o varios sujetos determinados, imputable a la acción u omisión de un poder público de un Estado integrante del sistema. El Estado, si es declarado infractor del tratado, habrá de ejecutar la sentencia de la Corte internacional.

Era inevitable, y ello sucedió con el TEDH y con la Corte Interamericana, que en ciertos casos la alta instancia internacional apreciara que la lesión del derecho no estribaba en una acción ilegal del poder público interno (ilegalidad entendida como desconformidad con la ley nacional), sino consecuencia inevitable de la aplicación correcta de la ley nacional. El problema consistía en estos casos en la persistencia de una disposición general cuya aplicación provocaba la lesión del derecho convencionalmente reconocido. La sentencia de la alta instancia internacional debía restablecer al agraviado, a la víctima de la lesión, pero al hacerlo no podía sino constatar que tal lesión individual era fruto de la aplicación de la norma general, que, como en el caso concreto resuelto, podría potencialmente producirse en otros muchos donde la norma se aplicara.

El test de convencionalidad se extendía, era inevitable, del caso concreto a la disposición general, y así nació el control de convencionalidad

¹⁰ En general, acerca del control de convencionalidad, *cf.* Sáiz Arnáiz, Alejandro y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial. Una visión desde Europa y América Latina*, México, Porrúa-UNAM, 2012; García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad...”, *cit.*, pp. 123 y ss.; Carbonell, Miguel, *Introducción general al control de convencionalidad*, México, Porrúa, 2013.

¹¹ Sobre este particular, *cf.* Pastor Ridruejo, José Antonio, “El protocolo 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos: ¿estamos ante la reforma que necesita el Tribunal?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 56, núm. I, 2004, pp. 141-150.

de las normas de origen incidental, un control concreto. El control de acto se completó, cuando era pertinente, con un control de normas. El TEDH o la Corte Interamericana no tuvieron más remedio que denunciar la “inconvencionalidad” en las disposiciones nacionales, y aún fueron más lejos cuando destacaron las omisiones legislativas que directamente vulneraban los derechos convencionales que los Estados quedaban obligados a proteger desde que ratificaban el tratado.

Al tratarse de un control de origen incidental, en un caso concreto, es control de normas; es decir, de los sentidos normativos que se infieren, en ese caso, de las disposiciones generales. El origen de este control se aproximaría al propio de los sistemas de control de constitucionalidad difuso. Distinto sería el proceder en los sistemas de control concentrado donde se examina en abstracto la disposición general para comprobar su conformidad o no con la Constitución y declarar su invalidez y anularla. Es bien conocido, sin embargo, que cuando el máximo intérprete en un sistema de control difuso declara la inaplicación de la norma inferida de la disposición general, en la medida en la que no haya otras normas, otras interpretaciones posibles, esa disposición queda de facto eliminada del orden jurídico, lo que aproxima los efectos de estas declaraciones de inconstitucionalidad en el caso a los previstos en un sistema de control concentrado por la declaratoria de inconstitucionalidad acompañada de la nulidad. Por lo demás, en los sistemas de control concentrado existe frecuentemente la cuestión de inconstitucionalidad (Italia, Alemania, España), mediante la cual el tribunal constitucional se pronuncia acerca de la posible inconstitucionalidad suscitada en un caso concreto (control incidental) por el órgano judicial ordinario encargado de aplicarla. En estas situaciones, pero también en el control abstracto, los tribunales constitucionales dictan con frecuencia sentencias interpretativas que implican descartar interpretaciones, normas posibles extraíbles de la disposición general. Solo cuando ninguna de las posibles interpretaciones es constitucional proceden a anular la disposición impugnada o cuestionada.

Queda así clara la aproximación de los sistemas concentrado y difuso, y lo que ocurre en estos sucede también en los tribunales internacionales sobre derechos, aunque con un ámbito material más acotado. En efecto, lo concebido como un amparo, no como un control de normas, acaba inexorablemente derivando en esto, al plantearse lo que es evidente: que una norma puede contravenir otra: la nacional contrariar la internacional y en esa disonancia radicar la lesión del derecho concreto proclamado en el tratado.

Este inevitable discurrir jurisprudencial parece ser la razón de ser de las jurisdicciones internacionales de la libertad, cuyo objeto principal sería

entonces el control de convencionalidad,¹² y no tanto el amparo de los derechos. A mi parecer, es muy discutible, en particular respecto a la jurisdicción del TEDH. La tarea principal de estos tribunales es el amparo, solo que ha sido indispensable hacer control de convencionalidad en ciertos casos que, en la Corte IDH, han sido los más. De facto, pues, en gran parte de los pleitos resueltos dentro del sistema interamericano era preciso evacuar un control de convencionalidad.

El discurrir trazado no es novedoso, pues en todo sistema de protección de la libertad surgen casos donde se detecta esa vulneración “normativa” de los derechos. Lo llamativo es que tal fenómeno ocurra en una jurisdicción internacional. Pero era inevitable que así sucediera si se dispensaba en ella el amparo de los derechos que pudieran lesionarse tanto por la aplicación incorrecta de una norma general como por la norma misma. En los ordenamientos internos la segunda situación se resuelve abriendo la puerta al control de constitucionalidad de la norma. La solución en la jurisdicción internacional no podía alejarse mucho de la constitucional. Así nace el control de convencionalidad, tanto en el sistema europeo como en el interamericano. La diferencia entre ellos radica en la gran intensidad que presenta en el sistema interamericano, y sobre todo en la irradiación —control de convencionalidad difuso— que la Corte de San José ha impuesto a las jurisdicciones nacionales como una derivación de las obligaciones convencionales.¹³

B. Tipos de control de convencionalidad. La conversión del juez nacional en auxiliar del sistema interamericano. El pleno control nacional de convencionalidad

Según quien realice el control podemos distinguir entre control originario, si lo efectúa la propia Corte, y derivado o difuso si lo llevan a cabo las autoridades nacionales, en particular los órganos judiciales. Ya hemos descrito la etiología del control originario efectuado por la Corte. A ella corresponde fijar el alcance de la Convención, de la que es intérprete suprema. El problema estribaba en cómo obligar a los Estados a proteger los derechos convencionales en los términos determinados por la Corte; en otras palabras, hacer vinculante su interpretación más allá de la mera satisfacción para la víctima de cada caso concreto.

¹² Tesis de Ferrer Mac-Gregor, según el cual “el control de convencionalidad es la razón de ser de la Corte”, en “Interpretación conforme...”, *cit.*, p. 368.

¹³ Incluso, García Ramírez ha hecho derivar esa obligación de la subsidiariedad, “El control judicial interno de convencionalidad...”, *cit.*, pp. 147 y ss.

Por lo demás, a la Corte llegan muy pocos casos, una diferencia abrumadora con los miles resueltos cada año por el TEDH. Si la Corte se hubiera limitado a la satisfacción en los casos resueltos, su incidencia habría sido mínima. Por el contrario, la Corte tiene en el área iberoamericana un predicamento excepcional, que ha labrado con la extensión de sus propias competencias y la imposición de algunas a los Estados.

Para empezar, ha llevado a sus fallos no solo las compensaciones económicas para las víctimas, sino también otras medidas, algunas muy imaginativas, que restablecieran plenamente el derecho; además, ha exigido medidas legislativas que hicieran imposible nuevos casos.¹⁴ Pero lo verdaderamente relevante es que ha ordenado también en sus fallos, tras argumentaciones irreprochables, que las autoridades nacionales, en especial los jueces, llevaran a cabo un control de convencionalidad del derecho interno. Ha convertido a los jueces nacionales en jueces del sistema interamericano.¹⁵ De esta manera, con pocos pronunciamientos propios, la Corte espera, y lo está consiguiendo (véase el ejemplo clamoroso de México),¹⁶ que su doctrina irradie, se aplique por los jueces nacionales. Así lo demuestran sentencias de los más importantes cortes supremas (Argentina o México) o tribunales constitucionales (Perú o Colombia) que siguen sus dictados.¹⁷ En todo caso

¹⁴ Acerca del contenido de los fallos de la Corte IDH, *cf.* Cançado Trindade, Antônio Augusto, “Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización...*, *cit.*, t. II, pp. 189 y ss.; Cassel, Douglas, “El alcance e impacto cada vez mayores de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización...*, *cit.*, t. II, pp. 215 y ss.; Herrerías Cuevas, Ignacio Francisco, *Control de convencionalidad y efecto de las sentencias*, México, UBIJUS, 2012; Silva García, Fernando, *Derechos humanos; efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007. Sobre la comparación entre el contenido de los fallos de la Corte IDH y del TEDH, *cf.* García Ramírez, Sergio y Zanghi, Claudio, “Las jurisdicciones regionales sobre derechos humanos en los correspondientes sistemas de protección”, en García Roca, Javier *et al.* (eds.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos*, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2012, pp. 424 y ss.

¹⁵ Como han puesto de relieve, entre otros, Sagüés, Néstor, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales...*, *cit.*, p. 389. Asimismo, véase Ferrer Mac-Gregor, “Interpretación conforme...”, *cit.*, p. 379; Nogueira Alcalá, Humberto, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 135, 2012, pp. 1185 y ss.

¹⁶ A propósito de la recepción en México de la doctrina de la Corte IDH, *cf.* Ferrer Mac-Gregor, E., *op. cit.*, pp. 400 y ss.

¹⁷ Sobre esta recepción desigual, *cf.* los análisis de Ayala Corao, “Mundialización...”, *cit.*, pp. 100 y ss., y de Ferrer Mac-Gregor, E., “Interpretación conforme...”, *cit.*, pp. 380 y ss.

se genera la obligación estatal de articular procedimientos internos para cumplir los fallos de la Corte IDH.¹⁸

Es verdad que la ubicación de la Convención en el orden jurídico nacional o la disposición de los supremos intérpretes nacionales ayuda o perjudica la irradiación del control de convencionalidad, pero asombra la rotundidad con la que la Corte ha trazado el paralelismo entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad¹⁹ para deducir que este último es también tarea de los Estados y no solo de la Corte. Y como ésta es suprema en lo relativo al control de convencionalidad, el que harán los Estados deberá seguir las pautas marcadas por la Corte. Rotundidad de unos argumentos que comenzó a exponer el juez mexicano de la Corte, Sergio García Ramírez (voto concurrente en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, del 25 de noviembre de 2003),²⁰ y que asumió la mayoría en el célebre caso *Almoacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile*, del 26 de septiembre de 2006.²¹

Sagüés clasifica la posición de los Estados en aceptación expresa, aceptación tácita, silencio y negación tácita. Por su parte, Serna de la Garza simplifica la distinción entre países internacionalistas y nacionalistas, *op. cit.*, pp. 244 y ss. También Bazán, Víctor, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 18, 2011, pp. 69 y ss.

¹⁸ Tal y como apunta Fix-Zamudio, Héctor, “La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización...*, *cit.*, pp. 659 y ss.

¹⁹ Paralelismo ya trazado en un voto particular por García Ramírez en el caso *Tibi vs. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004. El argumento lo desarrolla Ferrer Mac-Gregor, E., “Interpretación conforme...”, *cit.* y también plásticamente por Sagüés, N., “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. A propósito de la constitución convencionalizada”, *Parlamento y Constitución*, núm. 14, 2011, pp. 143-152. El mismo Sagüés en “El «control de convencionalidad» como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización...*, *cit.*, pp. 462 y 463. Asimismo, Torres Zúñiga, Natalia, *El control de convencionalidad*, Académica Española, 2013, pp. 101 y ss. También Carnota, Walter F., “La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 15, 2011, pp. 51 y ss. Igualmente, Humberto Nogueira Alcalá estudia esas diferencias, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano...”, *cit.*, pp. 1181 y ss.

²⁰ García Ramírez ha contribuido desde la cátedra y como juez de la Corte IDH a crear, primero, y consolidar después el concepto y la práctica del control de convencionalidad. Al voto particular en el caso *Myrna Mack* se suman los de los casos *Tibi vs. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004 y *Vargas Areco vs. Paraguay*, del 26 de septiembre de 2006.

²¹ Acerca de este caso hay abundante literatura, entre otros, *cfr.* Ferrer Mac-Gregor, E., “Interpretación conforme...”, *cit.*, pp. 374 y ss.; Sagüés, N., “El control de convencionalidad...”, *cit.*, pp. 382 y ss.; Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa-IMDPC, 2008, pp. 157 y ss.

En esta sentencia la Corte se refirió a “una especie de control de convencionalidad”. El caso era claro: una ley de autoamnistía cuya correcta aplicación producía lesión de derechos convencionales. En una sentencia posterior (Trabajadores cesados del Congreso *vs.* Perú, del 24 de noviembre de 2006) se acabó, sin más, hablando del “control de convencionalidad” que debían desarrollar los jueces nacionales.

Lo decisivo de estas sentencias y de las varias que han seguido después es que lo hecho de antiguo por la Corte se califica como control de convencionalidad y además se exige su práctica a todos los jueces nacionales. Desde ese momento la Corte, sin ambages, ha venido sosteniendo esta posición en posteriores sentencias que se ha visto reforzada por la respuesta satisfactoria de muchos altos tribunales nacionales.

En la literatura jurídica iberoamericana se está imponiendo la dicotomía control de convencionalidad concentrado y control de convencionalidad difuso.²² El primero sería el efectuado por la Corte IDH; el segundo, el practicado por los tribunales nacionales. La terminología me parece perturbadora, porque en el control de inconstitucionalidad se distingue nítidamente entre ambos y, con excepciones, cuando existe uno de los dos tipos (concentrado o difuso) no existe el otro. Precisamente lo que caracteriza al concentrado es no ser difuso, y a la inversa. Si entendemos el sistema interamericano de protección de los derechos integrado por el control de la Corte y por el de los jueces nacionales; es decir, como un todo, la calificación que merecería ese todo sería la de control difuso: todos los órganos judiciales, tanto el internacional como los nacionales, realizarían el control, y la Corte de San José sería, en el paralelismo con un sistema estatal de control difuso, una suerte de corte suprema. En este mismo esquema, el sistema europeo sería más bien concentrado, porque solo el TEDH efectuaría auténtico control de convencionalidad.

Según lo indicado, mejor sería referirse al control ejercido por los jueces nacionales como irradiado o derivado, por contraste con el originario y supremo ejercido por la Corte IDH. En este sentido, Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona prefieren distinguir entre control internacional (el de la Corte IDH) y control interno (el estatal).²³

²² Quien a mi parecer mejor la han teorizado son Ferrer Mac-Gregor, E., “Interpretación conforme...”, *cit.*, pp. 421 y ss., y García Ramírez, que los distingue como “métodos para el control”, en “El control judicial interno de convencionalidad...”, *cit.*, pp. 150 y ss.

²³ *Las reformas en derecho humanos, procesos colectivos y amparo*, México, Porrúa-UNAM, 2013, pp. 19 y 20. Carlos Ayala Corao utiliza las mismas expresiones, *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2012, pp. 119 y ss.

C. *Fundamento del control de convencionalidad*

Hemos dicho que el desenvolvimiento lógico de un sistema de protección de los derechos desemboca en algunos casos en control de normas, de origen incidental, en un caso concreto. Deriva en un control de compatibilidad de la norma cuya aplicación genera la lesión. Si el órgano jurisdiccional que ampara es internacional y aplica una convención, el resultado es el control de convencionalidad, que debe concluir, apurando el razonamiento, en la obligación de los jueces nacionales de evacuarlo, según las directrices de la Corte internacional si tropiezan con normas nacionales contrarias a la Convención.

El control de constitucionalidad, con el cual se ha hecho el paralelismo con el de convencionalidad, parte de una premisa democrática: la acción del poder constituyente cuyo fruto, la Constitución, resulta ser norma suprema. El principio democrático de soberanía nacional se transforma en el jurídico de supremacía constitucional, cuya defensa se articula a través de la justicia constitucional, albacea de tal supremacía.

Los tratados internacionales carecen de ese origen democrático, y su efecto vinculante no reposa en el principio democrático, sino en el *pacta sunt servanda*. Bien es cierto que algunas Constituciones atribuyen a los tratados sobre derechos rango constitucional y aun supraconstitucional, pero al hacerlo elevan el rango en el orden interno de una norma de fuente internacional, pero no resuelven la ubicación del máximo intérprete de los tratados, en el caso del Pacto de San José, el de la Corte IDH. Esta hace un razonamiento irreprochable que no puede basarse en lo prescrito por las Constituciones estatales, sino fundarse en la propia Convención y en el derecho internacional general.²⁴ Entre las primeras, la Corte cita el artículo 1o., “Obligación de respetar los derechos” sin discriminación de ningún género; al anterior se suma el artículo 2o., “Deber de adoptar disposiciones de derecho interno” que introduce la obligación de aprobar “medidas legislativas o de otro género que fueran necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.²⁵ Aunque no expreso, a este deber se suma el de omitir y, en su caso, derogar las medidas que impidan el ejercicio de los derechos. Ejemplo de esto último se produce cuando la resolución de la Corte declara la inconvencionalidad de una norma general; por ejemplo, los casos de leyes de autoamnistía (caso

²⁴ Un buen análisis de los argumentos de la Corte lo ofrecen Ferrer Mac-Gregor, E., “Interpretación conforme...”, *cit.*, pp. 397 y ss., y Sagüés, N., “El control de convencionalidad...”, *cit.*, pp. 383 y ss.

²⁵ En específico, acerca de los artículos 1o. y 2o. de la Convención, *cf.* García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad...”, *cit.*, pp. 146 y ss.

Almoacid Arellano y otros *vs.* Gobierno de Chile), e incluso de una constitucional (caso La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) *vs.* Chile, del 5 de febrero de 2001). Es el Estado legislador el que se ve sometido a control de convencionalidad.

Pero lo que impone la Corte no es solo que el Estado apruebe o derogue legislación para adaptar su ordenamiento a la Convención y a la interpretación que de ella hace la Corte, sino que reclama también que los jueces estatales efectúen ese control, porque ellos también son Estado, y este incumpliría su obligación si no activa mecanismos que permitan a sus jueces o a algunos de ellos, al menos, llevar a cabo esta tarea. La Corte no impone a los Estados las maneras concretas de esa activación, pero exige que se produzca de un modo u otro. Y en su auxilio, la Corte, además de los citados artículos 1o. y 2o. de la Convención, trae a colación otros de la Convención de Viena, los artículos 26, *pacta sunt servanda*, según el cual todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido de buena fe, y el artículo 27 de la misma Convención, “el derecho interno en la observancia de los tratados”, según el cual “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. El juego de ambos preceptos favorece el efecto útil del tratado; es decir, su mejor cumplimiento.

Respecto al principio *pacta sunt servanda*, es obvio que conforma las relaciones internacionales cuya existencia sería impensable sin la buena disposición de las partes a cumplir sus compromisos. Y en este sentido la invocación de las normas internas para negarse sería la muestra más acabada de mala fe. Por su parte, el artículo 2o. de la Convención Interamericana deja clara la obligación de adoptar medidas legislativas y de otra índole para favorecer el cumplimiento de los compromisos convencionales mientras que el artículo 1o. concreta el *pacta sunt servanda*.

Claro está que pueden suscitarse controversias en torno al alcance de las obligaciones contraídas en un tratado internacional por sus firmantes, y los tribunales internacionales se ocuparán de ventilarlas. Cuando se trata de un pacto para la protección de derechos y se instituye un tribunal para hacerlo valer, a éste corresponde no solo proteger los derechos en los casos concretos que le lleguen, sino fijar también el alcance de sus propias competencias y, en paralelo, la extensión de las obligaciones que corresponden a las partes contratantes que hayan aceptado su jurisdicción. No hay duda de que con la fundamentación explicada, la Corte San José ha llegado muy lejos, por un lado conformando el control de convencionalidad como una de sus tareas y, sobre todo, al extenderlo a los Estados como una obligación derivada de la Convención. No tenía que haber llegado tan lejos, como no lo ha hecho el tribunal europeo, a pesar de su larga experiencia.

D. *Canon e intensidad del control de convencionalidad*

La rotundidad de la Corte de San José, al imponer a los Estados el control de convencionalidad, parte de la obvia inferencia de que si ella es la suprema intérprete de la Convención, el canon de enjuiciamiento de la convencionalidad no sólo viene integrado por la Convención y sus protocolos, sino asimismo por la interpretación que estas normas han recibido de la propia Corte.²⁶ Una vez más, la lógica del control de constitucionalidad —con las reservas ya apuntadas— se proyecta sobre el control de convencionalidad, y como en aquel, en este la opinión del supremo intérprete, su jurisprudencia, acaba integrándose con la norma interpretada para formar un todo inescindible.

La diferencia entre los dos tipos de control radica en que el orden interno prevé mecanismos enérgicos para hacer valer la interpretación del supremo intérprete de la Constitución, mientras que en un orden internacional, los tribunales encargados de hacer valer sus opiniones carecen de medios coercitivos para imponerlas, más allá de los argumentos convincentes y de la buena fe de los Estados afectados. Ambas circunstancias se han dado, al menos respecto a buena parte de los Estados, en el devenir del sistema interamericano. Aunque con resistencias (véase Venezuela),²⁷ las tesis de la Corte han cuajado y acabado estableciendo, por un lado, que los jueces nacionales han de efectuar el control de convencionalidad y, por otro, que el canon de tal control está integrado por las normas convencionales y por la interpretación que de ellas ha realizado la Corte de San José.

Solo la Corte interamericana puede cambiar su interpretación y alterar el canon, lo que hará cuando lo considere conveniente para adaptarlo a la evolución de la realidad. Los jueces nacionales están sometidos a ella, pues la Convención es lo que la Corte dice que es. Al convertir a los jueces nacionales en auxiliares suyos, la Corte reclama de ellos que efectúen el control de

²⁶ Acaso quien haya mejor explicado esta obviedad es García Ramírez, S., “El control judicial interno de convencionalidad...”, *cit.*, pp. 144 y ss.

²⁷ A propósito de Venezuela, *cf.* Ayala Corao, Carlos, *La inexecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela*, Caracas, Fundación García Pelayo, 2009. Del mismo autor, Ayala Corao, Carlos, “Inconstitucionalidad de la denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 20, 2012, pp. 45 y ss., y Brewer-Carías, Allan, *Sobre la “in” justicia constitucional. La Sala constitucional y el autoritarismo en Venezuela*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2007. Más recientemente, Brewer-Carías, Allan, “El ilegítimo control de constitucionalidad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por parte de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 16, 2012, pp. 335 y ss.

convencionalidad nacional, e insiste en ello desde el caso *Almoacid Arellano* y otros *vs.* Chile. Pidiendo lo más, el control de convencionalidad, no concreta lo menos: la interpretación conforme, que sería su consecuencia natural, como apunta Ferrer Mac-Gregor²⁸ en su voto razonado a la sentencia del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 26 de noviembre de 2010. El control de convencionalidad se desplegaría en la interpretación conforme o armonización y en la eventual declaración de inconvencionalidad.²⁹ La armonización consistiría en la interpretación conforme al bloque de la convencionalidad del derecho nacional,³⁰ si esta no fuera posible, habría que concluir en la declaración de inconvencionalidad de la norma nacional para inaplicarla o ponerla fuera del orden jurídico nacional; es decir, activando los mecanismos de control de constitucionalidad internos. En cierto modo el control de convencionalidad interno vampiriza los mecanismo internos de control de constitucionalidad aprovechándolos para hacerlo efectivo.

La armonización es la manera natural de acomodar normas disonantes a priori. La primera que hace interpretación conforme es la propia Corte Interamericana, ya que, como sucede con el control de constitucionalidad, debe partir de una presunción de convencionalidad; es decir, de compatibilidad del derecho nacional con la Convención. Por otra parte, el proceso contencioso que ante ella se sustancia tiene en principio naturaleza de amparo, no de control normativo —solo las opiniones consultivas se aproximarían al control abstracto—, así que solo incidentalmente se plantea la anticonvencionalidad de la norma nacional, incluso en virtud del principio *iura novit curia*. Ya es un hábito que la Corte se pregunte por la convencionalidad del derecho interno, y habrá de cargarse de razones para declarar su incompatibilidad con la Convención. Antes prefiere acomodar la interpretación de la norma nacional al tratado, en esencia a la interpretación que de él la propia Corte ha efectuado.

En este proceso es llamativo que no importe el rango de la norma nacional, ya que la Corte puede interpretar conforme a la Convención incluso normas constitucionales; es el caso, por ejemplo, del artículo 13 de la Constitución mexicana en el caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. México*, del 23

²⁸ Que glosa Sagüés, N., “El control de...”, *cit.*, p. 391.

²⁹ Esta diferente intensidad en el despliegue del control de convencionalidad interno la analiza Ferrer Mac-Gregor, E., “Interpretación conforme...”, *cit.*, pp. 386 y ss. Sagüés distingue, según sus resultados, entre control represivo o destructivo (cuando se concluye en una declaración de inconvencionalidad) y preventivo o constructivo (interpretación conforme), “El control de...”, *cit.*, pp. 384 y ss.

³⁰ Fix-Zamudio y Valencia Carmona, *op. cit.*, pp. 3 y ss. Asimismo, Serna de la Garza, *op. cit.*, pp. 297 y ss. La armonización sería fruto de una convergencia de interpretaciones, según Góngora Mera, *op. cit.*, pp. 211 y ss.

de noviembre de 2009.³¹ Entre las posibles interpretaciones de este precepto, la de la Corte descarta aquella que imperaba en México, para desvelar otra significación que fuera conforme con la Convención. Sin embargo, sí declaró inconvencional la legislación infraconstitucional que desarrollaba el precepto constitucional citado.

De lo anterior se colige que los intérpretes supremos nacionales han dejado de serlo para serlo la Corte, que en último término fija no solo el sentido de la Convención, sino también la significación, a la luz de esta, de las normas constitucionales e infraconstitucionales nacionales. Y como los tribunales nacionales han de llevar a cabo también esa labor armonizadora, todos quedan sometidos a la interpretación de la Corte Interamericana. Véase, por ejemplo, la resolución del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en el expediente Varios, del 14 de julio de 2011,³² en la que se asume la interpretación hecha por la Corte Interamericana de preceptos constitucionales. El fenómeno es asombroso: ver cómo países antes tan apegados al nacionalismo constitucional cambian espectacularmente de rumbo.

La obligación armonizadora que recae sobre los Estados³³ implica tener presente el entero bloque de convencionalidad, porque si bien las medidas de restitución de los derechos de las víctimas de cada caso afectan a las partes, la fijación de los contenidos de cada derecho convencional produce efectos generales. De aquí se sigue, como ha reiterado la Corte, que toda su doctrina vincula a los Estados, y en especial a sus tribunales, al conformar el bloque de convencionalidad que han de aplicar. Por eso mismo es criticable, como hace Ferrer Mac-Gregor,³⁴ la reducción del efecto señalado que, todavía con un atisbo de nacionalismo constitucional, acuerda la Corte Suprema de México en el expediente Varios, al resolver por mayoría de seis a cinco que los criterios interpretativos de la Corte Interamericana solo son obligatorios para las autoridades mexicanas si se han vertido en sentencias que cerrasen casos en los que México hubiera sido parte, mientras que los restantes; es decir, los sentados en otros casos sin participación mexicana, quedarían reducidos a meros criterios orientativos.

³¹ A propósito de este caso, *cf.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2011. También Cossío, José Ramón, “Primeras implicaciones del caso Radilla”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 20, 2012, pp. 31 y ss.

³² Sobre esta sentencia, *cf.* Ferrer Mac-Gregor, E., “Interpretación conforme.”, *cit.*, pp. 403 y ss.

³³ Un buen análisis de derecho comparado lo ofrece Ferrer Mac-Gregor, E., “Interpretación conforme.”, *cit.*, pp. 357 y ss.

³⁴ *Ibidem*, pp. 399-406. Ello a pesar del tenor literal del artículo 68.1 de la Convención.

La solución mexicana, que no es habitual en otras jurisdicciones nacionales, distingue entre criterios obligatorios y criterios orientativos, porque reduce, contra el parecer expreso de la Corte Interamericana, los efectos vinculantes de la doctrina interamericana sentada por su intérprete supremo. No tiene sentido aceptar el control de convencionalidad difuso, como hace la Corte Suprema de México, y no vincularse a la entera doctrina de la Corte de San José. El control de convencionalidad nacional no puede quedar al albur de la opinión de la jurisdicción nacional, ya que solo tiene sentido si sirve a la realización de la entera doctrina interamericana impuesta por la Corte de San José. Por lo demás, del artículo 1o., párrafo dos, de la Constitución mexicana, se infiere que el principio de armonización, en este precepto recogido, demanda con naturalidad tener siempre presente, para servirlo, el parecer de la Corte Interamericana,³⁵ pues no se distingue constitucionalmente entre los casos en los que México haya sido o no parte.

Cuando la interpretación conforme, la armonización, no permita compatibilizar la norma nacional con la Convención interpretada por la Corte Interamericana, será necesario declarar la inconventionalidad de la norma nacional. El control de convencionalidad ha de tener en estos casos las mismas consecuencias, con independencia de quien lo efectúe (la Corte Interamericana o los tribunales nacionales). La primera, al declararla, no puede, sin embargo, anular la norma nacional, pero genera en el Estado afectado la obligación de proceder para hacer desaparecer la norma anticonvencional de su ordenamiento. Según sea el rango de la norma, así debería serlo el del legislador interno que la derogue o reforme. Si es norma constitucional, solo al poder de reforma corresponderá efectuarla (caso *La última tentación de Cristo vs. Chile*, del 5 de febrero de 2001).

Naturalmente, la reforma solo procederá tras una resolución de la Corte Interamericana, pues no cabe imaginar un control de convencionalidad nacional efectuado por un tribunal interno que concluya con semejante declaración de una norma constitucional propia. Sin embargo, el sistema judicial nacional, de acuerdo con sus propias competencias, tiene obligación de proceder, de oficio o a instancia de parte, según ha recalado la Corte Interamericana, a llevar a cabo el control de convencionalidad de cualquier norma infraconstitucional. Bien es cierto que el legislador nacional puede adelantarse y operar la reforma pertinente para adecuar la legislación a la Convención, pero en todo caso los tribunales, según sus competencias, han de hacerlo como jueces del sistema interamericano.

³⁵ En este sentido, García Sayán, Carlos, “Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo 1979-2004*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 323-384.

En la medida en que en el orden interno algún órgano jurisdiccional pueda anular leyes, deberá hacerlo cuando detecte la anticonvencionalidad, ya que el bloque de convencionalidad opera tanto como parámetro de la interpretación conforme cuanto canon de enjuiciamiento de las normas internas,³⁶ incluso de las constitucionales, aunque respecto a estas solo la Corte Interamericana pueda declararla. Solo cuando existe un control de constitucionalidad difuso puro (caso de la Argentina), la declaración de inconvencionalidad tendrá efectos *inter partes*, pero en la medida en la que potencialmente esa declaración pueda proyectarse a una generalidad de asuntos, equivale a una anulación. En resumidas cuentas, la declaración de inconvencionalidad ha de equivaler a una de inconstitucionalidad, pues al sometimiento a la Constitución se suma el equivalente al bloque de la convencionalidad.

Si no existiera un modo interno de efectuar esta declaración de inconvencionalidad, tras agotar la interpretación conforme, el Estado incumpliría, como resalta Ferrer Mac-Gregor,³⁷ su compromiso internacional (artículo 2o. de la Convención) e infringiría el Tratado.

¿Pueden equivocarse los jueces nacionales al evacuar el control de convencionalidad? Indudablemente, por muy bien dispuestos que estén, no hay que descartar los errores. En un sistema de control difuso de convencionalidad como el mexicano o el argentino, los tribunales superiores, y en último término la respectiva corte suprema, pueden corregir la errónea apreciación de los tribunales inferiores. Así se acabaría sentando una última palabra estatal acerca de la acomodación de derecho nacional a la Convención y se unificaría el entendimiento “convencional” del ordenamiento interno, como ocurre en el proceso gemelo de constitucionalidad.

Pero también los máximos tribunales nacionales podrían errar por no haber impuesto la doctrina de la Corte Interamericana o no haberlo hecho correctamente. Como no existe un tipo de cuestión prejudicial que permita a los jueces nacionales preguntar al alto tribunal internacional por el alcance de la Convención, en relación con una norma concreta (al modo de la cuestión prejudicial que pueden plantear ante el Tribunal de justicia de la Unión Europea los jueces nacionales de los Estados miembros), solo cabe verificar la adecuación de ese control en los casos que lleguen a la Corte Interamericana. Es lo que sucedió en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, del 26 de noviembre de 2010, en el que México opuso la excepción preliminar de que ya internamente se había efectuado el control de convencionalidad, y que el nuevo caso constituía una cuarta instancia incompatible

³⁶ Ferrer Mac-Gregor, E., “Interpretación conforme...”, *cit.*, p. 389.

³⁷ *Idem.*

con el carácter subsidiario del recurso ante sistema interamericano. La Corte rechazó la excepción e impuso su obligación de llevar a cabo un control de convencionalidad sobre el control de convencionalidad efectuado por los tribunales nacionales.³⁸ Reforzó su papel de órgano de cierre en la interpretación de la Convención. Otra solución hubiera debilitado al sistema interamericano al descabezarlo.

E. *Ius commune interamericano en materia de derechos humanos*

Sorprende que con tan pocas resoluciones la Corte de San José haya impuesto en tan poco tiempo un entendimiento común de los derechos fundamentales³⁹ y revolucionado la relaciones entre tribunales nacionales y Corte internacional, mediante la conversión de los primeros en auxiliares de la segunda. Y a través del control de convencionalidad interno, la Corte acaba por cerrar el círculo de su supremacía. Porque en rigor puede hablarse de un principio de “supremacía convencional”,⁴⁰ fraguado en ese diálogo jurisprudencial.⁴¹ Se ha forzado la apertura del derecho constitucional al derecho internacional en su doble vertiente (procedimental y sustantiva). Por lo que atañe a la procedimental, en la medida en la que se conforma un sistema de jurisdicción interamericano del que los jueces nacionales son partícipes. Respecto a la segunda, porque la Corte ha cambiado el modo de interpretar los derechos, y al hacerlo acaba imponiendo un entendimiento común. En verdad ha necesitado de la aquiescencia de los máximos tribunales nacionales y de la apertura de los poderes constituyentes y de reforma constitucional

³⁸ *Ibidem*, pp. 421 y ss.

³⁹ Ese *ius commune* que teoriza Sagüés, N., “El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización...*, *cit.*, pp. 449 y ss. En la misma obra colectiva, *cf.* Góngora Mera, Manuel Eduardo, “Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión evolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas”, pp. 403 y ss.

⁴⁰ Como lo llama Sagüés, N., “El control de...”, *cit.*, p. 390. Rey Cantor extrae conclusiones llamativas de lo que él llama “supraconstitucionalidad”, así como que el bloque de la convencionalidad es límite a la acción del poder de reforma constitucional e incluso a la del poder constituyente, *op. cit.*, pp. 193 y ss.

⁴¹ Ferrer Mac-Gregor, E., “Interpretación conforme...”, *cit.*, pp. 425 y ss.; Bazán, Víctor, “Control de convencionalidad, aperturas dialógicas...”, *cit.*, pp. 63 y ss. Acerca de lo que este diálogo significa, *cf.* García Roca, Javier, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 190 y ss. Héctor Fix-Zamudio prefiere hablar de relaciones entre tribunales nacionales e internacionales, “La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas...”, *cit.*, pp. 583 y ss.

nacionales. Y mucho ha tenido que ver la labor de la doctrina científica continental que desde la cátedra o desde puestos en la judicatura, tanto nacional como internacional, ha alumbrado esta experiencia verdaderamente única, en cuya gestación el diálogo jurisprudencial no explica todo.

La Corte ha creado importantes conceptos que se han impuesto, el ya destacado del control de convencionalidad difuso como una obligación derivada de la Convención: si el legislador nacional incumple su obligación establecida en el artículo 2o. convencional y no adopta las medidas legislativas pertinentes para adaptar el orden jurídico al bloque de la convencionalidad, los jueces nacionales deben, en primer término, detectarlo y suprimirlo y, en último caso, será tarea de la propia Corte de San José.

Para semejante labor la Corte ha acuñado el canon del control, el bloque de la convencionalidad, integrado por la Convención, sus protocolos adicionales y la interpretación que de ellos ha hecho la Corte. Su recepción nacional, de diversas maneras, según los países, ha acabado modificando el modo de interpretar los derechos a escala continental. En rigor, se puede hablar, como hace Sagüés,⁴² de una constitución convencionalizada. La norma fundamental ya no es lo que diga el intérprete supremo nacional que es, porque la interferencia de la Corte Interamericana acaba condicionando el entendimiento de los derechos reconocidos constitucionalmente, más aún cuando la Convención es declarada norma de rango constitucional. Como en general, si no en términos idénticos, los derechos convencionales tienen sus gemelos en las Constituciones nacionales, sea o no declarado el rango constitucional de la Convención, la interpretación de ésta dada por la Corte acaba irradiando en interpretación de los derechos constitucionales.

Por añadidura, el criterio *favor libertatis*, esencial en la interpretación de los derechos, y que todos los máximos tribunales emplean y algunas Constituciones contemplan (entre otras la mexicana, artículo 1o.) facilita la tarea de la Corte de San José, cuyas resoluciones, tan escasas como significativas, son ejemplo de máxima protección de la libertad, porque no se ha contentado con establecer mínimos de protección, sino que sus estándares son elevados, lo que ha obligado a los Estados a mejorar lo que internamente brindaban a los derechos.

Bien es cierto que los Estados pueden ofrecer mayor protección de la dispensada por la Corte de San José, pero suele ocurrir lo contrario. La Corte ha ejercido un sano activismo, como demuestran líneas interpretativas acerca de la desaparición forzada de personas o a propósito de las leyes de

⁴² “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad propósito de la constitución convencionalizada...”, *cit.*, pp. 143-152.

autoamnistía. Cuando ha abordado los problemas relativos a los derechos humanos más graves en la región, los ha resuelto con las interpretaciones más favorables al disfrute de los derechos, al tiempo que las acompañaba con enérgicos fallos para obligar a los Estados no solo a indemnizar a las víctimas, sino a adoptar medidas legislativas y otras de muy diversa índole. Estos fallos causan asombro, aún más comparados con las muy parcas partes resolutorias de las sentencias del TEDH.⁴³

II. LA SITUACIÓN EN EUROPA

Aunque más temprano, el sistema europeo de protección de los derechos humanos presenta similitudes, pero también notables diferencias con el interamericano. Para empezar, son más los países que lo integran (47) y más diversos entre sí, con culturas jurídicas muy diferentes. Por otro lado, desde hace años el acceso de las personas al alto tribunal es directa, sin mediación de la Comisión, y ello ha supuesto una multiplicación enorme del número de sentencias. Mientras que el amparo se ha objetivado en el sistema interamericano, donde todas las resoluciones de la Corte son ejemplares, canónicas, en el sistema europeo prevalece el componente subjetivo: el restablecimiento del derecho de la víctima.

En suelo europeo tiene lugar además un experimento sin parangón: la integración supranacional en la Unión Europea (28 Estados), que va más allá de la vinculación internacional, para entrar en tierra política ignota, pero que avanza y donde también comenzó pronto la preocupación por la defensa de la libertad frente al derecho comunitario.⁴⁴ La creación pretoriana de derechos fundamentales en el derecho comunitario concluye con su tardía proclamación en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, de 2000, que solo adquiere valor normativo con el Tratado de Lisboa (2007). Lo que algunos llaman “pluralismo constitucional”⁴⁵ tiene en

⁴³ La comparación entre el alcance de los fallos de las sentencias en ambos sistemas la ofrecen García Ramírez y Zanghi, *op. cit.*, pp. 424 y ss.

⁴⁴ Una visión general de la situación la ofrece Martín Retortillo, Lorenzo, *La Europa de los derechos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

⁴⁵ Bustos Gisbert, Rafael, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*, México, Porrúa-IMDPC, 2011. Antes el mismo autor ya había expuesto estas ideas en *La Constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y Constitución*, Oñati, IVAP, 2005. Según Armin von Bogdandy, la concepción pluralista ha de sustituir a las concepciones monistas o dualistas, “Repensar la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización...*, *cit.*, pp. 563 y ss. Para Marcelo Neves, se trata de un transconstitucionalismo de niveles múltiples, “Transconstitucionalismo,

Europa expresión extrema de supranacionalidad, en la que el diálogo entre los diversos tribunales de los derechos no es solo vertical, sino paralelo.⁴⁶

Está todavía pendiente la incorporación de la Unión Europea al Consejo de Europa, prevista en el artículo 6.3 del Tratado de la Unión, y con ello la aceptación de la jurisdicción del TEDH; pero siempre ha sido estrecha la conexión entre la labor tuitiva de los derechos realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión y la doctrina del TEDH. El mismo Tratado de la Unión Europea (artículo 6.1), tras la reforma de Lisboa, dota de valor normativo a la Carta de derechos y se remite a lo dispuesto en ésta (artículo 52.3) para la interpretación y aplicación de los derechos reconocidos en ella; es decir, la asunción *in totum* de la doctrina del TEDH para fijar el alcance de los derechos de la Carta que tenga gemelos en el CEDH. La futura incorporación de la Unión al sistema europeo de protección permitiría que las sentencias del tribunal comunitario fueran recurribles directamente ante el TEDH, y se completará el sistema europeo de protección de la libertad en el que, ya sí, el TEDH diría la última palabra.

En este panorama complejo, donde se despliega la función jurisdiccional,⁴⁷ no es fácil que el TEDH pueda imponer, como ha hecho la Corte de San José, un control nacional de convencionalidad pleno, sino que, como hasta ahora, se profundizara en la paulatina armonización del entendimiento de los derechos.

1. *Una premisa: la diferencia entre la jurisdicción del TEDH y la comunitaria*

Sagüés⁴⁸ ha apuntado con inteligencia que el tribunal comunitario impuso a los Estados, desde el caso Simmenthal, del 9 de marzo de 1978, la obligación de aplicar el derecho comunitario en detrimento del derecho nacional, lo que supone que el juez nacional es juez comunitario y efectúa un control de “comunitariedad” de la norma nacional. Además, este control sería difuso, con independencia del tipo de control de constitucionalidad que existiera en el Estado miembro (en Europa el modelo es el control con-

con especial referencia a la experiencia latinoamericana”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización...*, *cit.*, pp. 717 y ss.

⁴⁶ Como ha puesto de relieve Vergottini, Giuseppe de, *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2010.

⁴⁷ En ese escenario de pluralismo constitucional analizado por Bustos Gisbert, en Sáiz Arnáiz, Alejandro (dir.) y Zelaia Garagarza, Maite (coord.), *Integración europea y Poder Judicial*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2006, pp. 216-230.

⁴⁸ Y advierte que lo hecho por el TJUE no lo ha repetido el TEDH, “El control de convencionalidad...”, *cit.*, pp. 400 y ss.

centrado). De lo apuntado infiere el maestro argentino la posibilidad de que, en esquema análogo, los jueces nacionales europeos protagonicen un control de convencionalidad difuso parecido al de comunitariedad⁴⁹ descrito. La sentencia Simmenthal sería para Sagüés el equivalente al caso Almoacid Arellano, aunque la idea de primacía del derecho comunitario había quedado sentada en el no menos célebre caso Costa contra ENEL, del 15 de julio de 1964.

La idea es sugestiva y no imposible, aunque a mi parecer muy lejana. Además, hay que recordar algunas diferencias que complican la aceptación de paralelismo. Para empezar, la más importante: los tratados internacionales se integran en el derecho nacional, pasan a ser norma nacional de fuente internacional,⁵⁰ y cada ordenamiento nacional los ubica en una posición determinada dentro del propio sistema. Estos tratados, al no generar un sistema de fuentes propio, no prevén legislación derivada, y por lo tanto tampoco órgano legislativo; a lo sumo crean un tribunal internacional encargado de velar por el cumplimiento estatal del tratado. Es el caso del TEDH o de la Corte de San José.

Por el contrario, el ordenamiento comunitario es independiente de los estatales, por mucho que sus normas cimera sean ratificadas por los Estados como tratados, aunque por lo general con procedimientos más rígidos, que llegan a veces al referéndum, y casi siempre con mayorías parlamentarias cualificadas. No puede hablarse de un bloque de la constitucionalidad integrado por un hipotético bloque de comunitariedad, como si fuera este último el de convencionalidad. Sin embargo, los tratados comunitarios no se limitan a regular una materia concreta, sino una generalidad, y estipulan un sistema de fuentes propio con órganos para crear el derecho derivado; este y el originario de los tratados conforman un ordenamiento jurídico autónomo; es decir, independiente de los ordenamientos estatales. Así lo dejó sentado para siempre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el citado caso Costa contra ENEL, que frenó el intento italiano de convertir el derecho comunitario en derecho nacional.

Así las cosas, y puesto que el orden comunitario es autónomo, tiene su propio sistema de fuentes que genera un derecho derivado, y un tribunal que lo hace valer, es condición existencial de este ordenamiento ser aplicado con carácter uniforme por todas las autoridades nacionales, pues si bien

⁴⁹ Acerca del “control de comunitariedad”, *cfr.* Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009, t. I.

⁵⁰ Como recuerda Fix-Zamudio, Héctor, *La protección jurídica de los derechos humanos. Estudios comparativos*, México, CNDH, 1999. También Fix-Zamudio, Héctor, “La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas...”, *cit.*, pp. 651 y ss.

hay autoridades estrictamente comunitarias que aplican ese derecho, por lo general corresponde tal operación a las autoridades nacionales, y, en último término, a los jueces nacionales. Éstos son con todo rigor jueces comunitarios.⁵¹ Ocurre que el ámbito espacial y personal de validez del Derecho comunitario se yuxtaponen con la suma de los ámbitos espaciales y personales de validez de los ordenamientos nacionales, así que sería imposible admitir que fuera aplicado con preferencia el derecho interno, de haber norma comunitaria, porque entonces el derecho comunitario sería destruido. Su supervivencia —condición existencial— depende, pues, de que las autoridades nacionales lo apliquen, y de que, por ende, los jueces nacionales vigilen esa aplicación o la hagan por sí mismos cuando corresponda.

Esta labor del juez nacional ¿es equiparable al control de convencionalidad difuso tal y como se ha desarrollado en el sistema interamericano y podía desarrollarse en el europeo del Consejo de Europa? La primera diferencia se ha apuntado ya: el ordenamiento jurídico comunitario es autónomo; además, el juez nacional cuando aplica derecho comunitario no hace en primera instancia un control de comunitariedad de la norma nacional, se limita a comprobar si hay norma comunitaria en la materia, y si la hay, desplaza la aplicación de la nacional. No es un juicio de validez, sino de aplicación. Entre dos normas con pretensión de aplicación ha de preferir la comunitaria. En esto consiste la primacía del derecho comunitario, que no equivale a supremacía, pues de ésta se deriva la invalidez de la norma contradictoria, y es propia de la relación entre dos normas que se remiten a un mismo sistema de fuentes. La relación entre normas comunitarias y estatales responde al insólito mundo de las relaciones entre dos ordenamientos que yuxtaponen sus respectivos ámbitos de validez. Pero hay dos cánones de validez: el comunitario y el estatal.

En el ámbito comunitario existen, pues, normas derivadas de los tratados con pretensión de aplicación directa, lo que no sucede con los tratados sobre derechos, cuyo desarrollo queda por entero al albur del legislador nacional.

En definitiva, el juez nacional, al descartar la norma nacional, no efectúa un control de fondo sobre ésta para detectar su contradicción con la norma comunitaria, sino que aplica la comunitaria en virtud del principio de preferencia en la aplicación. Es verdad que en ocasiones el juez nacional puede verse en la tesitura de aplicar una norma nacional que es desarrollo

⁵¹ Cfr. Ruiz Jarabo, Dámaso, *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, Fundación Universidad Empresa-Civitas, 1993. También Alonso García, Ricardo, *El juez nacional como juez europeo a la luz del tratado constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

de los tratados o de directivas comunitarias. En principio, ni las primeras ni las segundas nacen para ser aplicadas directamente, solo los reglamentos gozan de eficacia directa. Sin embargo, el tribunal de justicia comunitario desarrolló la tesis del efecto directo de tales disposiciones de los tratados o de las directivas si su textura normativa lo permitía y si los Estados no cumplían su obligación de desarrollarlas en normas nacionales. Así pues, el juez nacional puede encontrarse en la posición de no disponer de una norma comunitaria directamente aplicable, pero apreciar que la norma nacional no se ajusta a la comunitaria ¿puede entonces el juez nacional dejar de aplicar la norma nacional para aplicar la norma comunitaria infringiendo de esta un efecto directo del que formalmente carece? En primer término, debe tratar de acomodar la norma nacional al derecho comunitario, y si no puede, dispone de una salida que no existe en los sistemas internacionales de derechos: la cuestión prejudicial, un formidable instrumento procesal que ha venido permitiendo al tribunal comunitario fijar el alcance de las normas comunitarias y, por reflejo, controlar la “comunitariedad” de las normas internas. Por esta vía se descarga al juez nacional, obligado en principio a aplicar la norma interna cuando no hay norma comunitaria de efecto directo, de la tarea de hacer un control de “comunitariedad” del derecho nacional para transferirlo al tribunal comunitario. Será éste el que por esta vía incidental, al determinar la validez e interpretación del derecho comunitario, aprecie la conformidad o no con él del derecho interno. El juez nacional no asume en solitario la tarea de efectuar un control de “comunitariedad” completo, ya que puede, y debería cuando duda, descargar en el tribunal comunitario la tarea de apurarlo. Solo si el juez nacional tiene claro que la norma nacional es contraria al derecho comunitario, puede dejar de aplicarla en el caso concreto.

Las solución es idónea, porque, en general, los jueces nacionales están obligados a aplicar la ley interna, ya que en sistemas de control de constitucionalidad concentrado, solo el tribunal constitucional puede anularla. Esta sumisión a la ley y la consiguiente obligación de aplicarla sólo tiene la excepción comentada en la postergación de la ley nacional para aplicar la ley comunitaria, dotada de efecto directo o en la apreciación de anticomunitariedad de la norma nacional. Pero siempre queda al juez nacional la posibilidad de plantear la cuestión prejudicial ante el tribunal comunitario.

La posición del juez nacional respecto al derecho comunitario es diferente a la que mantiene en relación con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH. No puede dejar de aplicar la ley nacional en el caso concreto por apreciar su inconvencionalidad, y tampoco tiene posibilidad de plantear cuestión prejudicial ante el TEDH, aunque esto cambiará con la entrada en vigor del Protocolo 16 al CEDH, que contempla la posibilidad de que un

alto tribunal interno pregunte al TEDH, en el curso de un proceso, acerca del alcance de los preceptos convencionales. En todo caso, al juez nacional solo le quedará interpretar la norma nacional a la luz de la doctrina del TEDH y aguardar a que el máximo intérprete de la Constitución haga suya esa doctrina y anule la ley nacional contraria a ella. Lo curioso por lo que respecta a España es que los derechos fundamentales de la Unión Europea llegan al derecho español por dos vías: la prevista en el artículo 10.2 de la Constitución española y la vía comunitaria, que implica que el juez español actúa como juez comunitario;⁵² esta última es de vinculación más enérgica por todo lo que hemos explicado. En la esfera de su actividad, el TEDH promueve la armonización, mientras que el TJUE hubo de imponer desde el primer momento la uniformidad en la aplicación del derecho comunitario.⁵³

2. *El sistema del Consejo de Europa y el proceder del TEDH*

Varias diferencias se aprecian entre el sistema europeo y el sistema interamericano, que han impedido hasta la fecha una evolución del europeo tan enérgica como la verificada en el interamericano.⁵⁴ Para empezar, la diversidad en Europa es mayor que en Iberoamérica, lo que dificulta el entendimiento común de los derechos, y desde luego, la aceptación del control de convencionalidad nacional. Por ejemplo, tribunales constitucionales como el español han rechazado categóricamente que el CEDH integre su canon de enjuiciamiento. Como mucho se acepta que los criterios interpretativos empleados por el TEDH sirvan en la interpretación de los derechos constitucionales. La validez de las normas internas no depende, pues, de su con-

⁵² Sobre esto, *cf.* Ugartamendía Eceizabarrena, Juan Ignacio, “¿Quién es el juez de los derechos fundamentales frente a la ley en el ámbito comunitario? (Reflexiones sobre el control iusfundamental del derecho interno a la luz de la recepción nacional de los derechos fundamentales de la Unión europea)”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 417 y ss.

⁵³ Queralt Jiménez, Argelia, “Los usos del canon europeo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: una muestra del proceso de armonización europea en materia de derechos fundamentales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, p. 437. De la misma autora, Queralt Jiménez, Argelia, *La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional*, Madrid, CEPC, 2008. Asimismo, Ferreres Comella, Víctor, “El juez nacional ante los derechos fundamentales europeos: algunas reflexiones en torno a la idea de diálogo”, en Carrillo López, Marc y López Bofill, Héctor (coords.), *La Constitución Europea: actas del III Congreso Nacional de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 55 y ss.

⁵⁴ Una interesante mirada al sistema europeo desde la perspectiva de un iberoamericano la ofrece Fix-Zamudio, Héctor, “La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional”, en Varios autores, *El derecho de amparo en el mundo*, México, Porrúa-Fundación Konrad Adenauer, 2001, pp. 1105 y ss.

formidad con el CEDH. Ello sucede porque a este no se le reconoce rango constitucional ni el TEDH se ha atrevido a colegir del Convenio la obligación estatal de efectuar control de convencionalidad del derecho interno.

Por otra parte, el artículo 1o. del CEDH está lejos de la expresividad y concreción de la suma de los artículos 1o. y 2o. de la Convención Interamericana,⁵⁵ ya que se limita a disponer que “las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”.

Resulta muy difícil, si no imposible con tan poca base inferir la obligación de realizar internamente un control de convencionalidad; para ello, además el TEDH tendría que imponer tal obligación a los Estados directamente en el fallo de sus sentencias, lo que ha hecho la Corte Interamericana. En el sistema europeo la vigilancia general de la actividad estatal de protección de los derechos, incluyendo la ejecución de las sentencias del alto tribunal, queda en la órbita del Comité de Ministros. Así que en los casos contenciosos al TEDH le queda la posibilidad de establecer una sanción equitativa, de conformidad con el artículo 41 del CEDH. Es verdad que desde el caso *Slawomir contra Polonia*, del 20 de enero de 2009,⁵⁶ el TEDH ha derivado del artículo 46 del CEDH, “fuerza obligatoria de la sentencia”, la obligación de adoptar en el ordenamiento interno las medidas generales e individuales que resulten apropiadas para poner fin a la violación señalada por el Tribunal y reparar sus efectos tanto como sea posible. Pero queda a la discrecionalidad de los Estados disponer la manera de su ejecución. Aunque de la supervisión no se encargará el TEDH, como sucede con la Corte Interamericana, sino al Comité de Ministros. El TEDH parece evolucionar hacia una restitución integral que incluya medidas legislativas, en especial en los llamados casos piloto, cuya fuerza canónica permite detectar un problema estructural; por ejemplo, la situación carcelaria polaca (citado caso *Slawomir*).

A pesar de este reciente proceder del TEDH, estamos lejos del riguroso sistema interamericano, que pone manos de la Corte la supervisión del cumplimiento íntegro de las sentencias, y cuyos fallos imponen tareas legislativas o de otra índole, y que incluso han impuesto el control de convencionalidad interno, tras entender que el bloque de la convencionalidad ha de ser de directa aplicación, como canon de enjuiciamiento de las normas internas.

⁵⁵ Acerca de las similitudes y diferencias, *cf.* Fernández, Pablo Antonio y Méndez Silva, Ricardo, “El alcance de las obligaciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, en García Roca, Javier (eds.), *El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos...*, *cit.*, pp. 109 y ss.

⁵⁶ Sobre la importancia de este caso, *cf.* García Ramírez, Sergio y Zanghi, Claudio, “Las jurisdicciones regionales sobre derechos humanos...”, *cit.*, pp. 429 y ss.

Hay que advertir, sin embargo, que el TEDH se vio obligado a efectuar un control de convencionalidad desde muy pronto, cuando la hipotética vulneración de algún derecho convencional provenía inequívocamente de la misma norma nacional. Es lo que ocurre por ejemplo en el célebre caso Régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica, del 23 de julio de 1968, en cuyo fallo el TEDH señala que el artículo 7.3 de la Ley belga del 2 agosto 1963, “no se conforma a las exigencias del artículo 14 del Convenio”.

El TEDH ha llegado incluso a sancionar la omisión legislativa, entendiéndola como falta de protección debida al derecho convencional. Véase el caso X e Y contra Holanda, del 26 de marzo de 1985, en el que el Tribunal considera la ausencia de protección penal de una menor mentalmente disminuida, que fue obligada a mantener relaciones sexuales, lesiva de su derecho a la vida privada y familiar en su dimensión de derecho a la integridad física; o el caso Siliadin contra Francia, del 26 de junio de 2005, en el que la protección penal insuficiente es causa, entre otras, de la lesión de la prohibición de esclavitud recogida en el artículo 4.1 del CEDH.

En casos como los señalados se ponen de manifiesto los límites del margen de apreciación nacional.⁵⁷ En principio, a los Estados corresponde adoptar las medidas que consideren pertinentes para proteger los derechos convencionales, desde luego incluyendo las legislativas. Pero éstas no están exentas del control del TEDH si son insuficientes (omisiones) o directamente contravienen el Convenio. En este último supuesto el TEDH no ha eludido proclamarlo en el fallo de sus sentencias, lo que ha obligado al Estado afectado a cambiar su legislación, bajo la supervisión del Comité de Ministros.

Se ha colegido, pues, del Convenio, la obligación estatal de modificar la legislación, derogando la norma inconventional o colmando la omisión detectada por el TEDH. Sin embargo, el TEDH no ha dado el paso de imponer otras medidas de restitución del derecho más allá de la satisfacción equitativa o de retrotraer actuaciones procesales. Tampoco, por supuesto, ha dado el paso de exigir que los jueces nacionales realizaran un control de convencionalidad de las normas internas. En la medida en lo que esto ha sucedido parcial e indirectamente ha sido fruto de la buena disposición de las autoridades nacionales.

Y lo que ha venido ocurriendo es que los criterios interpretativos del TEDH han sido tenidos en cuenta, con mayor o menor intensidad, por los tribunales nacionales para fijar el alcance de los derechos reconocidos en las normas nacionales, en especial en las constitucionales. Muy lentamente

⁵⁷ Al respecto, *cf.* García Roca, Javier, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Soberanía e integración*, Madrid, Civitas-Instituto de Derecho Parlamentario-Thomson Reuters, 2010.

y con intensidad variable, los Estados se han abierto a la interpretación del TEDH. Como los justiciables pueden acudir directamente al TEDH, ya sin la intermediación de la Comisión, los Estados corren el riesgo de ser condenados si se apartan del canon interpretativo fijado por el TEDH. Ha sido, por tanto, esa posibilidad, nada remota de condena, lo que ha estimulado, por un lado, la adopción de medidas legislativas (casos de condenas en cadena a un solo país por deficiencias en su legislación), y por otro, la acogida del sentido de los derechos recibido del TEDH. Así se ha ido produciendo una armonización.

El TEDH ha ido fijando el alcance de los derechos, gracias al sinfín de sentencias dictadas, que le han permitido adentrarse en las más variadas circunstancias de la vida donde los derechos estaban en juego. Lejos de contentarse con establecer mínimos de protección de las libertades, el TEDH —como la Corte Interamericana— ha asentado una jurisprudencia evolutiva justificada en la misma evolución de las sociedades. En rigor, su doctrina marca los mínimos de protección que los Estados pueden mejorar (artículo 53 del Convenio), pero nunca rebajar. Aunque con el TEDH ha ocurrido lo mismo que, por otras vías, ha conseguido la Corte Interamericana: que los mínimos convencionales constituyan en realidad una avanzada comprensión de los derechos que se imponga a los Estados para obligarlos a evolucionar y mejorar la protección que brindan a los derechos fundamentales.⁵⁸

En especial, el TEDH ha interpretado evolutiva, extensivamente, los derechos convencionales y ampliado su radio de acción. En los miles de casos resueltos, el Tribunal ha podido mejorar el ejercicio de los derechos al ampliar su contenido (véase entre otros el artículo 8o., derecho a la vida privada y familiar). Mientras que la Corte Interamericana, sin posibilidad de resolver tantos casos, también ha ampliado el contenido de los derechos interpretados (véase su doctrina de la desaparición forzada de personas) y sobre todo la Corte Interamericana se ha atrevido a llegar, imponiéndolo en sus fallos, donde no ha llegado el TEDH, a exigir de las autoridades nacionales, en particular de los jueces, la realización del pleno control de convencionalidad interno.

¿Podría el TEDH extraer del poco expresivo artículo 1o. del Convenio y de las disposiciones de la Convención de Viena empleadas por la Corte Interamericana, la obligatoriedad para los Estados de evacuar un control de convencionalidad difuso? Tal vez no lo necesite para ir creando un entendimiento común en Europa de los derechos fundamentales, ya que para este fin le basta la posibilidad de pronunciarse en último término al resolver

⁵⁸ Como explica Queralt Jiménez, *op. cit.*, pp. 462 y ss.

los miles de recursos que le llegan. No necesita objetivar el amparo europeo hasta el punto en el que lo ha hecho la Corte de San José ni convertir a los jueces nacionales en servidores suyos, como ha necesitado hacer la Corte interamericana.

En Europa,⁵⁹ por lo general, los tribunales nacionales han acogido la doctrina del TEDH, ya que si no lo hacen corren el riesgo de ser corregidos por el Tribunal europeo en la resolución de los recursos que contra las decisiones nacionales pueden directamente interponerse y que se fundarían en la contradicción entre la interpretación de los derechos recibida de la jurisdicción nacional con la sustentada en la instancia internacional. En esta tesitura, los tribunales nacionales europeos acaban interpretando los derechos constitucionales y la legislación nacional a la luz de la doctrina del TEDH; es decir, efectúan una parte del control de convencionalidad, la armonizadora. Así va lográndose ese *ius commune* europeo.⁶⁰

Sin embargo, al no imponer el TEDH el control de convencionalidad pleno que convirtiera el bloque de la convencionalidad (Convenio, protocolos y doctrina del TEDH) en canon de enjuiciamiento de las normas nacionales y que supusiera, en último término, la inaplicación o anulación de la norma nacional inconveniente, el control de convencionalidad resulta en Europa mucho más modesto que en el sistema interamericano y, por supuesto, que en el ordenamiento comunitario.⁶¹ Es verdad que la puesta en vigor del Protocolo 16 al CEDH, que prevé una suerte de cuestión prejudicial, reforzaría la interacción entre el TEDH y los poderes judiciales nacionales. En efecto, se prevé en el citado protocolo que al menos una alta instancia judicial nacional pueda, en el curso de un proceso, preguntar al TEDH acerca del alcance de las disposiciones convencionales. De este modo se evitaría la posterior condena al dar ocasión de que la jurisdicción nacional eluda cometer el error de resolver el caso en contra del parecer del TEDH, por mucho que el Protocolo establezca que la opinión vertida por el TEDH no sea vinculante. En realidad, la nueva cuestión prejudicial

⁵⁹ Sagüés ofrece una interesante síntesis de lo acontecido en Europa, “El control de convencionalidad...”, *cit.*, pp. 403 y ss.

⁶⁰ Porque las sentencias del TEDH son las “herramientas hermenéuticas” de la armonización, Queralt Jiménez, *op. cit.*, p. 439.

⁶¹ Explica Queralt Jiménez que la armonización no es uniformización; esta viene exigida por el TJUE y deriva de la naturaleza del derecho comunitario, *op. cit.*, p. 437. En el mismo sentido Ferreres Comella, *op. cit.*, p. 236. En sentido parecido, Alejandro Sáiz Arnáiz explica la interpretación conforme como ausencia de contradicción, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 220 y ss.

aproximaría el sistema del TEDH al comunitario, en el que el mecanismo procesal semejante juega un extraordinario papel.

¿Qué sucederá cuando la UE se adhiera al Consejo de Europa y esté ligada formalmente a la jurisdicción del TEDH?⁶² Los fallos de la jurisdicción comunitaria podrían ser recurridos ante el TEDH, y podría llegar a enjuiciarse el derecho comunitario a la luz del CEDH, y eventualmente ser declarada su inconventionalidad. Hasta ese momento el TJUE está obligado a asumir la interpretación del TEDH de aquellos derechos del CEDH que tienen sus gemelos en la Carta de derechos fundamentales de la UE. En otras palabras, el entendimiento de los derechos fundamentales comunitarios viene marcado por el TEDH. Así que no me parece que hubiera novedades en lo que atañe a la irradiación del control de convencionalidad a los jueces nacionales. Seguirá sucediendo lo que hoy sucede, que tanto estos como el TJUE se sienten ligados a los criterios del TEDH, el TJUE además porque, desde el Tratado de Lisboa, que dota a la Carta de Niza de valor normativo, muchos de los derechos comunitarios significan lo que el TEDH ha determinado que significan sus gemelos en el CEDH.

III. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

Como es notorio, España integra tanto el Consejo de Europa, tras ratificar el CEDH y aceptar la jurisdicción del TEDH; además, es miembro de la Unión Europea. Desde el primer momento el Tribunal Constitucional español tuvo presente la jurisprudencia del TEDH para construir los derechos fundamentales que la Constitución de 1978 vino a reconocer. Aunque el Estado español ha sufrido algunas condenas del TEDH no es ni mucho menos de los países más sancionados. Era previsible, en la medida en la que el Tribunal Constitucional español edificó su entendimiento de los derechos sobre la doctrina del TEDH,⁶³ para lo que contaba con el auxilio normativo del artículo 10.2 de la Constitución, verdadero acierto del constituyente, que mediante él abría la puerta a la recepción de la jurisprudencia del TEDH. Cabe imaginar un control difuso de convencionalidad nacional⁶⁴ con posible inaplicación, pero no me parece próximo.

⁶² Al respecto, García Roca plantea las incógnitas de esa futura adhesión, *El margen de apreciación...*, cit., pp. 347 y ss.

⁶³ Así lo entiende Martín Retortillo, Lorenzo, “La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del TEDH”, *Revista de Administración Pública*, núm. 137, 1995, pp. 12 y ss.

⁶⁴ Como sugiere Jimeno Quesada, Luis, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad, un desafío para los tribunales constitucionales de la Unión Europea”, *Actas*,

1. *Posición de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico español*

Como dispone el artículo 96.1 de la CE, “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno”. Es patente que los tratados se integran en el orden jurídico interno aunque sean de fuente internacional, y despliegan los efectos previstos en ellos.

La Constitución distingue diversos tipos de tratados, a saber: en primer lugar, aquellos que “atribuyen a una organización internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”, y que han de aprobarse mediante ley orgánica (artículo 93 de la CE). Este precepto ha sido interpretado como reserva para la aprobación de los tratados comunitarios. En segundo lugar, el artículo 94.1 de la CE dispone la previa autorización de las Cortes Generales para ciertos tratados de carácter político, militares, que afecten a la integridad territorial o que supongan obligaciones financieras para la hacienda pública o exijan modificaciones legislativas. De la conclusión del resto de los tratados serán informados el Congreso y el Senado (artículo 94.2 de la CE). No se mencionan los tratados reconocedores de derechos en esta parte de la Constitución, y su alusión, recogida en el artículo 10.2 de la CE, la examinaremos después.

La Constitución Española establece en definitiva tres procedimientos distintos para prestar el consentimiento internacional según la índole de los tratados, pero no aclara cuál es su posición dentro del ordenamiento jurídico interno. Al margen de la problemática de los tratados comunitarios, tan mal resuelta por el artículo 93 de la CE (uno de los más necesitados de reforma constitucional), la Constitución no aclara la ubicación de los tratados en el ordenamiento interno. Desde luego no se les declara suprema ley del país como hace el artículo VI.2 de la Constitución de los Estados Unidos o el artículo 133 de la Constitución mexicana. Solo queda claro que carecen de rango constitucional, toda vez que el artículo 95 de la CE contempla su control previo de constitucionalidad si lo reclaman del TC el gobierno o cualquiera de las cámaras de las Cortes Generales, y ningún precepto constitucional les dota de tal condición. Y en la medida en la que tengan aplicación directa podrían sufrir control incidental por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad.

El cumplimiento de los tratados depende, por lo general, del quehacer de los poderes públicos internos, y los eventuales incumplimientos se sustanciarán en los tribunales internacionales que correspondan. Son especiales en exigibilidad, como también es especial su gestación, reforma o denuncia.

2010, pp. 3 y ss. Y del lado iberoamericano, Sagüés, N., “El control de convencionalidad...”, *cit.*, pp. 408 y ss.

En el marco constitucional español los tratados internacionales no ocupan un lugar específico ni están equiparados a las normas constitucionales; luego, no integran el bloque de la constitucionalidad, y no puede el Tribunal Constitucional hacerlos valer, ni tampoco se equiparan a la ley, y, por lo tanto, tampoco integran el bloque de legalidad que podrán hacer valer los tribunales ordinarios. Así las cosas, los tratados carecen, en principio, de aplicabilidad directa, porque ninguna autoridad jurisdiccional, ni el Tribunal Constitucional ni los jueces ordinarios, pueden exigirla. La única excepción es la de algunos tratados relativos a derechos, el CEDH y sus protocolos, que tienen la puerta abierta del TEDH, y cuya problemática es distinta, porque, al reconocer derechos, colocan a sus titulares en la posición de exigirlos ante las autoridades nacionales.

2. *El principio de armonización incluido en el artículo 10.2 de la Constitución Española*

El artículo 10 de la CE,⁶⁵ tras proclamar, en su apartado uno, la “dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad”, en el apartado segundo establece un criterio interpretativo según el cual “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”.

En este precepto encontramos la distinción de los documentos internacionales sobre derechos que no se halla en los artículos 93 a 96 de la Constitución, ya analizados. En el artículo 10.2 se reserva a este tipo de tratados un papel especial en el ordenamiento español, en aquel momento novedoso, que solo después ha ido repitiéndose en otros ordenamientos constitucionales, recientemente en Iberoamérica, y que ha venido a denominarse “principio de armonización” o de interpretación de las normas internas sobre derechos conforme a los tratados internacionales sobre la misma materia.

⁶⁵ Acerca de este precepto, que se suele considerar un acierto del constituyente, *cfr.*, entre otros, Delgado Barrio, Javier, “Proyección de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en España”, *Revista de Administración Pública*, núm. 119, 1989, pp. 233 y ss.; García de Enterría, Eduardo, “El valor en derecho español de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *BICAM*, núm. 1, 1987; Rey Martínez, Fernando, “El criterio interpretativo de los derechos fundamentales conforme a las normas internacionales (análisis del artículo 10.2 CE)”, *Revista General de Derecho*, núm. 537, 1989, pp. 3611 y ss.; Sáiz Arnáiz, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional europeo de los derechos humanos, El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, CGPJ, 1999.

Hay que destacar, antes de analizar las consecuencias de la inclusión de este precepto, que en ningún caso supone el encumbramiento de tales tratados a rango constitucional. Hemos visto que ningún tratado internacional suscrito por España recibe semejante equiparación, tan común en el constitucionalismo iberoamericano. No obstante lo cual, es obvio que si una norma debe interpretarse conforme a otra, esta última parece tener, respecto a la interpretada, una cierta preferencia. Esta composición de lugar evoca los tratados internacionales sobre derechos como norma común de protección de la libertad que todos los Estados debe respetar, reproducir y desarrollar en sus ordenamientos internos. Nada más lógico entonces que las normas derivadas, las nacionales, se interpreten conforme a la matriz, las internacionales, de la que estas derivan. Lo dicho no significa que esa cierta superioridad implique aplicación directa de los tratados, pues lo que el artículo 10.2 CE establece es un criterio interpretativo,⁶⁶ no una regla de aplicación de la norma internacional que imponga el desplazamiento de la interna. Presupuestas las normas nacionales que, en cumplimiento de los tratados, han de existir, deben aplicarse interpretadas “de conformidad” con los tratados.

Ningún tratado sobre derechos ratificado por España es excluido, ni siquiera la Declaración Universal, que en rigor no reviste la forma de tratado, pero que es asimilada al canon interpretativo creado por el artículo 10.2 CE. El intérprete español habrá de considerarlos todos, y, en consecuencia, conocerlos, pues conforman su canon interpretativo. Y los intérpretes concernidos son todos, tanto el Tribunal Constitucional como los jueces ordinarios. Para todos se modifica el modo de entender los derechos proclamados internamente, al exigirse una interpretación de los mismos abierta al derecho internacional de los derechos humanos.

En su mayor parte, los tratados carecen de un órgano jurisdiccional que los interprete y aplique a casos concretos, aunque existan en Naciones Unidas o en otros organismos internacionales comités u otros entes que se ocupan de su promoción. Así que, respecto a la mayoría de los tratados, la interpretación conforme a ellos de las normas internas reclama de los intérpretes españoles una interpretación previa de la norma internacional, del mismo modo que la interpretación conforme con la Constitución exige primero su propia interpretación, cuyo alcance condicionará la interpretación conforme a ella de las normas infraconstitucionales. Toda interpretación conforme a otra norma exige la previa interpretación de esta última. Así que el Tribunal Constitucional español, cuando impone a todos los operadores jurídicos una interpretación de las normas internas conforme los

⁶⁶ Un “parámetro interpretativo” como explica Sáiz Arnáiz, A., *La apertura...*, *cit.*, pp. 87 y ss.

tratados sobre derechos, ha de realizar con carácter previo la interpretación de estos, salvo que alguno de ellos disponga de su propio intérprete, lo que provoca con naturalidad que el Tribunal Constitucional español se deba someter a la interpretación dada por el otro. Es lo que ocurre con el CEDH, que dispone de un órgano interpretativo supremo, el TEDH, al que el Estado ha reconocido jurisdicción. Y aunque el artículo 10.2 CE no mencione la interpretación de este tipo de organismos jurisdiccionales internacionales, el Tribunal Constitucional reconoció con naturalidad que la interpretación del Convenio efectuada por el TEDH, por ser su intérprete supremo, le vinculaba como vinculaba a los órganos judiciales ordinarios españoles. Negar esta vinculación a la jurisprudencia del TEDH hubiera sido, desde la perspectiva constitucional, desvirtuar el sentido pleno del artículo 10.2 de la CE, y, desde el punto de vista del derecho internacional, incumplir las obligaciones asumidas con el reconocimiento de la jurisdicción del TEDH. Solo si España hubiera ratificado el Convenio, pero no reconocido al Tribunal encargado de aplicarlo, la interpretación del CEDH habría quedado por entero al albur del Tribunal Constitucional.

La diferencia definitiva que detectamos entre el CEDH y otros tratados es que solo el primero cuenta con un órgano jurisdiccional encargado de interpretarlo y aplicarlo. Se produce así una situación en verdad insólita: un órgano internacional irradia interpretaciones de los derechos fundamentales, superponiéndose y vinculando a los máximos intérpretes nacionales de los derechos, e incluso al mismo poder judicial comunitario.

Es verdad que los supremos intérpretes nacionales no aplican directamente el CEDH, pero sí lo hacen indirectamente por su interpretación de los derechos convencionales efectuada por el TEDH, que acaba, de la suerte u otra, conformando el contenido de los derechos constitucionales. Así se labra el entendimiento común de los derechos en Europa. La interpretación conforme debe ser entonces entendida como ausencia de contradicción, como armonización, no como uniformización.⁶⁷

En efecto, el Tribunal Constitucional español y otros altos tribunales europeos van recibiendo con mayor o menor intensidad la jurisprudencia del TEDH sobre disposiciones reconocedoras de derechos incluidas en el CEDH, más o menos parecida a los equivalentes en los ordenamientos nacionales. Estos, para cumplir el compromiso internacional, deberán proteger todos los derechos convencionales. La tendencia, sin duda en la doctrina del Tribunal Constitucional español, ha sido enmarcar las posiciones iusfundamentales identificadas por el TEDH en los enunciados constituciona-

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 220 y ss.

les que reconocen derechos. Ello ha llevado en ocasiones a cambiar el sentido recibido en un primer momento por los preceptos constitucionales, bien alterando la interpretación de las facultades de cada uno de los derechos o lisa y llanamente incluyendo nuevas facultades, nuevas situaciones, que se sumaban a las ya reconocidas, ambas cosas siguiendo la audaz interpretación del TEDH, que de su catálogo de derechos clásicos ha ido extendiendo su protección a situaciones de la vida antes no consideradas.⁶⁸ La ampliación ha ido, pues, en una doble dirección: por un lado, cambiando la significación de ciertos derechos (por ejemplo, ampliando lo que debe considerarse tortura o tratos inhumanos o degradantes), y por otro, ha incorporado nuevas facultades a ciertos derechos (por ejemplo, fragmentos del derecho al ambiente en el derecho a la vida privada y familiar).

Alguna duda pudo suscitarse al principio, a propósito de cuáles derechos venían afectados por la cláusula del artículo 10.2 de la CE, que menciona “los derechos fundamentales y las libertades”. Este rótulo se reserva a la cabecera de la sección primera del capítulo II del título I. Sin embargo, el concepto de derecho fundamental que la doctrina española ha colegido del artículo 53.1 de la CE⁶⁹ abarca todos los derechos constitucionales reconocidos en el capítulo II del título I⁷⁰ y abarcaría también a los proclamados en la sección segunda, “derechos de los ciudadanos”, entre los que hallamos algunos que también reconoce el CEDH, y acerca de los cuales hay por tanto jurisprudencia del TEDH. Tal es el caso del derecho de propiedad o del derecho a contraer matrimonio.

3. *Posición del Tribunal Constitucional español y su recepción de la doctrina del TEDH*

Ya he explicado que el Tribunal Constitucional se halla sometido al principio de armonización, como lo están todos los órganos judiciales ordinarios, *ex* artículo 10.2 de la CE. Todos pueden, y lo hacen, invocar la interpretación del TEDH, pero el TC, al decir la última palabra en materia de garantías constitucionales (artículo 123 de la CE), la dice también a propósito de la vinculación a la jurisprudencia del TEDH.

El TC, según su ley orgánica (artículo 1o.), “está sometido sólo a la Constitución y a la presente ley orgánica”. Y ejerce las funciones que le encomien-

⁶⁸ Una clasificación de estos supuestos se encuentra en Queralt Jiménez, *op. cit.*, pp. 447 y ss.

⁶⁹ *Cfr.* al respecto, entre otros, Martín Retortillo, Lorenzo y Otto Pardo, Ignacio de, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Cívitas, 1988; Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

⁷⁰ Así lo entiende Sáiz Arnáiz, A., *La apertura...*, *cit.*, pp. 66 y ss.

da la Constitución (artículos 161 y 163) y la citada ley orgánica. De ninguno de los preceptos aludidos se desprende que el CEDH ni ningún tratado se integre en el canon de enjuiciamiento del TC ni, como hemos visto, del artículo 10.2 de la CE se infiere tal cosa, porque no es una cláusula aditiva que permita ampliar el listado de derechos fundamentales que solo son los expresamente reconocidos en la Constitución.⁷¹ De este último precepto el TC ha deducido lo que era natural e inevitable: que la interpretación del TEDH, como intérprete supremo del CEDH, se habría de convertir en parámetro de la interpretación conforme exigida. El TC se ha sentido vinculado a la interpretación del TEDH y ha impuesto esa vinculación propia a los órganos judiciales españoles.

La rotunda negación, hecha por el TC, de que el CEDH integre su canon de enjuiciamiento, resulta paradójica, al advertir que, sin embargo, se vincula a la interpretación del CEDH hecha por el TEDH. En otras palabras, el TC se siente preocupado por la jurisprudencia del TEDH, pero no por el mismo Convenio del que el TEDH extrae su interpretación. ¿No es acaso el TC parte del Estado español y por ello no está obligado por el CEDH? ¿No debería entonces el TC dar el paso de considerar el CEDH parte de su canon de enjuiciamiento? Si así lo hiciera, el Convenio adquiriría rango constitucional, sin que la Constitución lo dispusiera expresamente y el TC había ido demasiado lejos.

La aporía se resuelve potenciando el efecto del artículo 10.2 de la CE y concluyendo en lo que Sagüés llama “Constitución convencionalizada”. El grado de “convencionalización” es desde luego menor que la presente en aquellos ordenamientos cuya Constitución declara que los tratados sobre derechos ostentan rango constitucional. Con todo, parece legítimo emplear el hallazgo terminológico del doctor Sagüés en el caso español, toda vez que en materia de derechos el TC ha asumido la doctrina del TEDH para fundar en ella su comprensión de los derechos reconocidos en la Constitución española,⁷² pero son estos y no los convencionales los que hace valer el alto tribunal español.

El problema entonces se avoca al grado de “convencionalización” de los derechos constitucionales. Si estos deben interpretarse de conformidad con la interpretación dada a los derechos convencionales por el TEDH, ¿hay algún límite a esa convencionalización? El profesor Aragón, magistrado en su

⁷¹ Sáiz Arnáiz advierte que el artículo 10.2 de la CE no permite crear nuevos derechos fundamentales desconectados de los enunciados en la Constitución. *Ibidem*, pp. 79 y ss.

⁷² Protagonismo del Tribunal Constitucional que resalta Queralt Jiménez, *op. cit.*, pp. 440 y ss.

momento del Tribunal Constitucional español, razonó sobre esos límites en su voto particular a la STC 150/2011, del 29 de septiembre, en el que discrepa de la mayoría por mantener la doctrina vertida en la STC 119/2001, del 25 de mayo. Esta última sentencia adoptó la doctrina del TEDH acerca del derecho a la vida privada frente a contaminación (una de las más audaces interpretaciones del artículo 8.1 del CEDH).⁷³ Para Aragón, esa adopción fue un error que no se rectifica en la sentencia de la que discrepa. El error consistió, a su juicio, en utilizar indebidamente el artículo 10.2 de la CE para ampliar la lista de derechos constitucionales o, al menos, para desfigurar los declarados concluyendo en la existencia del los derechos a la integridad y a la inviolabilidad de domicilio frente a contaminación. En su opinión, la CE no protege la vida privada (lo que hace el CEDH), sino su núcleo, la intimidad, y la protección de la salud es un principio rector (artículo 43.1 de la CE), y no un derecho fundamental. Se produjo por tanto una encubierta incorporación de nuevos derechos fundamentales o al menos una radical alteración de los declarados. Para Aragón, los derechos convencionales han de ser protegidos, si no tienen sus gemelos en la Constitución, por la jurisdicción ordinaria, en la medida en la que el CEDH integra el ordenamiento nacional ex artículo 96.1 de la CE.

¿Cómo ha quedado convencionalizada la Constitución Española? El artículo 53.1 CE establece que la regulación legal de los derechos constitucionales “deberá respetar su contenido esencial”, de suerte tal que una ley contraria a ese contenido esencial sería inconstitucional. No cabe ahora extenderse en explicaciones a propósito de la expresión “contenido esencial”, pero a grandes rasgos éste se identifica con el mínimo indispensable que debe ponerse a disposición de los titulares de cada derecho para permitir que sea reconocible. La interpretación del TEDH se identifica con ese contenido mínimo, cuya infracción no solo acarrearía un incumplimiento internacional del Estado español, sino, asimismo, un infracción constitucional.⁷⁴ Aquí tenemos el principal efecto de la “convencionalización” de la Constitución, porque convierte la jurisprudencia del TEDH no solo en criterio interpretativo para modificar la interpretación nacional de los derechos, sino también en canon de enjuiciamiento de la constitucionalidad de las

⁷³ Al respecto, *cf.* Canosa Usera, Raúl, “La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en García Roca, Javier *et al.* (coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pp. 79-112.

⁷⁴ Esta conexión entre los artículos 53.1 y 10.2 de la Constitución la pone de manifiesto Caballero Ochoa, José Luis, *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos en México y España*, México, Porrúa, 2009, p. 340. También Ferreres Comella, *op. cit.*, p. 551.

leyes. Los tratados se convertirían así en una suerte de parámetro indirecto de constitucionalidad.⁷⁵

En rigor, el TC no puede apartarse la doctrina del TEDH, porque correría el riesgo de ser condenado en un hipotético recurso ante el TEDH. Solo podría apartarse para ampliar la protección del derecho brindada por el tribunal internacional y mejorar esa protección,⁷⁶ en virtud del criterio interpretativo *favor libertatis* que no se halla expresamente recogido en la Constitución española, como sí lo está, por ejemplo, en la carta mexicana en la forma de principio pro persona (artículo 1o.), pero que conforma el acervo interpretativo de todos los tribunales constitucionales.

4. *La posición de los jueces ordinarios españoles*

El modelo de control de constitucionalidad concentrado que, en la línea europea, establece la Constitución de 1978, no permite a los órganos judiciales ordinarios dejar de aplicar en el caso concreto una ley contraria a la Constitución. Los jueces están “sometidos únicamente al imperio de la ley” (artículo 117.1 de la CE) y en especial, como todo poder público, están vinculados a los derechos constitucionales (artículo 53.1 de la CE), además de estarlo también a la Constitución (artículo 9.1 de la CE). ¿Cómo resolver esta aparente antinomia? La resuelve el artículo 163 de la CE, cuando obliga a los órganos judiciales ordinarios a plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el TC si consideran que una “norma con rango de ley aplicable al caso de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución”. Antes del planteamiento el órgano judicial habrá de intentar la interpretación conforme a la Constitución de la norma dudosa (artículo 5.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). En esta actuación judicial sucintamente trazada ¿cómo juega el CEDH y la doctrina del TEDH? A mi juicio, de una manera parecida a como lo hace en el proceder del TC, ya que los órganos judiciales ordinarios también deben interpretar las normas internas sobre derechos de conformidad con los tratados sobre la materia y la doctrina del TEDH (exartículo 10.2 de la CE). Así ha sucedido en muchas ocasiones, y las sentencias del Tribunal Supremo lo demuestran. Véase, por ejemplo, la dictada en el caso Barajas, donde la sentencia de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo, del 13 de noviembre de 2008, aplica una doctrina del TEDH que no había tenido

⁷⁵ Sáiz Arnáiz, A., *La apertura...*, *cit.*, pp. 266 y ss.

⁷⁶ Queralt Jiménez advierte que el TEDH fija los mínimos que pueden superar los tribunales nacional, pero que no pueden rebajar, *op. cit.*, p. 438. En parecido sentido Ferreres Comella, *op. cit.*, pp. 406 y 407.

ocasión todavía de ser recibida por el TC, a propósito de la apreciación formalista de la prueba. En otras palabras, la jurisdicción ordinaria no está obligada a que sea el TC quien reciba la doctrina del TEDH, y puede ella recibirla por su propia autoridad. Ahora bien, esta recepción, convencionalización de las disposiciones constitucionales sobre derechos, efectuada por la jurisdicción ordinaria, puede sufrir la revisión del TC, que podría corregirla o revocarla.

Cabe preguntarse también si los tribunales ordinarios podrían, por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad, plantear al TC sus dudas acerca de cómo interpretar la normativa interna a la luz de la doctrina del TEDH. A mi parecer, es perfectamente posible. Lo curioso es que el órgano judicial ordinario puede no plantear cuestión y acometer la interpretación de la Constitución y de las normas de desarrollo a la luz de la doctrina del TEDH sin recurrir al TC, como puede hacerlo también cuando interpreta conforme a la Constitución. Esto ocurre precisamente en el citado caso Barajas, cuyo origen es una sentencia del TC, la STC 119/2001 donde, si bien se recibió solemnemente, en el Pleno del TC, la doctrina del TEDH, se desestimó el amparo. Luego los recurrentes acudieron al TEDH, que estimó su demanda censurando algunos de los argumentos del TC y ampliando su doctrina acerca del derecho a la vida privada frente a contaminación (caso Moreno Gómez contra España, del 16 de noviembre de 2004). La recepción de esta importante jurisprudencia no la lleva a cabo el TC, sino el Tribunal Supremo en la citada sentencia del caso Barajas.

Los tribunales ordinarios están obligados a proteger los derechos constitucionales “convencionalizados”, bajo la última supervisión interna del Tribunal Constitucional. Pero podría suceder que algunos de los derechos convencionales, tal y como han sido interpretados por el TEDH, no hubieran sido acomodados en el contenido de los derechos fundamentales. En este supuesto subsistiría la obligación del Estado español de protegerlos (exartículo 96.1 de la CE), y ya no sería misión del Tribunal Constitucional ocuparse de ello, sino que la tarea correspondería a los tribunales ordinarios a través de las vías procesales previstas en el ordenamiento interno. Es el caso del derecho de propiedad o del derecho a contraer matrimonio.

5. *Inexistencia de una instancia nacional que declare la inconvencionalidad y posible revisión del proceder nacional por parte del TEDH*

Como hemos visto, en Europa en general y en España en particular, se ha desarrollado una intensa aplicación del principio de armonización, de la interpretación conforme al CEDH, que es interpretación conforme a la

interpretación hecha del Convenio por el TEDH. En cierto modo el bloque de la constitucionalidad se ha ampliado, por vía interpretativa, para incluir como supremo canon de enjuiciamiento la interpretación de los derechos dada por el TEDH. Sin embargo, tal bloque no incluye el Convenio mismo, porque ni las Constituciones nacionales le reconocen rango constitucional ni el TEDH lo ha impuesto, como sí lo ha hecho la Corte Interamericana. Tampoco el TC español ha llegado tan lejos para inferir del artículo 10.2 de la CE, lo que éste no contempla expresamente.

En el ordenamiento jurídico español ningún órgano tiene la facultad de declarar formalmente la inconvencionalidad de una norma nacional, solo indirectamente el Tribunal Constitucional podría declarar su inconstitucionalidad, entendida como discrepancia con la interpretación de los derechos constitucionales interpretados según la doctrina del TEDH. Esta incardinación viene favorecida por la similitud entre ambas declaraciones, la constitucional y la convencional. Si la primera es desarrollada, interpretada y aplicada según el sentido recibido por la segunda, la inconvencionalidad no se producirá, y cuando se produzca siempre el TEDH tendrá ocasión de declararla ya en las normas generales o en la aplicación que de ellas se haga, gracias a la posibilidad que todos los justiciables tienen para llegar directamente ante el TEDH. No es indispensable, pues, que un órgano nacional declare solemnemente la inconvencionalidad cuando el TEDH tiene tantas posibilidades de hacerlo. Por ello, tal vez no ha forzado la máquina como lo hizo en su día la Corte Interamericana, imponiendo ese control a los Estados, de manera tal que, de no cumplirlo, infringirían la Convención. En Europa, a grandes rasgos, tenemos un control concentrado de convencionalidad de origen incidental, pero que brinda muchas, miles de oportunidades al TEDH para pronunciarse.⁷⁷ No era necesario forzar a los ordenamientos nacionales para que sus tribunales constitucionales se vieran obligados a declarar con efecto general la inconvencionalidad de las leyes.

IV. CONCLUSIÓN

El control de convencionalidad nacional es quizá la innovación más asombrosa del reciente constitucionalismo iberoamericano. Aúna lo constitucional con lo internacional en el fértil campo de la protección de los derechos fundamentales, para encumbrar a la Convención Interamericana y a la Corte encargada de aplicarla a una posición dominante, que, con alguna

⁷⁷ Con el riesgo de congestionar al tribunal, por lo que acaso haya que plantearse la objetivación del amparo europeo, como apunta García Roca, evocando los casos de los amparos alemán y español, "El diálogo entre...", *cit.*, pp. 208 y ss.

reserva, ha venido siendo aceptada por los Estados nacionales. Esta auténtica revolución jurídica ha convertido a los jueces nacionales en auxiliares de la Corte, al imponerles la tarea de efectuar un control de convencionalidad pleno: interpretación conforme y declaración de inconvencionalidad. Se ha edificado así un sistema de control difuso de convencionalidad, donde la Corte oficia como una suerte de tribunal supremo.

El sistema europeo es más bien de control concentrado, porque solo el TEDH ha realizado en rigor control de convencionalidad pleno, ya que muy tempranamente hubo de efectuarlo cuando resultaba evidente que la lesión del derecho convencional provenía directamente de la ley o de su omisión. Sin embargo, no ha impuesto a los Estados la tarea de declarar la inconvencionalidad de las propias normas; ha sido, pues, más respetuoso con el principio de subsidiariedad, inspiración primera de la protección internacional.⁷⁸ Como el TEDH puede potencialmente pronunciarse en miles de ocasiones, los Estados no han tenido más remedio, para eludir sucesivas condenas, que modificar sus leyes y cambiar la interpretación de los derechos para acomodarse, armonizarse con el parecer del TEDH. La puesta en vigor del Protocolo 16 daría a la jurisdicción nacional ocasión de armonizarse antes de resolver los casos.

Así que en ambos sistemas regionales, por vías diferentes, se han ido conformando Constituciones más o menos convencionalizadas,⁷⁹ el punto de encuentro entre ordenamientos nacionales e internacionales en defensa de la libertad, servidas por jueces constitucionales cosmopolitas⁸⁰ que interpretan y aplican el derecho con una perspectiva muy distinta a la del pasado, y que se funda, a la postre, en una teoría común de los derechos fundamentales.⁸¹

El Tribunal Constitucional español no ha asumido un control de convencionalidad que hubiera supuesto la conversión del CEDH en canon de su enjuiciamiento, pero ha interpretado (exartículo 10.2 de la CE) los derechos constitucionales conforme a la doctrina del TEDH, tarea en la que le han seguido los tribunales ordinarios. España es buen ejemplo de la modesta proyección del control interno de convencionalidad en Europa, ceñido al principio de armonización.

⁷⁸ Acerca de la subsidiariedad, *cf.* García Roca, J., *El margen de apreciación...*, *cit.*, pp. 93 y ss.

⁷⁹ Que son expresión de la “globalización jurídica”, a la que se refiere García Roca, J., “El diálogo entre...”, *cit.*, pp. 183 y ss.

⁸⁰ Calificativo atribuido por Zagrebelsky, “El juez constitucional en el siglo XXI”, *Revista Internacional de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 10, 2008, p. 249.

⁸¹ Como recuerda García Roca, respecto a la teoría europea de los derechos fundamentales, *El margen de apreciación...*, *cit.*, pp. 41 y ss.

LA APLICACIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE FUENTE INTERNACIONAL (ALGUNOS DE SUS PROBLEMAS, RETOS Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN)

Jorge Ulises CARMONA TINOCO*

A la memoria del ilustre jurista Jorge Carpizo Mac Gregor, con la certeza de que su pensamiento y rectitud seguirán iluminando a las generaciones venideras por el bien de México.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El papel que corresponde desempeñar a los jueces nacionales en la garantía de los derechos humanos de fuente internacional.* III. *Algunos problemas para la eficacia judicial doméstica de los estándares de derechos humanos de origen internacional.* IV. *Algunas propuestas de solución a los problemas planteados y comentarios conclusivos.*

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos de la persona humana han pasado en su reconocimiento y consagración diversos momentos más o menos definidos. Sin duda, uno de los más relevantes en esa evolución fue su incorporación en algunos documentos solemnes, que serían los embriones de las Constituciones actuales. Tal es el caso de la Carta Magna de Juan sin Tierra de 1215. Siglos después, la práctica de la consagración de tales derechos en los documentos constitucionales se consolidó gracias especialmente a la influencia de los ejemplos de Francia y de los Estados Unidos de América durante el siglo XVIII, por lo que se refiere a los ahora denominados derechos civiles y políticos, y el ejemplo de México en la segunda década del siglo XX, con relación a los derechos en

* Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Profesor en la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Conacyt). Defensor de los Derechos Universitarios en la UNAM.

favor de grupos sociales, campesinos y trabajadores, entonces jurídicamente desprotegidos.

Desde otro ángulo, las influencias recíprocas e interrelación del fenómeno de consagración escrita de los derechos en Inglaterra, Francia, España y los Estados Unidos de América —incluso en los tres primeros países durante siglos previos a los decisivos XVIII y XIX—, crearon una base común, que se dispersó en los lugares de ocupación, conquista o predominio territorial o ideológica de dichas naciones, lo que permitiría en épocas posteriores encontrar un gran número de correspondencias y similitudes entre los textos constitucionales de muchos países.

La existencia de un *corpus* compartido de derechos afianzados en las Constituciones locales, federales o en las de carácter nacional de muchos Estados, facilitó una etapa intensa de internacionalización de estándares de derechos básicos de la persona en el siglo XX, a partir de la segunda posguerra, con la creación de la Organización de las Naciones Unidas, del Consejo de Europa y de la Organización de Estados Americanos, las que sirvieron de base para la consolidación del concepto *derechos humanos*.

La etapa iniciada a partir de la segunda mitad del siglo XX ha estado caracterizada por la consagración normativa de un enorme catálogo de derechos humanos en el ámbito internacional, tanto en el ámbito universal como en el regional.¹ A esta etapa de adopción de compromisos en materia de derechos humanos se sumó la preocupación y los esfuerzos internacionales por la efectiva aplicación y el disfrute pleno de los derechos básicos; esto es, la creación de procedimientos y mecanismos específicos de supervisión del cumplimiento de las obligaciones de los Estados en la materia.²

Si tomamos en cuenta que las Constituciones actuales, entre sí y con relación al ámbito internacional se han acercado en la nomenclatura y tipo de derechos que contemplan, podemos afirmar que los derechos humanos constituyen un plano en el que convergen en la actualidad el derecho constitucional y el derecho internacional.

¹ El texto de numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos puede consultarse en las siguientes obras: Wallace, Rebecca, *International Human Rights. Text and materials*, Londres, Sweet and Maxwell, 1997; Rodríguez y Rodríguez, Jesús (comp.), *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos-ONU-OEA, 1998, 3 ts.; Pacheco, Máximo G., *Los derechos humanos. Documentos básicos*, 2a. ed. actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992. Pueden ser consultados también en el sitio web de la ONU, www.un.org.

² Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Panorama y propuestas sobre la aplicabilidad de los derechos fundamentales de los grupos en situación vulnerable”, en Valadés, Diego y Gutiérrez Rivas, Rodrigo (coords.), *Derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 2001, p. 202.

En definitiva, desde hace varias décadas la consagración de los derechos básicos de la persona no se agota más en el ámbito estatal y sus propios instrumentos de garantía, sino que se ve fortalecida con los estándares de fuente internacional incorporados al orden interno; así, lo mismo sucede con la garantía de los derechos, que se ve complementada en el plano estatal por los mecanismos que operan en el ámbito supranacional.

El presente trabajo aborda el nuevo escenario en que se da la garantía judicial de los derechos humanos, en especial los de fuente internacional, y algunos problemas que podrían ser un obstáculo a dicha labor. El trabajo culmina con algunas propuestas de solución a tales problemas.

II. EL PAPEL QUE CORRESPONDE DESEMPEÑAR A LOS JUECES NACIONALES EN LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE FUENTE INTERNACIONAL

Entre los órganos estatales vinculados por los tratados de derechos humanos sobresalen por la trascendencia de su actividad los jueces, ya que, de acuerdo con la naturaleza de su función al resolver litigios, son quienes en mayor medida pueden lograr el respeto y la efectividad de los derechos previstos en los tratados internacionales.

En el desarrollo de su labor, los jueces:

- a) Los conflictos sobre cumplimiento de los derechos humanos culminan por lo regular en litigios que se someten a conocimiento y resolución de los jueces.
- b) En los casos sometidos a su conocimiento, tienen la autoridad para constreñir con sus decisiones a autoridades y particulares, para que conduzcan sus actividades de acuerdo con las disposiciones de derechos humanos previstas en los tratados.
- c) Poseen atribuciones para sancionar o confirmar en definitiva el castigo a quienes trasgredan las normas de derechos humanos.
- d) Con sus labores de interpretación, tienen el potencial para desarrollar los derechos y apoyar la tarea estatal básica de armonización normativa interna, que corresponde sobre todo al legislador, con los estándares normativos de fuente internacional incorporados al orden nacional.

En este sentido, una gran parte de la atención sobre la aplicación de los estándares de derechos humanos, en especial los derivados de tratados in-

ternacionales, se ha concentrado precisamente en el papel que los órganos jurisdiccionales desempeñan a este respecto.

Este tema tiene mucha actualidad, y consideramos que no obstante los estudios que sobre el mismo han realizado prestigiados autores, aún falta profundizar en él, pero sobre todo que sean los propios jueces quienes participen de un modo activo externando sus opiniones, inconvenientes y propuestas. A este respecto, cabe traer a colación las importantes reuniones y eventos internacionales que han tenido como punto central la aplicación judicial de las normas internacionales de derechos humanos en el ámbito interno.³

Antonio Cançado Trindade ha dedicado importantes reflexiones al tema y ha señalado con acierto:

los propios tratados de derechos humanos atribuyen una función capital a la protección por parte de los tribunales internos, como evidenciado por las obligaciones de proveer recursos internos eficaces y de agotarlos. Teniendo a sí mismos confiada la protección primaria de los derechos humanos, los tribunales internos tienen, en contrapartida, que conocer e interpretar las disposiciones pertinentes de los tratados de derechos humanos.⁴

En efecto, la actuación de los jueces adquiere una relevancia notable a la luz de la regla del previo agotamiento de recursos internos y la efica-

³ Algunas de estas reuniones importantes han sido los coloquios judiciales que periódicamente se han realizado entre los países del *Commonwealt* sobre la aplicación doméstica de las normas internacionales de derechos humanos, de los cuales han surgido a manera de declaraciones notables sugerencias sobre el tema. *Cfr.* Commonwealth Secretariat, *Developing Human Rights Jurisprudence*, vol. 5, Fifth Judicial Colloquium on the Domestic Application of International Human Rights Norms (Judicial Colloquium at Balliol College, Oxford 21-23 September 1992). Commonwealth Secretariat, London, 1993. Asimismo, cabe mencionar el seminario celebrado en Barbados en 1993, del cual surgió la siguiente publicación: Instituto Interamericano de Derechos Humanos-University Of The West Indies, *Seminar for Caribbean Judicial Officers on International Human Rights Norms and the Judicial Function (Proceedings of the 1993 Barbados Seminar)*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos-University of the West Indies, San José/Bridgetown, 1995. Véase también Barkhuysen, Tom *et al.* (eds.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, producto del symposium sobre la ejecución de las decisiones de Estrasburgo y Ginebra celebrado en Holanda en noviembre de 1997.

⁴ Cançado Trindade, Antonio A., *Reflexiones sobre la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos*, Guatemala, Procurador de los Derechos Humanos, 1995, p. 16. También a este respecto se ha hecho énfasis en que “en ese rol de los tribunales como garantes de la plena vigencia de los derechos humanos, hoy en día es clave el conjunto de normas sobre el tema que tienen origen internacional, pero que, debido a que han sido incorporadas al orden interno, gozan de aplicabilidad en él”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Guía sobre aplicación del derecho internacional en la jurisdicción interna*, San José, IIDH, 1996, p. 29.

cia de estos; incluso de esto depende en muchos casos que se surta o no la competencia de los organismos de supervisión internacional de carácter contencioso.⁵

En este orden de ideas, el hecho de que los tribunales nacionales apliquen las normas internacionales de protección de los derechos humanos atenúa la posibilidad de conflictos o contradicciones entre estas y las normas de rango constitucional o legal, lo cual va perfilando por vía de interpretación, como ya señalamos, la armonización de las diversas disposiciones normativas.

Cabe destacar que los preceptos que contienen los tratados enuncian normas de diverso alcance, categoría, y, por lo tanto, varían los medios para su efectividad; hay normas cuya aplicación directa no importa mayor problema, toda vez que su redacción es tajante, no requieren ser detalladas legislativamente, y por lo general no admiten excepciones.⁶ Entre estas se encuentran la prohibición de la tortura o de la desaparición forzada de persona, la prohibición del restablecimiento de la pena de muerte en los Estados que la han abolido, la aplicación del principio *non bis in idem* o la proscripción de penas trascendentales.

En otras hipótesis, las normas poseen un contenido genérico y abstracto que requieren posteriores actos legislativos internos que las detallen o hagan posible su aplicación a casos concretos (generalmente son mandatos al legislador), pero esto no debe ser obstáculo para que el resto de los órganos administrativos y judiciales las tomen en cuenta como pautas de actuación o interpretación, al realizar las labores que les son propias. Otras normas establecen límites al goce y disfrute de determinados derechos, dejando cierto margen de apreciación en cada Estado para establecer sus alcances, de acuerdo con las limitaciones permitidas que imponen conceptos como las de orden público, interés general o bienestar común, entre otros.

Hasta aquí hemos brindado un panorama del papel positivo que corresponde desempeñar a los jueces y tribunales nacionales en la aplicación de los estándares de derechos humanos de fuente internacional, pero también es necesario abordar, así sea en forma general, la responsabilidad internacional en que podría incurrir un Estado por actos de sus órganos jurisdiccionales.

Iniciamos este punto señalando que los órganos jurisdiccionales forman parte del Estado; por lo tanto, los actos que de alguna forma vulneren los compromisos contraídos por ese Estado en beneficio de las personas a través de tratados internacionales comprometen al país.

⁵ Al respecto, véase Fix-Zamudio, Héctor, "Eficacia de los instrumentos protectores de los derechos humanos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. II, 2002, pp. 11-50.

⁶ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Guía sobre aplicación del derecho internacional...*, *cit.*, pp. 49-53.

De esta manera, se ha opinado:

todo Estado es responsable de los actos de sus Tribunales, cuando sean opuestos al Derecho Internacional, sin que esto altere la autonomía de los mismos en el orden interno, puesto que... son órganos estatales. Los Tribunales podrán en efecto, ser independientes de otras esferas estatales, pero no del Estado mismo.⁷

Los tribunales nacionales podrían hacer responsable internacionalmente al Estado cuando desconozcan un tratado, como es el caso de preferir en su decisión la aplicación de una norma de jerarquía inferior a la de aquel, o que restrinja o contradiga los alcances del mismo, en mayor medida que lo previsto en él; cuando decidan en contra de lo previsto por el tratado o se nieguen a decidir cuando les es invocada alguna de sus normas. Otro caso sería también el que los tribunales, al aplicar un tratado, lo interpretaran erróneamente otorgándole un sentido diverso que redunde en perjuicio de los derechos de la persona.

En estas hipótesis juegan un importante papel los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, que de manera subsidiaria pueden remediar las situaciones que se presenten. Al respecto, Antonio Cançado opina:

...los tribunales internacionales de derechos humanos existentes —las Cortes Europea e Interamericana de derechos humanos— no «substituyen» los tribunales internos, y tampoco operan como tribunales de recursos o de casación de decisiones de los tribunales internos. No obstante, los actos internos de los Estados pueden venir a ser objeto de examen por parte de los órganos de supervisión internacionales cuando se trata de verificar su conformidad con las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos...⁸

En este sentido, los órganos jurisdiccionales de carácter doméstico y los organismos internacionales llevan a cabo una función complementaria en la protección de los derechos humanos, pero no es de tipo jerárquico o que implique una instancia en el sentido procesal.

⁷ Comisión Estatal de Derechos Humanos de Querétaro, “Responsabilidad del Estado a través de los órganos judiciales, ante la inaplicabilidad de tratados sobre derechos humanos”, *Crónica*, México, núm. 4, enero-marzo de 1994, p. 97.

⁸ Cançado Trindade, Antonio A., *Reflexiones sobre la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno...*, cit., p. 26.

Como corolario de lo señalado hasta aquí, podemos afirmar que los jueces tienen primordialmente a su cargo la delicada y trascendente labor primaria de protección de los derechos humanos, pero también pueden comprometer con sus actos y omisiones la responsabilidad internacional del Estado.

III. ALGUNOS PROBLEMAS PARA LA EFICACIA JUDICIAL DOMÉSTICA DE LOS ESTÁNDARES DE DERECHOS HUMANOS DE ORIGEN INTERNACIONAL

No obstante que en la actualidad parecería una obviedad referirse a la labor de los jueces en la garantía de los derechos humanos de fuente internacional, consideramos que han pasado desapercibidos una serie de cambios que hacen al día de hoy más compleja dicha tarea y la enfrentan a nuevos desafíos, que se suman a los que podemos calificar de *tradicionales*.

Los problemas tradicionales están relacionados básicamente con la falta de divulgación y, por ende, de conocimiento de los estándares internacionales de derechos humanos, así como por los problemas derivados de la jerarquía interna asignada a los instrumentos que los consagran, y la dinámica de las figuras del derecho procesal constitucional. Los nuevos desafíos derivan del desarrollo operativo de los sistemas de garantía internacional de los derechos humanos y del acoplamiento y entendimiento de los sistemas de justicia constitucional con los de garantía internacional. En los párrafos siguientes nos referiremos a estos problemas.

1. *Los problemas tradicionales*

A. *Desconocimiento de los estándares internacionales*

Este es quizá el problema de inicio, que se señala de manera recurrente como un obstáculo claro a la eficacia de los derechos de fuente internacional.

El problema se originaba de raíz en las deficiencias en la enseñanza del derecho internacional público en las universidades, y, con mayor razón, en la capacitación de los operadores jurídicos, en especial los de tipo judicial.

No obstante lo anterior, en la actualidad comienza a proliferar la inclusión en la currícula universitaria de los cursos especializados en derecho internacional de los derechos humanos, así como también en los cursos de capacitación a los operadores jurídicos, incluyendo los jueces, gracias a la labor de las escuelas o institutos judiciales. A este respecto, cabe destacar la impor-

tante labor de divulgación de los derechos que han llevado a cabo en general los organismos públicos no jurisdiccionales de protección de tales derechos, a imagen de la figura del *Ombudsman*.

Este es un aspecto que seguramente seguirá incidiendo como problema, pero esperamos que se disminuya paulatinamente hasta su mínima expresión. La continuidad en la capacitación en derechos humanos es indispensable, dada la dinámica de los estándares internacionales en constante evolución.

Un aspecto diverso del problema es la existencia de *actitudes* de rechazo ante la dificultad que implica interpretar y aplicar tales instrumentos, en consonancia con el resto de las normas del ordenamiento. En ocasiones puede suceder que no exista obstáculo jurídico alguno que impida a los tribunales nacionales aplicar, a través de sus sentencias, las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales, y que se trate, en mayor medida, de una cuestión de decisión y voluntad de los propios jueces para realizar esta importante labor.⁹

En nuestra experiencia, en ocasiones los jueces señalan sentirse *abrumados* ante la cantidad de instrumentos internacionales a considerar, pero esto es aparente, pues no todos los derechos humanos son aplicables al unísono, sino que hay la incidencia regular de un número determinado de estándares en cada rama del enjuiciamiento. Es precisamente por la determinación de ese grupo de estándares que habría que empezar.

Otra de las aseveraciones recurrentes es desplazar la responsabilidad a los usuarios de los sistemas de justicia, de manera que los jueces se muestran *abiertos* a la aplicación de los estándares, pero solo si las partes que intervienen en los litigios los invocan. Si bien, por supuesto, a todos los que participan en los litigios interesa que las normas aplicables sean consideradas, no debe escapar a nuestra atención que las disposiciones de los instrumentos

⁹ A este respecto, Antonio Cançado señala: "...Cabe, pues, naturalmente a los tribunales internos interpretar y aplicar las leyes de los países respectivos, ejerciendo los órganos internacionales específicamente la función de supervisión, en los términos y parámetros de los mandatos que les fueron atribuidos por los tratados e instrumentos de Derechos Humanos respectivos. Pero cabe, además, a los tribunales internos, y otros órganos de los Estados, asegurar la implementación a nivel nacional de las normas internacionales de protección, lo que realza la importancia de su rol en un sistema integrado como el de la protección de los Derechos Humanos, en el cual las obligaciones convencionales abrigan un interés común superior de todos los Estados Partes, el de la protección del ser humano". *Ibidem*, p. 20.

Asimismo, también se ha señalado: "Por lo tanto, no cabe la más mínima duda de que los Tribunales como Órganos Estatales, pueden adoptar medidas —sentencias en sentido lato— para ser efectivos los derechos y libertades reconocidos en el Tratado Internacional. Si no lo hacen, comprometen la responsabilidad internacional del Estado, ya que su función radica en la administración de justicia". Comisión Estatal de Derechos Humanos de Querétaro, "Responsabilidad del Estado a través de los órganos judiciales...", *cit.*, p. 101.

internacionales son normas de orden público, y que el principio *iura novit curiae* deja en el juez la responsabilidad primaria de estar al tanto y al día en los estándares vigentes que le corresponde aplicar.

B. *Certeza en la jerarquía de los tratados internacionales a nivel doméstico*

Este problema se produce en los casos en que no hay claridad en la jerarquía que adquieren los estándares internacionales al ser incorporados al ordenamiento nacional.

Tomás Requena López, en un reciente y profundo estudio acerca del principio de jerarquía normativa, señala que esta es

un modo necesario de organizar las diferentes normas de los sistemas y ordenamientos jurídicos de las sociedades modernas, consistente en hacer depender la validez de unas normas de otras. Una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de ésta depende de aquélla. Sólo así, o en cualquier forma que expícite esencialmente esa idea, puede definirse la jerarquía.¹⁰

La cuestión sobre la jerarquía de los tratados en el derecho interno y, sobre todo, su situación con respecto a las normas constitucionales, ha despertado en la actualidad un gran interés o lo ha mantenido latente; sin embargo, no existe aún un consenso sobre la jerarquía doméstica de los tratados internacionales. Es por ello que toca a cada Estado, preferentemente en su Constitución, determinar la posición que los tratados ocupan en su respectivo orden jurídico interno.¹¹ Lo anterior, sin ser óbice para la aplicación en un caso concreto de las reglas previstas en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.¹²

¹⁰ Requena López, Tomás, *El principio de jerarquía normativa*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 133.

¹¹ Fix-Zamudio, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, pp. 445-481.

¹² El artículo 27 de la Convención de Viena señala: “El derecho interno y la observancia de los tratados.

Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

Por su parte, el artículo 46 de la misma Convención establece: “Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.

La incorporación de un tratado al orden jurídico interno le otorga a sus disposiciones una determinada jerarquía normativa, que, de acuerdo con las diversas Constituciones, puede situarlas al menos en cuatro diversas posiciones,¹³ con respecto a la propia Constitución y a las leyes ordinarias:

- 1) La posición más alta que podría ocupar un tratado internacional dentro del orden interno de un Estado estaría por encima de la propia Constitución, este correspondería a un nivel *supraconstitucional*. Esta posición es la que en realidad ocupan desde el punto de vista del derecho internacional.
- 2) Otra posición sería aquella en la que los tratados internacionales estuvieran al mismo nivel que las normas constitucionales; esto es, poseerían *rango constitucional*.
- 3) En orden decreciente, los tratados podrían situarse en un nivel inferior al de la Constitución, pero superior respecto a las leyes ordinarias; en este caso serían de rango *supralegal*.
- 4) Finalmente, si la Constitución otorga a los tratados un nivel similar al de las leyes ordinarias, se está en presencia de un *rango legal*.

Cabe señalar que si bien estas categorías pueden aplicarse a todo tipo de tratados que puede incorporar un Estado, existe una tendencia a diferenciar específicamente los tratados de derechos humanos y otorgarles un nivel generalmente superior dentro del ordenamiento, como se señaló párrafos arriba.

En la tendencia benéfica a otorgar una jerarquía superior a los instrumentos internacionales de derechos humanos, en opinión de Héctor Fix-Zamudio, son representativas las vigentes Constituciones española (artículo 10) y portuguesa (artículo 16).¹⁴ La primera ordena la interpretación de las normas constitucionales en concordancia con las disposiciones de la Decla-

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de un derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”.

¹³ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Guía sobre aplicación del derecho internacional...*, cit., pp. 33-43; Gros Espiell, Héctor, “Los tratados sobre derechos humanos y el derecho interno”, *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, México, UNAM, 1988, t. II, pp. 1025 y ss.

¹⁴ Fix-Zamudio, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas...” cit., p. 448.

ración Universal de 1948 y los principales tratados internacionales de derechos humanos; en tanto que la Constitución portuguesa solo hace referencia a la interpretación en concordancia con la Declaración citada.

De especial importancia resulta la Constitución argentina vigente, que en su artículo 75, punto 22, señala dentro de las facultades del Congreso la de aprobar o desechar tratados, mismos que tienen jerarquía superior a las leyes, pero en cuanto a los instrumentos internacionales de derechos humanos¹⁵ se afirma que

tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

En México, luego de una larga etapa en que los tratados internacionales fueron considerados en un rango inferior al de las normas constitucionales, pero en igual jerarquía a las leyes federales, se había venido abriendo paso primero la tesis de la jerarquía *infraconstitucional* y *supralegal* de tales tratados, y más recientemente la del rango constitucional de tales derechos.

Dicha evolución comenzó gracias al criterio judicial que señaló que los tratados en el orden jurídico mexicano están situados jerárquicamente sobre la legislación federal, plasmado en la Tesis 192,867 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo el rubro “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”,¹⁶ cuyo texto es el siguiente:

¹⁵ Se mencionan expresamente: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁶ Para un análisis jurídico de dicha ejecutoria véase Carpizo, Jorge, *Nuevos estudios constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 2000, pp. 493-498. Véase también Flores, Imer B., “Sobre la jerarquía normativa de leyes y tratados. A propósito de la (eventual) revisión de una tesis”,

...esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”. No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C./92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA”; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

Esto significa, por una parte, que en caso de contradicción con la legislación federal prevalecía lo dispuesto por los tratados en aplicación del criterio jerárquico en la solución de conflictos normativos, y por la otra, que ante la existencia de vacíos normativos en la legislación federal, las normas contenidas en los tratados sirven como pautas o principios útiles para interpretación e integración del ordenamiento, por su carácter jerárquicamente superior.¹⁷

Cuestiones Constitucionales, México, núm. 13, julio-diciembre de 2005. Dicho autor, además, profundiza en una ulterior jerarquía, que derivaría de distinguir diversos tipos de tratados y de leyes federales, véase pp. 14 y 15.

¹⁷ Para un panorama sobre la jerarquía y aplicación de los tratados de derechos humanos en el continente americano, véase Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Guía sobre aplicación del derecho internacional...*, cit.

La tesis mencionada, no obstante que por el momento es un criterio no apto *per se* para ser vinculante, por el hecho de provenir del Pleno de la Suprema Corte, posee un importante carácter orientador en los casos que se tramiten ante el resto de los órganos jurisdiccionales nacionales.

De esta forma, la jerarquía normativa básica en el orden jurídico mexicano fue sensiblemente alterada en forma positiva a partir de la tesis de 1999, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En el 2007, algunos criterios judiciales vendrían a abonar la tendencia iniciada por la tesis de 1999. Uno de ellos es el criterio bajo el rubro “SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”,¹⁸ cuyo texto es el siguiente:

A partir de la interpretación del precepto citado, si aceptamos que las Leyes del Congreso de la Unión a las que aquél se refiere corresponden, no a las leyes federales sino a aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano y cuya emisión deriva de cláusulas constitucionales que constriñen al legislador para dictarlas, el principio de “supremacía constitucional” implícito en el texto del artículo en cita claramente se traduce en que la Constitución General de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la “Ley Suprema de la Unión”, esto es, conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales.

Un segundo criterio derivado del mismo asunto aclara la posición que guardaban los tratados internacionales con respecto a las leyes generales, bajo el rubro “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICABAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”.¹⁹ El texto del criterio es del tenor siguiente:

La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de

¹⁸ Tesis P. VIII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 6.

¹⁹ Tesis P. IX/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 6.

dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario “*pacta sunt servanda*”, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.

De los criterios citados se confirma que en México los tratados internacionales en general estaban situados dentro de la categoría *infraconstitucional* y a la vez *supralegal*; esto es, son superiores a las leyes federales y al derecho local; por lo tanto, en caso de un conflicto entre tratado y Constitución, prevalecía esta última; entre un tratado y las leyes federales el primero tenía preeminencia; entre un tratado y el derecho local, prevalecía lo dispuesto por el instrumento internacional, y entre la legislación federal y la local, habría que estar al respectivo ámbito de competencia entre ambos.

El panorama que presentamos daba pie al desarrollo de diversos temas aún no explorados de manera suficiente, como son: el posible rango constitucional implícito de las normas previstas en los tratados de derechos humanos en particular; las posibilidades del control difuso de los actos y normas estatales, no respecto de la Constitución federal, sino frente a los estándares de fuente internacional; o la posible conformación y operatividad del “bloque de constitucionalidad” en México.

Frente al tema vinculado al problema de la certeza en la jerarquía, ya se estaba abriendo paso cada vez con mayor fuerza la invocación y aplicación del principio *pro homine* o pro persona derivado de la exigencia de no interpretar de manera restrictiva los derechos y, en consecuencia, dar paso a la norma más favorable a la persona. Este principio deja en un lugar secundario el tema de la jerarquía normativa,²⁰ pero hay que decir que tiene aplicación en particular en casos donde los derechos de la persona no se enfrentan a los de otra u otras, pues en este último caso se debe proceder a la denominada *ponderación*.

²⁰ Véase a este respecto, Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 163-172.

En este tenor, consideramos conveniente llamar la atención sobre un criterio reciente, emitido en 2010 por un tribunal colegiado de circuito, en el que se ubican los derechos humanos derivados de los tratados a nivel de la Constitución. El criterio es el siguiente:

TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN. Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial.²¹

Estos avances fueron el telón de fondo de la trascendente reforma constitucional del 10 de junio de 2011, que en uno de sus aspectos centrales se ocupó del tema de la jerarquía normativa de las disposiciones de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos. El artículo 1o. constitucional se vio modificado en varios de sus párrafos, entre los cuales destaca el párrafo primero, que señala:

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

En virtud de la reforma se sitúa a las normas de derechos humanos de los tratados internacionales en el mismo rango que los derechos humanos previstos en la Constitución; se debe enfatizar que no son solo los tratados de derechos humanos, sino las normas de derechos que pudieran estar contenidos en cualquier tipo de tratado ratificado por México. A la fecha nuestro país tiene ratificados más de 1,600 tratados de diversa índole, general, específica, multilateral, bilateral, entre otras. En este sentido, de resultar

²¹ Tesis XI.1o.A.T.45 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 2079.

aplicable a un caso concreto una norma de un tratado internacional, habrá que verificar si la misma es o no una norma que consagra un derecho humano o que protege directamente la dignidad humana, en cuyo caso se considerará de rango constitucional para todos los efectos.

Se trata entonces de un cambio en la jerarquía de ciertas normas de los tratados internacionales, en particular aquellas que pueden considerarse de derechos humanos. El propio artículo 1o. constitucional, en su nueva redacción, señala en su párrafo segundo que “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.

De esta manera, la nueva jerarquía de las normas de derechos humanos de fuente internacional se ve complementada por dos actividades capitales: la denominada interpretación conforme y el principio pro persona. Ambas son un mandato constitucional al intérprete, en el sentido de buscar la armonización de las normas de derechos humanos de la Constitución y de los tratados internacionales por vía interpretativa, y de elegir entre las opciones posibles derivadas de dicha actividad la que beneficie más a la persona o, en su caso, optar por la aplicación de la norma más favorable o la que restrinja menos los derechos básicos, en caso de existir dos o más normas aplicables al asunto.

El nuevo estado de cosas derivado de la reforma se vio modificado en virtud de las sesiones celebradas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a finales de agosto y principios de septiembre de 2013, a efecto de resolver la contradicción de tesis 293/2011, entre los criterios de dos tribunales colegiados de circuito. En esa oportunidad se habría decidido que si bien las normas de derechos humanos de los tratados se encontraban al nivel constitucional, cuando las primeras se encontraran en contradicción con alguna norma constitucional que contuviera una restricción a los derechos humanos, esta última prevalecería. La jerarquía normativa de los derechos humanos se vería así alterada, para dejar en la cúspide del ordenamiento a las normas constitucionales que contuvieran restricciones a los derechos, en temas torales como el arraigo, la extinción de dominio, la libertad de expresión en materia electoral, la suspensión de los derechos políticos, la situación jurídica de los integrantes de los cuerpos de seguridad, entre otras. Habrá que ver cómo se considera el impacto de tales criterios por parte de los organismos internacionales de supervisión, con motivo de los casos concretos que pudieran llegar a su conocimiento.

C. *Falta de unificación en la nomenclatura derechos humanos/derechos fundamentales, entre otras*

Un problema adicional, que dificulta la garantía judicial de los derechos de fuente internacional, está relacionado con la nomenclatura de los derechos.

Nos referimos en particular a que las Constituciones que hacen una distinción terminológica tajante, expresa o aparente, que crea la idea de una desvinculación conceptual y operativa entre los derechos expresados en el texto constitucional y los derechos humanos de fuente internacional, propician una falsa dicotomía, que impacta la eficacia de estos últimos. Esto es, se cree que una cosa son los derechos humanos y otra muy distinta —y a veces distante— los previstos en las Constituciones, cuando en realidad se trata de una sola categoría: los derechos humanos, solo que unos están expresados en la Constitución y otros en los instrumentos internacionales, lo que no debería ser en principio obstáculo a su eficacia, en especial cuando da pie a la intervención de los jueces vía las figuras de las que se ocupa el derecho procesal constitucional.

La denominación *derechos humanos* es universalmente utilizada para hacer referencia a los derechos básicos de la persona humana, tanto en lo individual como desde el punto de vista colectivo, reconocidos al nivel interno e internacional. Dicha denominación ha sido difundida a partir de la segunda posguerra, y en especial desde la adopción de la Carta de las Naciones Unidas en 1945 y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

Desde el punto de vista del derecho internacional, los derechos humanos pueden surgir a la vida jurídica mediante su reconocimiento vía las fuentes del derecho internacional, tanto las reconocidas por el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (artículo 38)²² como las que conforman el

²² Dicho precepto señala: “Art. 38. 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59.

2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren”.

llamada *soft law* o derecho derivado del funcionamiento de los órganos internacionales de promoción, supervisión y de garantía.²³

Los derechos humanos pueden tener expresión en las Constituciones de los Estados, dando lugar a la categoría de los llamados *derechos fundamentales*²⁴ o denominaciones sinónimas, que poseen el valor, la autoridad y la jerarquía de las normas constitucionales, y cuya observancia es garantizada mediante las figuras derecho procesal constitucional aplicables, según el Estado de que se trate.²⁵ Desde este punto de vista, los derechos humanos comprenden a los derechos fundamentales, pero no se agotan necesariamente en ellos.

La categoría de los derechos fundamentales en México correspondía a las llamadas “garantías individuales”, aunque también a varias de las llamadas “garantías sociales”.²⁶ El hecho de llamar “garantías” a lo que en realidad son “derechos” susceptibles de protección ha sido históricamente superado, en opinión de la doctrina.²⁷

Sin embargo, la nomenclatura señalada trajo consigo en México, por muchos años, diversos problemas, como son: a) confundir los derechos sustantivos reconocidos con las *garantías constitucionales* o instrumentos de protección de tales derechos; b) tener como base el otorgamiento estatal de

²³ Sobre este interesante tema véase Toro Huerta, Mauricio Iván del, “El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del derecho internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VI, 2006, pp. 513-549.

²⁴ Véase a este respecto Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, México, UNAM, p. 58; Aragón, Manuel, “Constitución y derechos fundamentales”, *Congreso Internacional sobre el 75 Aniversario de la Promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, UNAM, 1993, p. 9.

²⁵ Entre el término “derechos humanos” y “derechos fundamentales” existe una indudable afinidad, pero quienes se inclinan por la corriente española, al parecer inspirada en la alemana, optan por apoyar esta última como la más adecuada denominación para referirse a los derechos básicos de la persona. Por otra parte, en el uso común también se utilizan de manera indistinta ambos términos, incluso otros; no obstante, en países como México, en los que se ha hecho una distinción doctrinal tajante entre “garantías individuales” y “derechos humanos”, al grado de que parecen denotar cosas muy distintas y hasta irreconciliables, es de suma utilidad impulsar la denominación de “derechos humanos”, ya que si solo se intercambia “garantías individuales” por “derechos fundamentales” el problema de su distinción con los “derechos humanos” subsistiría. Sobre los diversos términos utilizados para denotar los derechos de la persona, véase Peces Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1999, pp. 21-38.

²⁶ Por ser susceptibles de ser protegidas y reclamables a través del juicio de amparo, por ejemplo, muchos de los derechos laborales previstos en el artículo 123 constitucional.

²⁷ Véase a este respecto Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica-UNAM-Corte de Constitucionalidad de Guatemala, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 12, 1998, pp. 55-64.

los derechos en lugar de su reconocimiento; *c*) ocasionar efectos limitantes respecto a la garantía jurisdiccional de los derechos humanos no previstos expresamente en la Constitución federal; *d*) generar en las autoridades la idea de un catálogo exhaustivo, limitado y cerrado de derechos, que diluye las responsabilidades estatales en el respeto, protección, garantía y satisfacción de un sinnúmero de derechos humanos aplicables en el ámbito interno; *e*) generar una innecesaria división tajante entre los derechos individuales y colectivos, desconociendo su interrelación y su interdependencia en tanto derechos humanos; *f*) por mucho tiempo dejó fuera del alcance de los instrumentos de garantía constitucional a los derechos políticos, a tal grado que fue necesario el establecimiento de órganos jurisdiccionales con competencia especializada en dicha materia;²⁸ *g*) suscitó posturas radicales en la doctrina, adversas al reconocimiento mismo del concepto de derechos humanos, así como al valor jurídico y jerarquía normativa de estos en el ámbito interno.

Por otra parte, queda claro que las entonces llamadas garantías individuales y las garantías sociales forman parte de los derechos humanos, pero no necesariamente reflejan la totalidad de los reconocidos hasta ahora. Con la incorporación a nivel constitucional en México de la figura del *ombudsman* en 1992, se reconoció implícitamente en la propia carta magna que los derechos integrantes del catálogo de las llamadas *garantías individuales* y *garantías sociales* son en realidad derechos humanos, pero no los únicos que tienen aplicación a nivel interno. En efecto, en la parte conducente del artículo 102, apartado B, se señala expresamente que el objeto de protección por parte de la Comisión Nacional y de los organismos similares en las entidades federativas son *los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano*; esto es, no solo las garantías individuales y sociales, sino los derechos humanos que tienen vigencia en el ámbito interno, sin señalar una fuente única y exclusiva de tales derechos.

Cabría también señalar el texto vigente del artículo 2o. constitucional, apartado A, fracción III, que dispone el reconocimiento a que los pueblos y las comunidades indígenas apliquen en ciertos casos sus propios sistemas normativos, *respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres*.

La cuestión terminológica ya venía siendo superada gracias a que en muchas de las Constituciones locales en México se ha optado por denominar a los apartados “derechos humanos”; lo anterior terminó de consagrarse gracias a la reforma del 10 de junio de 2011, que modificó en principio la

²⁸ *Ibidem*, pp. 112-125.

nomenclatura del título I, capítulo I, de la Constitución federal, que “De las garantías individuales” pasa a ser “Los derechos humanos y sus garantías”.

Esto nos parece acertado, toda vez que las modalidades de exigibilidad y justiciabilidad entre los derechos individuales y colectivos, o respecto a los de carácter difuso, no interfiere —ni debe hacerlo— en su carácter de derechos humanos. De ahí la necesidad de tender hacia la unificación de la nomenclatura bajo el término “derechos humanos”, que rompe las falsas dicotomías que favorecen la falta de eficacia de los derechos humanos de fuente internacional.

Por otra parte, en consonancia con el cambio de denominación del catálogo de derechos humanos, habría que señalar la reforma al amparo en la Constitución por reforma del 6 de junio de 2011, a partir de la cual dicho juicio es procedente por violación a los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales.²⁹ De esta manera, el amparo dejó de estar cerrado exclusivamente a la protección de los derechos considerados como garantías individuales, para expandir su accesibilidad a planteamientos de violación a derechos humanos de fuente internacional; la reforma constitucional se vio complementada por una nueva Ley de Amparo, del 2 de abril de 2013, que también incorpora elementos novedosos en México, de los que destaca el interés legítimo para la procedencia del amparo, a la par del rígido interés jurídico.

D. Los casos de monopolio exacerbado del control de constitucionalidad

De acuerdo con el pensamiento de Fix-Zamudio,³⁰ todos los jueces, en mayor o menor medida, e independientemente de su denominación, categoría y autoridad, son en cierto sentido jueces constitucionales. Así, el problema que apuntamos deriva en principio de la negación en ocasiones

²⁹ En virtud de esa reforma, el artículo 103 señala:

“Artículo 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite

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

II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y

III. Por normas generales o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal”.

³⁰ Fix-Zamudio, Héctor. “El juez ante la norma constitucional”, *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993, p. 36; Pérez Tremps, Pablo, *Tribunal constitucional y Poder Judicial*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985, pp. 190-192.

de facto al rol de juez constitucional mencionado, que toca jugar en cierto sentido a todo órgano jurisdiccional, y que lleva a una falta de eficacia para los derechos humanos de fuente internacional.

Si los jueces ordinarios entienden agotada su misión o la misma se ve reducida a la mera aplicación de ley, sin tomar en cuenta los derechos humanos que tuvieran incidencia, tanto los expresados en la Constitución o en instrumentos internacionales, la eficacia de estos se ve negada de inicio, aunque dicha situación pueda ser “corregida” en etapas procesales subsecuentes o de índole constitucional. Esta idea de que los jueces de cualquier tipo de materia de enjuiciamiento cumplan con los derechos humanos no riñe incluso con las atribuciones de los tribunales o salas constitucionales, en los sistemas orientados al control *concentrado*, en especial cuando existen mecanismos como la *cuestión de inconstitucionalidad*.³¹

Por otro lado, en los países cuyo sistema admite al control difuso, este problema tendría una incidencia menor si los jueces se toman en serio sus atribuciones. Sin embargo, aun en este último caso las atribuciones de control constitucional deben ampliarse a las de un *control de convencionalidad*, que abarque la contrastación de los actos, omisiones y las leyes frente a las disposiciones de fuente internacional incorporadas al ordenamiento.³²

En ambos sistemas y sus versiones mixtas, si los jueces de cualquier nivel y materia competencial no adoptan la tarea del *control de convencionalidad*, ni siquiera tratándose de aquellos tribunales o salas terminales de constitucionalidad, de nueva cuenta la garantía de los derechos de fuente internacional se ve comprometida, en especial cuando no poseen algún derecho reflejo en el texto constitucional, que sea susceptible de aplicación.

En México, la última parte del artículo 133 constitucional señala: “Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”. Esta disposición derivó directamente del artículo 126 de la Constitución de 1857, a su vez inspirado en el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787.

Se trata de una disposición cuya redacción en principio pareciera no despertar dudas sobre sus alcances, pues se trata de un mandato directo a los jueces locales para estar a la Constitución, tratados y leyes, como ley suprema de la unión, al momento de decidir los asuntos que les sean so-

³¹ Sobre la cuestión de inconstitucionalidad puede consultarse el importante estudio: Corzo Sosa, Edgar, *La cuestión de inconstitucionalidad*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

³² Véase a este respecto Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa-IMDPC, 2009.

metidos, así encuentren normas en la Constitución local o en las leyes de la entidad de que se trate, que pudieran pugnar con lo dispuesto por los ordenamientos señalados en primer término. Lo cierto es que durante la vigencia de la Constitución de 1857 y de la de 1917, el precepto ha suscitado posiciones encontradas en la doctrina, y también ha sido objeto de criterios judiciales por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que no han dejado de ser sometidos a discusión.

Hay una corriente de opinión que encuentra en la disposición señalada el fundamento del control difuso de la constitucionalidad, en virtud del cual cualquier juez local en algún asunto sometido a su conocimiento, tiene facultades para desaplicar una disposición contraria al texto de la carta magna y decidir de conformidad con la ley suprema de la unión, incluyendo a los tratados de derechos humanos, pero primordialmente con la Constitución federal.

La posición contraria es la que niega a tales jueces dichas atribuciones, y que solo los tribunales del Poder Judicial de la Federación poseen atribuciones de control constitucional de las leyes. Dicha postura es seguida en especial por la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de su jurisprudencia, lo que significa desconocer de raíz el denominado control judicial difuso.

Tratándose de conflictos entre leyes y Constitución, esta facultad de los jueces locales ha estado sujeta a una discusión, que tiene sus orígenes desde la vigencia de la Constitución de 1857. Jorge Carpizo, en su interesante y profundo estudio sobre la interpretación del artículo 133 constitucional, señala:

Castillo Velasco, Coronado y Vallarta declararon que los jueces locales sí podían examinar la constitucionalidad de las leyes, o sea, que podía dejar de aplicar una ley por considerarla anticonstitucional. Rabasa también siguió esta idea sólo que con una restricción: que los jueces locales sólo podían realizar tal examen si las leyes locales se encontraban en oposición evidente con la Constitución. En cambio, Ruiz afirmó que únicamente la Suprema Corte puede resolver el problema de constitucionalidad.³³

Estas cuestiones, por supuesto, también eran objeto de preocupación en el seno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el siglo XIX, como lo demuestra el extenso discurso que el magistrado Bautista pronunció sobre supremacía de la Constitución federal,³⁴ con motivo del amparo solicitado por el licenciado Justo Prieto, quien siendo juez había sido destituido

³³ Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, en *Estudios constitucionales*, 5a. ed., México, UNAM-Porrúa, 1996, p. 14.

³⁴ *Semanario Judicial de la Federación*, Segunda Época, 1881, t. III, pp. 345-394.

y procesado por haber elaborado un dictamen en calidad de asesor, por el cual prefirió la Constitución en contra de una ley inconstitucional en el estado de Chihuahua, que consideraba como responsables del delito de hurto, fraude o estafa a los trabajadores que desconocieran un contrato laboral y se separaran del trabajo.

En su discurso, el magistrado Bautista, integrante de la Suprema Corte, opinaba que la segunda parte del artículo 126 de la Constitución de 1857 debía considerarse como un deber general impuesto a todos los jueces, sea cual fuera su jerarquía y su jurisdicción, lo cual implicaba que hicieran las apreciaciones que a su juicio se sometieran, pero esto no debía confundirse con la facultad de pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de una ley para impedir su cumplimiento, misma que estaba reservada a los jueces federales en los términos del artículo 102 de la mencionada Constitución.³⁵ Para el magistrado Bautista, las apreciaciones que llevaran a cabo los jueces comunes al dar preferencia a la Constitución, son distintas de la interpretación constitucional que realizan los tribunales federales y, además, las sentencias y apreciaciones de los primeros están sujetas a la revisión de estos últimos.

En el siglo pasado, diversos autores han manifestado su opinión al respecto. Entre los más destacados se encuentran Tena Ramírez, quien advierte las consecuencias negativas de dejar en el juez local poderes para analizar y declarar la constitucionalidad de las leyes, y califica al artículo 133 como *oscuro, incongruente y dislocador* de nuestro sistema jurídico;³⁶ Martínez Báez opina que los jueces locales sí tienen dicha facultad, opinión a la que se suma el propio Jorge Carpizo.³⁷

Para Fix-Zamudio, en el fondo de la controversia se encuentra aparentemente una contradicción entre el texto del artículo 133 constitucional con el artículo 103 de la propia ley fundamental, toda vez que este último reserva a los tribunales de la Federación el conocimiento de las controversias sobre la regularidad constitucional de las leyes y de los actos de autoridad, por lo que permitir que cualquier tipo de juez tenga esa atribución, desde ese ángulo, sería contrario al sentido de este último precepto.³⁸

Para el mencionado autor, “es posible coordinar el principio generalmente aceptado de que está reservado al juez federal la calificación de la

³⁵ *Ibidem*, p. 349.

³⁶ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 29a. ed., México, Porrúa, 1995, pp. 546-548.

³⁷ Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, *cit.*, p. 31.

³⁸ Fix-Zamudio, Héctor, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1964, p. 176.

constitucionalidad de las leyes, por la exclusiva vía del amparo, con los diversos principios establecidos por los artículos 133 y 128 de la Ley Suprema” (este último se refiere al juramento de guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes, que todo servidor público debe realizar antes de tomar posesión de su encargo). La manera de llevar esto a cabo es a través del planteamiento de inconstitucionalidad de la ley por vía de recurso; esto es, no como un ataque directo y frontal a la misma y a los órganos que participaron en su formación, sino con motivo de la impugnación de una sentencia definitiva o que ponga fin a un juicio, a través del amparo de una sola instancia (de que conocen los tribunales colegiados de circuito), y vía precisamente del recurso de revisión de conocimiento de la Suprema Corte, que prevé la Constitución (artículo 107, fracción IX), y la Ley de Amparo (artículos 83, fracción V y 84, fracción II).³⁹

Las posiciones, en México concretamente, pueden enunciarse como sigue: 1) hay aquellos para quienes los jueces locales y, en general, los de cualquier jerarquía, pueden decidir conforme a la Constitución federal, dándole preferencia, y haciendo a un lado las disposiciones de la Constitución y leyes locales y, en todo caso, sus planteamientos sobre el particular podrán ser revisados a nivel federal; 2) la postura opuesta admite implícitamente que los jueces no deben desaplicar las normas de la Constitución o de las leyes locales; esto es, deben decidir conforme a ellas, y si subsistiera el planteamiento de inconstitucionalidad, este puede hacerse valer a través del amparo.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha emitido diversos criterios en torno a la segunda parte del artículo 133, pero casi todos en el sentido de conservar lo que Martínez Báez llamó en su momento el “indebido monopolio” de conocer y resolver las cuestiones de inconstitucionalidad.⁴⁰ Pongamos solo a manera de ejemplo el siguiente:

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que “Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”. En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este

³⁹ *Ibidem*, pp. 175-180; véase también del mismo autor sus *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM-Porrúa, 2003, pp. 25-27.

⁴⁰ Martínez Báez, Antonio, “El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la inconstitucionalidad de las leyes”, en *Obras*, t. I: “Obras político-constitucionales”, México, UNAM, 1994.

Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.⁴¹

Esta jurisprudencia de la novena época, por ende vinculante, refleja en todos sus términos el criterio predominante de la Suprema Corte, en el sentido de negar facultad alguna de control constitucional a los jueces locales (que en la tesis se amplía a las *autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales*), y si bien señala que el artículo 133 debe interpretarse *a la luz* del régimen previsto por la propia carta magna, lamentablemente no explicita en forma alguna el régimen a que se hace alusión, por lo que la jurisprudencia resulta por lo menos oscura.

Consideramos que más allá de la evaluación del impacto que el criterio de la Suprema Corte ha tenido en la impartición de justicia, cabría preguntarse algo que todavía persiste: si del artículo 133 no se desprenden facultades de control constitucional o en este caso control difuso de constitucionalidad, ¿cómo debe entenderse entonces dicha disposición, pues si el camino que se ha seguido es interpretar el artículo 133 a la luz del artículo 103 de la Constitución?, cabría al contrario también interpretar el artículo 103 a la luz del 133, y así posibilitar la participación del resto de los órganos jurisdiccionales en la efectividad de la carta magna y la vigilancia de la regularidad de las normas infraconstitucionales, al menos en el sentido que las primeras tesis dieron al precepto, que solo se diera esto ante trasgresiones directas y manifiestas.

No obstante, ante el *statu quo* frente a jurisprudencias vigentes y vinculantes, solo quedaría la interrupción o la modificación de los criterios como vía para cambiar el rumbo del criterio que se comenta o, de plano, modificar la Constitución y cercenar la segunda parte del artículo 133 por superflua e inoperante, según se deriva de los criterios mayoritarios de la Suprema Corte.

⁴¹ Tesis P./J. 74/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 5. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el trece de julio del año en curso, aprobó, con el número 74/1999, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a catorce de julio de mil novecientos noventa y nueve.

De esta manera, los trabajos en torno al artículo 133 constitucional se han concentrado sobre todo en el significado de la supremacía constitucional y en la existencia y alcances del control difuso de constitucionalidad, y sobre los tratados con relación a su jerarquía, pero poco se ha dicho sobre el papel de los tratados de acuerdo con la segunda parte del artículo señalado.

El tema no es ya el del control de constitucionalidad, sino el de la vigencia y obligatoriedad de la observancia de los tratados no en situaciones cotidianas, frente a posibles conflictos con el resto de las normas infraconstitucionales; esto es, al que hacemos referencia con la expresión de *control de convencionalidad*, que en México estaría negado si se estima como incluido exclusivamente en las atribuciones de *control de constitucionalidad* en sentido amplio del Poder Judicial de la Federación, pero que puede ser llevado a cabo por todos los jueces si se distingue o separa adecuadamente de este.

Aunado a este problema está el diseño mismo de los mecanismos de justicia constitucional, que respecto a normas de fuente internacional solo estaban diseñados para someter estas, en su momento, a control de constitucionalidad, mas no a servir como vehículo de su eficacia. Afortunadamente, esta tendencia parece empezar a ser controvertida, como lo demuestran las siguientes tesis de jurisprudencia, que afirman la obligatoriedad del control de convencionalidad para los operadores jurídicos. El texto de las tesis es el siguiente:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO. Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado mexicano como no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque éste implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen.⁴²

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DEBE SER EJERCIDO POR LOS JUECES DEL ESTADO MEXICANO EN LOS ASUNTOS SOMETIDOS A SU CONSIDERACIÓN, A FIN DE VERIFICAR QUE LA LEGISLACIÓN INTERNA NO CONTRAVENGA EL OBJETO Y FINALIDAD DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha

⁴² Tesis XI.1o.A.T.47 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 1932.

emitido criterios en el sentido de que, cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado internacional, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sus Jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las disposiciones ahí contenidas no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que contraríen su objeto y fin, por lo que se debe ejercer un “control de convencionalidad” entre las normas de derecho interno y la propia convención, tomando en cuenta para ello no sólo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado. Lo anterior adquiere relevancia para aquellos órganos que tienen a su cargo funciones jurisdiccionales, pues deben tratar de suprimir, en todo momento, prácticas que tiendan a denegar o delimitar el derecho de acceso a la justicia.⁴³

Dichos precedentes están a tono con lo prescrito en la sentencia del caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, del 23 de noviembre de 2009, que en su parte considerativa señaló expresamente:

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

En este sentido, a partir de la noción de control de convencionalidad se ha enfatizado la necesidad de que los jueces apliquen los derechos humanos de fuente internacional, adaptando sus criterios a modo de hacer prevalecer estos últimos, incluso frente a disposiciones que los contraríen. Además, a manera de pauta para realizar esta labor, deberán no solo estar al tratado, sino a su interpretación última y definitiva que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴³ Tesis I.4o.A.91 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 2927.

Los criterios nacionales mencionados, así como lo derivado de la sentencia del caso Rosendo Radilla Pacheco *vs.* Estados Unidos Mexicanos, ya apuntaban en la dirección que más tarde confirmaría la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación. Cabe recordar que con motivo de la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de febrero de 2010, de los fragmentos de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso mencionado, según lo ordenado por el mismo tribunal internacional, la Suprema Corte inició la tramitación del denominado expediente “varios” 489/2010, que culminó con una resolución el siete de septiembre de dos mil diez, en el que determinó discutir las consecuencias de la sentencias de la Corte Interamericana para el Poder Judicial de la Federación. Así surgió con posterioridad el expediente “varios” 912/2010, dentro de cuya discusión derivaron importantes criterios en armonía con la reforma constitucional en materia de derechos humanos, del 10 de junio de 2011.

De la resolución de la SCJN en Pleno surgieron los siguientes criterios de jurisprudencia, bajo los rubros:

- SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.
- SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO.
- RESTRICCIÓN INTERPRETATIVA DE FUERO MILITAR. INCOMPATIBILIDAD DE LA ACTUAL REDACCIÓN DEL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN II, DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR, CON LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL, A LA LUZ DE LOS ARTÍCULOS 20. Y 8.1 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS.
- PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.
- PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.
- CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.
- CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.

De igual manera, como complemento, quedaron sin efecto las tesis de jurisprudencia P./J. 73/99 y P./J. 74/99, bajo los rubros: “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN” y “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”.

Del análisis de los criterios anteriores surge el marco vigente para el ejercicio del control de convencionalidad de jueces y los deberes del resto de las autoridades en general, en los términos siguientes:

...el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país —al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano—, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles...

...los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.

...El parámetro de análisis de este tipo de control que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente: a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las

sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.

...todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.

De esta manera, diversos criterios judiciales anteriores a la reforma constitucional de junio de 2011, la sentencia emitida en el caso Radilla y su recepción judicial doméstica, así como la propia reforma constitucional ya señalada, sirvieron de base para la conformación del nuevo paradigma de control difuso a cargo de todos los órganos jurisdiccionales del país, quienes cuentan ahora con atribuciones que les habían sido negadas jurisprudencialmente por décadas, pero que en la actualidad les permite resolver los casos concretos que se les sometan no solo aplicando la ley, sino el derecho, en cuya integración juegan un papel primordial los derechos humanos.

2. El nuevo desafío. La recepción de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos por los órganos internos

A los obstáculos que hemos calificado de tradicionales para la eficacia de los derechos humanos de fuente internacional se han sumado nuevos retos, que vienen determinados por el cúmulo cada vez mayor de precedentes y criterios derivados de la actuación de los mecanismos de supervisión internacional, al interpretar los tratados que han sido ratificados por los Estados partes. En los párrafos siguientes intentaremos esbozar los nuevos problemas que se empiezan a sentir.

A. El problema del concepto “doméstico” de jurisprudencia

El primer obstáculo que detectamos consiste en el arraigado concepto formalista de jurisprudencia que existe en el foro y en la judicatura, por lo menos en México.

Esto deriva de la existencia y funcionamiento profundamente enraizados de un sistema de precedentes, que data en México de la segunda mitad del siglo XIX, y que solo reconoce como *jurisprudencia vinculante* por antonomasia a los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de los tribunales colegiados de circuito y, más recientemente, a los del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, siempre que se cumpla con los

requisitos de votación, reiteración que exige la ley, o que deriven de procedimientos de depuración de criterios contradictorios.

Este sistema legislado y formalizado de creación y vinculatoriedad de precedentes provoca en jueces, abogados y juristas una reacción a negar de principio cualquier tipo de criterio el título de *jurisprudencia*, y mucho menos reconocerle el carácter de *vinculante*, a menos que exista un fundamento normativo expreso que les otorgue tal carácter.

La formación y aplicabilidad de la jurisprudencia internacional opera en muchas ocasiones bajo principios implícitos, y derivan de una práctica observable que cada vez se extiende con mayor ímpetu.

Con respecto a este obstáculo, habría que divulgar con mayor amplitud la idea de que el sistema de precedentes doméstico con que se cuenta es únicamente un modelo de los existentes o los posibles,⁴⁴ y que hay otros, como el de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos (JIDH), que pueden complementar y enriquecer el sistema interno de precedentes.

B. *El problema “un texto y multiplicidad de intérpretes”*

Esto se refiere al fenómeno de que los tratados internacionales, una vez que son ratificados e incorporados al orden jurídico interno de los Estados, son susceptibles tanto de interpretación doméstica como de aquella de carácter internacional.

En la mayoría de los países, de los que México no es la excepción, la interpretación última de la Constitución y de los tratados internacionales en el ámbito doméstico le corresponde a los órganos superiores de jurisdicción constitucional, sean tribunales, salas o cortes de constitucionalidad.

A su vez, el mismo tratado, cuando se prevén mecanismos de supervisión internacional, es objeto de interpretación al ser aplicado en casos concretos que se resuelven en ese ámbito. En ocasiones, como sucede a nivel regional, es un órgano jurisdiccional internacional el que tiene reconocido el carácter de intérprete último y definitivo del instrumento en cuestión, como es el caso de la Corte Interamericana.

Así, en muchos casos se presenta el fenómeno de “un texto y multiplicidad de intérpretes”, lo que acentúa la necesidad de un reconocimiento mutuo de criterios domésticos e internacionales, así como de un *diálogo* jurisprudencial en dos vías, para la construcción lo más uniforme posible de un *corpus* homogéneo, unificado y coherente de precedentes.

⁴⁴ Sobre los diversos sistemas de precedentes, véase al respecto Shahabuddeen, Mohamed, *Precedent in the World Court*, Gran Bretaña, Cambridge University Press, 1997, pp. 9 y ss.

No obstante, ante la discrepancia entre los de carácter doméstico y los de tipo internacional, debe hacerse regular el uso del principio pro persona, a efecto de que el estándar más favorable o menos restrictivo sea el que resulte aplicado; de no ser así, se podría comprometer la responsabilidad internacional del Estado, originada incluso por el sentido de la interpretación doméstica, en especial judicial o administrativa, que se dé a un tratado internacional de derechos humanos.

C. *El problema “dos textos y un mismo contenido”*

Otro obstáculo que dificulta la recepción doméstica de la jurisprudencia internacional es la producción de dos grupos de criterios afines que podrían traslaparse en su contenido, pero derivados unos de la interpretación del catálogo de derechos de las Constituciones, y otros de los de instrumentos internacionales de derechos humanos. En el primer caso, los criterios los generan los órganos domésticos, y en el segundo, los órganos internacionales.

Esto se produce debido a que el contenido de los catálogos de derechos previstos en las Constituciones y en los instrumentos internacionales, es por lo regular afín o en ocasiones casi idéntico. Esto provoca, entonces, que se generen, como señalamos, dos grupos de criterios (constitucionales e internacionales) sobre derechos, que comparten un mismo contenido. Por lo regular, entre los derechos de fuente internacional y los previstos en la Constitución hay una relación de simetría o de complementariedad —pues yendo en el mismo sentido, unos u otros otorgan algún grado mayor de protección—. Son muy pocos los casos de asimetría extrema o de franca contradicción entre un texto constitucional y los instrumentos internacionales de derechos humanos.⁴⁵

En el caso de la Constitución federal mexicana, podemos señalar como un ejemplo claro una de las hipótesis de suspensión de los derechos políticos

⁴⁵ Recuérdese, por ejemplo, uno de los casos más sobresalientes, como fue el de “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C, núm. 73, en el cual la Corte Interamericana señaló que “...la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial”.

(artículo 38, fracción II),⁴⁶ cuando la persona se ve involucrada en un proceso penal. De conformidad con la Constitución, basta con la decisión judicial que vincule a una persona como inculpada a un proceso de ese tipo, para que proceda la suspensión de los derechos, lo cual es contrario al artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁴⁷ en el que se exige que se trate de una condena firme. Tal como señalamos en otro apartado de este trabajo panorámico, tales conflictos normativos habrían de ser decididos a la luz del principio pro persona, de manera que la norma más favorable o la menos restrictiva fuera la aplicable; sin embargo, debido a las decisiones adoptadas por la Suprema Corte mexicana en las sesiones para resolver la contradicción de tesis 293/2011, sin importar que la norma de fuente internacional resultara más protectora se impone la norma constitucional más restrictiva.

El problema “dos textos y un mismo contenido” hace necesario que sobre todo los órganos domésticos tomen en cuenta al aplicar los derechos previstos en la Constitución, la interpretación de estos a la luz de los previstos en los tratados internacionales, así como en los criterios o jurisprudencia de los órganos internos y de los de supervisión internacional.

Una opción para la determinación adecuada del estándar de derechos humanos aplicable a casos concretos es el camino marcado en México por la Constitución del Estado de Sinaloa y la Constitución del Estado de Tlaxcala, anteriores a la reforma a la Constitución federal del 10 de junio de 2011, como se detalla a continuación.

La Constitución Política del Estado de Sinaloa⁴⁸ (un texto constitucional local de una entidad federativa perteneciente a México), a partir de una profunda reforma de mayo de 2008,⁴⁹ contiene ahora en el título I bis, denominado “De los derechos humanos”, una cláusula de reconocimiento y eficacia de gran alcance, que señala:

Art. 4o. bis. En el Estado de Sinaloa toda persona es titular de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos

⁴⁶ El artículo 38 señala en su fracción II: “Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden: II. Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión;...”.

⁴⁷ El artículo 23 de la CADH, en su párrafo 2, señala: “La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

⁴⁸ Expedida el 22 de junio de 1922, reforma del 25 de agosto de 1917.

⁴⁹ Véase decreto de reforma del 1o. de abril de 2008, publicado en el *Periódico Oficial* del 26 de mayo del mismo año.

Mexicanos y en la presente Constitución, así como de los previstos en los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano. Su ejercicio implica deberes correlativos de respeto a los derechos de los demás y de solidaridad hacia la familia, los más desfavorecidos y la sociedad.

Los derechos humanos tienen eficacia directa y vinculan a todos los poderes públicos. Serán regulados por ley orgánica, la cual respetará en todo tiempo su contenido esencial y su progresividad.

En el artículo 4o. bis c, en virtud de la reforma ya señalada al texto constitucional, se establecen criterios de interpretación de los derechos humanos, que por su importancia y actualidad reproducimos a continuación textualmente:

Artículo 4o. bis c. Los derechos humanos a los que hace alusión esta Constitución se interpretarán de acuerdo con los siguientes principios:

- I. Los derechos humanos deben interpretarse evitando la contradicción con el texto constitucional y propiciando el sentido que le sea más favorable.
- II. Su sentido se determinará de conformidad con los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano aplicables y *atendiendo los criterios de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (las cursivas son nuestras).
- III. Cuando resulten aplicables o en conflicto dos o más derechos humanos, se hará una ponderación entre ellos a fin de lograr su interpretación armónica, logrando que su ejercicio no signifique menoscabo a los derechos de los demás y prevaleciendo la seguridad de todos y las justas exigencias del bien común y la equidad.
- IV. Las únicas limitaciones admisibles son las previstas en el texto constitucional, mismas que deberán ser interpretadas restrictivamente.
- V. Se deberá optar por el sentido más favorable a la persona y atendiendo a su progresividad.
- VI. El interés superior del niño deberá tener consideración primordial por parte de los tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos, así como en todas las medidas que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social. Dicho deber implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.
- VII. Ninguna interpretación podrá excluir otros derechos inherentes al ser humano que no estén previstos en la presente Constitución.

Con estas modificaciones, el estado de Sinaloa es el que posee actualmente uno de los textos constitucionales más avanzados, pues ha positivizado el *estado del arte* en materia de consagración, protección y desarrollo de los derechos humanos.⁵⁰

Por lo que respecta a la Constitución de Tlaxcala⁵¹ (otra entidad federativa mexicana), esta sufrió una profunda transformación con la trascendente reforma del 1o. de agosto de 2008, que impactó a cerca de 90 artículos.⁵² A partir de entonces, su título segundo se denomina “De los derechos humanos”. Mediante esta sustancial reforma se estableció una nueva cláusula general de reconocimiento en su artículo 14,⁵³ en la que se hace referencia a la eficacia y aplicación directa de los derechos humanos (artículo 15).

Siguiendo el sentido marcado por la reforma constitucional en Sinaloa, se incluyeron en Tlaxcala algunos criterios para la interpretación de tales derechos, incluyendo las determinaciones de organismos internacionales de derechos humanos, que por su trascendencia se citan de manera textual:

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

- a) Deben interpretarse evitando la contradicción con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales en la materia;
- b) Su sentido se determinará de conformidad con los instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano aplicables y *atendiendo a los criterios de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano* (las cursivas son nuestras);
- c) Cuando resulten aplicables o en conflicto dos o más derechos humanos se hará una ponderación entre ellos a fin de lograr su interpretación jurídica, logrando que su ejercicio no signifique menoscabo a los derechos

⁵⁰ Para un análisis de la reforma puede véase Corzo Sosa, Edgar y Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Entidades federativas y derechos humanos”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 19, julio-diciembre de 2008, pp. 385-396.

⁵¹ En vigor a partir del 15 de enero de 2002.

⁵² El texto anterior a la reforma de 2008 era ya de suyo uno de los más avanzados en materia de consagración de derechos humanos a nivel local. Véase a este respecto Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La incorporación de los derechos humanos en las Constituciones locales mexicanas”, en Méndez-Silva, Ricardo, *op. cit.*, p. 394.

⁵³ “En el Estado de Tlaxcala todo individuo gozará de los derechos humanos que se garantizan en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la presente Constitución, instrumentos internacionales incorporados al orden jurídico mexicano y leyes secundarias. Su ejercicio implica deberes correlativos de respeto a los derechos de los demás y de solidaridad a la familia, a los más desfavorecidos, a la sociedad y al Estado”.

de terceros, prevaleciendo la seguridad de todos y las justas exigencias del bienestar general;

- d) Ninguna interpretación podrá excluir otros derechos inherentes al ser humano que no estén previstos en la presente Constitución,
- e) Se deberá optar en la interpretación por el sentido más favorable a la persona y atendiendo a su progresividad.

Cabe destacar que en Tlaxcala se encomienda al Tribunal Superior de Justicia, actuando en calidad de tribunal constitucional, conocer “De los medios de defensa que hagan valer los particulares contra leyes o actos de autoridades que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución” (artículo 81, fracción I).

En esta misma línea podemos traer de nuevo a colación la reforma a la Constitución federal del 10 de junio de 2011, que en el artículo 1o., párrafo segundo, 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”.

No obstante la incorporación de la interpretación conforme y el principio pro persona, la mencionada reforma no señaló nada en absoluto respecto a la fuerza y valor jurídicos de la jurisprudencia internacional. Ese vacío vino a ser suplido por la decisión de la Suprema Corte en el expediente “varios” 912/2010, pues uno de los criterios derivados de la misma señaló:

- CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1O. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

Si bien se trató de un paso muy importante, el mismo se amplió aún más como parte de las discusiones para resolver la contradicción de tesis 293/2011, en las que se habría afirmado que no solo los criterios derivados de casos que involucraran al Estado mexicano, sino en cualquier otro tipo, incorporando con esto plenamente los criterios de la Corte Interamericana en la impartición de justicia doméstica. No obstante, no se ha señalado aún nada sobre el papel de los criterios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o de los comités de Naciones Unidas, cuya competencia aceptó México en 2002, que son el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura, el Comité contra la Discriminación en contra de la Mujer y el Comité contra la Discriminación Racial.

IV. ALGUNAS PROPUESTAS DE SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS PLANTEADOS Y COMENTARIOS CONCLUSIVOS

El desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y su incorporación como estándares nacionales de fuente internacional, en especial a partir de la ratificación de los tratados, ha incorporado un elemento nuevo a considerar en el ámbito del derecho procesal constitucional, incluso representa un enriquecimiento notable de la rama de la justicia constitucional trasnacional.

Tales estándares han tenido que encontrar acomodo frente a los normas constitucionales e infraconstitucionales, para lo cual es necesario que cuente con una jerarquía reconocida y del más alto nivel posible, en virtud de la responsabilidad que su desconocimiento o trasgresión puede traer consigo, pero, más importante aún, por su finalidad de afirmar y proteger la dignidad de las personas.

De manera paralela al esfuerzo de los Estados para lidiar con el tema de la incorporación, jerarquía y eficacia de las normas de derechos humanos de fuente internacional, el propio derecho internacional de los derechos humanos fue fortaleciendo y afinando los mecanismos internacionales de garantía, cuya labor interpretativa ha ido desarrollando un cúmulo importante de *jurisprudencia internacional*.

En este sentido, los operadores jurídicos en los Estados no únicamente enfrentan el tema de la necesaria eficacia de los estándares de fuente internacional, sino ahora también a la necesidad de atender la jurisprudencia supranacional generada cada vez con mayor vigor.

Esto ha tenido un impacto notorio en los instrumentos de derecho procesal constitucional, en particular los enfocados a la protección de los derechos de la persona. La finalidad de los diversos instrumentos de protección constitucional de la libertad era sobre todo hacer efectivos los derechos previstos en el respectivo texto constitucional, o incluso combatir la adecuación de los tratados internacionales a la ley suprema, pero ahora tienen que abarcar también la eficacia de los derechos de fuente internacional incorporados al ordenamiento, lo que trae consigo cambios importantes en su diseño, alcance y funcionamiento.

El cambio que se aprecia inicia con la utilización de los estándares internacionales, sumados a los de fuente constitucional, de manera que las decisiones judiciales se vean fortalecidas en su motivación.

En otros casos, donde la Constitución es imprecisa o de plano omisa, el cambio implicará la aplicación de los estándares internacionales a casos concretos, en armonía con el texto constitucional, de manera que implícita-

mente se haga efectivo el rango constitucional reconocido recientemente en México a las normas internacionales de derechos humanos.

Hace apenas unos años, incluso antes de la gran reforma de 2011, en México comenzó a abrirse una posibilidad de aplicación judicial de tratados internacionales vía amparo. Sobre el particular, cabe citar dos interesantes tesis de jurisprudencia que abrieron un nuevo panorama para la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales. Dichos criterios se transcriben textualmente por su relevancia:

1. DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS.⁵⁴ Los artículos 1o., 133, 103, fracción I, y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen respectivamente: que todo individuo gozará de las garantías que ella otorga; que las leyes del Congreso de la Unión, que emanen de ella, y los tratados acordes a la misma, serán la Ley Suprema de toda la Unión; que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; y, las bases, los procedimientos y las formas para la tramitación del juicio de amparo. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ubicó a los tratados internacionales por encima de las leyes federales y por debajo de la Constitución, según la tesis del rubro: “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”. (IUS 192867). De ahí que si en el amparo es posible conocer de actos o leyes violatorios de garantías individuales establecidas constitucionalmente, también pueden analizarse los actos y leyes contrarios a los tratados internacionales suscritos por México, por formar parte de la Ley Suprema de toda la Unión en el nivel que los ubicó la Corte. Por lo tanto, pueden ser invocados al resolver sobre la violación de garantías individuales que involucren la de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por México.

2. SUPLENCIA DE LA QUEJA EN EL AMPARO. PROCEDE TRATÁNDOSE DE VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y A LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO QUE ATENTEN CONTRA LA LIBERTAD DE LAS PERSONAS Y SUS SECUELAS.⁵⁵ Es posible aplicar la suplencia de la queja deficiente prevista por la fracción II, del artículo 76 bis de la Ley de Amparo, en un caso donde se reclame el pago del daño moral derivado

⁵⁴ Tesis I.7o.C.46 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX-VIII, agosto de 2008, p. 1083.

⁵⁵ Tesis I.7o.C.47 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX-VIII, agosto de 2008, p. 1204.

de la privación ilegal de la libertad personal pues, conforme al criterio del más Alto Tribunal de la Nación sobre la protección superior, jurídica y axiológicamente hablando de la libertad de las personas, ésta es susceptible de salvaguardar, con fundamento en los artículos 1o., 14, 16, 103 y 107 y demás relativos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. A lo anterior, debe sumarse lo previsto por los tratados internacionales, en términos del artículo 133 constitucional, en lo referente a las medidas que deben adoptar los Estados para la protección de los derechos humanos, pues el acto privativo tiene consecuencias que atentan contra el honor y la reputación de las personas que también es un derecho fundamental inherente a los seres humanos que debe ser protegido con la misma intensidad que la privación ilegal de libertad por derivar de ésta.

Por otra parte, la adopción de la nomenclatura única de los estándares bajo el término “derechos humanos” trae aparejado el tema de qué derechos de fuente internacional son susceptibles de garantía judicial, en especial por el tema de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Al respecto, la solución de qué derechos son susceptibles de garantía judicial doméstica viene dada por el propio derecho internacional. En efecto, la brújula se genera al precisar si el tratado internacional que consagra los derechos tiene o no un mecanismo de quejas individuales o de grupo.

Los tratados que prevén mecanismos de supervisión vía procedimientos cuasijurisdiccionales, como la mayoría de los comités de supervisión de tratados de la ONU,⁵⁶ o también el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con la posibilidad de intervención judicial de la Corte Interamericana, exigen a los Estados brindar recursos judiciales internos accesible y eficaces para la garantía de los derechos,⁵⁷ recursos que a su vez tienen que ser agotados para poder acudir a la instancia supranacional. No obstante lo anterior, las reformas del 6 y 10 de junio de 2011 no hicieron distinción alguna a este respecto, abriéndose un marco de posibilidades muy amplias sobre el particular.

De no permitir que las figuras de la jurisdicción constitucional sean el medio para la eficacia de tales derechos, el Estado incurriría *per se* en una violación adicional por falta de acceso a la justicia. En virtud de que desde

⁵⁶ Véase a este respecto, Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “El significado de la aceptación de la competencia de los comités de Naciones Unidas, facultados para decidir peticiones individuales en materia de derechos humanos y su previsible impacto en la impartición de justicia en México”, *Reforma Judicial. Revista Mexicana de Justicia*, México, núm. 1, enero-junio de 2003, pp. 161-192.

⁵⁷ Véanse, por ejemplo, los artículos 8o. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 2o. y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

el juez de funciones más modestas hasta las más altas magistraturas judiciales, pueden comprometer la responsabilidad internacional del Estado por violaciones a derechos de esa fuente, es importante reforzar que todos los jueces incorporen la práctica de la aplicación de los tratados de derechos humanos y de la jurisprudencia internacional, y que esto no quede únicamente en el ámbito de los jueces constitucionales en sentido estricto, aunque sí debe empezar por ellos, lo cual en la actualidad es una actividad que va en aumento notable.

El rol que están llamados a jugar los estándares internacionales de derechos humanos puede llegar incluso a convertirlos en parámetros de regularidad normativa en el ámbito interno, en el sentido del “bloque de constitucionalidad” que opera en diversos países. Entonces, es apremiante que las salas, cortes o tribunales constitucionales sean los primeros en proceder a armonizar o amalgamar las normas de fuente internacional con las de la propia Constitución, en una ecuación que sume disposiciones constitucionales, más las de los instrumentos internacionales y la jurisprudencia interna e internacional, lo cual es el mejor camino para perfilar los niveles o estándares que van ocupando los derechos humanos. A esto habría que sumar el diálogo intercortes o tribunales constitucionales, con los de carácter internacional, hacia la conformación de una *jurisprudencia universal de la libertad*.

La finalidad del esbozo de estas opciones para dar solución a los problemas que se han reseñado no pretende ser en modo alguno la forma de aproximación única, ni tal vez la más inmediata, sino únicamente resaltar los posibles temas de una agenda académica a modo de llamado a la necesidad de un esfuerzo conjunto de la doctrina y la judicatura, para aportar soluciones a estos problemas muy posiblemente compartidos.

Para efectos de este breve trabajo, consideramos importante destacar de las reformas constitucionales de junio de 2011 los aspectos directamente vinculados a la garantía judicial de los derechos, en torno a lo cual podemos comentar que los cambios no solo permitirán, sino obligarán la aplicación jurisdiccional de los derechos humanos de fuente internacional, que ahora cuentan con pleno y expreso reconocimiento constitucional, por lo que el tema de la jerarquía formal no deberá operar más tratándose de este tipo de derechos, sino que se debe dar paso a la interpretación conforme con la Constitución, el principio pro persona y la ponderación, como manera de hallar su coexistencia y complementariedad.

Si bien no hay que escatimar mérito e importancia a la reforma, también hay que señalar un par de temas que ha dejado pendientes. Uno de ellos es la alusión expresa a la jurisprudencia internacional, como un complemento necesario para la adecuada aplicación de los tratados internacio-

nales de derechos humanos, y el otro, es dotar de fundamento constitucional expreso para la atención de las recomendaciones internacionales y la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ambos temas deberán afrontarse tarde que temprano, pues nuestro país está inmerso plenamente en la dinámica de la supervisión internacional de los derechos humanos, como lo evidencian los diversos casos que ha decidido dicho tribunal internacional con respecto a nuestro país; la eficacia de las determinaciones de los órganos supranacionales de derechos humanos en el ámbito interno es la última frontera para verificar si tales derechos pueden o no llegar a ser una realidad.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SU RELACIÓN CON EL SISTEMA CONSTITUCIONAL MEXICANO. HACIA UNA SIMPLE ACTIVIDAD PROTECTORA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Enrique CARPIZO*

*A la memoria de Jorge Carpizo,
el hombre que nunca dijo adiós...*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Control de convencionalidad o control constitucional?* III. *¿Control de convencionalidad interno o actividad protectora de los derechos humanos?* IV. *Alcances de la actividad protectora de los derechos humanos.* V. *Procedencia ex officio de la actividad protectora de los derechos humanos.* VI. *La soberanía nacional y su interacción con el ámbito externo.* VII. *¿Hacia una supremacía convencional?* VIII. *Conclusiones.* IX. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

¡Se fue el campeón, pero quedaron sus victorias! Así es como Jorge Carpizo pasa del aspecto terrenal al de la eternidad. Salvo los enemigos de la rectitud, nadie que lo conoció pudo siquiera pronunciar una mala referencia sobre su humildad y educación. Se trató de un hombre flexible que supo tener mano dura y decir la verdad pesara a quien le pesara. Hoy descansa en paz nuestro ejemplar campechano a consecuencia de un problema preoperatorio. Su familia, sus amigos y sus discípulos no creemos en su muerte; creemos en la viveza de sus posturas y de sus anhelos.

Jorge Carpizo, pese a fallecer, sigue siendo la inspiración de muchas personas, estudiantes, profesores y funcionarios de gobierno. Nuestro cam-

* Profesor de amparo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México e investigador visitante en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma casa de estudios.

peón detentó con gran talento cargos públicos importantes en la República mexicana. Nadie olvida su trabajo como rector de la Universidad Nacional Autónoma de México, ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, presidente fundador de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, procurador general de la República, secretario de Gobernación y embajador de México en Francia, entre otras comisiones no menos importantes, como cuando asumió la dirección del Instituto de Investigaciones Jurídicas, la Coordinación de Humanidades y la abogacía general de la UNAM.

Más de una decena de doctorados *honoris causa*, múltiples premios y reconocimientos, así como diversos libros y centenares de artículos escritos, avalaron su prestigio universitario y vocación por el derecho. Jorge Carpizo fue mi principal impulsor, y hasta su muerte continuó inculcándome valores y principios: amor a la región. Una vez me dijo: “nunca te detengas si de mostrar la verdad y hacer el bien se trata”; y varias veces me recordó que “lo importante no era el parentesco, sino la afinidad, la cercanía y la lealtad”.

A Jorge Carpizo lo vi y lo sentí como un padre. Fue mi amigo, mi maestro y mi colega. A Jorge Carpizo no se le pasó un detalle para quienes consideró cercanos. Siempre nos protegió y orientó a toda costa, esa era la característica esencial de su persona, de su amistad. Fue tan detallista que, a sabiendas de los infortunios de la vida, durante muchos años guardó una carta de despedida para ser divulgada después de su muerte.¹ Jorge Carpizo era un hombre de objetividad comprobada, y eso le permitió desayunar con un panista, comer con un priísta y cenar con un perredista, sin considerarse traición. Se trató de un caballero, ejemplo de vida digna a la que algunos desearon ensuciar y nadie pudo conseguir. Un personaje de logros abundantes, pero con muy poca memoria para recordarlos. Un hombre congruente, cuyo amor a la Universidad Nacional Autónoma de México demostró al nombrarla heredera universal de sus bienes.

Hoy, mi padre académico, mi amigo, mi tío, mi maestro... continúa vivo en mis acciones y posturas. Nunca podré evadir la razón y los motivos de sus

¹ Escribió: “Con la alegría de haber existido durante 68 años, me despidió de mis familiares y amigos. Traté de vivir lo mejor que pude dentro de mis circunstancias, y de servir con devoción a México y a su Universidad Nacional. En los cargos que ocupé siempre rendí informes públicos, presenté evaluaciones y dejé constancia de lo realizado en múltiples libros y artículos. El mejor homenaje que puedo recibir consiste en que se lean y reflexionen. Nunca menté ni cometí delito alguno. Cumplí con mis responsabilidades al máximo de mi capacidad y voluntad. En mis libros y artículos tanto los académicos y los testimoniales, dejo constancia del país que me tocó vivir, servir, gozar y sufrir. Mil y mil gracias a aquellos que colaboraron lealmente conmigo y con los valores que rigieron todas mis actividades. Me voy amando, con todas mis fuerzas, convicciones y emociones, a nuestro gran país y a su, y mía también, Universidad Nacional”, *Milenio*, México, 12 de junio de 2012.

enseñanzas, sin lo cual no sería el estudiante que soy. Por eso retomo fuerzas para pronunciar un hasta luego, retomo fuerzas para seguir mis planes sin su mano en mi hombro, retomo fuerzas para caminar hacia su eterna compañía que por silenciosa podría resultar odiosa; sin embargo, ¡sé que está conmigo y siempre lo recordaré! Conservo la felicidad de que se haya ido tal y como era: fuerte, invicto, lúcido, indoloro y sin despedirse. Qué mejor forma de caminar hacia la perpetuidad del pensamiento jurídico y político de este mundo.

Mil gracias, Jorge, por permitirme estar cerca de ti y aprender de tu persona y experiencia. Mil gracias, tío, por enseñarme que no hay mayor imposible que el que uno mismo se plantea. Mil gracias, amigo, por hacerme ver que la felicidad se alcanza cuando uno deja de esperar de los demás y hacemos lo que está en nuestras manos. Mil gracias, maestro, por darme la posibilidad de comprender lo impredecible de la naturaleza humana. Un millón de gracias, colega, por dejarme gozar de tu singular y especial personalidad.

Sin duda, mi aprendizaje aún no termina, tu forma de pensar persiste, tus intervenciones me cautivan, tus ponencias me motivan y, en general, tus aportaciones retan y acompañan mi creatividad. Seguiré tu pensamiento y tus acciones a favor de la dignidad humana, el del perfeccionamiento del Estado y de la vida universitaria. Desde el otro extremo del camino pronuncie un “*nos vemos, tío*”, como la última vez que charlamos, y expreso en tu memoria las siguientes reflexiones.

Si reconocemos tener un control constitucional concentrado y uno de tipo difuso, entonces México llegó tarde a ese último modelo, en razón de que ahora está frente a una simple actividad protectora de los derechos humanos. Al respecto, vale analizar *a)* si existe el control convencional interno, *b)* si su ejercicio debe ser difuso; esto es, limitado a autoridades judiciales, y *c)* si dicho sistema debe proceder de oficio o a petición de parte.

No obstante, considero que existen temas paralelos que también deben analizarse para saber si la nación *a)* transita hacia un principio de supremacía convencional, y *b)* si en realidad estamos frente a una simple actividad protectora de los derechos humanos. Doy a conocer mi criterio.

II. ¿CONTROL DE CONVENCIONALIDAD O CONTROL CONSTITUCIONAL?

Esa pregunta admite múltiples respuestas, pero solo me ocuparé de brindar la relacionada con el control constitucional. Siempre he creído que el método británico de invalidez (mostrado en el caso Bonham) sirvió de

precedente al control constitucional americano y al control constitucional europeo, ambos conocidos como control difuso o control concentrado. Sin embargo, aún considero vigente el debate sobre si debe adoptarse un sistema difuso o uno de tipo concentrado para analizar la viabilidad de los actos y las normas,² inclusive agrego otra opción: la simple actividad protectora de los derechos humanos.

He dicho que los sistemas judiciales de control concentrado o difuso preservan el principio de supremacía constitucional y analizan los actos, las normas y las omisiones a la luz de lo dispuesto en la Constitución federal. Ahora, el sistema que permite estudiar abstenciones, actos y normas conforme a lo dispuesto en convenios internacionales y su entendimiento, a pesar de lo dispuesto en el derecho interno, privilegia el principio de observancia convencional en relación con el principio pro persona en su variante de preferencia normativa,³ pues la existencia de los tratados internacionales impone una obligación relativa hacia el interior del Estado, pero casi absoluta para la Comisión y la Corte interamericanas, quienes a su vez pueden optar por el derecho interno frente al externo cuando el primero resulta ser más favorable.⁴

Bajo ese contexto, si tiene que escogerse entre el control de constitucionalidad difuso, el control constitucional concentrado y el control convencional interno, opino que debe optarse por una actividad protectora de los derechos humanos. Profundizo mi postura.

III. ¿CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERNO O ACTIVIDAD PROTECTORA DE LOS DERECHOS HUMANOS?

Pocos académicos pretenden adicionar al control de convencionalidad con el adjetivo difuso. Otros se inclinan por la existencia de un control con-

² Véanse Highton, Elena I., “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, Max-Plank-Institut für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. I, pp. 107-173, y Sagüés, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, Max-Plank-Institut für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 381-417.

³ Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional. La Corte y los derechos*, México, Porrúa, pp. 96 y 97.

⁴ Carpizo, Enrique, *Diccionario de justicia constitucional*, México, Porrúa, pp. 74 y 75.

vencional externo realizado por instancias internacionales, frente a uno de índole interna confiado a órganos nacionales.⁵ En ambos casos, tanto el llamado control de convencionalidad difuso como el control de convencionalidad interno, se encomienda a autoridades de naturaleza judicial. Ahora, creo que esas clasificaciones muestran creatividad, y sobre todo mayor utilidad la segunda; no obstante, las dos resultan un tanto empeñadas en limitar el método de control a órganos judiciales.

El objeto fundamental del control de convencionalidad consiste *a)* en hacer respetar y cumplir el contenido de los tratados internacionales jurídicamente vinculantes al Estado demandado; *b)* en hacer respetar y cumplir el contenido de la jurisprudencia emanada de la interpretación y aplicación de los convenios y protocolos internacionales; *c)* en hacer respetar y cumplir el contenido de las normas internas o precedentes judiciales o administrativos que por sí solas o en forma armónica al derecho internacional de los derechos humanos —o viceversa— resulten aplicables en favor de la dignidad humana, y *d)* en reparar los ultrajes a los derechos humanos e indemnizar a la víctima o víctimas de la violación.

¡Así es como debe entenderse y funcionar ese sistema!

Sn embargo, el fin de esos métodos me hace pensar en una mejor opción. En efecto, tanto el control constitucional como el control de convencionalidad tienen por objeto hacer respetar y potenciar los derechos y libertades previstos a nivel interno o externo. La única diferencia técnica estriba en las instancias encargadas de ejercerlo, por lo regular jueces.

De ser cierta esa idea, valdría pensar en una tendencia más abierta; esto es, aquella que permita emplear un método común que no choque con el Poder Judicial. Con esa visión, mi idea consiste en adoptar una simple actividad protectora de los derechos humanos, la cual parte de un margen de acción más extenso y no limitado a un solo tipo de autoridad, sino que incluso puede ser operado por cualquier persona.

Me inclino por esa tendencia, con independencia del nombre que se le asigne o el órgano que la emplee. Reitero, su objeto es el mismo: tutelar la dignidad humana, procurar su pleno desarrollo y reparar o indemnizar una violación al derecho humano violado,⁶ pero operarla de la manera más amplia posible.

Considero que la técnica con que se ejerce el control de constitucionalidad concentrado o difuso es la misma que se atribuye al control conven-

⁵ García Ramírez, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011.

⁶ Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales*, México, julio-diciembre de 2011, pp. 3-29.

cional interno o externo; empero, sigue siendo mejor opción hablar de una simple, no simplista, actividad protectora de los derechos humanos que no tenga las reticencias de un control reservado a jueces nacionales o internacionales, con independencia de que se adopte una postura que distinga entre control convencional original, derivado o difuso, pues continúa limitándose a juzgadores cuando la actividad protectora puede ser ejercida por ciudadanos y autoridades aunque no sean jueces, ya que a nadie se le puede impedir actuar en favor de su raza o de su medio ambiente.

Nuestra afirmación no impide que el resultado de la actividad protectora pueda ser revisada a través de las instancias que correspondan, de ahí mi postura en fomentar una competencia abierta en materia de reconocimiento y protección de los derechos humanos; esto es, una simple actividad protectora de los mismos.

El artículo 1o. constitucional en México no distingue, y dice "...todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad..."⁷

La idea de un control limitado o dirigido a los jueces es acorde al sistema vigente en los Estados Unidos de Norteamérica, país que no se encuentra sometido a ninguna autoridad trasnacional ni a ningún convenio internacional protector de la dignidad humana, sino a referentes provenientes del texto o interpretación de su norma suprema, situación que a su vez muestra una tendencia diferente a la que México requiere en materia de respeto y desarrollo de los derechos humanos.

⁷ "Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas". Disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/red/leyes/>.

Por ello, el título de este apartado remite a una lógica y notable transición en materia de tutela y preservación de la dignidad humana, la cual no debe confundirse o mezclarse con ideas tendentes a limitar su ejercicio a los jueces, ya que las posturas extremadamente técnicas únicamente obstaculizan el ámbito de reconocimiento y garantía. Propongo la adopción de la actividad protectora o tutelar de los derechos humanos en vez de un “control difuso de convencionalidad” o “control convencional difuso” o “control convencional interno” limitado a juzgadores y alejado del citado precepto 1o. de la Constitución mexicana.⁸ Veamos por qué.

IV. ALCANCES DE LA ACTIVIDAD PROTECTORA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Mi postura sobre la procedencia de la actividad protectora de los derechos humanos implica tener presente que la tutela de las prerrogativas humanas corresponde a toda autoridad del país. Incluso cometo el atrevimiento de afirmar que se trata de una obligación ciudadana que no admite la posibilidad de un monopolio a favor de una o varias autoridades o de crear un ámbito de impunidad conforme a los criterios judiciales que impiden la procedencia del amparo contra actos u omisiones de particulares que violen prerrogativas humanas, sin soslayar la jurisprudencia que exenta al juez de distrito de violar derechos humanos.⁹

A nuestro juicio, no existe razón insuperable para evitar que cualquier autoridad del Estado e incluidas las personas, sean a su vez quienes deban reconocer, respetar y tutelar derechos humanos, en el ámbito de sus competencias o relaciones. Así lo impone una interpretación sana del artículo 1o. de la Constitución federal, el cual es jurídico, y no político.¹⁰

Si bien no todo está en nuestras manos o dentro de nuestras competencias, lo cierto es que la realización de actos u omisiones encaminados a reconocer, respetar o salvaguardar derechos humanos, reitero, no puede quedar limitada a órganos especializados o judiciales del Estado.

⁸ *Idem.*

⁹ “SENTENCIA DE AMPARO. NO PUEDE SER VIOLATORIA DE GARANTÍAS”, cuya parte conducente dispone: “...No puede constituir expresión de agravios en la revisión, el razonamiento en el sentido de que el Juez de Distrito en su sentencia viola los preceptos constitucionales que consagran las garantías...”.

¹⁰ Sobre ese tema, *cf.* Fix-Zamudio, Héctor, “Protección jurídico constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica”, en Pérez Royo, Javier *et al.*, *Derecho constitucional para el siglo XXI*, España, Aranzadi, 2006, t. I.

Algunas universidades en el mundo han reconocido a nivel institucional que sus directivos, profesores y personal burocrático deben respetar y desarrollar derechos humanos, obligación que además imponen a través de su normativa interna y de las recomendaciones que emite su respectivo *Ombudsman* universitario.¹¹

Debemos estar conscientes de que cualquier persona puede adoptar una postura inteligible acorde a la dignidad humana, sin que ello implique definitividad en la misma.

Tengamos presente que si antes las autoridades y los habitantes del Estado trataban de actuar conforme a una cultura de legalidad para luego pasar a una tendencia favorable al contenido de la Constitución, ahora la idea es ejercer tomando como punto de partida no solo a la ley o a la norma suprema, sino también a la dignidad humana contemplada en todo el orden jurídico interno o derecho de fuente internacional vinculante o referencial, sin que esa postura sea violatoria de la soberanía interna o desprecie la integración de soluciones conforme a leyes nacionales.

Con base en esa tendencia se logra superar la duda respecto a si un trabajador social con conocimiento del derecho internacional de los derechos humanos y de su jurisprudencia, o una persona con sentido común puede ejercer conductas o análisis para preservar o resolver a favor de su especie o medio ambiente.

Debe quedar claro que no hablo de la teoría del *Drittwirkung*, respecto a la existencia de derechos humanos con eficacia horizontal.¹² Si bien propongo una idea acorde a esa corriente, mi pretensión consiste en mostrar la necesidad de ampliar el catálogo enunciativo de quienes se consideran obligados a proteger y actuar en forma armónica a la dignidad humana, su entorno y desarrollo. En México, oficialmente, se otorgan esas facultades a las autoridades judiciales, haciendo especial distinción entre las estatales y las federales, pero ¿qué pasa con las personas físicas y morales?

Respecto a esta última pregunta, conviene advertir que no solo se trata de hacer viable la impugnación de actos provenientes de particulares o de

¹¹ Entre los *ombudsmen* universitarios destaco a los titulares de la Defensoría de los Derechos Universitarios (DDU) de la Universidad Nacional Autónoma de México y al de la Defensoría Universitaria de la Universidad Complutense de Madrid.

¹² Sobre esta teoría se recomienda consultar los siguientes estudios: Anzures Gurría, José Juan, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 22, enero-junio de 2010; Mijangos y González, Javier, “La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, en Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo *et al.* (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. IV, pp. 547-577.

empresas que a su vez violan derechos humanos, pues para aceptar esa hipótesis previamente se debe comprender que a ellos también corresponde la obligación de respetar, proteger, fomentar y, ¿por qué no?, de reconocer y desarrollar derechos.

Ahora, se puede brindar a la actividad protectora una cobertura limitada por temor a una desestructuración legal o constitucional que monopoliza la tutela de los derechos humanos o la desaplicación de normas o de actos positivos u omisos que los violen. Duda que se basa en ver a la apertura tutelar como sinónimo de descontrol, ilegalidad, inconstitucionalidad o inconventionalidad, aspecto que a su vez implica miedo a la pérdida del poder.

Desde mi perspectiva, lo único que pudiera acontecer cuando una autoridad o un ciudadano reconoce, tutela o viola derechos humanos, es que su proceder sea cuestionado en forma adicional a los argumentos de invalidez que en general se elaboran en contra de actos o abstenciones, pero difícilmente podrá generarse un ámbito de impunidad que no pueda reivindicarse a favor de la dignidad humana.

En principio, la función protectora de los derechos humanos está encomendada al mismo ser humano. Como dije, no comulgo con tendencias encaminadas a restringir a jueces la tutela de los derechos o prerrogativas humanas, y tampoco considero que ello corresponda a ciertas autoridades del Estado. Insisto, el reconocimiento de derechos, incluidos los implícitos y la tutela de los mismos, no es monopolio de ninguna autoridad o institución del país; aceptar lo contrario implicaría sostener una visión restringida donde el reconocimiento de derechos —y su salvaguarda— únicamente compete a ciertas autoridades del Estado, dígase jueces federales o estatales,¹³ ombudsmen nacional o locales, entre otras procuradurías o defensorías de los derechos humanos de tipo social, familiar, ambiental, etcétera.

Al respecto, mi postura es más amplia y vincula a toda gente, sea autoridad o no, tenga facultades expresas para ello o no; esto es, distingo entre un vínculo jurídico que obliga a reconocer y respetar derechos, frente a otro de tipo racional que conlleva a ser congruentes con nuestro ser y respetuosos de su entorno social, político, económico y ambiental.

Me inclino a favor de una circunferencia abierta en materia de reconocimiento y protección de los derechos humanos, cuyo ejercicio no está limitado a lo previsto en la Constitución o a las autoridades que ella prevé, sino también a lo dispuesto en tratados internacionales, en sus convencio-

¹³ López Daza, Germán, “El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 24, enero-junio de 2011, pp. 169-193.

nes y en sus protocolos vinculantes y referenciales, así como a usos y costumbres de la localidad o región en que se encuentra la persona afectada o surge el conflicto, sin soslayar la obligatoriedad de la jurisprudencia nacional e internacional que, al contrario de lo resuelto por la Corte mexicana en el expediente varios 912/2010,¹⁴ sí vincula en todos los casos a México. Así lo impone la interpretación armónica de los artículos 1o. y 133 constitucionales;¹⁵ cualquier justificación en jurisprudencia nacional para hacer omitir la observancia de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nos pone en aptitud de recibir otra condena por violación a los artículos 1o. y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.¹⁶

Para recordar nuestro deber de reconocer y respetar derechos humanos no se requieren facultades expresas en la Constitución, en un tratado internacional o en la ley. El miedo a invadir esferas competenciales o afectar el debido proceso se desvanece cuando el motivo toral del acto u omisión es la protección a la vida, a su integridad, a la privacidad o al honor.

Una autoridad interna o externa jamás deberá revocar una determinación respetuosa de la dignidad humana, salvo que predomine un criterio cerrado que impida la labor estadual y ciudadana de proteger prerrogativas humanas, pues una cosa es interpretar en forma armónica, congruente o conforme al sistema, y algo distinto es inaplicar o declarar inconstitucional una norma. Para este último fin sí podrían requerirse facultades expresas, pero para interpretar a favor de la dignidad ¡no!

V. PROCEDENCIA *EX OFFICIO* DE LA ACTIVIDAD PROTECTORA DE LOS DERECHOS HUMANOS

En relación a si debe ser operada desde una visión amplia o limitada, considero que el reconocimiento de derechos y su tutela no dependen de la excelencia argumentativa de quien lo demanda, sino de la experiencia de quien procura o imparte justicia. Mi tesis es contraria a la idea del estricto

¹⁴ Expediente formado con motivo de la consulta realizada por la Segunda Sala de la Corte al Pleno de ese alto tribunal para saber cómo ejecutar la sentencia interamericana que condena a México en relación al caso Rosendo Radilla Pacheco. Consúltese García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, México, Porrúa, 2011.

¹⁵ *Ibidem*, p. 245.

¹⁶ Sin embargo, la Corte de Justicia mexicana adujo en forma irracional que la jurisprudencia interamericana solo obliga a México cuando el fallo de donde emana condena al país.

derecho, postulado que impide suplir los reclamos en favor de quien sufre un perjuicio.¹⁷

El principio *iura novit curia* impone la obligación correspondiente a cada parte. Al accionante, dar los hechos, y al juez, reconocer, proteger y aplicar el derecho.¹⁸ En México, las violaciones a ese postulado son abundantes, y parte de ello se debe a la jurisprudencia de la Corte de Justicia, que avala la inoperancia de los argumentos que no son redactados de manera brillante. Así, los jueces federales trasladan un sentimiento de culpa al litigante y lo acusan de no plantear sus motivos de inconformidad en forma excelsa: lo ridiculizan.¹⁹

El motivo principal de declarar “inoperantes”, “ineficaces”, “inatendibles” o “insuficientes” los argumentos de impugnación²⁰ consiste en resolver de manera más sencilla los procesos constitucionales. El presidente de la Corte de Justicia, en su informe de labores 2010-2011, refiere que del 100% de los amparos que se promueven ante el Poder Judicial Federal, el 47.44% de los presentados ante tribunales colegiados se niega; el 31.12% de los presentados ante tribunales unitarios también se niega, y el 12.51% de los que se interponen ante jueces de distrito, para no perder costumbre, de igual forma se niega.²¹

¹⁷ “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. NO OPERA EN LOS CASOS EN QUE ES IMPROCEDENTE UN RECURSO DE REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO, AUN TRATÁNDOSE DE MENORES DE EDAD”, Tesis: 1a. XVII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, enero de 2007, p. 486.

¹⁸ Sentís M., Santiago, *El juez y el derecho*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957, pp. 9-40.

¹⁹ “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo directo 3770/76, p. 42, y “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo directo 82/80, p. 100.

²⁰ *Idem*.

²¹ TRIBUNALES COLEGIADOS: Amparo directo. El movimiento de los juicios de amparo directo en el año fue de una existencia inicial de 41,346 asuntos; durante el periodo ingresaron 165,895 asuntos durante el mismo, reportando una existencia final de 46,272, al egresar 161,268 asuntos. La distribución por materias de los ingresos de los amparos directos es de 20,273 en materia penal (12.22%), 37,215 en administrativa (22.43%), 46,474 en civil (28.01%) y 61,933 en trabajo (37.33%). Los sentidos de las resoluciones dictadas en los amparos directos promovidos en los Tribunales Colegiados fueron 54,326 ampara (33.68%), 76,521 no ampara (47.44%), 8,755 sobresee (5.42%), 7,695 desechados o no interpuestos (4.77%) y 13,971 incompetencias e impedimentos (8.66%). TRIBUNALES UNITARIOS: Amparo Indirecto. Al inicio del año estadístico se reportaron 609 amparos indirectos en proceso de resolución, ingresando 4,142, de los cuales se resolvieron 4,090, quedando al final 661 amparos indirectos. Los juicios de amparo indirecto ingresados a los Tribunales Unitarios se distribuyó en 3,407 en materia penal (82.25%), 36 en materia administrativa (0.9%) y 699 en materia civil (16.88%). Los sentidos de las resoluciones dictadas en los amparos indirectos

Ahora, esos porcentajes no especifican el número de asuntos cuya negativa se basa en la existencia de argumentos “inoperantes”; esto es, casos en que los promoventes no se expresan en la forma que los tribunales de la Federación requieren para poder atender un reclamo;²² sin embargo, la figura del estricto derecho, salvo contadas excepciones, es comúnmente utilizada en México.

En la jurisprudencia nacional solo es pertinente que las autoridades actúen de manera oficiosa cuando se trata de personas o sectores vulnerables; por ejemplo, en materias agraria, familiar, laboral a favor del trabajador, o penal en beneficio del reo, de la víctima o de personas en pobreza extrema.²³

Al respecto, se han ideado una serie de razonamientos que a nada práctico conducen cuando se trata de reconocer y proteger derechos humanos. Muestra de ello son las distinciones entre “corregir” y “suplir lo deficiente de la queja”. La Suprema Corte avala posturas que entienden por lo primero la enmienda de lo errado; es decir, la rectificación oficiosa del error en que haya incurrido alguna de las partes con motivo de la cita de un precepto legal o constitucional, y por “suplir lo deficiente de la queja”, la obligación de analizar en su conjunto los conceptos de invalidez o razonamientos es-

tramitados en los Tribunales Unitarios fueron 1,357 ampara (33.17%), 1,273 no ampara (31.12%), 864 sobresee (21.12%), 262 desechadas (6.4%), 28 no interpuestas (0.68%), 179 incompetencias (4.37%) y 127 con otros sentidos (3.10%). JUZGADO DE DISTRITO: Amparo Indirecto. Al inicio del año había 62,218 amparos indirectos en proceso de resolución, ingresando 401,436, de los cuales se resolvieron 407,719 quedando 55,048 amparos indirectos al final del año estadístico dos mil diez. Los juicios de amparo indirecto ingresados a los Juzgados de Distrito se distribuyen en 144,718 en materia penal (36.05%), 115,783 en materia administrativa (28.84%), 72,084 en materia civil (17.95%) y 68,851 en materia de trabajo (17.15%). Los sentidos de las resoluciones dictadas en los amparos indirectos tramitados en los Juzgados de Distrito fueron 89,529 ampara (21.95%), 51,012 no ampara (12.51%), 171,100 sobresee (41.96%), 42,804 desechados (10.49%), 25,806 no interpuestos (6.32%), 17,810 incompetencias (4.36%) y 9,658 otro sentido (2.36%), *cf.* “Informe anual de labores 2010”, Anexo documental, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2011.

²² Véase *supra* “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES”, *cit.*

²³ “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA PENAL. PERMITE SALVAGUARDAR LOS DERECHOS DEL INculpADO CUYA DEFENSA SE HAYA REALIZADO EN FORMA DEFICIENTE O NULA”, Tesis: 1a. CXCIX/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, noviembre de 2009, p. 415; “AGRARIO. SUPLENCIA DE LA QUEJA EN MATERIA AGRARIA”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo directo 5725/86, p. 48; “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA DE TRABAJO. OPERA EN FAVOR DEL TRABAJADOR CUANDO EL ACTO RECLAMADO AFECTE ALGÚN INTERÉS FUNDAMENTAL TUTELADO POR EL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Tesis: P./J. 105/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVIII, octubre de 2008, p. 63, y “SUPLENCIA DE LA QUEJA. PROCEDE EN CUESTIONES DE DERECHO FAMILIAR”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo en revisión 2959/87, p. 322.

grimidos por el accionante para efectos de transformar las deficiencias en argumentos eficientes.²⁴

Opino que no hay razón suficiente para discriminar a quienes no forman parte de un sector vulnerable, pues en ambos casos se padece de lo mismo: una violación a la Constitución o a los derechos de fuente internacional vinculantes; por ello, urge superar la postura del estricto derecho al ser contraria a los principios de informalidad y buena fe que deben regir la prosecución de cualquier instrumento de defensa constitucional, de reconocimiento de derechos o salvaguarda de ellos.

Hay que tener presente que cuando las violaciones se reparan, la sociedad gana, pues la Constitución se respeta y los derechos humanos prevalecen, pero cuando su reconocimiento y protección depende de la calidad de los argumentos expuestos en la demanda, los jueces mexicanos *a)* aligeran su carga laboral, *b)* traicionan su encomienda principal de impartir justicia, y *c)* dan la espalda a la actividad protectora de los derechos humanos en detrimento del principio de acceso a una justicia eficaz.

Será un trabajo complejo cambiar la visión limitada en materia de procuración e impartición de justicia. Se trata de romper o superar paradigmas demasiado arraigados en México, y si a eso sumamos la idea de restringir la procedencia de la actividad protectora de los derechos humanos a petición de parte afectada, estaríamos desconociendo la jurisprudencia interamericana sobre la oficiosidad de dicho control,²⁵ pero sin razones suficientes para afirmar que en el ámbito interno el control constitucional o la actividad protectora de los derechos humanos debe proceder a partir de reclamos excelsos.

Mi tesis tiene como base la previa instauración de un proceso o procedimiento que permita un control de constitucional o actividad protectora sin necesidad de que alguna de las partes lo solicite, pero la autoridad o entidad que conozca del asunto en lo principal lo advierta y actúe en favor de alguna de las partes.

En la actualidad, como dije, es difícil pensar que una autoridad avale o permita la existencia de un acto, de una norma o de una omisión contrarios a la dignidad humana. La realidad, en algunos asuntos, deja ver un ánimo que revierte ese tipo de atentados. Tal es el caso de los jueces de Chihuahua y del magistrado Carlos Arenas, de Monterrey, entre otros, que se van su-

²⁴ Carpizo, Enrique, *La defensa constitucional en México*, México, Porrúa, pp. 118-120.

²⁵ Caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154. Véase García Ramírez, Sergio, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, vol. IV, pp. 619-655.

mando a ese movimiento protector y han armonizado o desaplicado los ataques legislativos a la presunción de inocencia y al debido proceso.

No obstante, a los jueces federales les está costando un poco más de tiempo y trabajo, pues, por una parte, complican la admisión de asuntos trascendentales en el plano de la protección judicial de los derechos humanos y, por otra, aún aplican las jurisprudencias que postulan la inoperancia de los conceptos de violación.²⁶

Inclusive han configurado a nivel jurisprudencia que si al conceder el amparo la sentencia beneficia a muchos (efectos generales), entonces deberá sobreseerse el amparo. En efecto, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia prejuzga los argumentos vertidos sobre la inconstitucionalidad de una ley, acto u omisión, y avala la idea del sobreseimiento sin tener en cuenta que previo al principio de relatividad, fórmula de Otero, se encuentra el de acceso a la justicia, el de adecuación normativa y el que impone la obligación de prever un medio ágil y eficaz para reclamar cualquier acto, postulados básicos que se ven vulnerados en atención a que cuando le asista la razón al quejoso, pero la determinación pueda tener efectos generales, el juez debe sobreseer, en vez de instaurar un procedimiento acorde a la idea de declaratoria general de inconstitucionalidad.

El artículo 14 constitucional dispone que ninguna autoridad deberá abstenerse de dictar una sentencia ante la ausencia de norma o interpretación para resolver el caso sometido a su potestad, siendo inaceptable sobreseer un amparo; esto es, no entrar al estudio de fondo para evadir la responsabilidad protectora de los derechos humanos.

Algo similar ocurre también con el reclamo de omisiones legislativas vía amparo, cuya concepción es improcedente, en razón a que se imprimirían efectos generales a la sentencia, y ello es inaceptable en el amparo.

VI. LA SOBERANÍA NACIONAL Y SU INTERACCIÓN CON EL ÁMBITO EXTERNO

Dicho postulado configura una de las principales características del Estado contemporáneo. ¿Cuál? Aquella que reconoce un documento supremo denominado Constitución. Ahora, la transición de Estado legal a Estado constitucional de derecho, entre otras cosas, permitió que la norma suprema recuperara su naturaleza jurídica, y que, posterior a la Segunda Guerra Mundial del siglo pasado, el tema de soberanía se relativizara a favor de un sistema internacional de relaciones amistosas y de protección a los derechos

²⁶ “CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES...”, *cit.*

humanos, situación que a su vez motivó distinguir entre soberanía interna y soberanía externa, siendo esa última el plano susceptible de comprometerse con otras naciones en el mundo.²⁷

Así, el principio de supremacía constitucional, como dije, se flexibiliza en aquellos países que se han sumado al esfuerzo internacional de reconocimiento y salvaguarda de los derechos humanos, mas no en territorios que no forman parte de esa tendencia o que no tienen la obligación jurídica de reconocer y tutelar derechos conforme a convenios internacionales. Un ejemplo lo encontramos en Estados Unidos de América, país que, principalmente, obedece lo que su Constitución prevé o su interpretación judicial dispone.

Ahora, México se sumó al sistema internacional de protección a los derechos humanos. El país celebró y ratificó diversos tratados y convenios internacionales en la materia. México reconoce la competencia de órganos administrativos y judiciales trasnacionales y, en consecuencia, el país acepta la distinción entre soberanía interna y soberanía externa, sobre todo porque celebró el Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados.²⁸

Tales acontecimientos implicaron el sustento de una supremacía constitucional no absoluta. Por una parte, el orden jurídico nacional en materia de derechos humanos, desde 1980, no está únicamente compuesto por normas nacionales, sino también por derechos de fuente internacional previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mejor conocida como “Pacto de San José” y, por otra, desde 1998, México aceptó la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, entonces, el tema de la impartición de justicia ya no incumbe solamente a jueces nacionales, sino también a instancias trasnacionales.

De ahí la idea de que la soberanía del Estado deba interactuar de manera armónica con el derecho de fuente internacional o tratado o convenio que le vincule o sirva de referencia.

VII. ¿HACIA UNA SUPREMACÍA CONVENCIONAL?

El origen moderno del principio de supremacía constitucional se debe al federalismo norteamericano, y México, en esencia, lo contempla desde la

²⁷ Carpizo, Jorge, *Algunas reflexiones constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 152 y ss.

²⁸ Ese tratado fue celebrado el 21 de marzo de 1986 y entró en vigor el 11 de enero de 1988. Véase Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, 1986, disponible en la página web de la Suprema Corte de Justicia mexicana, <http://www2.scjn.gob.mx/red/tratados-internacionales/>.

Constitución de 1824, y literalmente lo prevé en el artículo 126 de la Constitución Federal de 1857, pasando de allí al contenido del artículo 133 de la norma suprema de 1917.²⁹

Pasar de una supremacía constitucional a otra de naturaleza convencional no es del todo plausible. La idea de apelar al principio de jerarquía cuando se trata de instrumentos que reconocen y salvaguardan derechos significa olvidar el avance interpretativo generado en sedes académicas o en instancias nacionales e internacionales de justicia.

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

No creo en la transición de supremacía constitucional a convencional, sino en la interpretación armónica del contenido de la Constitución y los derechos de fuente internacional; es decir, partir de la idea de que esos derechos son una extensión al catálogo de derechos expresos o implícitos previstos en la norma suprema, y, por tanto, la interpretación debe ser en conjunto y en beneficio de sus destinatarios: el ser humano y su entorno social, político, económico y ambiental.³⁰

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

²⁹ “Artículo 126.- Esta Constitución, las leyes del congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos o que se hicieren por el presidente de la República, con aprobación del congreso; serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados”; “Artículo 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”. *Cfr.* Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México: 1808-2005*, 24a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 627.

³⁰ Carpizo, Enrique, *La defensa constitucional...*, *cit.*, pp. 3-16.

La propia Corte Interamericana, en el caso Castañeda Gutman, acepta que la dirección del gobierno y su actividad democrática interior sea competencia exclusiva de México, siempre y cuando mantenga los mínimos de protección que hasta ahora contempla en materia de derechos civiles y políticos.³¹

Considero que en vez de intentar adoptar una supremacía convencional, debemos postular el principio de coordinación entre los sistemas nacionales e internacionales, y viceversa, en aras de privilegiar a la dignidad humana de manera acorde a las particularidades de cada región, de cada Estado, de cada sector, de cada caso y de cada persona. Recordemos: ¡nadie sobra!

Además, la procedencia del principio pro persona, en su variante de preferencia normativa, permite superar el criterio de interpretación jerárquica y atender a la norma que mayor beneficio otorgue a la persona.³² De ahí que la idea de supremacía convencional también sea relativa y tampoco obligue en forma tajante a las instancias internacionales, quienes en todo momento deberán atender a los cambios sociales que experimenta la región y, en dado caso, aplicar la norma que más ventajas ofrezca o reconozca al ser humano, con independencia de que sea nacional o internacional o pro venga de una interpretación interna o externa.

Solo podría hablarse de supremacía convencional en el caso de que la región americana tuviera interés en constituir un Estado transnacional de derecho o una comunidad americana similar a la europea; pero esa tendencia aún no se debate con fuerza en el ámbito jurídico y político de nuestro continente americano, por lo cual la intención de sustentar un principio de supremacía de los tratados internacionales ostenta los mismos vicios de la preeminencia constitucional de mediados del siglo pasado. No descarto posibles ventajas en la creación de una comunidad americana, pues existen algunos matices que nos orientan a pensar de esa forma; sin embargo, debemos transitar hacia ello de manera consciente, y mientras eso no suceda, el Estado no debe imponer principios o interpretaciones que a nada práctico conduzcan.³³

³¹ Ese criterio aplica para todos los Estados parte, y puede consultarse en caso Castañeda Gutman vs. México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6 de agosto de 2008, serie C, núm. 184. Cfr. Carmona, Jorge, "El caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2009, vol. IX.

³² Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales...*, cit., pp. 96 y 97, y Castilla, Karlos, "El principio pro persona en la administración de justicia", *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 20, enero-junio de 2009, pp. 65-83.

³³ Sobre estas ideas se recomienda consultar los apuntes del II Seminario sobre Derecho Constitucional Transnacional, de Marcelo Figueiredo, publicados por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, Facultad de Derecho, 2012.

VIII. CONCLUSIONES

Ya no hay pretextos para afianzar lo que de antemano sabemos que corresponde ejercer: la actividad protectora de los derechos humanos. El método de control no debe considerarse un límite para la defensa a la dignidad humana y su entorno, cuya exclusividad, reitero, dejó de ser competencia de algunas autoridades del Estado, ya que la protección de los derechos humanos es facultad genérica del gobierno y obligación común de las personas.

Como he dejado entrever, mi propuesta consiste en adoptar una visión amplia para la tutela de prerrogativas humanas; esto es, una idea tutelar no limitada a jueces o autoridades del Estado, sino también susceptible de ser operada por cualquier persona.

Con esa tesis se logra comprender que la tendencia protectora actual absorbe al control constitucional difuso o concentrado, y, por tanto, no resulta del todo pertinente hacer separaciones limitativas de su ejercicio y alcance protector. Empero, estoy consciente de que mi propuesta requiere preparación constante en materia de derechos humanos y de jurisprudencia internacional, pero también reconozco nuestro deber y compromiso de evitar actividades estatales o ciudadanas que lejos de proteger a la dignidad humana propician un arbitrio arbitrario y legitimador de los intereses más oscuros del poder y de la ambición humana. Sobre ese tema insisto en mi postura, consistente en evitar interpretaciones fraudulentas o desbocadas de los derechos humanos.³⁴

Recordemos que si queremos lograr una cultura eficiente de reconocimiento, fomento y garantía de los derechos humanos, entonces debemos simplificar el camino hacia ello. ¿Cómo? Evitando clasificaciones técnicas que a nada práctico conduzcan. Una opción está en nuestra propuesta de actividad protectora de la dignidad humana, pues ante todo está el sentido común de solidaridad y preservación de la humanidad a partir de nuevas o renovadas ideas.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALDASORO VELASCO, Héctor, “La primera sentencia de amparo dictada a nivel federal el 13 de agosto de 1849 en el estado de San Luis Potosí”, *La actualidad de la defensa de la Constitución. Memoria del Coloquio Internacional en*

³⁴ Sobre los límites al intérprete de los derechos humanos, *cfr.* Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales...*, *cit.*, pp. 133-142.

- celebración del Sesquicentenario del Acta de Reformas Constitucionales de 1847, origen federal del juicio de amparo mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.
- ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANZURES GURRÍA, José Juan, “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 22, enero-junio de 2010.
- ARAGÓN, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- , *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- , “Constitución y derechos fundamentales”, en CARBONELL, Miguel (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*, 3a. ed., México, Porrúa, 2005.
- , *Sobre las nociones de supremacía y supralegalidad constitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1986.
- ASTUDILLO, César y CÓRDOVA VIANELLO, Lorenzo (coords.), *Reforma y control de la Constitución. Implicaciones y límites*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- AYALO CORAO, Carlos, *La [inejecución] de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela [1999-2009]*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2009.
- BACHOF, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, trad. de Leonardo Álvarez, Lima, Palestra, 2010.
- BAKER, Robert S., *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, Lima, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Sección Peruana, 2005.
- BIDART, Germán, *Teoría general de los derechos humanos*, México, UNAM, 1989.
- BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 1991.
- BOROWSKI, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- CABO, Carlos de, *La reforma constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*, España, Trotta, 2003.
- , *Teoría histórica del Estado y del derecho constitucional*, Barcelona, PPU, 1988.
- CAPPELLETTI, Mauro, *La justicia constitucional (estudios de derecho comparado)*, trad. de Luis Dorantes Tamayo, México, UNAM, 1987.

- CARBONELL, Miguel, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 164a. ed., México, Porrúa, 2011.
- CARMONA, Jorge, “La aplicación judicial de los tratados internacionales de los derechos humanos”, en MÉNDEZ, Ricardo (coord.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- , “El caso Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2009, vol. IX.
- CARPIZO, Enrique, “Algunas reflexiones sobre el control de convencionalidad y su relación con el control difuso en México”, *Revista Latino-Americana de Estudios Constitucionales*, dirigida por Paulo Bonavides, Brasil, en prensa.
- , *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional. La Corte y los derechos*, México, Porrúa, 2011.
- , “Destierro... Origen y consolidación de la primera sentencia de amparo”, *Realidad Jurídica*, México, año I, núm. II, abril-junio de 2004.
- , *Diccionario práctico de justicia constitucional*, México, Porrúa, 2012.
- , “El control constitucional y el control de convencionalidad en México”, en <http://www.youtube.com/watch?v=frPyEiYRZc>.
- , “El control de las reformas constitucionales en México. Un análisis judicial pendiente”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. LXI, núm. 255, enero-julio de 2011.
- , “El gobierno judicial en México, pasado, presente y futuro”, en CARPIZO, Enrique (coord.), *Estudios sobre la administración de tribunales*, México, Porrúa, 2013.
- , *La defensa constitucional en México*, México, Porrúa, 2011.
- CARPIZO, Jorge, *Algunas reflexiones constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- , *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- , “La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XII, 2012.
- , “La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLIV, núm. 131, mayo-agosto de 2011.

- , “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 25, julio-diciembre de 2011.
- , *Estudios constitucionales*, 8a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2003.
- , “150 años de las Leyes de Reforma”, *Revista de la Universidad de México*, México, nueva época, núm. 63, mayo de 2009.
- y VALADÉS, Diego, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- CARRIÓN, Lydiette, “El indigente que recuperó su identidad legal”, *M Semanal*, México, núm. 770, agosto 13 de 2012.
- , “Un indigente en búsqueda de identidad”, *M Semanal*, México, núm. 747, marzo 5 de 2012.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Los derechos del hombre*, 4a. ed., Madrid, Reus, 1992.
- CASTILLA, Karlos, “El principio pro persona en la administración de justicia”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 20, enero-junio de 2009.
- CUEVA, Mario de la, *Síntesis del derecho del trabajo*, México, UNAM, 1965.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.
- Diario de los debates del Congreso Constituyente*, Querétaro, núm. 12, 1o. de diciembre de 1916, t. I.
- DIEZ-PICAZO, Luis, *Sistema de derechos fundamentales*, 2a. ed., Navarra, Civitas, 2005.
- DORADO PORRAS, Javier, *El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos. Una polémica sobre interpretación constitucional*, Madrid, Dykinson, 1997.
- El Siglo de Torreón*, “Pide AI eliminar reforma al artículo 1”, en <http://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/827569.pide-ai-eliminar-reforma-al-articulo-1.html>.
- FAVOREU, Louis y RUBIO LLORENTE, Francisco, *El bloque de la constitucionalidad*, Madrid, Civitas, 1991.
- FERNÁNDEZ, José, “Aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión”, en CARBONELL, Miguel (coord.), *En busca de las normas ausentes. Ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- , *La inconstitucionalidad por omisión legislativa*, Madrid, Civitas, 1998.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “Evolución histórica y modelos en control de constitucionalidad”, en GARCÍA BELAUNDE, Domingo y FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (coords.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997.

- FERRAJOLI, Luigi, *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, 2a. ed., trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2011.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLIV, núm. 131, mayo-agosto de 2011.
- FIORAVANTI, Maurizio, *De la antigüedad a nuestros días*, 2a. ed., trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2007.
- FISHER, Louis, *Constitutional conflicts between congress and the president*, 4a. ed., Kansas, University Press of Kansas, 1997.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 2011.
- , “La creciente internacionalización de las Constituciones iberoamericanas, especialmente en la regulación y protección de los derechos humanos”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, Max-Plank-Institut für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. II.
- , “Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el sistema interamericano de derechos humanos”, en GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. I.
- , “Protección jurídico-constitucional de los derechos humanos de fuente internacional en los ordenamientos de Latinoamérica”, en PÉREZ ROYO, Javier *et al.*, *Derecho constitucional para el siglo XXI*, España, Aranzadi, 2006, t. I.
- y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa, 2010.
- Gaceta parlamentaria*, año XVI, núm. 3679-II, 3 de enero de 2013.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma*, 4a. ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2006.
- GARCÍA-HUIDOBRO, Joaquín, *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El control judicial interno de convencionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, año V, núm. 28, julio-diciembre de 2011.

- (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, vols. I y II.
- (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, vols. IV y V.
- y LONDOÑO, María (coords.), *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, vol. VI.
- y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos*, México, Porrúa, 2011.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, México, Porrúa, 2004.
- GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, “Amparo a un rebelde. La primera sentencia de un juicio de amparo (1849)”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel (coords.), *El juicio de amparo. A 160 años de la primera sentencia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones jurídicas, 2011.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, UNAM-Porrúa, 2010.
- , “Sobre el concepto de Constitución”, trad. de Miguel Carbonell, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 1, julio-diciembre de 1999.
- GUDIÑO PELAYO, José, “Lo confuso del control difuso de la Constitución, propuesta de interpretación del artículo 133 constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. LV, núm. 244, julio-diciembre de 2005.
- HELLER, Herman, *Teoría del Estado*, 22a. ed., México, FCE, 1987.
- HERDEGEN, Matthias, *Derecho internacional público*, México, Fundación Konrad Adenauer Stiftung-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- HIGHTON, Elena I., “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. 1.
- IBARRA, Francisco, *Miguel Hidalgo, entre la libertad y la tradición*, México, Porrúa, 2003.
- INSTITUTO NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, *La aplicación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria*, Madrid, INAP, 1999.

- IZAGUIRRE, Edy, *Medios de impugnación en materia electoral*, México, Novum, 2012.
- JIMÉNEZ CAMPOS, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.
- KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, trad. de Rolando Tamayo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, s.a.
- LIRA, Andrés, *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano*, México, FCE, 1972.
- LÓPEZ DAZA, Germán, “El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 24, enero-junio de 2011.
- MARTIN V. PGA TOUR, 204 F.3d 994, 996 (9th Cir. 2000), en <http://www.willamette.edu/wucl/resources/journals/sportslaw/documents/Final%20>.
- MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- MEZZETTI, Luca, *Sistemi e modelli di Giustizia Costituzionale*, Italia, CEDAM, 2011, t. II.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, Javier, “La doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte* en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos”, en ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo *et al.* (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. IV.
- MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, París, Librairie de Firmin Didot Frères, 1844.
- NOGUEIRA, Humberto, *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos*, Santiago, Librotecnia, 2006.
- , *Justicia y tribunales constitucionales en América del sur*, Lima, Palestra, 2006.
- OROZCO HENRÍQUEZ, Jesús, “Defensa de los derechos político-electorales y el Estado laico en México”, en BONETT, Margarita y LARA, Rosa de (coords.), *El Estado laico y los derechos humanos en México: 1810-2010*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Facultad de Filosofía y Letras, 2012, t. I.
- , “Los [derechos humanos] y la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo”, en TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando y CÁCERES NIETO, Enrique, *Teoría del derecho y conceptos dogmáticos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987.

- ORTIZ, Rigoberto, “Los juicios de Nuremberg: 60 años después”, *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 1, núm. 2, 2006.
- PACE, Alessandro, *Problemática delle libertà costituzionali. Lezioni*, 2a. ed., Padua, CEDAM, 1990.
- PECES-BARBA, Gregorio *et al.*, *Curso de derechos fundamentales*, Madrid, Eudema y Universidad Complutense, 1991.
- PEREZ ROYO, Javier, *La reforma de la Constitución*, Madrid, AGISA, 1987.
- PFERSMANN, Otto, “Carré de Malberg y la [Jerarquía normativa]”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 4, enero-junio de 2001.
- QUERALT, Argelia, *El tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- RAGONE, Sabrina, *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, trad. de Rodrigo Brito Melgarejo, México, IMDPC-Porrúa, 2012.
- ROJAS, Isidro, *El amparo y sus reformas*, México, Católica, 1907.
- SÁCHICA, Luis, *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*, Bogotá, Temis, 1980.
- SAGUER, Lawrence, *Juez y democracia. Una teoría práctica constitucional norteamericana*, Madrid, Marcial Pons, 2007.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.), *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Hacia un ius constitutionale commune en América Latina*, México, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht and Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- , *Teoría de la Constitución*, Buenos Aires, Astrea, 2004.
- SENTÍS M., Santiago, *El juez y el derecho*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1957.
- SÁCHICA, Luis Carlos, *El control de constitucionalidad y sus mecanismos*, 2a. ed., Bogotá, Temis, 1980,
- SERNA, José María, “Los límites del poder constituyente y en control de constitucionalidad en México”, en CARPIZO, Jorge y ARRIAGA, Carol B. (coords.), *Homenaje al doctor Emilio O. Rabasa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

- SMITH, James, *Derecho constitucional comparado México-Estados Unidos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1990, t. 1.
- SORENSEN, Max (ed.), *Manual de derecho internacional público*, trad. de Dotación Carnegie para la Paz Internacional, revisión a cargo de Bernardo Sepúlveda, México, FCE, 1973.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales, 1986”, en <http://www2.scjn.gob.mx/red/tratadosinternacionales/>
- , Informe anual de labores 2010. Anexo documental, México, 2011.
- , *Instrumentos internacionales suscritos por México*, en <http://www2.scjn.gob.mx/red/tratadosinternacionales/>.
- , Ley sobre la Celebración de Tratados, en <http://www2.scjn.gob.mx/red/leyes/>.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México: 1808-2005*, 24a. ed., México, Porrúa, 2005.
- VANOSI, Reinaldo, *Teoría constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1975, t. 1.
- VÁSQUEZ, Oscar, *El control de la constitucionalidad de la ley. Estudio de derecho comparado*, México, Porrúa, 1978.
- VECCHIO, Giorgio del, *Teoría del Estado*, trad. de Eustaquio Galán y Gutiérrez, Barcelona, Bosch, 1956.
- VEGA, Juan, “El positivismo excluyente de Raz”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXVII, núm. 110, mayo-agosto de 2004.
- VERGOTTINI, Giuseppe de, *Derecho constitucional comparado*, trad. de Claudia Herrera, México, UNAM-Secretariado Europeo per le Pubblicazioni Scientifiche, 2004.
- , *Más allá del diálogo entre tribunales*, trad. de Pedro J. Tenorio Sánchez, Navarra, Civitas, 2010.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 7a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2007.

Jurisprudencia

“ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. NO ES LA VÍA IDÓNEA PARA EJERCER EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO DE REFORMA A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS

MEXICANOS O RESPECTO DEL CONTENIDO DE LAS REFORMAS RELATIVAS”, Tesis: P. IV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIX, abril de 2009.

“ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SÓLO PROCEDE CONTRA NORMAS GENERALES QUE TENGAN EL CARÁCTER DE LEYES O DE TRATADOS INTERNACIONALES”, Tesis: P./J. 22/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. IX, abril de 1999.

“ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 4/98. DIPUTADOS INTEGRANTES DE LA ASAMBLEA LEGISLATIVA DEL DISTRITO FEDERAL” que aparece bajo el rubro “PRESUPUESTO DE EGRESOS DEL DISTRITO FEDERAL PARA EL EJERCICIO FISCAL DE 1998. ES IMPROCEDENTE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD QUE SE PLANTEA EN SU CONTRA, PORQUE EL DECRETO QUE LO CONTIENE NO ES UNA LEY”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, 28 de mayo de 1998, ejecutoria P./J. 24/99.

“AMPARO. ES PROCEDENTE EL PROMOVIDO CONTRA UN TRATADO INTERNACIONAL CON MOTIVO DE UNA RESOLUCIÓN DICTADA DENTRO DE UN PROCEDIMIENTO QUE NO TIENE EL CARÁCTER DE DEFINITIVO, SI CONSTITUYE SU PRIMER ACTO DE APLICACIÓN”, Tesis: CLXXVII/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, diciembre de 2000.

“AGRARIO. SUPLENCIA DE LA QUEJA EN MATERIA AGRARIA”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo directo 5725/86.

“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo directo 3770/76.

“CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo directo 82/80.

“CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. CONFORME AL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL LOS MEDIOS RELATIVOS DEBEN ESTABLECERSE EN LA PROPIA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y NO EN UN ORDENAMIENTO INFERIOR”, Tesis: P./J. 15/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XII, diciembre de 2000.

“CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD”, Tesis: P. LXVII/2011(9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. I, diciembre de 2011.

“CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”, Tesis: P./J. 74/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, agosto de 1999.

- “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN”, Tesis: P./J. 73/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, agosto de 1999.
- “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. ES IMPROCEDENTE PARA IMPUGNAR EL PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Tesis: P./J. 40/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI, septiembre de 2002.
- “CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES 33/2002. JEFE DE GOBIERNO DEL DISTRITO FEDERAL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, SCJN, 29 de junio de 2004, ejecutoria P./J. 50/2004.
- “INFONAVIT. EL ARTÍCULO OCTAVO TRANSITORIO DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMA LA LEY RELATIVA, PUBLICADO EN EL *DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN* EL 6 DE ENERO DE 1997, TRANSGREDE EL ARTÍCULO 123, APARTADO A, FRACCIÓN XII, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Tesis: 2a./J. 32/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXIII, marzo de 2006.
- “JURISPRUDENCIA SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN OBLIGADAS A APLICARLA AL CUMPLIR CON LA GARANTÍA DE FUNDAR Y MOTIVAR SUS ACTOS”, Tesis: 2a./J.38/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XV, mayo de 2002.
- “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA”, Tesis: P. C/92, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, diciembre de 1992.
- “PODER REFORMADOR DE LA CONSTITUCIÓN. EL PROCEDIMIENTO REFORMATARIO RELATIVO EMANADO DE ESTE ÓRGANO CON FACULTADES LIMITADAS, ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL CONSTITUCIONAL”, Tesis: P. LXXV/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, diciembre de 2009.
- “PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL”, Tesis: P./J. 39/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVI, septiembre de 2002.
- “SENTENCIA DE AMPARO. NO PUEDE SER VIOLATORIA DE GARANTÍAS”, Tesis: II. 3o. J/4, *Semanario Judicial de la Federación*, t. IV, julio-diciembre de 1989.
- “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA PENAL. PERMITE SALVAGUARDAR LOS DERECHOS DEL INculpADO CUYA DEFENSA SE HAYA

- REALIZADO EN FORMA DEFICIENTE O NULA”, Tesis: 1a. CXCIX/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXX, noviembre de 2009.
- “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA DE TRABAJO. OPERA EN FAVOR DEL TRABAJADOR CUANDO EL ACTO RECLAMADO AFECTE ALGÚN INTERÉS FUNDAMENTAL TUTELADO POR EL ARTÍCULO 123 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Tesis: P./J. 105/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVIII, octubre de 2008.
- “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE. NO OPERA EN LOS CASOS EN QUE ES IMPROCEDENTE UN RECURSO DE REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO, AUN TRATÁNDOSE DE MENORES DE EDAD”, Tesis: 1a. XVII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXV, enero de 2007.
- “SUPLENCIA DE LA QUEJA. PROCEDE EN CUESTIONES DE DERECHO FAMILIAR”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo en revisión 2959/87.
- “TRATADOS INTERNACIONALES. AMPARO CONTRA LA APLICACIÓN DE LOS”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, vol. XCVIII, amparo en revisión 8123/63.
- “TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SU RANGO CONSTITUCIONAL ES DE IGUAL JERARQUÍA”, *Semanario Judicial de la Federación*, México, SCJN, amparo en revisión 256/81.
- “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Tesis: P. LXXVII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999.
- “TRATADOS INTERNACIONALES. SON NORMAS GENERALES Y, POR TANTO, SON IMPUGNABLES EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES”, Tesis: P./J. 84/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XX, septiembre de 2004.
- “TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES”, Tesis: P./J. 23/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXI, enero de 2010.

LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS HUMANOS ANTE UNA CONSTITUCIÓN FLEXIBLE

Constancio CARRASCO DAZA*

*En honor del entrañable maestro
Jorge Carpizo*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La rigidez y la supremacía constitucional.* III. *Las autoridades ante el nuevo modelo de convencionalidad.* IV. *La supremacía constitucional y los derechos fundamentales.* V. *El poder reformador de la Constitución.* VI. *Canadá: una cláusula abierta en la Constitución.* VII. *El arraigo en México.* VIII. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el diez de junio de dos mil once impuso la necesidad de replantear la concepción tradicional que se ha tenido en torno a los derechos fundamentales, a su importancia real y no solo teórica, y, lo más importante, la asimilación de cómo deben actuar los tribunales en el nuevo modelo de convencionalidad.

El tema ha escalado el orden jurisdiccional nacional, llegando incluso al máximo tribunal. La noción de la jerarquía constitucional sigue siendo un eje primordial de todo ejercicio interpretativo que se haya realizado, lo cual es entendible en un contexto en el que la tradición jurídica imperante está fincada en una estructura piramidal de las fuentes de derecho.

El presente trabajo no centra su estudio en esa línea de análisis, porque el objetivo es explicar desde un ángulo distinto cuáles son las directrices esenciales hacia donde nos orienta el paradigma constitucional. La cuestión atinente a la jerarquía normativa es sumamente relevante, pero corre en

* Magistrado de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Las opiniones expresadas en el siguiente artículo son responsabilidad exclusiva del autor y no reflejan necesariamente la postura del Tribunal.

paralelo a otro aspecto esencial, consistente en la necesidad de una visión material de los derechos humanos.

La enmienda constitucional previamente señalada pugna por el favorecimiento del principio pro persona en su dimensión más amplia, lo que se evidencia al existir un mandato expreso en ese sentido en la Constitución.

Nada puede interesar más a los beneficiarios del orden jurídico que la aplicación efectiva y material de sus prerrogativas fundamentales, y por ello, concibo la necesidad de enfrentar el tema de la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos y las sentencias de la Corte Interamericana bajo un trasluz de una Constitución material, entendiendo a los mencionados derechos en su sentido más amplio y universal.

II. LA RIGIDEZ Y LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

En teoría constitucional se reconoce como “rigidez” a la existencia de un procedimiento especial y dificultado —con una implementación compleja— para realizar reformas a la Constitución. En estos casos, el procedimiento creado se presenta distinto de aquel que se sigue para la modificación de las leyes ordinarias.

Cuando el procedimiento modificadorio de la Constitución y el previsto para la creación legal son iguales, se actualiza el fenómeno opuesto, denominado “flexibilidad constitucional”, y se está en presencia de un texto fundamental con un alto grado de adaptabilidad a la realidad o a otras circunstancias, pero a la vez, debe decirse, más inestable. La doctrina mexicana es consistente al reconocer que la noción de rigidez es un componente fundamental de la supremacía constitucional.

En este sentido, Felipe Tena Ramírez señala:

La supremacía de la Constitución presupone dos condiciones: el poder constituyente es distinto de los poderes constituidos, la Constitución es rígida y escrita... La rigidez de una Constitución proviene, por lo tanto, de que ningún poder constituido —especialmente legislativo— puede tocar la Constitución: la flexibilidad consiste en que la Constitución puede ser modificada por el poder legislativo.¹

Asimismo, en la perspectiva del jurista Jorge Carpizo: “Las constituciones no son normas inmutables sino que deben cambiar. En concordancia con el principio de supremacía constitucional, las reformas a la norma cons-

¹ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 40a. ed., México, Porrúa, 2009, pp. 12 y 13.

titucional siguen un procedimiento más difícil que para la norma ordinaria. Entonces se habla de constituciones rígidas”.²

Para este catedrático de la Universidad Nacional Autónoma de México,

La Constitución mexicana de 1917 es rígida, ya que el artículo 135 constitucional señala un camino que debería ser difícil para alcanzar la reforma, puesto que se exige que la modificación a la norma suprema sea aprobada por el Congreso Federal, cuando menos por el voto de las dos terceras partes de los representantes presentes, y por la mayoría de las legislaturas de las entidades federativas.

Sin embargo, reformar nuestra Constitución no ha presentado mayor dificultad... Los factores políticos de México han hecho que el procedimiento del artículo 135 constitucional no sea rígido, sino, al contrario, fácil de efectuarse, y de ahí que en la mayoría de las ocasiones para adecuar la norma suprema a la realidad se haya seguido la vía de alterar los artículos constitucionales.³

De acuerdo con lo anterior, es innegable que el carácter rígido del procedimiento de reforma a la carta magna se erige como un mecanismo de resguardo de la supremacía constitucional, pero esta condición debe ser constatada materialmente, y no solo ser asumida de manera automática.

Visto desde ese enfoque, en México se consagra un procedimiento relativamente complejo de reforma —lo que ha llevado a considerarla como una Constitución rígida—, pero esa premisa no se ha convalidado en la realidad, porque el número excesivo de modificaciones que ha tenido el documento constitucional revela que en los hechos existe una perspectiva de flexibilidad del documento fundamental.⁴

² Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, 8a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2012, p. 297.

³ *Ibidem*, p. 310.

⁴ Aunque no existen datos contundentes sobre el número de reformas que se han realizado al texto constitucional ni un consenso al respecto, tomemos como base la información proporcionada por la Cámara de Diputados, según la cual desde la promulgación de la Constitución en 1917 hasta la fecha se han realizado más de 200 reformas al texto constitucional. El artículo 73 constitucional es el que más modificaciones ha tenido, con 67 cambios. El sexenio en el que ha habido el mayor número de revisiones a la Constitución ha sido el de Felipe Calderón Hinojosa, con 110 artículos reformados. Esta situación evidencia que la modificación de la ley fundamental no necesariamente fue un fenómeno que se vio favorecido por la hegemonía de un partido en el poder, pues ya con la alternancia política y el gobierno dividido, la rigidez constitucional no cobró mayor vigencia. La referida evolución constitucional puede constatararse en la obra editada por la Cámara de Diputados, intitulada *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*. Para una breve cuantificación de las reformas constitucionales y criterios para clasificarlas, *cfr.*, Carpizo, Jorge, *op. cit.*, pp. 309-317, así como Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 7a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2010, pp. 110-115.

No es posible afirmar con certeza si las múltiples reformas efectuadas se han inspirado en la necesidad de ajustar de manera real y efectiva a la Constitución con las condiciones económicas, políticas, sociales y culturales de cada momento histórico. Existe otra postura que considera que las reformas han obedecido a una dinámica y excesiva transacción política, en la que se ha dejado de observar la necesidad de mantener un documento constitucional estable.

III. LAS AUTORIDADES ANTE EL NUEVO MODELO DE CONVENCIONALIDAD

Como antes se dijo, el diez de junio de dos mil once se modificó el artículo 1o. de la Constitución, para establecer que en nuestro país todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la propia Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección. Esta enmienda ha sido objeto de múltiples reflexiones, que tienen como finalidad desentrañar su justa dimensión y su alcance efectivo.

Mientras que para algunos, la reforma se traduce en la introducción de una nueva concepción de la interpretación del derecho, para otros, el significado de la enmienda no hace más que fijar un acento en lo que ya establecía el texto constitucional en su artículo 133.⁵

En el texto modificado se mantuvo la precisión de que el ejercicio de esos derechos y garantías no podría restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la Constitución establece.⁶

⁵ “Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

⁶ La distinción entre derechos y garantías no es nueva. De hecho, seguramente la modificación constitucional se vio influenciada por las tesis del maestro Fix-Zamudio, para quien la defensa de la Constitución se integra por dos categorías; la primera, es la protección de la Constitución, formada por factores económicos, políticos, sociales y de técnica jurídica. “La segunda categoría está formada por las llamadas garantías constitucionales, pero entendidas no en el concepto tradicional que las identifica con los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente, sino como los medios jurídicos, de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos de poder...”. Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2011, p. 11.

De esa manera, el nuevo marco implica una protección que se extiende tanto a los derechos fundamentales como a las garantías procesales previstas para su preservación.

En ese sentido, lo dispuesto en el artículo 1o. se traduce en una *disposición constitucional de resguardo* para el poder constituyente, a fin de respetar las restricciones concebidas desde la versión original de la Constitución, pero, como se explicará más adelante, dicha previsión también ha significado una salvaguarda a las atribuciones del poder reformador, que le permite delinear libremente los márgenes para el ejercicio de los derechos fundamentales.

Es preciso decir que la significativa reforma no consistió únicamente en el incremento de las fuentes normativas que ahora conforman el orden jurídico nacional, porque también se adicionó un canon de interpretación a partir del cual las normas relativas a los derechos humanos —ya sea que formen parte de la Constitución o de los tratados internacionales— deben ser aplicadas de tal modo que favorezcan en todo tiempo la protección más amplia a las personas —principio pro persona—.

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

1. *El expediente varios 912/2010. Una primera interpretación*

Poco después de la incorporación constitucional aludida —concretamente el catorce de julio de dos mil once—, la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizó la manera específica como los órganos del Estado, en los distintos niveles de gobierno, deben participar en el control difuso de convencionalidad, en el expediente varios 912/2010 —formado con motivo de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Rosendo Radilla vs. México*—. También se examinaron cuáles son las condiciones generales de aplicación del principio pro persona.

Es importante señalar que la sentencia de la Corte Interamericana que motivó la posterior actuación de la Suprema Corte derivó del ejercicio de su competencia contenciosa (esta, junto a la competencia consultiva, conforman los dos grandes sectores del campo de atribuciones del tribunal internacional), la cual fue reconocida por el Estado mexicano el dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, y encuentra su fundamento

en el artículo 61 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José—.

El análisis efectuado por los ministros de la Suprema Corte se centró en los siguientes interrogantes: ¿las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tienen vinculatoriedad para los jueces y demás autoridades del Estado mexicano?, ¿qué acontece cuando la sentencia de la Corte Interamericana tuvo por objeto un asunto contencioso en el cual el Estado mexicano no fue parte?, ¿puede obligar al Estado mexicano una sentencia que se emitió para condenar a un país diverso, en un contexto diferente y con características sustancialmente distintas a las que priman en el derecho nacional?

Los cuestionamientos anteriores implicaban un análisis relevante, porque, por una parte, la modificación sustancial al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su literalidad, parece apuntar de manera firme a un redimensionamiento de los derechos humanos, mediante el incremento de las fuentes normativas que ahora integrarían el orden jurídico nacional, pero ¿podía considerarse lo mismo respecto de sentencias emitidas por un tribunal internacional?

La reflexión ejercida por nuestro máximo tribunal, al resolver el expediente varios, se ocupó de la forma como tendríamos que asimilar las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; esto es, el producto del ejercicio de su jurisdicción contenciosa. Es cierto, la Corte Interamericana es intérprete última de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero ¿su interpretación podía insertarse en el orden jurídico de los Estados como norma de derecho, aun cuando el Estado mexicano no haya sido parte?

Al final de un debate sumamente interesante, en aquella ocasión se asumieron a través de una votación mayoritaria, dos premisas diferenciadas en torno a los fallos del órgano interamericano: a) las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes en sus términos cuando el Estado mexicano fue parte en el litigio,⁷ y b) las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que el Estado mexicano no fue parte tienen un carácter orientador para los jueces mexicanos cuando sean más favorables a la persona en términos del artículo 1o. de la Constitución federal.⁸

⁷ “SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO”, Tesis PLXV/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, diciembre de 2011, p. 556.

⁸ “CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES

En ese primer escrutinio, la Suprema Corte de Justicia de la Nación asumió que con la reforma constitucional en derechos humanos existen dos vertientes esenciales del modelo de control de constitucionalidad:

- 1) Control concentrado. Ejercido por parte de los órganos del Poder Judicial de la Federación, el cual tiene asignados en la propia norma fundamental las vías a través de las que puede ejercerse: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales, así como los juicios de amparo, ya sea directo o indirecto.
- 2) Control difuso. Aquel que puede ser efectuado por el resto de los jueces del país, de forma incidental, durante los procesos ordinarios en que son competentes, y que ahora ha adquirido una nueva dimensión a través de lo que se denomina “control de la convencionalidad *ex officio*”.

Al respecto, se emitió la tesis intitulada: “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD”.⁹ Este tipo de control ha sido definido en sus alcances por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, particularmente desde el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, cuya parte medular se cita en seguida:

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.¹⁰

MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, Tesis PLXVI/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, diciembre de 2011, p. 550.

⁹ Tesis PLXVII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, diciembre de 2011, p. 535.

¹⁰ Sentencia dictada el 24 de noviembre de 2006.

Otra forma de entender el carácter *ex officio* del control de constitucionalidad y de convencionalidad se explica en el voto concurrente del entonces juez *ad hoc* Eduardo Ferrer, que en su parte conducente señala:

42... Consiste en la posibilidad de ejercer dicho control por los jueces nacionales, *con independencia de que las partes lo invoquen*. En realidad constituye un complemento del carácter “difuso” de dicho control. Si en la anterior característica del “control difuso de convencionalidad” se establecía la intencionalidad de la Corte IDH de que se “debe” ejercer por cualquier juez, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización (de donde deriva que sea un “control difuso”), ahora se acentúa dicho carácter al especificar que además se ejerce “de oficio”, lo que implica que en cualquier circunstancia los jueces deben realizar dicho control, ya que “esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto”.

El sistema creado generó un nuevo modelo en el cual, los criterios de interpretación pueden establecerse a partir de dos competencias específicas, por un lado, la figura de la declaración de inconstitucionalidad (a cargo de la Suprema Corte) y, por el otro, la no aplicación de la norma inconstitucional en el caso concreto (a cargo de todos los jueces).

2. *La contradicción de tesis 293/2011. El curso de la interpretación*

En agosto de 2013, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación retomó el estudio de un expediente de contradicción de tesis, que en una primera oportunidad había sido rechazado y que de nueva cuenta efectuaba una postulación interesante respecto de la forma como debe entenderse el nuevo ámbito de facultades y deberes de las autoridades de frente al control difuso de convencionalidad, que ahora materializa el artículo 10. de nuestra carta magna.

Diversos temas ocuparon el núcleo del debate, y la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos en el orden jurídico mexicano volvió a estar en la palestra de la Corte. A su vez, supusieron otros tópicos, como la adecuada aplicación y alcances del principio pro persona; la solución de antinomias entre tratados internacionales y la propia Constitución; el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana.

Considero que el tema esencial consistió en *los bordes o límites materiales de los derechos humanos* en este nuevo engranaje entre constitucionalidad y convencionalidad.

A la fecha está en trámite el engrose de la resolución; no obstante ello, el desarrollo del debate en las sesiones públicas en las que fue decidido el asunto evidencia que mediante votación mayoritaria se aprobó la posición que determinó que deben prevalecer las restricciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Como se ha dicho, otro tema de singular relevancia fue la discusión que se dio en el tema atinente a si las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son vinculantes, aun cuando no se hubiera juzgado al Estado mexicano, obteniéndose en esta ocasión una votación mayoritaria de seis votos a favor contra cinco en contra; esto es, se adoptó una diversa posición a la que se había tenido en el expediente varios 912/2010.

En lo esencial, se aceptó que “las restricciones que establece la Constitución prevalecen respecto de los derechos fundamentales que estén reconocidos en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano”, en términos del artículo 133 de la propia norma fundamental, aun en el caso de que estos otorguen un derecho más favorable a la persona, porque la supremacía constitucional impone que todo acto de autoridad se funde en la Constitución.

IV. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. *La noción de supremacía constitucional*

La controversia que se suscita para dilucidar cuáles deben ser los bordes o límites de los derechos fundamentales en un entorno constitucional determinado involucra en sí misma una problemática mayor: la percepción específica de la supremacía constitucional.

Para arribar a una definición propia de lo que es supremacía constitucional, resulta imprescindible ubicar primero cuál es la vertiente doctrinaria que se asume para la comprensión del concepto Constitución.

Constitución en sentido formal. En esta vertiente, la Constitución es en esencia una ley caracterizada por ciertos elementos formales, particularidades en su aprobación, en su denominación y en su reforma agravada, o bien, la mayoría de aquellas leyes, y por consiguiente, el contenido completo de las disposiciones en el texto constitucional.

Constitución en sentido material. Se alude en general al conjunto de normas que regulan la Constitución, las funciones y las competencias de los órganos

superiores del Estado, las estructuras básicas estatales y la posición de los ciudadanos en el seno del Estado.

El derecho constitucional material puede también existir al margen del texto constitucional, y a la inversa, no cualquier norma formalmente constitucional tiene la consideración de derecho constitucional con función integradora. En realidad, numerosas normas formalmente constitucionales deben su inclusión en la Constitución, simplemente a consideraciones tácticas y, en particular, a la intención de los grupos políticos que aprueban el texto constitucional de sustraer sus normas a una reforma iniciada por una futura mayoría parlamentaria.¹¹

De esa forma, podemos afirmar que en una visión material, la supremacía de la Constitución no parece acotarse a los límites infranqueables del propio ordenamiento constitucional, sino que reviste elementos esenciales que desbordan ese parámetro constitucional y, por tanto, concibe a los derechos humanos en un espectro mayor. Sobre todo, cuando el propio texto constitucional permite al operador jurídico adoptar una posición más favorable a la persona.

2. *Los derechos fundamentales en una Constitución material*

Es cierto, los cambios formales que el ordenamiento jurídico sufre a través del tiempo se realizan esencialmente a través de reformas, derogaciones y abrogaciones, todas ellas culminadas, en general, a través del procedimiento legislativo, mecanismo que, cuando es respetado, genera y da materialidad a una nueva norma jurídica.

Empero, el reconocimiento expreso de los derechos fundamentales en la Constitución hace emerger de manera necesaria la participación de tribunales constitucionales o cortes supremas, que de acuerdo con la visión de la teoría constitucional que se adopte, pueden generar protecciones normativas más extensas o incluir un nuevo tipo de significados a través de los conceptos previstos en la norma fundamental.

En esa disyuntiva, de acuerdo con el sistema de control constitucional que se adopte, se otorga a los tribunales constitucionales o cortes supremas el deber de reflejar, interpretar, depurar y desarrollar el sistema normativo. En esta visión de la interpretación constitucional parecen fundirse los conceptos de creación y aplicación del derecho.

¹¹ Bachof, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, trad. de Leonardo Álvarez Álvarez, Lima, Palestra, 2010, p. 57.

3. ¿Una interpretación evolutiva de los derechos fundamentales?

Las innovaciones legislativas suelen venir justificadas por la adaptación del orden jurídico a una realidad que nos supera. En el ámbito de la interpretación, cobran relevancia las técnicas que favorecen el dinamismo y actualidad de los sistemas normativos, entre ellas la interpretación evolutiva. A través de esa modalidad, los tribunales afrontan los cambios de la vida, sin modificar los textos legales.

Los enunciados normativos, las disposiciones, son objeto de interpretación para hallar el sentido que se aplique al caso concreto. Es en el proceso de interpretación y aplicación cuando entra en juego el elemento evolutivo, junto con otros muchos de la interpretación jurídica.

Tanto más necesario será utilizar el elemento evolutivo, cuanto más parezca *a priori* que el enunciado normativo se aleja de la realidad. El empleo de este elemento no es el único que debe usar el intérprete, pues la correcta interpretación siempre es resultado de la combinación de todos ellos. No obstante, habrá ocasiones en las que su empleo será mayor, porque el sentido extraíble de la disposición, tras el empleo de otros métodos, no sirva o no sea suficiente para regir la realidad. Lo anterior, porque se trata de verificar la eficacia del derecho en la realidad social y comprobar si las normas extraídas de las disposiciones la rigen efectivamente.¹²

La interpretación evolutiva de los derechos fundamentales en la Constitución representaría así, una posibilidad real y efectiva de hacer valer los derechos y principios que la propia norma fundamental consiga.

V. EL PODER REFORMADOR DE LA CONSTITUCIÓN

De lo expresado con anterioridad es válido efectuar el interrogante siguiente: ¿cómo y en qué grado se dan las relaciones entre el poder reformador de la Constitución y el control de convencionalidad?

Mucho se ha debatido respecto a la naturaleza y límites del órgano reformador en México, sobre todo cuando se ha hecho una introspección en cuanto a la posibilidad de controvertir las reformas constitucionales.

En este contexto, la teoría constitucional señala y el derecho comparado corrobora, la existencia de dos tipos de límites al poder de reforma: expresos e implícitos. Un breve recorrido por algunas Constituciones extranjeras dará cuenta de ello. Conviene precisar, sin embargo, que el problema de los límites

¹² Canosa Usera, Raúl, "Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales", *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 57.

materiales implícitos al poder reformador obliga a analizar, por un lado, su vinculación con las llamadas decisiones políticas fundamentales —denominadas en otros sistemas jurídicos como *cláusulas pétreas*—, y por el otro, la posibilidad de controlar la constitucionalidad de los procedimientos de reforma.

En cuanto a los límites expresos, pueden ser de dos tipos: temporales y materiales, aunque algunas veces se presentan juntos, como en el caso de Portugal. En Alemania, el artículo 79.3 de la Ley Fundamental¹³ prohíbe las reformas constitucionales que afecten el régimen federal, la cooperación de los *Länder* en la potestad legislativa o los principios establecidos en los artículos 1o. y 20 (esencialmente relativos a los derechos fundamentales, al régimen federal, a la emanación de todo poder público del pueblo y al derecho a la resistencia).¹⁴ El artículo 89 *in fine* de la Constitución de Francia¹⁵ restringe la potestad reformadora cuando se atente contra la integridad del territorio o la forma republicana de gobierno. En similares términos, el artículo 139 de la Constitución italiana¹⁶ sustrae del objeto de revisión constitucional a la forma republicana de gobierno. Por último, un ejemplo de límite temporal lo encontramos en España, país en el que no pueden iniciarse procedimientos de revisión constitucional en tiempo de guerra o en estados de protección excepcional de la Constitución (estado de alarma, de excepción o de sitio), esto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 169 constitucional.¹⁷ Lo anterior ilustra en cuanto a que el poder de reforma a las Constituciones no se ha concebido como absoluto.

¹³ “Artículo 79... 3. Será ilícita toda modificación de la presente ley en virtud de la cual se afecte a la división de la Federación en Estados, a los fundamentos de la cooperación de los Estados en la potestad legislativa o a los principios establecidos en los artículos 1o. y 20”.

¹⁴ “Artículo 1.0. 1. La dignidad del hombre es sagrada y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección. 2. El pueblo alemán reconoce, en consecuencia, los derechos inviolables e inalienables del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. 3. Los derechos fundamentales que se enuncian a continuación vinculan al Poder Legislativo, al Poder Ejecutivo y a los tribunales a título de derecho directamente aplicable”, y “Artículo 20. 1. La República Federal Alemana es un Estado Federal democrático y social. 2. Todo poder estatal emana del pueblo, quien lo ejercerá en las elecciones y votaciones y a través de órganos especiales de legislación, de ejecución y de jurisdicción. 3. El Poder Legislativo estará vinculado al orden constitucional y el Poder Ejecutivo y el Judicial estarán sujetos a la ley y al derecho. 4. Todo alemán tendrá derecho de resistencia, cuando no exista otro remedio, contra quienquiera que se proponga eliminar el orden de referencia”.

¹⁵ “Artículo 89... No podrá iniciarse ni proseguirse ningún procedimiento de reforma mientras sufra menoscabo la integridad del territorio. No podrá la forma republicana de gobierno ser objeto de reforma”.

¹⁶ “Artículo 139. No podrá ser objeto de revisión constitucional la forma republicana”.

¹⁷ “Artículo 169. No podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116”.

El pensamiento del maestro Jorge Carpizo era en tal sentido, basado en la teoría *decisionista* de Carl Schmitt;¹⁸ apuntaba que las decisiones fundamentales son “...los principios rectores del orden jurídico. Los que marcan y señalan el ser del orden jurídico. Son la esencia misma de ese derecho”.¹⁹

Visto lo anterior, estimo que el poder reformador de la Constitución debe asumir que existe un segmento específico de la norma fundamental que constituye una decisión política que muy difícilmente puede ser objeto de mutación. De esta manera y para los efectos del presente análisis, juzgo pertinente explicar que dicho poder creado por virtud del artículo 135 de la norma fundamental también está inmerso en la dinámica que genera la convencionalidad de los derechos humanos. Como órgano constituido, no podría ser ajeno a esa encomienda que de manera general traza el artículo 1o. de la propia Constitución.

VI. CANADÁ: UNA CLÁUSULA ABIERTA EN LA CONSTITUCIÓN

Una revisión comparada de derecho constitucional permite advertir que existen otros diseños constitucionales que conciben a los derechos fundamentales en una perspectiva distinta. Veamos el ejemplo canadiense: “Carta Canadiense de los Derechos y las Libertades garantiza los derechos y libertades que se enuncian allí. No pueden ser limitados sino por una norma de derecho, en límites que sean razonables y cuya justificación pueda demostrarse en el marco de una sociedad libre y democrática”.²⁰

En esa perspectiva, los derechos y libertades garantizados por la Constitución no encuentran su límite en la propia norma básica.

Dicha disposición reconoce que los límites de esa clase de derechos deben ser razonables, y permite, para su delimitación, utilizar el marco objetivo que puede exigirse en una sociedad libre y democrática.

Esa cláusula constitucional abierta, por supuesto, deja un cierto margen de apreciación a los operadores jurídicos de la Constitución, lo que para una perspectiva puede generar alta inseguridad jurídica; empero, también garantiza que la interpretación de los derechos fundamentales no se verá acotada por las decisiones que, tomadas en una situación política determinada, puedan trascender hasta la esfera constitucional, delineando el orden constitucional, en algunos casos, de manera arbitraria o injustificada.

¹⁸ Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, México, Editora Nacional, 1981.

¹⁹ Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, UNAM, 1982, p. 133.

²⁰ *The Constitution Acts 1867 to 1982*, Canadá, Department of Justice Canada, 1989, p. 58. Traducción libre.

Es innegable que uno de los puntos de vista que puede externarse contra esta postura consiste en que solo es dable en esquemas normativos de *common law* y que no son adaptables a un esquema de derecho escrito como el mexicano.

Lo cierto es que en un modelo de modificación de la Constitución que en un plano real se presenta como flexible, esta posibilidad permite asegurar la preservación de sus valores esenciales; por supuesto, mediante la intervención del intérprete judicial.

VII. EL ARRAIGO EN MÉXICO

Uno de los temas que más ha dividido opiniones en torno al respeto de los derechos humanos en México se ubica en la impartición de justicia penal: el arraigo judicial. El arraigo fue elevado a nivel constitucional con la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008. Actualmente, el artículo 16 de la ley suprema señala:

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

Es preciso decir que con anterioridad a esa inclusión constitucional la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo había calificado como inconstitucional a partir de los elementos siguientes:

- 1) Toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal debe prever plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del juez de la causa y éste determine su situación jurídica.
- 2) El arraigo penal, si bien tiene como finalidad facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

3) Su inconstitucionalidad radica en que, aun cuando la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal por un plazo determinado en ley, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad. Con base en ese criterio se emitió la tesis intitulada: “ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.²¹

No obstante que esa determinación —emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la acción de inconstitucionalidad 20/2003— evidenciaba que las características y particularidades de la figura del arraigo se presentaban francamente inconstitucionales, el poder reformativo de la Constitución procedió a insertar esa figura en el propio texto constitucional. A partir de esa reforma se impide cualquier interpretación que pudiera calificarla como inconstitucional.

En mi perspectiva, la implementación constitucional de una medida de esa naturaleza —que de algún modo coarta temporalmente la libertad de una persona sometida a un procedimiento penal, en atención a un propósito de eficacia en la impartición de justicia— debe trazarse a través de parámetros de necesidad, idoneidad y proporcionalidad,²² y fijar, por supuesto, una temporalidad que restrinja en la menor medida posible el derecho fundamental involucrado.

VIII. CONCLUSIONES

En el nuevo entorno de convencionalidad es incuestionable que cada caso concreto impondrá una línea específica de interpretación. Una restricción trazada en el texto constitucional puede enfrentar materialmente un

²¹ Tesis P. XXII/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1170.

²² La idea de necesidad supone que aquello que contradice el principio no resulta superfluo ni puede ser alcanzado por otros medios concordantes con dicho principio. La idoneidad supone que el contenido de la norma o acto que colisiona con el principio es adecuada para la consecución de los objetivos previstos. Finalmente, la proporcionalidad implica hacer un cálculo de consecuencias tanto del principio que se sacrifica como aquel al que se potencia. *Cf.* Malem Seña, Jorge F. *et al.*, *El error judicial. La formación de los jueces*, México, Fontamara, 2012, p. 31.

derecho humano que encuentre asidero en un documento jurídico internacional.

En el ejercicio de jurisdicción electoral se advierten supuestos que ponen de relieve que la interpretación material de la norma fundamental puede generar una protección más amplia y completa de los derechos fundamentales.

a) Suspensión a derechos políticos por tramitarse un proceso penal. La restricción que establece de manera específica el artículo 38, fracción II, de la Constitución, permite suspender los derechos o prerrogativas del ciudadano “Por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión”.

Tal disposición impone una sanción por el solo hecho de estar sometido a un proceso penal, y de esa manera restringe un derecho político fundamental, lo que por supuesto, no parece encontrar consonancia con lo que disponen los artículos 8o.²³ y 23²⁴ del Pacto de San José, que privilegia ante todo un trato de inocencia durante todo un procedimiento penal.

b) Libertad de expresión en materia política. El artículo 41, apartado C, de la norma fundamental establece: “En la propaganda política o electoral que difundan los partidos deberán abstenerse de expresiones que denigren a las instituciones y a los propios partidos, o que calumnien a las personas”.

Como puede verse, la disposición constitucional regula, a la manera de una tipificación sancionatoria, cuáles son las conductas prohibidas en una contienda electoral.

Ante ello, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha evidenciado en su interpretación la necesidad de reconocer un balance en-

²³ “Artículo 8. Garantías Judiciales

1...

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas...”.

²⁴ “Artículo 23. Derechos Políticos

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a. de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b. de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c. de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

tre los derechos fundamentales que están en juego: el pleno ejercicio de libertad de expresión en materia política²⁵ y el derecho a la honra, reputación y dignidad de la persona.²⁶

Dado que el órgano revisor de la Constitución no optó por tutelar esos derechos fundamentales mediante una cláusula abierta, que moderara la dimensión de los derechos fundamentales antes precisados, a través de parámetros razonables que deben primar en una sociedad democrática, es entonces el juzgador quien debe realizarlo, y emerge el deber de los tribunales de dotar de sentido a la disposición constitucional de mérito, a través de su interpretación.

En suma, una noción de Constitución material permite llevar a la práctica el principio pro persona, reconocido en el artículo 1o. de la ley fundamental, a efecto de asimilar la justa dimensión que corresponde a los derechos humanos, a cuyo respeto todas las autoridades del Estado están comprometidas.

²⁵ “LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. SU MAXIMIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DEBATE POLÍTICO”, Jurisprudencia 11/2008, Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

²⁶ “HONRA Y REPUTACIÓN. SU TUTELA DURANTE EL DESARROLLO DE UNA CONTIENDA ELECTORAL SE JUSTIFICA POR TRATARSE DE DERECHOS FUNDAMENTALES QUE SE RECONOCEN EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN”, Jurisprudencia 14/2007, Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

EL ESTADO CONSTITUCIONAL ANTE LA CRISIS ECONÓMICA: EL IMPACTO DE LA CRISIS SOBRE LOS DERECHOS SOCIALES EN ESPAÑA*

Marc CARRILLO**

SUMARIO: I. *El contexto de la crisis y las respuestas jurídicas: la reforma del artículo 135 de la CE.* II. *El uso y el abuso del decreto-ley como instrumento normativo.* III. *El caso de la reforma laboral y sus efectos sobre los derechos al trabajo y a la negociación colectiva.* IV. *El derecho a la vivienda y las medidas para garantizarlo.* V. *A modo de conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

La crisis económica y financiera mundial que afecta en Europa, con especial intensidad en los Estados de la zona euro, ha provocado toda una serie de reacciones institucionales para hacerle frente, que han tenido relevancia constitucional y legal con efectos importantes sobre la regulación de los derechos del ámbito social, cultural y económico. Las reformas constitucionales llevadas a cabo en Alemania, España o Italia, con el fin de incorporar a la norma suprema el principio de estabilidad en las finanzas públicas, la conocida como la *regla de oro* en materia presupuestaria, ponen de manifiesto el alcance que la crisis está teniendo sobre las bases del Estado de derecho, en especial en la división de poderes, y también plantea el impacto jurídico que las medidas legales tomadas para concretar y ejecutar esta regla pueden presentar sobre la garantía de los derechos más arraigados en los pilares básicos del Estado social.

El objeto de este trabajo es analizar los efectos jurídicos sobre algunos de los derechos del ámbito social que forman parte del llamado Estado del bienestar. Con esta finalidad, después de exponer las causas que pueden

* El texto de este trabajo forma parte de un artículo más extenso, en lengua catalana, que fue publicado en la *Revista Catalana de Dret Públic*, Barcelona, núm. 46, 2013 (editada únicamente en soporte *on line*). Agradezco a la dirección de la revista la autorización para publicar algunos apartados del texto.

** Catedrático de derecho constitucional, Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).

permitir explicar la grave crisis existente, en un primer apartado se analizarán las consecuencias que comporta para la relación de poderes el uso reiterado de la institución jurídica del decreto-ley; acto seguido se abordarán los efectos que la reforma laboral ha tenido sobre dos derechos del ámbito social de especial significación, como son el derecho al trabajo y el derecho a la negociación colectiva, y finalmente, se abordará el análisis de las medidas adoptadas por el legislador en algunas comunidades autónomas (CCAA), como fue el caso protagonizado por Cataluña en los momentos iniciales de la crisis (2007), y más recientemente en Andalucía, para garantizar el derecho a la vivienda digna (artículos 47 de la CE; 26 y 47 del EAC).

I. EL CONTEXTO DE LA CRISIS Y LAS RESPUESTAS JURÍDICAS: LA REFORMA DEL ARTÍCULO 135 DE LA CE

A) El origen de la crisis económica y financiera que surge hacia la mitad de la pasada década, se encuentra en la quiebra del sector inmobiliario de los Estados Unidos en el 2007.¹ Según los responsables políticos más relevantes de la Unión Europea, la crisis de la deuda pública ha sido la causa de la crisis financiera, y en particular de las entidades de crédito de la UE. Pero este es un relato que contrasta notoriamente con lo que sostienen los economistas más críticos con las causas que han originado la crisis, los cuales defienden que la explicación es justamente la contraria; esto es, que ha sido la situación financiera internacional la que ha ocasionado la crisis de la deuda pública y no a la inversa. Pero también hay que añadir la grave situación de unas finanzas públicas con respecto al gasto público y los ingresos de las administraciones públicas de los Estados de la zona euro, que habían promovido una política de baja presión fiscal. En el caso específico de la economía española, además hay que tener en cuenta los problemas estructurales que han agravado la situación: paro estructural; baja productividad; excesiva dependencia de un sector o subsector económico; dificultad para crear empresas y un alto nivel de descentralización de ingresos y gastos, que en el ámbito estatal no han ido acompañados de los mecanismos de coordinación adecuados entre los diversos niveles de las administraciones públicas concernidas.²

¹ Ruiz-Huerta, J., “Algunas consideraciones sobre la reforma del art. 135 de la Constitución Española”, en Álvarez Conde, E. y Souton Galván, Cl. (dirs.), *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, Instituto de Derecho Público-Universidad Rey Juan Carlos, 2012, pp. 147 y ss.

² Ruiz Almendral, V., “La reforma constitucional en la luz de la estabilidad presupuestaria”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 38, septiembre-diciembre de 2009, p. 113.

La explicación general de la crisis se ha construido en los términos siguientes: durante el ciclo expansivo de la economía, los gobiernos elaboraron unos presupuestos con un déficit público limitado, pero por el contrario, la deuda pública era muy elevada. En cambio, el sector privado, especialmente en España, animado por la burbuja inmobiliaria, ha experimentado una reacción tendente a la asunción de unas deudas muy por encima de sus posibilidades. Las entidades financieras no tuvieron especiales escrúpulos al prestar capital a quien lo pedía, un capital del que tampoco disponían, sino que en buena parte lo tenían que ir a buscar en el exterior; es decir, los bancos y las cajas españolas también se endeudaron. En definitiva, el acreedor indirecto o remoto de los ciudadanos españoles habitualmente ha sido y es una entidad financiera europea de la zona euro (Alemania y Francia, especialmente). La crónica anunciada del estallido de la burbuja inmobiliaria ha supuesto un notable deterioro de las finanzas públicas, en la medida en que la deuda privada externa ha afectado al sistema económico del Estado: crisis fiscal y crecimiento de la deuda pública soberana. La prima de riesgo —definida por la diferencia entre lo que cuesta pedir crédito a préstamo a diez años respecto del bono alemán— se ha convertido en una referencia ineludible para captar la salud de los sistemas económicos.³

Esta crisis ha afectado de manera implacable a la estabilidad de las finanzas públicas, y la primera respuesta de envergadura ha sido la de incorporar el principio de estabilidad presupuestaria a la norma suprema, aunque esta regla, la denominada *regla de oro*, ya estaba establecida en el derecho europeo: en primer lugar fue de Alemania, quien tras de un prolongado periodo de reflexión, tomó en 2009 la decisión de reformar la Constitución de 1949, a la cual han seguido España (2011), quien lo hizo de forma urgente, e Italia (2012). Otros Estados lo han hecho mediante normas de rango inferior (Francia). En este sentido, ha sido a partir, sobre todo, de la aplicación del principio de estabilidad a las finanzas públicas que se ha generado toda una legislación que ha incidido y afectado el objeto y el alcance de determinados derechos del orden social y económico.

B) El preámbulo de la reforma del artículo 135 de la CE, de 27 de septiembre de 2011, incluye explícitamente como referente europeo de la reforma al Plan de Estabilidad y Crecimiento de la UE de 1997 —reformado en 2011 (PEC)—, y justifica la revisión constitucional por “la actual situación económica y financiera, marcada por una profunda y prolongada

³ Monchón Ruiz, L., “La reforma del artículo 135 de la Constitución Española y la subordinación de la deuda pública en la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”, *Revista Española de Derecho Financiero*, Madrid, núm. 155, 2012, p. 100.

crisis”, con la finalidad de “...fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española a medio y largo plazo”, así como “...reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y, al mismo tiempo, garantizar la sostenibilidad económica y social de nuestro país”.

La reforma del artículo 135 ha introducido un importante y decisivo cambio en los aspectos formales y materiales sobre la regulación de las finanzas públicas. La revisión constitucional fue llevada a cabo de forma muy rápida y sin un periodo previo de reflexión, a través del procedimiento parlamentario de urgencia en lectura única, por acuerdo entre el gobierno del presidente Rodríguez Zapatero (PSOE) y el Partit Popular (PP), entonces a la oposición.

El contenido esencial de esta reforma consistió en el establecimiento de los siguientes aspectos:

- 1) *Principio de estabilidad presupuestaria*, por el cual todas las administraciones públicas (Estado, comunidades autónomas y entidades locales) tienen que adecuar sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.
- 2) *El establecimiento del derecho europeo como parámetro de constitucionalidad*. El Estado y las comunidades autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos por la Unión Europea. En este sentido, a partir de ahora habrá que tener en cuenta lo que se prevé en el Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad, hecho en Bruselas el 2 de febrero de 2012, y el Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza a la Unión Económica y Monetaria, firmado en Bruselas el 2 de marzo de 2012. Los límites al déficit estructural serán aplicables a partir de 2020 (disposición adicional única).
- 3) *El Parlamento queda delegado para fijar los límites del déficit*. Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las comunidades autónomas, en relación con el producto nacional “sucio”. Las entidades locales tendrán que presentar un equilibrio presupuestario. Además, esta ley tenía que ser aprobada antes del 30 de junio de 2012 (disposición adicional única, párrafo 1). Se trata de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, aprobada ya bajo el mandato el gobierno del presidente Rajoy (PP), surgido de las elecciones legislativas del 20 de noviembre de 2011.
- 4) *Reserva de ley para la emisión de deuda pública de forma condicionada*. El Estado y las comunidades autónomas tendrán que ser autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito. Las condiciones son las

- siguientes: 1) los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las administraciones se entenderán siempre incluidos como gastos de sus presupuestos y su pago será de prioridad absoluta; 2) los créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión, y 3) la deuda pública de todas las administraciones públicas no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- 5) *La excepción a los límites sobre déficit y deuda.* Estos límites solo podrán superarse en las circunstancias siguientes: catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado. Estas circunstancias habrán de ser apreciadas por la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados.
- 6) *El contenido de la ley orgánica.* La ley tendrá que regular: 1) la distribución de los límites de déficit y de deuda entre las diferentes administraciones públicas; las circunstancias excepcionales de superación del déficit, y la forma y plazo de corrección de las desviaciones que puedan producirse; 2) la metodología y el cálculo del déficit estructural, y 3) la responsabilidad de cada administración en caso de incumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria.
- 7) *El principio de estabilidad presupuestaria obliga a las comunidades autónomas.* En efecto, estas entidades políticas subestatales, de acuerdo con sus estatutos de autonomía, tienen que adaptar sus disposiciones a lo que establece el artículo 135 de la CE. Así, por ejemplo, Cataluña ya dispone de una legislación propia sobre estabilidad presupuestaria (la Ley 6/2012, de 17 de mayo); también, Galicia (Ley 6/2012, de 17 de mayo) y Aragón (Ley 5/2012, de 7 de junio), entre otras.

La reforma del artículo 135 de la CE demanda un comentario que es preciso abordar sobre tres aspectos de especial interés: 1) los precedentes y las bases teóricas de la constitucionalización de las reglas sobre el equilibrio de las finanzas públicas; 2) la posición del derecho europeo en relación con la fijación del principio de estabilidad presupuestaria en la Constitución, y 3) el procedimiento de la revisión constitucional y el contenido del artículo 135 de la CE.⁴

⁴ Sobre la reforma del artículo 135 de la CE, véase *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 93, septiembre-diciembre de 2011, pp. 159-210, que ha reunido las opiniones de un grupo de constitucionalistas. También véase *Claves de Razón Práctica*, núm. 216, octubre

1. *Los precedentes y las bases teóricas de la constitucionalización de las reglas sobre el equilibrio de las finanzas públicas*

Los precedentes de derecho comparado sobre la incorporación de la limitación del déficit público en las Constituciones son reducidos, porque ciertamente no es habitual que un texto constitucional prevea reglas de esta naturaleza. El caso similar más significativo es la referencia a la deuda pública contenida en la enmienda XIV, sección 4, de la Constitución de los Estados Unidos (del 9 de julio de 1868): “La validez de la deuda pública de los Estados Unidos que esté autorizada por la ley, inclusive las deudas contraídas para el pago de pensiones y recompensas por servicios prestados para al sofocar insurrecciones o rebeliones, será incuestionable...”. También se acostumbra invocar el caso del artículo 14 de la Constitución francesa de la II República de 1848, que consideraba inviolable toda clase de obligaciones contraídas por el Estado ante los acreedores, o incluso la Ley del 10 de agosto de 1926 aprobada durante III República francesa, que modificó sus leyes constitucionales, estableciendo que “la amortización de la deuda pública tiene carácter constitucional”.

La incorporación en la Constitución del equilibrio presupuestario parece, en todo caso, una opción muy rígida. Ciertamente, no hay duda que una buena gestión de las cuentas públicas tiene que conducir a un equilibrio razonable entre los ingresos y gastos durante el periodo presupuestario. En este sentido, la estabilidad de las finanzas públicas tiene que ser un objetivo de la política económica del Estado, de acuerdo con su propia capacidad económica. Pero la estabilidad presupuestaria no excluye la posibilidad de contraer déficit, mientras que la noción de equilibrio presupuestario parece excluir la capacidad del Estado para endeudarse, lo cual resulta contradictorio con los objetivos del Estado social y democrático de derecho.

Desde una perspectiva jurídica, la reforma constitucional en España que ha incorporado el principio de estabilidad presupuestaria no parece que fuera absolutamente necesaria. Cuestión diferente han sido las razones de orden externo procedentes de la Unión Europea, que pueden explicar una reforma constitucional hecha con urgencia durante el verano de 2011. En

de 2011, con las contribuciones de los profesores Blanco Valdés y Tajadura Tejada; Bassols Coma, M., “La reforma del artículo 135 de la Constitución Española y la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria: el proceso parlamentario de elaboración de la reforma constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 2, 2012, pp. 23-29; Ruiz Almendral, V., *op. cit.*, pp. 111 y ss.; Embid Irujo, A., *La constitucionalización de la crisis económica*, Madrid, Iustel, 2012; Medina Guerrero, M., “La reforma del artículo 135 CE”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 29, 2012, pp. 131-164. Igualmente, véase el núm. 98 de la *REDC*.

efecto, no era necesaria tal reforma, porque las previsiones sobre la estabilidad presupuestaria ya estaban contenidas en el derecho originario europeo (artículo 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), y además el valor de la primacía del derecho europeo sobre el nacional hacía que la determinación del objetivo de la estabilidad presupuestaria obligatorio para todas las administraciones públicas, ya obligaba al Estado. De acuerdo con su competencia exclusiva ex artículo 149.1.13a. de la CE para fijar “las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica”, el Estado dispone de capacidad normativa para aprobar una legislación específica sobre estabilidad presupuestaria para la administración general del Estado, de las comunidades autónomas (CCAA) y de las entidades locales. En este sentido, desde 2001 ya se había legislado al respecto a través de la Ley Orgánica 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria (gobierno de Aznar, PP), que fue modificada por el Decreto-legislativo 2/2007, del 28 de diciembre (gobierno de Rodríguez Zapatero, PSOE).

Por su parte, el Tribunal Constitucional, a través de una reiterada jurisprudencia (entre otras, la STC 134/2011, del 20 de julio), ha interpretado que el Estado dispone de competencia, de acuerdo con el artículo 149.1.13a. y 14a. de la CE, para dictar medidas obligatorias que limiten la capacidad presupuestaria de las CCAA y de las corporaciones locales. Por lo tanto, el Estado ya disponía de la habilitación jurídica necesaria para intervenir sobre el sistema económico y financiero, sin necesidad de la reforma del artículo 135 de la CE.

Por otra parte, esta reforma constitucional parte de un planteamiento político y financiero que responde a una determinada opción económica y financiera, que no forzosamente ha de ser la única posible. Por esta razón, se introduce un factor de rigidez en una materia como es el relativo a la potestad presupuestaria del Parlamento, que por su propia naturaleza política demanda de un instrumento jurídico mucho más flexible que la Constitución, por lindar las variaciones de la coyuntura económica y financiera.

2. La posición del derecho europeo en relación con la fijación del principio de estabilidad presupuestaria en la Constitución

La reforma del artículo 135 de la CE ha sido presentada como una vía para incorporar el derecho de la Unión a la Constitución;⁵ es decir, como una oportunidad de formalizar la presencia del ordenamiento jurídico euro-

⁵ Rubio Llorente, F., “Constituciones, naciones e integración europea”, *Claves de la Razón Práctica*, núm. 217, 2011, pp. 4 y ss.

peo en el derecho español. Pero como ya se ha señalado antes, para establecer límites al déficit y a la deuda pública ya existía la habilitación legal que proporciona el derecho de la Unión, además que la primacía del derecho europeo hacía innecesaria la reforma constitucional.⁶

No obstante, hay que destacar la novedad que supone la doble referencia que se hace al derecho de la Unión en los apartados dos (déficit público) y tres (deuda pública), que ahora convierten al derecho europeo en parámetro de constitucionalidad, que el juez constitucional habrá sin duda de tener en cuenta. Esta circunstancia abre un panorama nuevo en la jurisprudencia constitucional, ya que hasta ahora el Tribunal Constitucional siempre había declarado que él no es juez del derecho comunitario (SSTC 28/1991, FJ 4, y 64/1991, FJ 4). En la medida en que ha sido la propia reforma constitucional la que ha incorporado el derecho de la UE como parte integrante del parámetro de constitucionalidad, el Tribunal Constitucional lo tendrá que incorporar de alguna forma en su juicio de constitucionalidad.

3. *El procedimiento de la revisión constitucional y el contenido del artículo 135 de la CE*⁷

A. La primera observación que es preciso realizar sobre el procedimiento de la reforma es la celeridad con que fue realizada tras del acuerdo *in extremis*, en agosto de 2011, entre los dos partidos políticos principales del ámbito estatal, PSOE y PP, pero sin el concurso inicial de los partidos minoritarios (IU-ICV, UPD, ERC, BNG) ni de los nacionalistas periféricos (PNV y CiU). Esta circunstancia contrasta con el amplio consenso que suscitó la aprobación de la Constitución en 1978, y es un mal precedente en la vida política española. La reforma constitucional se llevó a cabo por el procedimiento de urgencia y de lectura única. Por lo tanto, se trata de una reforma realizada formalmente en un mes que afectó a un tema de especial relevancia, como es la incorporación de la regla de oro en materia presupuestaria, sin debate previo político y jurídico y de forma precipitada. No ha habido debate en el Parlamento ni tampoco entre los actores sociales y económicos. Tampoco se ha producido un debate jurídico previo, por la rapidez inusitada de la decisión política. Esta circunstancia también contrasta con los dos años que exigió en Alemania la reforma de la *Grundgesetz* en 2009.

⁶ Ferreras Comella, V., “La crisis del euro y la regla de problemas constitucionales”, *Úria Menéndez Boletín*, Barcelona, 2012, pp. 101 y 102.

⁷ Las consideraciones hechas en este apartado tienen su origen en mi trabajo “Espagne: La Cour Constitutionnelle et l'équilibre des finances publiques”, *Anuaire International de Justice Constitutionnelle*, XXVIII, 2013, pp. 195-212.

La justificación de la sumaria revisión constitucional se intenta argumentar en el preámbulo de la reforma, en el cual, después de hacer mención el Pacto de Estabilidad y Crecimiento de la UE destinado a prevenir la aparición de un déficit presupuestario excesivo en la zona euro, se afirma que “...La actual situación económica y financiera, marcada por una profunda y prolongada crisis, no ha hecho sino reforzar la conveniencia de llevar el principio de referencia a nuestra Constitución, con la finalidad de fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española a medio y largo plazo”. Asimismo, se añade que la reforma tiene por objeto “...reforzar el compromiso de España con la Unión Europea y, al mismo tiempo, garantizar la sostenibilidad económica y social de nuestro país”. Probablemente, los autores políticos de la reforma tuvieron que tener sólidas razones para llevarla a cabo de forma tanto sumaria, y seguramente también con esta decisión se pretendió dar respuesta rápida a la petición formulada a todos los Estados miembros del eurogrupo, sobre todo tras el comunicado que hicieron la canciller de la República Federal de Alemania y el presidente de la República francesa, y probablemente el Banco Central Europeo.

B. El procedimiento parlamentario utilizado para aprobar esta reforma ha sido el procedimiento especial de urgencia y en lectura única.⁸ De acuerdo con el artículo 150.1 del RCD, “Cuando la naturaleza del proyecto o proposición de ley tomada en consideración lo aconsejen o su simplicidad de formulación lo permita, el Pleno de la Cámara, a propuesta de la Mesa, oída la Junta de Portavoces, podrá acordar que se tramite directamente y en lectura única”. Si el acuerdo es adoptado, el debate se llevará a cabo de la misma forma que para los debates de totalidad (artículo 150.2 del RCD). Eso significa que la deliberación parlamentaria se realiza sobre el conjunto global del texto y no artículo por artículo, y “si el resultado de la votación es favorable, el texto quedará aprobado y se remitirá en el Senado...”. El procedimiento de lectura única en el Senado es similar (artículo 129 del RS).

Es evidente, pues, que la naturaleza de la reforma de la Constitución, por la importancia y relevancia que presenta el contenido del artículo 135 de la CE, impedía que el debate y la aprobación del proyecto presentado para el gobierno se desarrollaran a través de un procedimiento tan sumario, como es el caso de la lectura única. Porque de hecho, el debate parlamentario queda reducido a la mínima expresión, mientras que el objeto de la reforma es ni más ni menos que la incorporación en la Constitución de la regla de oro en materia presupuestaria, tanto sobre el déficit como sobre la deuda

⁸ Bassols Coma, M., *op. cit.*, pp. 23-29.

pública. Asimismo, esta reforma incide de forma directa sobre el contenido de derechos sociales, que pueden quedar afectados por la reducción del gasto público y, por lo tanto, sobre los objetivos del Estado social y democrático de derecho. Por lo tanto, había poderosas razones por las que la naturaleza del proyecto no admitía la aplicación del procedimiento de urgencia en lectura única. Asimismo, tampoco lo permitía el contenido del proyecto, que lo es todo, menos simple. En este sentido, la segunda reforma constitucional de 2011 tiene poco que ver con la primera llevada a cabo en 1992, con ocasión de la incorporación de España al Tratado de Maastrich, que consistió en la adición de la palabra “pasivo” al artículo 13.2 de la CE, relativo al derecho de sufragio de los extranjeros.

Sin duda, la elección de este procedimiento, que evitó el debate sobre una reforma constitucional del alcance político y jurídico del artículo 135 de la CE, no dejó indiferentes en los grupos parlamentarios minoritarios. Este fue el caso del grupo parlamentario integrado por diputados de ERC e ICV, que presentó un recurso de amparo contra diversas resoluciones del Congreso de los Diputados de inadmisión de las quejas formuladas contra la elección del procedimiento de urgencia en lectura única para aprobar la reforma. Al tratarse de un acto del Poder Legislativo, el recurso de amparo es directo ante el Tribunal Constitucional. El derecho fundamental invocado por los diputados fue el derecho de participación política, y específicamente el derecho al *ius in officium* de los representantes políticos (artículo 23.2 de la CE); sin embargo, la mayoría del Tribunal Constitucional, a través del auto del 13 de enero de 2012, no admitió el recurso. El argumento principal de su decisión, en relación con la opción de acudir al procedimiento de lectura única, fue que “...las normas aplicables (artículo 150 del RCD y concordantes) no establecen materias prohibidas a citada tramitación...”, razón por la cual el ordenamiento jurídico no impedía acudir a este procedimiento. El Tribunal subraya también sobre la petición de tramitación urgente de la reforma, afirmando que “...no puede sostenerse que no hayan existido razones de fondo para la solicitud desde el momento en que se había anunciado públicamente el término de la legislatura mediante recurso en la convocatoria de elecciones anticipadas...”. Dos de los magistrados discrepantes de la resolución consideraron que un tema de esta trascendencia habría tenido que ser resuelto mediante una sentencia, y el tercero mostraba su desacuerdo en el sentido de que se tendría que haber analizado si la votación del Congreso de los Diputados que acordó adoptar el procedimiento de lectura única había observado el mandato normativo del artículo 150 del RCD.

C. El análisis del contenido de la reforma del artículo 135 de la CE⁹ permite afirmar que se trata de un precepto muy detallado. No obstante los aspectos más relevantes se refieren, en primer lugar, a la incorporación del derecho europeo como un genérico parámetro de constitucionalidad para juzgar los límites sobre el déficit estructural y el volumen de deuda pública asumida por el conjunto de las administraciones públicas (artículo 135.2 de la CE); también el mandato constitucional por el cual se establece que tanto el Estado como las CCAA tendrán que ser autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito (artículo 135.3 de la CE), y sobre todo el decisivo mandato constitucional por el cual los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago será de prioridad absoluta (artículo 135.3 de la CE).

El derecho europeo como parámetro parcial de constitucionalidad en materia financiera¹⁰ supone, como hemos visto antes, una novedad y un reto para la jurisdicción constitucional, que hasta ahora había rechazado juzgar el derecho de la UE. La exigencia de ley para emitir deuda pública ya estaba prevista en el antiguo artículo 135.1 de la CE para el gobierno del Estado antes de la reforma, y ahora se extiende a las CCAA. La CE no precisa, en el caso de las CCAA, si la ley tiene que ser estatal o autonómica. Hay que entender, sin embargo, que la ley no puede ser ninguna otra que la estatal, teniendo en cuenta la competencia exclusiva del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (artículo 149.1.13a. de la CE) y la competencia exclusiva sobre la hacienda general y la deuda del Estado. Sobre este aspecto, la legislación sobre financiación de las CCAA (Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, LOFCA) ya había establecido que las CCAA requerirían de la autorización del Estado para emitir deuda, siempre que no tenga como objetivo resolver cuestiones de tesorería (de plazo inferior a un año). Finalmente, resulta especialmente relevante el criterio de prioridad absoluta que la reforma constitucional otorga a los créditos para pagar el capital y los intereses de la deuda, pues supone una gran limitación a la capacidad del Parlamento para decidir en la ley de presupuesto, el orden de los gastos a que el Estado tiene que hacer frente cada año. No hay duda que la incorporación de la “regla de oro” a la Constitución constituye una limitación en la autonomía política del Parlamento,

⁹ Embid Irujo, A., *op. cit.*, pp. 65-90; Medina Guerrero, M., *op. cit.*, pp. 131-164.

¹⁰ Schelke, W., “EU Fiscal Governance: Hard Law in the Shadow of Soft Law”, *Columbia Journal of European Law*, vol. 13, núm. 3, 2007, pp. 707 y ss.

para decidir sobre aspectos esenciales del Estado social, como son los gastos en materia de sanidad, educación y servicios sociales.

Por su parte, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, aprobada por mandato de la reforma constitucional del artículo 135, reitera en su preámbulo los mismos argumentos como causas para limitar la capacidad de decisión de las Cortes Generales en materia económica y presupuestaria: la crisis económica con un déficit del 11.2% en 2009 en todas las administraciones públicas, y las tensiones financieras en los mercados europeos, que han puesto de manifiesto la fragilidad institucional de la UE y la necesidad de avanzar en el proceso de integración económica, una integración fiscal y presupuestaria mayor entre todos los Estados miembros de la UE. Esta situación exige aplicar una política económica basada en la consolidación fiscal, que significa la eliminación del déficit público estructural y desarrollar reformas estructurales. En este sentido, se puede destacar que en las llevadas a cabo por el anterior gobierno (PSOE), el nuevo gobierno (PP) ha realizado toda una serie de modificaciones que reforman la legislación referida en el ámbito laboral, el sistema financiero, la sanidad y la enseñanza. Asimismo, hay que subrayar que prácticamente todas ellas se han realizado a través del instrumento jurídico decreto-ley (artículo 86 de la CE). A lo largo de 2012 han sido aprobados 29 decretos-ley, es decir, una media de más, dos por cada mes: la excepcionalidad como nota característica del decreto-ley se ha convertido en una realidad habitual. Esta circunstancia pone de relieve que todas las reformas que se están llevando a cabo, se realizan prácticamente al margen del Parlamento, con ausencia de debate sobre su contenido y posibles alternativas, y eso incluso en una circunstancia política en la cual el PP dispone de mayoría absoluta. Por esta razón, hay importantes razones para afirmar que la respuesta institucional a la crisis, además de reducir la capacidad de cesión en una materia política tan sensible como es la relativa al ejercicio de la potestad presupuestaria del Parlamento, está debilitando la solidez del principio de la división de poderes.

II. EL USO Y EL ABUSO DEL DECRETO-LEY COMO INSTRUMENTO NORMATIVO

A. En efecto, en su primer año efectivo en el frente del Poder Ejecutivo, el gobierno del Partit Popular ha hecho un uso reiterado de la legislación de urgencia: 29 decretos-ley para aprobar sin debate parlamentario un amplio conjunto de medidas, mayoritariamente relacionados con la crisis económi-

ca y financiera que sigue cerniendo sobre los ciudadanos y las empresas.¹¹ Entre los temas que fueron objeto de regulación y que afectan directa o indirectamente a derechos del ámbito social destacan: el saneamiento del sector financiero; la reforma del mercado laboral; los mecanismos de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales; la protección de los deudores hipotecarios sin recursos; la creación del Fondo para la financiación de los pagos a los proveedores; la simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital; la introducción de medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público; la modificación de normas financieras en relación con las facultades de las autoridades europeas de supervisión; la racionalización del gasto público en el ámbito educativo; las medidas sobre medio ambiente; el saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero; la liberalización del comercio y otros servicios; las medidas en materia de infraestructuras y servicios ferroviarios; la prórroga del programa de recalificación profesional de las personas que agoten su protección por desocupación; la reestructuración y resolución de entidades de crédito, que desprendido sería aprobado como ley, etcétera. Algunas CCAA también han cedido a la tentación de acudir a la legislación de urgencia, y de esta manera obviar el debate parlamentario.

B. Esta desbocada dinámica de afrontar las medidas jurídicas contra la crisis se ha llevado a cabo haciendo abstracción de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el decreto-ley. Aunque esta, como regla general, haya sido lo bastante flexible en relación con el juicio jurídico que corresponde hacer en cada caso sobre el presupuesto de hecho habilitante del artículo 86.1 de la CE (“en caso de extraordinaria y urgente necesidad”),¹² no significa que la permisividad jurisprudencial atribuida al Gobierno sobre el juicio de oportunidad, legitime el alud indiscriminado de decretos-ley registrados.

Respecto del fondo de la cuestión que es objeto de este trabajo, es decir, la afectación normativa sobre los derechos del ámbito social, no es lo mismo que esta incidencia se produzca como consecuencia de un debate parlamentario sobre un proyecto o proposición de ley, susceptibles de ser enmendados en el marco de las diversas opciones políticas que se expresan en el Parlamento, que lo sea por una decisión que —de hecho— es unilateral del gobierno. Esto es porque, en efecto, en la tramitación parlamentaria del decreto-ley, la posición del Parlamento —y concretamente la del

¹¹ Hasta la fecha de cierre de este artículo (9 de mayo de 2013), el año en curso ya registra 6 decretos-ley aprobados por el gobierno.

¹² Santolaya Machetti, P., *El régimen constitucional de los decretos-leyes*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 103 y ss.

Congreso de los Diputados— respecto del gobierno es lo bastante forzada, probablemente más próxima —en términos comparativos— a un contrato administrativo de adhesión. En todo caso, lo que resulta evidente es que el debate de totalidad previo a la convalidación, o si procede, de una eventual derogación del decreto-ley, no permite una deliberación detallada ni menos todavía plural sobre los diversos aspectos que se contienen en el articulado de la disposición. Es el gobierno el que impulsa en el Parlamento a aceptar o rechazar *ad limine* el contenido íntegro del decreto-ley. Además, como es el caso de la actual legislatura en las Cortes Generales, si el gobierno dispone de una holgada mayoría parlamentaria, el debate, de hecho, será más formal que otra cosa. Los grupos parlamentarios de oposición expresan su postura en términos forzosamente muy generales, y el ministro competente sobre la materia, habitualmente, se limita a reproducir los argumentos contenidos en la exposición de motivos del decreto-ley.

C. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la concurrencia del presupuesto de hecho habilitante basado en la existencia de una situación de extraordinaria y urgente necesidad, fue fijada inicialmente en la STC 29/1982 del 31 de mayo —reiterada posteriormente— en la que afirmó que la apreciación del gobierno cuenta con un razonable margen de discrecionalidad, además de que es aquel quien ejerce la función de dirección política. Este criterio general se ha aplicado en materias sociales y económicas. Ahora bien, a pesar de este criterio general que atribuye una deferencia al gobierno, el propio Tribunal matizó que el presupuesto habilitante no puede ser sinónimo de una especie de cláusula abierta que atribuya al gobierno un margen de apreciación omnímodo y sin restricciones. Esta interpretación del artículo 86.1 de la CE significa, como ha señalado, en su condición de institución consultiva, el Consejo de Garantías Estatutarias de la Generalidad de Cataluña, acogiéndose a la jurisprudencia constitucional que

...a pesar de que la apreciación del Gobierno, por su carácter fáctico, es una decisión que corresponde a los órganos que tienen la dirección política, el Tribunal Constitucional, como ha dicho a la STC 29/1982, de 31 de mayo, no queda desapoderado para controlar la actuación de estos órganos políticos, es decir, que la naturaleza política de la decisión... no puede ser obstáculo para extender también el examen sobre la competencia habilitante en el conocimiento del TC, en cuanto sea necesario para garantizar uno uso del Decreto-ley adecuado en la Constitución (FJ 3).¹³

¹³ DCGE, núm. 7/2010, FJ 3.

No obstante, la regla de deferencia respecto de la naturaleza política de la decisión del Gobierno pareció encontrar un cambio sustantivo o, incluso, un cierto punto de inflexión en la STC 68/2007, del 28 de marzo, por la que declaró la inconstitucionalidad del Real decreto ley 5/2002, del 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma de la protección del paro y mejora de la empleo, al considerar que el gobierno no aportaba ninguna justificación que pudiera permitir apreciar la concurrencia de presupuesto de hecho habilitando, ex artículo 86.1 de la CE.¹⁴ En principio, esta sentencia supuso un cambio de criterio, en el sentido de exigir al gobierno, a través de la memoria que tiene que acompañar la elaboración del proyecto de disposición en sede gubernamental, la exposición de motivos y el debate parlamentario de convalidación, un mayor esfuerzo argumental para justificar su habilitación para actuar de forma extraordinaria y urgente respecto de una situación concreta; sin embargo, no parece que este canon más restrictivo haya convencido al Ejecutivo de cambiar la concepción tan amplia e instrumental del presupuesto de hecho habilitante del decreto-ley que se ha seguido aplicando, con independencia del color político de los gobiernos y de las mayorías parlamentarias que les han dado apoyo. En la retahíla de decretos-ley aprobados en 2012, se pueden encontrar algunos ejemplos que también han sido motivo de la opinión consultiva de inconstitucionalidad por parte del Consejo de Garantías Estatutarias, a causa de la falta de justificación de la situación de extraordinaria y urgente necesidad. Estos argumentos resultan de especial interés a los efectos de este trabajo.

Este es el caso, por ejemplo, del Real decreto-ley 16/2012, del 20 de abril, de medidas urgentes por garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones, que en razón de su contenido, afecta de forma directa al derecho a la salud. Aunque el gobierno del Estado consideró que concurrían los requisitos exigidos por el artículo 86.1 de la CE, en su Dictamen 6/2012, del 1o. de junio, el Consejo afirmó que

...del texto del Decreto ley se desprende que la implantación del nuevo sistema sanitario, en sus aspectos principales, se demora más de cuatro meses (disposición transitoria primera) y, por lo tanto, se trata de medidas que “no modifican de manera instantánea la situación jurídica existente” (STC

¹⁴ Sin embargo, no hay que olvidar el hecho de que cuando se aprobó la STC 68/2007, el Real decreto-ley 5/2002, aprobado para el gobierno Aznar, su contenido (que fue objeto del recurso de inconstitucionalidad) ya había sido derogado por el Decreto-ley 5/2006, aprobado para el gobierno Rodríguez-Zapatero, que reinstauró los salarios de tramitación en los procesos de despido, que el primero había suprimido.

29/1982, FJ 3, y 1/2012, FJ 11). Por lo que se refiere a ello, en favor de las tesis del Gobierno se podría argumentar que el mencionado plazo es necesario para implantar el sistema, pero este hecho tampoco está justificado en el preámbulo del Real decreto ley, que sólo contiene una alegación genérica de la necesidad de utilizar un instrumento normativo de efecto inmediato para que las medidas que persiguen garantizar la sostenibilidad del sistema se apliquen con la mayor urgencia posible. Una omisión que todavía resulta más patente cuando se recurre a la transcripción del debate de convalidación en que ni siquiera se hace referencia a esta cuestión (FJ 2).

Por lo tanto, el Consejo consideró que el requisito de la urgencia no había sido justificado.

Además, los excesos en el uso del decreto-ley no solo han incidido sobre la falta de justificación del presupuesto de hecho habilitante, sino que también conciernen el incumplimiento de uno de los límites materiales que prescribe el artículo 86. 1, según el cual los decretos-ley "...no podrán afectar... a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I...". Esta relevante cuestión se planteó respecto de otra importante reforma derivada de la crisis económica, como fue la prescrita por el Real decreto-ley 3/2012, del 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

La jurisprudencia constitucional, en su sentencia de referencia, la STC 111/1983, del 2 de diciembre, interpretó que

...la cláusula restrictiva del artículo 86.1 de la CE ("no podrán afectar...") debe ser entendida de modo tal que ni reduzca a la nada el Decreto-ley, que es uno instrumento normativo previsto por la Constitución, "del que es posible hacer uso para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida actual" (fundamento jurídico 5, Sentencia de 4 de febrero de 1983), ni permita que por Decreto-ley se regule el régimen general de los derechos, deberes y libertades del Título I... (FJ 8).

De acuerdo con este referente fijado por la doctrina jurisprudencial, el Consejo de Garantías Estatutarias interpretó que

...el "régimen general" de un derecho, de un deber o de una libertad es equiparable al establecimiento de su régimen jurídico, es decir, a la ordenación de las reglas relativas a la titularidad, en el objeto, a la forma o al procedimiento que definen el derecho, además de las referidas a los límites y a las garantías por su ejercicio, todos ellos elementos esenciales del derecho.¹⁵

¹⁵ Dictamen 5/2012, del 3 de abril (FJ 2).

En este sentido, el Consejo consideró que la nueva regulación prescrita por la reforma laboral (artículos 12, apartado “U” y dos, y 14, apartados U, tres y seis) introdujo toda una serie de modificaciones, que incidían en el ejercicio de dos derechos del ámbito social: el derecho al trabajo (artículo 35.1 de la CE) y el derecho a la negociación colectiva (artículo 38.1 de la CE), que suponían una regulación de carácter general impedida por la jurisprudencia constitucional citada.

Así, en relación con el derecho al trabajo, los cambios serían de carácter general, en la medida que el Real decreto-ley 3/2012 estableció que entre las materias respecto de las cuales la dirección de la empresa puede acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, se encontraba la “cuantía salarial”, que es parte esencial del convenio colectivo (STC 225/2001, del 26 de noviembre, FJ 7). Según el Consejo, “...teniendo en cuenta que además, al empresario es a quien corresponde acordar la modificación, al margen de la otra parte de la relación laboral, el RDL introduce también en este caso una regulación de carácter general que afecta al objeto del derecho a la negociación colectiva” (FJ 2).

Con respecto a la regulación que el RDL 3/2012 hace del derecho a la negociación colectiva, el Consejo también interpretó que establecía una regulación de carácter general, dado que había introducido novedades que supusieron modificaciones sustanciales en su contenido, como el establecimiento de la regla general de prioridad en favor del convenio de empresa, en los casos de concurrencia de convenios colectivos (artículo 14, apartado tres, del RDL 3/2012); la introducción de la previsión de una intervención administrativa, en virtud de la cual, en ausencia de acuerdo entre las partes, la resolución de la controversia, aunque sea por la voluntad unilateral de una de ellas, se atribuye a la decisión de un órgano administrativo, la llamada Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (artículo 14, apartado “U”, del RDL 3/2012), y finalmente, la introducción de la regla sobre la limitación de la vigencia y la eficacia de los convenios colectivos una vez que han sido denunciados, es decir, la denominada “ultractividad” de los convenios (artículo 14, apartado seis, del RDL 3/2012).

III. EL CASO DE LA REFORMA LABORAL Y SUS EFECTOS SOBRE LOS DERECHOS AL TRABAJO Y A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

1. *Sobre el derecho al trabajo*

La reforma del mercado laboral emprendida por el RDL 3/2012, según su exposición de motivos, fue concebida como una vía para hacer frente a

la crisis económica ante la “evidencia [de la] insostenibilidad del modelo laboral español”;¹⁶ asimismo, fue presentada como un instrumento para “garantizar tanto la flexibilidad en la gestión del recursos humanos” como “la seguridad del trabajadores en el empleo”.¹⁷

Uno de los preceptos de contenido más controvertido fue el apartado 3 del artículo 4o. del RDL 3/2012, relativo al contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo en los emprendedores, y que se incluía dentro del capítulo II, sobre el “fomento de la contratación indefinida y otras medidas para favorecer la creación de empleo”. El contenido era el siguiente:

El régimen jurídico del contrato y los derechos y obligaciones que deriven se rigen, con carácter general, por lo que disponen el Texto refundido de la ley del Estatuto de los trabajadores, aprobado por el Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y los convenios colectivos para los contratos por tiempo indefinido, con la única excepción de la duración del periodo de prueba en que se refiere el artículo 14 del Estatuto de los trabajadores, a que es de un año en todo caso.

Sobre este precepto, el Consejo de Garantías Estatutarias se pronunció en el mencionado Dictamen 5/2012 (FJ 5), en una opinión de carácter interpretativo, considerando que no era contrario a los artículos 35 y 14 de la Constitución, si se interpretaba conforme a los términos expresados en el fundamento jurídico 6.1 del Dictamen. No obstante, es preciso retener la atención en los argumentos expuestos al respecto, especialmente en las advertencias sobre los riesgos de inconstitucionalidad que del contenido del precepto podían derivarse.

Los reproches de inconstitucionalidad que sobre este precepto formularon los grupos parlamentarios que pidieron la opinión del Consejo serían los siguientes: 1) la ampliación del periodo de prueba de los contratos a un año, previsto en el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores (ET), podía vulnerar el derecho al trabajo (artículo 35 de la CE), “en tanto que después

¹⁶ “La crisis económica ha puesto en evidencia la insostenibilidad del modelo laboral español. Los problemas del mercado de trabajo lejos de ser conjunturales son estructurales, afectan los fundamentos mismos de nuestro modelo sociolaboral y requieren una reforma de envergadura, que a pesar de los cambios normativos experimentados los últimos años, sigue siendo reclamada por todas las instituciones económicas mundiales y europeas...”

¹⁷ “La reforma propuesta intenta garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión desde recursos humanos de la empresa como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social. Ésta es una reforma en la que todos ganan, empresarios y trabajadores, y que pretende satisfacer más y mejor los legítimos intereses de todos”.

de un año permite no renovar el contrato sin necesidad de indemnización, o lo que es mismo, despedir sin causa justificada y de forma gratuita”, y 2) también esta nueva regulación podía vulnerar el artículo 4o. del Convenio 158 de la OIT de 1982, sobre la terminación de la relación de trabajo, que exige una causa justificada para poner fin a una relación de trabajo. En síntesis, los argumentos del Consejo fueron los que siguen:

1) El contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo (artículo 35 de la CE) es la estabilidad en el empleo (STC 223/1992, FJ 3), que impide la contratación temporal no causal, y especialmente rechaza la extinción del contrato sin causa justa (STC 125/1994, FJ 3).

2) El artículo 35 de la CE garantiza un estatus jurídico al trabajador ante una resolución del contrato de trabajo por parte del empresario, que consiste en que la mencionada resolución se ajuste a determinadas garantías: que la causa haya sido legalmente prevista por la ley; que la decisión de la resolución del contrato se manifieste mediante un preaviso; si procede, que tengan lugar las correspondientes consultas a los representantes de los trabajadores, y finalmente, que se formalice a través de una comunicación escrita (artículo 53.1 del ET). Si estos requisitos no se dan, la decisión unilateral del empresario podría comportar una afectación lesiva sobre el derecho al trabajo.

3) Las previsiones del artículo 53.1 del ET son conformes al derecho internacional que forma parte del ordenamiento jurídico interno del Estado en materia laboral (artículo 96.1 de la CE). Concretamente, se trata del Convenio OIT núm. 158, el cual tiene que ser tomado en cuenta de acuerdo a lo que establece el artículo 10.2 de la CE, porque la interpretación “conforme” que establece el precepto constitucional consiste, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional fijada al respecto, en que los derechos que sean aplicables al caso concreto “no deben ser interpretados en contradicción” con las normas de derecho internacional relativas a derechos humanos.¹⁸

4) Según lo que establece el apartado 3 del artículo 4o. del RDL 3/2012, el periodo de prueba en el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores se caracteriza para permitir durante su vigencia la resolución unilateral del contrato, sin que sea necesaria ninguna causa para llevarla a cabo, ni ninguna indemnización a favor del trabajador, e incluso ni la exigencia de una determinada formalización a estos efectos.

¹⁸ Véanse STC 113/1995, FJ 7; Saíz Arnáiz, A., “Artículo 10.2: la interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos”, en Casas Baamonde, María Emilia *et al.*, *Comentarios a la Constitución Española: XXX aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwe, 2008, p. 10.

Por lo tanto, los motivos por los cuales se puede resolver el contrato durante el periodo de prueba no son susceptibles de control judicial, salvo los casos que comporten un acto discriminatorio prohibido por el artículo 17 del ET.

5) El periodo de prueba laboral, según establece la jurisprudencia ordinaria en materia social, consiste en

...la experimentación sobre el terreno de la relación de trabajo mediante la ejecución de las prestaciones respectivas de las partes, siendo sus funciones manifiestas la comprobación de la aptitud profesional y la adaptación en el puesto de trabajo... teniendo mayor significación estas funciones en los trabajos cualificados y de dirección, que en otros menos cualificados, y tiene constancialmente, un carácter de temporalidad y provisionalidad, y de ahí que sea razonable que su duración sea por lo general breve.¹⁹

6) La duración del periodo de prueba establecida por el RDL 3/2012 es “en todo caso de un año”, y no prevé una duración inferior. Hay que añadir que de su exposición de motivos no se deriva ninguna motivación de tan larga duración que responda a una finalidad legítima. Asimismo, el periodo de prueba de un año se aplica sin distinción a cualquier tipo de trabajo, ya sea calificado o no, lo cual podría comportar un trato discriminatorio, para no diferenciar normativamente entre supuestos de hecho que son diferentes. La consecuencia de esta regulación podría ser una desnaturalización del periodo de prueba.²⁰

¹⁹ STS, del 20 de julio de 2011, Sala de lo Social, FJ 2.

²⁰ Sobre la duración del periodo de prueba, hay que subrayar la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa, que en su decisión del 23 de mayo de 2012, relativa al caso de la reclamación formulada contra Grecia por dos sindicatos de este país —la Federación General de los empleados desde las compañías públicas de electricidad (GENOP-DEI) y la Confederación de los sindicatos de los funcionarios públicos (ADEDY)—, ha interpretado que el periodo de prueba de un año es contrario a la Carta Social Europeo de 1961. Se trató de la Ley griega 3899 de 17 de diciembre de 2010, que en su artículo 17.5 establecía que, durante el periodo de prueba, un contrato de duración indefinida podía ser interrumpido sin previo aviso y sin indemnización por despido. Los sindicatos consideraron que el mencionado precepto violaba el artículo 4.4 de la Carta de los Derechos Sociales de 1961. La decisión del Consejo sobre este particular fue la siguiente; “25. i) *le droit à un délai de préavis raisonnable en caso de cessation de emploi se applique à toutes les catégories de salariés indépendamment de leur qualité, y compris à ceux qui se trouvent dans une relation de travail atypique. Il vaut également en periodo de essai. La législation nationale doit être d’une portée tel qu’aucun travailleur soit laissé sans protection...* 27... l’article 17.5 de la LOI 3899, de 17 décembre 2010 prévoit pas de délais de préavis ni de indemnité de licenciement dans les cas de interruption de un contrat de travail qualifié par celle de «durée» indéterminée» pendant une periode probatoire qu’elle étend à un an. 28. Par conséquent, quelle que soit la qualification qu’est susceptible de revoiver le contrat dont il s’agit, le Comité dicho que el artículo 17.5 de la Loi 3899 de 17 décembre 2010 constitue une violation de l’article 4.4 de la Charte de 1961”.

7) No obstante, el Consejo consideró finalmente que la interpretación de esta previsión normativa (sobre la duración del periodo de prueba) no podía quedar limitada a su estricta literalidad, sino que demandaba ser puesta en relación sistemática con el contenido de todo el artículo 4o. del RDL 3/2012. En este sentido, el tipo de contrato de trabajo introduce toda una serie de medidas sobre incentivos fiscales (apartado 4) y bonificaciones (apartado 5) dirigidos a empresarios y trabajadores, que se pueden considerar que están destinadas a evitar esa desnaturalización del periodo de prueba, por causa de una utilización abusiva o con fraude a la finalidad de la norma por parte del empresario. Analizado en su conjunto y más allá de la ausencia de garantías detectadas, el artículo 4o. contempla una regulación que objetivamente tiende a facilitar una mayor estabilidad en el trabajo.

Hay que añadir, sin embargo, que las evidentes reticencias que el Consejo mostró respecto de la regulación del contacto de trabajo por tiempo indefinido y de apoyo en los emprendedores, no dejaron indiferente al legislador estatal. En efecto, con posterioridad, el contenido del RDL 3/2012 fue tramitado como ley; específicamente, el apartado 3 *in fine* del artículo 4o. de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, añadió un nuevo inciso, que claramente fue destinado a intentar evitar que estos tipos de contratación ocurrieran; de hecho, es un fácil instrumento de abuso empresarial, reiterando sin límite la contratación temporal. Los términos de la adición normativa fueron los siguientes: “No podrá establecerse un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya estando desarrollando las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación”.

2. *Sobre el derecho a la negociación colectiva*

Otro precepto del RDL 3/2012 que suscitó especial controversia fue el apartado U del artículo 14, que dio una nueva redacción al apartado 3 del artículo 82 del ET, relativo al procedimiento regulador de los convenios colectivos. El último párrafo establece lo siguiente:

Quando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y las partes no se hayan sometido a los procedimientos mencionados [se refiere a las fases previas al acuerdo entre las partes o mediación mediante los sistemas autónomos de resolución de conflictos] o éstos no hayan solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes puede someter la solución de las discrepancias a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos...

Uno de los reproches de inconstitucionalidad que alegaron los solicitantes se fundamentó en la vulneración del derecho a la negociación colectiva (artículo 37.1 de la CE) y del derecho a la tutela judicial (artículo 24.1 de la CE), por causa del establecimiento de un arbitraje forzoso; sin embargo, este aspecto, en razón del contenido de este artículo, no será tratado. El Consejo de Garantías Estatutarias también se pronunció sobre esta cuestión en el mencionado Dictamen 5/2012 (FJ 5). En síntesis, el fundamento de su opinión fue el siguiente:

1) El tipo de intervención de naturaleza casi arbitral que el precepto cuestionado atribuye a la mencionada Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC) no es ajena al derecho laboral: los procedimientos autónomos de solución de conflictos laborales ofrecen una dimensión constitucional, conectada con los derechos a la negociación colectiva (artículo 37.1 de la CE); a la libertad sindical (artículo 28.1 de la CE); a la adopción de medidas de conflicto colectivo (artículo 37.2 de la CE), y a la tutela judicial (artículo 24.1 de la CE). Esta dimensión constitucional resulta de la capacidad del laudo arbitral para desplazar la sentencia judicial. En este sentido, la jurisprudencia constitucional no ha dudado al aceptar la plena conformidad del arbitraje con los principios constitucionales.²¹

2) Ahora bien, cuestión diferente es que el legislador establezca *ex lege* una intervención administrativa obligatoria para resolver los conflictos sobre determinadas materias. El Tribunal Constitucional ha rechazado la constitucionalidad de la modalidad del arbitraje público obligatorio como procedimiento para resolver los conflictos sobre modificación de las condiciones de trabajo.²²

3) La cuestión controvertida que se plantea sobre el apartado U del artículo 14, reside en que la decisión de acceder al arbitraje de la CCNCC corresponde “a cualquiera de las partes”, lo cual supone introducir una regla de unilateralidad para solicitar la intervención de la mencionada Comisión. La nueva regulación comporta un cambio profundo del régimen jurídico de la negociación colectiva, ya que supone el establecimiento de una regla de inaplicación general del convenio colectivo acordado anteriormente, una inaplicación a la cual se llega por la única voluntad manifestada por una de las partes: la consecuencia de eso es que rompe con el mandato constitucional que garantiza la fuerza vinculatoria de los convenios colec-

²¹ STC 175/1996, FJ 4.

²² STC 11/1981, FJ 24.

tivos que obliga al legislador (artículo 37.1 de la CE). Como ha puesto de relieve la doctrina laboralista,²³ la nueva regla ignora el *pacta sunt servanda* colectivo, que se fundamenta en el libre consentimiento de las partes, y que sus destinatarios no pueden alterar, sino acuerdan el contrario.

4) La nueva regulación no garantiza el derecho a la negociación colectiva (artículo 37.1 de la CE), porque rompe la libertad de negociación con el establecimiento de la regla de la unilateralidad en la fase reguladora de acceso a la intervención de la CCNCC y vulnera la fuerza vinculadora de los convenios colectivos. En este sentido, hay que tener en cuenta lo que ha establecido la jurisprudencia constitucional al respecto:

...la sujeción del convenio colectivo al poder normativo del Estado, constitucionalmente legítima, no implica ni permite la existencia de decisiones administrativas que autoricen la dispensa o inaplicación singular de disposiciones contenidas en convenios colectivos, lo que no sólo sería desconocer la eficacia vinculante del convenio colectivo, sino incluso los principios garantizados en el art.9.3 CE.

Por consiguiente, sería contraria en el art. 37.1 CE, una interpretación del art. 41.1 ET que permitiera en la Administración laboral autorizar en el empresario la introducción de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo previstas y reguladas en un convenio vigente...²⁴

5) En conclusión, en la medida en que por voluntad de una sola de las partes se puede llegar a imponer a la otra una resolución de la administración (CCNCC), que estime la procedencia de la modificación de las condiciones de trabajo, se está admitiendo que se pueda modificar el convenio colectivo por vía administrativa, razón por la cual se vulnera el derecho a la negociación colectiva (artículo 37.1 de la CE).

Posteriormente, la Ley 3/2012, del 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en aquello que es relevante por el análisis de constitucionalidad del apartado U del artículo 14, que dio una nueva redacción al apartado 3 del artículo 82 del TE, relativo al procedimiento regulador de los convenios colectivos, no introdujo ninguna modificación que evitara la inconstitucionalidad expresada anteriormente por el Consejo de Garantías Estatutarias en el Dictamen 5/2012 (FJ 5).

²³ Cruz Villalón, J., “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, *Reforma laboral 2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012, p. 394.

²⁴ STC 92/1992, FJ 4.

IV. EL DERECHO A LA VIVIENDA Y LAS MEDIDAS PARA GARANTIZARLO

El grave endeudamiento privado de familias y empresas que ha generado la situación de crisis económica en España, ha incidido especialmente sobre la disponibilidad de la vivienda adquirida a través de préstamos hipotecarios²⁵ concedidos por las diversas entidades financieras. La imposibilidad de muchos ciudadanos de hacer frente a las obligaciones de los préstamos, como consecuencia de los efectos demoledores de la crisis en el empleo laboral, ha conducido a la ejecución de la hipoteca y a los desahucios de numerosos apartamentos por falta de pago. La pérdida de la vivienda se ha convertido en un problema social de grandes dimensiones.

Ante una situación de desestructuración social que cada vez suscita una mayor alarma, algunos poderes públicos han empezado a tomar medidas dirigidas a reducir los efectos demoledores que impactan sobre el derecho a una vivienda digna y adecuada (artículo 47 de la CE). Entre estas medidas tenemos a la consistente en la prescripción del alquiler forzoso a instancias de la administración pública de viviendas vacía, la cual suscita una mayor controversia en el ámbito jurídico. Este ha sido el caso todavía reciente de la Junta de Andalucía, a través del Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda.²⁶ También hace falta hacer referencia a otra disposición anterior que en su momento suscitó una notable controversia social y jurídica, pero cuando todavía los efectos de la crisis no eran tan contundentes sobre la vida coti-

²⁵ Las condiciones en las que fueron contratados estos préstamos han sido en muchas ocasiones abusivas; esta circunstancia ha sido apreciada por el Tribunal de Luxemburgo en su importante sentencia del 13 de marzo de 2013, dictada con motivo de una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona, con relación a determinados preceptos de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En su parte dispositiva, la STJUE interpretó que “La Directiva 93/13/CEE del Consejo, del 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que en el mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar talas medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final”.

²⁶ *BOJA*, núm. 69, del 11 de abril de 2013.

diana de las personas, nos referimos a la Ley del Parlamento de Cataluña, 8/2007, de 28 de diciembre, del derecho en la vivienda,²⁷ que en su redacción previa, hasta la aprobación por el Pleno de la Cámara, había previsto medidas similares a las que ahora, por la vía de urgencia, ha tomado el gobierno andaluz.²⁸ La cuestión de relevancia constitucional que el caso plantea es determinar si esta medida administrativa podría resultar lesiva del derecho de propiedad (artículo 33 de la CE).

En su exposición de motivos, el Decreto-ley 6/2013, del 9 de abril, de la Junta de Andalucía introduce una definición de la función social del derecho a la vivienda, que de hecho es la misma que ha utilizado la jurisprudencia constitucional, pero para definir el derecho de propiedad:²⁹

La función social de la vivienda configura el contenido esencial del derecho mediante la posibilidad de imponer deberes positivos en su titular que aseguren su uso efectivo para fines residenciales, entendiéndose que la fijación de dicho contenido esencial no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales. La función social de la vivienda, en suma, no es un límite externo en su definición o en su ejercicio, sino una parte integrante del derecho mismo.

²⁷ *DOG*, núm. 5044, del 9 de enero de 2008.

²⁸ En sus cinco primeros apartados, el artículo 42 del Proyecto de Ley del derecho a la vivienda (actuaciones para evitar la desocupación permanente de viviendas) previó toda una serie de medidas de fomento dirigidas a evitar la proliferación de viviendas vacías. Una vez agotadas estas medidas, el apartado 6 establecía que en los ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada la administración competente puede acordar el alquiler forzoso de la vivienda, declarando previamente el incumplimiento de la función social de la propiedad. De acuerdo con eso, si una vez transcurridos dos años desde la notificación de la declaración de vivienda esta permanece vacía, en los términos que establece el artículo 3.d del Proyecto de Ley, la administración puede expropiar el usufructo de la vivienda para alquilarlo a terceros durante un plazo que no puede ser superior a cinco años, que una vez transcurrido, el propietario puede recuperar el uso de su vivienda. Acto seguido, el Proyecto estableció que el procedimiento para llevar a cabo esta actuación se tenía que ajustar a la legislación urbanística y de expropiación forzosa, y en el expediente de precio justo se tiene que valorar la indemnización correspondiente al derecho de usufructo temporal, atendiendo los gastos asumidos por la administración en la gestión y las eventuales obras de mejora ejecutadas en la vivienda. El Consejo Consultivo de la Generalidad de Cataluña dictaminó, por una mayoría de 4 a 3 consejeros, que el apartado 6 del artículo 42 del Proyecto era contrario a la Constitución, porque generaba inseguridad jurídica, ya que “resultará improbable o de muy difícil apreciación, dificultando su aplicación...”, “la falta de determinación de aquello que se tiene que entender por «ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada»”, y porque también “...se produce discriminación entre los propietarios de viviendas desocupadas en un mismo ámbito, calificados como de «demanda residencial fuerte y acreditada»”.

²⁹ Las SSTC 111/1983 y 37/1987.

Acto seguido, el Decreto-ley añade que la “Utilidad individual y función social, por tanto, componen de forma inseparable el contenido del derecho de propiedad” (*sic*).

Después de exponer la situación de la vivienda a Andalucía,³⁰ el Decreto-ley concluye que existe “...un desorbitado parque de viviendas sin uso o infrautilizado y de otro, una demanda insatisfecha, con una oferta insuficiente y en precios no adecuados, miedo lo que se hace necesario potenciar su uso...”.

Con esta finalidad, el contenido del Decreto-ley establece todo un compendio de iniciativas de actuación sobre la vivienda deshabitada, que consisten en medidas de fomento. Asimismo, y ya en un orden diferente, en este caso a través de medidas coercitivas y sancionadoras, se propone potenciar el acceso a la vivienda mediante el arrendamiento; estas medidas van dirigidas fundamentalmente a aquellas personas que no pueden mantener su vivienda, por causa de una situación de un mayor endeudamiento sobrevenido. En este sentido, hay que prestar atención especialmente a la disposición adicional segunda, relativa a la “Declaración de interés social a efectos de expropiación forzosa de la cobertura de necesidad de vivienda de personas en circunstancias especiales de emergencia social”.

Los elementos subjetivo y objetivo de esta disposición son los siguientes:

1. Se declara de interés social la cobertura de necesidad de vivienda de las personas en especiales circunstancias sociales incurso en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, en efectos de expropiación forzosa del uso de la vivienda objeto del mismo miedo un plazo máximo de tres años a contar desde la fecha del lanzamiento acordado miedo el órgano jurisdiccional competente
2. Este Decreto-ley será de aplicación en la viviendas incurso en procedimientos de desahucio instado por entidades financieras, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos y todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa básica estatal.

De forma similar a la cuestión jurídica que planteó el Proyecto de ley del derecho en la vivienda de Cataluña, en este caso también aparece la po-

³⁰ De acuerdo con los datos que aporta la exposición de motivos, según los Censos de Población y Viviendas de 2001, en este año en Andalucía existían 548,669 viviendas vacías, lo cual suponía un porcentaje del 15.5% sobre el total de viviendas y un 22.7% respecto de las viviendas calificadas como principales. Según los últimos datos publicados por el Ministerio de Fomento, se estima que el parque de viviendas en Andalucía es 4.5 millones, lo cual supone un incremento de un millón, con respecto a lo que existía en 2001. Por lo tanto, en diez años el parque ha aumentado en casi un 25%.

sible incidencia de la medida coercitiva de la expropiación forzosa temporal sobre el derecho de propiedad de los titulares de las viviendas vacías, y sobre la cual hay que prestar atención.

A este respecto, la CE establece, en su artículo 33, lo siguiente: “2. La función social de estos derechos delimitará el contenido, de acuerdo con las leyes”. Asimismo, la CE añade: “3. Nadie podrá ser privado de sus bienes ni de sus derechos sino por causa justificada de utilidad pública o de interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con aquello que las leyes dispongan”.

En síntesis, la jurisprudencia sobre el derecho de propiedad y su función social es la siguiente:³¹

- a) La concepción de la CE sobre el derecho a la propiedad privada pone de manifiesto que la Constitución no ha optado por una concepción abstracta de este derecho. Este no puede ser concebido solamente como un ámbito subjetivo de libre disposición sobre los bienes que son objeto de dominio reservado por su titular, sometido únicamente a las limitaciones generales que las leyes impongan para la salvaguardia de los legítimos derechos e intereses de terceros o del interés general; el derecho de propiedad también tiene que ser reconocido como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos de acuerdo con las leyes, en función de valores o intereses de la colectividad y, por lo tanto, de acuerdo con la finalidad o utilidad social que tiene que llevar a cabo cada categoría de bienes objeto de dominio.
- b) La CE no limita el derecho de propiedad a la concepción meramente civilista, reducida a los márgenes del artículo 348 del Código Civil, que lo define como “el derecho de disfrutar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas por las leyes”. Lo que se deriva de la norma suprema es una concepción de los derechos que no son solamente susceptibles de ser limitados, sino que los mismos límites se incorporan como elementos esenciales de su contenido objetivo. Por lo tanto, la función social no ha sido entendida por el constituyente como un simple límite externo para la delimitación del derecho de propiedad, sino que es también una parte integrante de este: la utilidad in-

³¹ La STC 111/1983, del 2 de diciembre, y la 166/1986, del 19 de diciembre, resuelven, respectivamente, el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad referidos a la expropiación del *holding Rumasa*. También la STC 37/1987, del 26 de marzo, relativa a un supuesto de propiedad rural (la Ley andaluza 8/1984, de 3 de julio, de reforma agraria), estableció una doctrina mucho más elaborada sobre el derecho propiedad y su función social. En el mismo sentido tenemos a las SSTC 164/2001, del 11 de julio; 178/2004, del 21 de octubre, y 112/2006, del 5 de abril.

- dividual y la función social definen de manera conjunta el contenido esencial del derecho de propiedad sobre cada categoría de bienes.
- c) No hay infracción del contenido esencial cuando una regulación legal del derecho de propiedad restringe las facultades de decisión del propietario con relación al uso, al destino o al aprovechamiento de los bienes en juego, o cuando impone determinados deberes orientados a la obtención de una mejor utilización productiva de estos bienes, siempre que pueda permanecer garantizada su rentabilidad.
- d) El Tribunal Constitucional ha utilizado a menudo el criterio hermenéutico del principio de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad), sobre todo en relación con los derechos fundamentales de libertad y participación de la sección 1a. del capítulo II del título I de la CE.³² No obstante, este criterio hermenéutico ha evolucionado incorporando un mayor grado de objetivación en la evaluación de la proporcionalidad de las medidas que toman los poderes públicos limitando el ejercicio de los derechos.³³ En esta línea interpretativa, la evolución del criterio de proporcionalidad ha afectado sobre todo a la formalización de su dimensión material, precisando los requisitos que se requieren, a fin de que el contenido de una actuación de un poder público pueda ser considerada como proporcionada. La concreción material del juicio de proporcionalidad ha sido definida a través de la necesidad de verificar la finalidad de una medida, mediante la integración de elementos fácticos y temporales, o la simple prohibición de medidas de los poderes públicos que los incumplan.³⁴

La disposición adicional segunda del Decreto-ley 6/2013, del 9 de abril, de la Junta de Andalucía, no priva de la propiedad de las viviendas a las personas que ostentan la titularidad. La medida normativa tomada es una limitación temporal del derecho de uso de la propiedad, que se aplica en los casos singulares que protagonizan personas que se encuentran en circunstancias de emergencia social, como consecuencia de un proceso de des-

³² Entre otras se encuentran las SSTC 11/1981, del 8 de abril; 53/1985, del 11 de abril; 209/1989, del 15 de diciembre, y 214/1994, del 14 de julio.

³³ Aquí tenemos a las STC 66/1995, del 8 de junio; 107/1996, del 12 de junio, y 147/2001, del 27 de junio.

³⁴ Esta jurisprudencia está en la línea establecida por el TEDH en su *leading case* sobre el derecho de propiedad (STEDH del 23 de septiembre de 1982, caso *Sporrong i Lönnroth c. Suecia*). Igualmente, la Corte Constitucional italiana en la sentencia núm. 14, del 7 de marzo de 1964; el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 106 S. cte. 1058, 1026 (1986), a la sentencia *Connolly v. Pension Benefit Corp.*, y la sentencia de la Sala 1a. del Tribunal Constitucional Federal de Alemania del 1o. de marzo de 1979.

ahucio y después de justificar toda una serie detallada de requisitos que la persona potencialmente beneficiaria tiene que cumplir (apartados 3 al 15). La proporcionalidad de la medida parece contrastada, dado que en un caso de desahucio no se avista una medida alternativa que pueda garantizar de una otra manera la disponibilidad de una vivienda; su necesidad queda justificada por la ausencia de un espacio físico para vivir y la proporcionalidad *stricto sensu* queda avalada, porque además aquello que queda limitado temporalmente es la posesión de la propiedad, en el contexto de una realidad regional en el que el parque de viviendas sociales va *in crescendo*.

V. A MODO DE CONCLUSIONES

La crisis económica que se ha proyectado con especial incidencia en los Estados de la zona euro, ha afectado de forma lesiva a la integridad de los derechos del ámbito social de las personas. Entre otras medidas que han sido tomadas, la respuesta constitucional destinada a hacerle frente, consistente en incorporar a la norma suprema el principio de estabilidad presupuestaria, no deja de presentar un valor jurídico relativo, pues este principio ya estaba previsto en los tratados europeos. Es más, el valor de preeminencia de estos tratados sobre los ordenamientos nacionales podía evitar una reforma constitucional que, especialmente en el caso español, ha obedecido más a circunstancias de oportunidad política hacia las autoridades europeas que a criterios de orden jurídico. En todo caso, en la incorporación de la llamada *regla de oro* sobre la estabilidad presupuestaria se encuentra el germen de una legislación laboral de carácter restrictivo sobre los derechos del ámbito social, que en diversas ocasiones ya ha vulnerado a la Constitución.

En efecto, la reforma de legislación laboral aprobada en España para afrontar los efectos de la crisis —fundamentada en una sola opción de política económica, basada exclusivamente en la reducción del déficit y la deuda públicos— ha trasladado a la regulación de la contratación laboral y, en general, al régimen de las relaciones laborales una concepción basada en la relación bilateral entre empresarios y trabajadores, una relación fundamentada en una pretendida autonomía de la voluntad de las partes como sujetos individuales al margen de la dimensión de intereses colectivos que también presentan. De esta forma, el derecho a la negociación colectiva, que se articula a través de los convenios colectivos, ha sido objeto de una regulación específica, que en realidad reaviva la aparición del arbitraje público impedido por la jurisprudencia constitucional a instancia —de hecho— del empresario como parte preeminente en las relaciones laborales, de manera tal que neutraliza la funcionalidad laboral del derecho del artículo 37.1 de la CE.

Un efecto similar se ha producido también respecto del derecho al trabajo y en aquello que la jurisprudencia constitucional a interpretado como un elemento definitorio de su contenido, nos referimos a la prohibición del despido no causal, aunque la última legislación de las Cortes Generales al respecto haya podido aligerar algunos de los efectos más corrosivos que la legislación de urgencia del gobierno había aprobado.

Otra consecuencia de la crisis afecta a la forma jurídica utilizada para tomar las medidas que tenían que servir para hacerle frente. En este aspecto cobra especial protagonismo el instrumento normativo del decreto-ley, que tanto por parte del gobierno del Estado como de los gobiernos de diversas comunidades autónomas ha sido objeto de un uso abusivo, que rompe con el carácter excepcional que teóricamente caracteriza a esta fuente del derecho. El efecto ha sido especialmente lesivo para la preservación de la división de poderes, como uno de los principios esenciales del Estado de derecho, de tal forma que se puede afirmar que el debate parlamentario sobre las medidas contra la crisis en el Congreso de los Diputados y, sin duda, en los parlamentos de las comunidades autónomas ha brillado por su ausencia.

Por último, la crisis económica también ha puesto de manifiesto la existencia de medidas para preservar uno de los bienes más preciados de la persona como es la vivienda, que está amenazada por las medidas de ejecución de los préstamos hipotecarios impagados, como consecuencia del crecimiento descontrolado de la deuda privada. En este sentido, las disposiciones aprobadas en el ámbito autonómico dirigidas al fomento y, si cabe, a la obligación del propietario de alquilar viviendas para uso social, no comportan una limitación del derecho de propiedad que sea impedida por la Constitución, sino una expresión de su función social.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BASSOLS COMA, M., “La reforma del artículo 135 de la Constitución española y la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria: el proceso parlamentario de elaboración de la reforma constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 2, 2012.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012”, *Reforma laboral 2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012.
- EMBID IRUJO, A., *La constitucionalización de la crisis económica*, Madrid, Iustel, 2012.

- FERRERAS COMELLA, V., “La crisis del euro y la regla de problemas constitucionales”, *Uría Menéndez Boletín*, Barcelona, 2012.
- MEDINA GUERRERO, M., “La reforma del artículo 135 CE”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, núm. 29, 2012.
- MONCHÓN RUIZ, L., “La reforma del artículo 135 de la Constitución española y la subordinación de la deuda pública en la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”, *Revista Española de Derecho Financiero*, Madrid, núm. 155, 2012.
- RUBIO LLORENTE, F., “Constituciones, naciones e integración europea”, *Claves de la Razón Práctica*, núm. 217, 2011.
- RUIZ ALMENDRAL, V., “La reforma constitucional en la luz de la estabilidad presupuestaria”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 38, septiembre-diciembre de 2009.
- RUIZ-HUERTA, J., “Algunas consideraciones sobre la reforma del artículo 135 de la Constitución Española”, en ÁLVAREZ CONDE, E. y SOUTON GALVÁN, Cl. (dirs.), *La constitucionalización de la estabilidad presupuestaria*, Instituto de Derecho Público-Universidad Rey Juan Carlos, 2012.
- SÁIZ ARNÁIZ, A., “Artículo 10.2: la interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos”, en CASAS BAAMONDE, María Emilia *et al.*, *Comentarios a la Constitución española: XXX aniversario*, Madrid, Fundación Wolters Kluwe, 2008.
- SANTOLAYA MACHETTI, P., *El régimen constitucional de los decretos-leyes*, Madrid, Tecnos, 1988.
- SCHELKLE, W., “EU Fiscal Governance: Hard Law in the Shadow of Soft Law”, *Columbia Journal of European Law*, vol. 13, núm. 3, 2007.

SISTEMAS REGIONALES DE PROTECCIÓN
DE DERECHOS HUMANOS Y LA RESISTENCIA
POR PARTE DE LOS ESTADOS: EL CASO DEL SISTEMA
INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
(2011-2013)*

Doug CASSEL**

SUMARIO: I. *Presentación: sistemas regionales de derechos humanos y los Estados.* II. *Desarrollo progresivo del sistema interamericano de derechos humanos.* III. *Debilidades del sistema.* IV. *Desafíos recientes al sistema.* V. *La campaña para debilitar al sistema, bajo la bandera de fortalecerlo.* VI. *Escenarios futuros.* VII. *Conclusión.*

I. PRESENTACIÓN: SISTEMAS REGIONALES DE DERECHOS
HUMANOS Y LOS ESTADOS

*¿Son los sistemas regionales de derechos humanos
capaces de sobrevivir el éxito?*

La pregunta obedece a un conflicto interno, inherente en los sistemas regionales para la protección de los derechos humanos. Estos sistemas son creados por los Estados; no obstante, acusan, condenan, restringen y ordenan a sus creadores. En este sentido, tanto más éxito logran estos sistemas, mayor es la tentación de sus creadores a resistirlos.

En algunos casos se resuelve el conflicto desde un inicio: organizaciones regionales, dominadas por Estados represivos, establecen sistemas de protección de los derechos humanos tan débiles que no merecen resistencia.

* Una versión en inglés de este ensayo se publicó originalmente en “Regional Human Rights Systems and State Pushback: The Case of the Inter-American Human Rights System (2011-2013)”, 33 *Human Rights Law Journal*, 30 de agosto de 2013, pp. 1-10.

** Notre Dame Law School, Estados Unidos de América.

Ejemplos hasta la fecha se ven en los sistemas de los países árabes,¹ de los países islámicos,² de Asia sureste³ y de África.⁴

En otros sistemas, los que disponen de tribunales regionales para litigios económicos, puede ser que al inicio el conflicto sea pasado por encima, porque los Estados no se dan cuenta de que la retórica noble de los instrumentos constitutivos abre la puerta para que los tribunales económicos fallen también sobre los derechos humanos. Si el tribunal regional cuenta con el apoyo de un Estado poderoso de la región (por ejemplo, en África del oeste), y falla en contra de un Estado débil, el resultado puede ser una victoria para los derechos humanos.⁵ Por otro lado, si el apoyo político para el tribunal en la región es débil (por ejemplo, en África del sur), y el tribunal falla en contra de un poder regional, el resultado para el tribunal puede llegar a ser literalmente fatal.⁶

Recientemente, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos parecía superar el conflicto inherente entre parentesco estatal y misión humanitaria; no obstante, en la última década ha enfrentado resistencia cada vez mayor. El primer desafío llegó de una fuente predecible: un Estado autoritario y poderoso recién admitido al Consejo de Europa.⁷ Luego, el Tribunal se en-

¹ Rishmawi, Mervat, "The Arab Charter of Human Rights and the League of Arab States: An Update", 10 *H. Rts. L. Rev.*, 2010, p. 169.

² Kayaoglu, Turan, *A Rights Agenda for the Muslim World?: The Organization of Islamic Cooperation's Evolving Human Rights Framework*, 2013, en <http://www.brookings.edu/~media/Research/Files/Papers/2013/1/08%20oic%20human%20rights%20kayaoglu/Turan%20Kayaoglu%20English.pdf>.

³ *Terms of Reference of ASEAN Intergovernmental Human Rights Commission*, 2010.

⁴ Viljoen, Frans y Louw, Lurette, "State Compliance with the Recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights, 1994-2004", 101 *Am. J. Int'l L* 1, 2007. Por su parte, el Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos acaba de decretar su primera sentencia sobre el fondo de un caso en junio de 2013: *Tanganyika Law Society and Legal and Human Rights Centre v. Tanzania*, and *Mtikila v. Tanzania*, consolidated application nos. 009/2011 y 011/2011, Judgment of June 15, 2013.

⁵ Duffy, Helen, "Hadijatou Mani Koroua v. Niger: Slavery Unveiled by the ECOWAS Court", 9 *H. Rts. L. Rev.*, núm. 1, 2009. ECOWAS es la Economic Community of West African States, o la Comunidad Económica de Estados de África del Oeste.

⁶ *Campbell et al. v. Zimbabwe*, SADC (T) Case No. 2/2007, Judgment of Nov. 28, 2008. SADC es la Southern Africa Development Community, o la Comunidad de Desarrollo de África del Sur. Luego de que el Tribunal de SADC falló en ese caso en contra de la confiscación de fincas de dueños blancos por el régimen de Robert Mugabe en Zimbabwe, la Cumbre de SADC en mayo de 2011 efectivamente disolvió al Tribunal, prohibiéndolo de fallar sobre casos y negándose a renombrar o reemplazar a sus jueces. Véase Rabkin, Franny, "SADC Tribunal a Political Hot Potato", *Business Day*, 24 de junio de 2011.

⁷ Consejo de Europa, Comité de Ministros, Resolución interina CM/ResDH (2007)106 sobre la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 8 de julio de 2004 (Gran

contró arrinconado por un consenso de Estados democráticos (alentados por Rusia). Para elevar el estatus y prominencia de las doctrinas de subsidiariedad y margen de apreciación, la Declaración de Brighton de 2012, en efecto, exhortó al Tribunal que permitiera a los Estados una mayor flexibilidad en interpretación de sus compromisos bajo la Convención Europea de Derechos Humanos.⁸ Más recientemente, provocado por fallos adversos,⁹ el ministro de justicia de la democracia continua más antigua de la región se pronunció a favor de revocar la Ley de Derechos Humanos de la Gran Bretaña,¹⁰ mientras el primer ministro abiertamente amenazó con retirar al Reino Unido temporalmente de la Convención Europea de Derechos Humanos, con fines de evadir el cumplimiento de la sentencia condenatoria del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.¹¹

Aun así, el contenido positivo de la Declaración de Brighton era más que suficiente para evitar cualquier pretensión de un asalto directo en el Tribunal Europeo. Además de disposiciones operativas útiles, la Declaración reafirmó el “compromiso hondo y duradero” de los Estados partes a la Convención Europea, así como su “adherencia al derecho de petición individual al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos... como piedra angular del sistema de protección de los derechos y libertades garantizados por la Convención”.¹²

Si bien la Convención y el Tribunal Europeo no están bajo amenaza actual de ser convertidos en letra muerta, lo mismo no se podía decir —al menos hasta los últimos meses— de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos. Durante los dos años anteriores, una “tormenta perfecta” diplomática llevó a la Comisión casi a sufrir un revés institucional decisivo. Corrientes ideológicas y cambios geopolíticos pusieron en duda la legiti-

Cámara) en el caso de *Ilaşcu y otros vs. Moldova y la Federación Rusa* (adoptada por el Comité de Ministros el 12 de julio de 2007 en la 1002nda reunión de los Diputados de los Ministros), en [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/ResDH\(2007\)106&Language=lanEnglish&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM/ResDH(2007)106&Language=lanEnglish&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383).

⁸ Consejo de Europa, “High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights”, *Brighton Declaration*, 19 de abril de 2012, párr. 12 (a), (b) y (c), (ii).

⁹ Judd, Terri y Anderson, Steve, “Not on my watch: David Cameron defies Attorney General Dominic Grieve and insists prisoners will NOT get the vote under this Government”, *The Independent*, 24 de octubre de 2012. La controversia surgió a raíz de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en *Scoppola v. Reino Unido*.

¹⁰ “Conservatives hint at abolishing Human Rights Act as David Cameron vows to ‘stick to the course’”, *London Evening Standard*, 3 de marzo de 2013.

¹¹ Watt, Nicholas y Travis, Alan, “UK may withdraw from European rights convention over Abu Qatada”, *The Guardian*, 24 de abril de 2013.

¹² *Brighton Declaration*, nota 8, párrs. 1 y 2.

dad, no solo de la Comisión, sino de su institución madre, la Organización de Estados Americanos. En este contexto, algunos Estados represivos se animaron para endurecer su resistencia a la Comisión. La Comisión, por su parte, aportó heridas autoinfligidas, por medio de tropiezos que ofendieron aun a Estados democráticos (parte IV del trabajo). La crisis consiguiente — por lo menos la tercera en las últimas dos décadas— no era necesariamente existencial: pocos o ningunos Estados abiertamente pidieron la abolición de la Comisión; sin embargo, bajo la bandera de “fortalecer” la Comisión, se amenazó con un debilitamiento grave del sistema interamericano de derechos humanos.

II. DESARROLLO PROGRESIVO DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Las normas e instituciones del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH) han sido desarrolladas progresivamente con el tiempo por la Organización de Estados Americanos (OEA). Actualmente el sistema cuenta con dos instrumentos normativos principales: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (la Declaración) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (la Convención). La Declaración y la Convención se implementan a nivel regional por dos instituciones principales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (la Comisión) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la Corte).¹³

Distintos tratados interamericanos sobre derechos humanos, con grados variables de participación por parte de los Estados, tratan más específicamente los temas de la violencia contra la mujer; la pena de muerte; las desapariciones forzadas; la tortura; los derechos de las personas con discapacidad, y los derechos económicos, sociales y culturales.¹⁴ Además, instru-

¹³ Para el trasfondo, véanse Buergenthal, T. y Cassel, Douglass, “The Future of the Inter-American Human Rights System”, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos* 539, Inter-American Institute of Human Rights, 1998; Cassel, D., “Inter-American Human Rights Law, Soft and Hard”, en Shelton, Dinah (ed.), *Commitment and Compliance: The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System* 393, 2000, y Cassel, D., “Fortaleciendo el rol de las víctimas en el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Sosa, E. et al. (eds.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 125.

¹⁴ Para los textos y el estatus de ratificación, véase http://www.oas.org/en/iachr/mandate/basic_documents.asp. La Asamblea General más reciente de la OEA adoptó dos nuevos tratados de derechos humanos: uno en contra de la discriminación con base en una amplia gama de motivos (AG/RES. 2804, XLIII-O/13, 6 de junio de 2013), adoptando en consecuencia la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia (artículo

mentos interamericanos importantes de normas no vinculantes (ley suave) tratan temas como la democracia, la libertad de expresión, y los derechos de las personas privadas de libertad.¹⁵

Tal y como hemos precisado previamente,¹⁶ la realidad regional no es uno, sino dos sistemas: un sistema “suave”, en el cual la Comisión emite resoluciones de valor vinculante debatible, con base en un instrumento originalmente no vinculante (la Declaración), y un sistema “duro”, en el cual la Corte decreta sentencias judiciales de cumplimiento obligatorio, con base en un tratado vinculante (la Convención). Los dos sistemas, además, se dividen geográfica y culturalmente, entre norte y sur. Todos los países latinoamericanos (con excepción de Cuba y, a partir de 2013, Venezuela) son partes a la “dura” Convención y Corte,¹⁷ mientras que los Estados Unidos de América, Canadá y varios Estados caribeños anglo y francoparlantes están sujetos solamente a la “suave” Declaración y Comisión.

En el cuarto siglo pasado, el SIDH —a pesar de deficiencias notables de apoyo diplomático y financiero— ha logrado algo impresionante. Actualmente la participación de los Estados miembros de la OEA (salvo Cuba) en los procesos ante la Comisión es universal. Todos los Estados latinoamericanos han ratificado la Convención y se han sometido a la Corte (salvo Cuba y, recientemente, Venezuela).¹⁸ La jurisprudencia elaborada y progresiva de la Corte ha ganado cada vez mayor respeto por parte de los tribunales nacionales. Las sentencias de la Corte sobre el tema de reparaciones son las más amplias que en cualquier otro tribunal internacional,¹⁹ y resultan en un grado respetable, si bien lejos de un adecuado cumplimiento por parte de los Estados.²⁰

1.1), y el otro la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial, y Formas Conexas de Intolerancia, (AG/RES. 2805, XLIII-O/13, 5 de junio de 2013).

¹⁵ Los textos de la Carta Democrática Interamericana, la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, y los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de Personas Privadas de Libertad en las Américas son accesibles en http://www.oas.org/en/iachr/mandate/basic_documents.asp.

¹⁶ Cassel, D., “Inter-American Human Rights...”, *cit.*, nota 13.

¹⁷ Venezuela registró la notificación de denuncia de la Convención el 6 de septiembre de 2012. CIDH, Comunicado de Prensa 117/12, “CIDH lamenta decisión de Venezuela de denunciar Convención Americana sobre Derechos Humanos”, 12 de septiembre de 2012, en http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2012/117.asp. La noticia tuvo vigencia un año después. Convención, artículo 78.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Cassel, D., “The Expanding Scope and Impact of Reparations Awarded by the Inter-American Court of Human Rights”, en Feyter, K. de *et al.* (eds.), *Out of the Ashes: Reparations for Gross Violations of Human Rights*, Intersentia, 2005, pp. 191-223.

²⁰ Cassel, D., “Fortaleciendo el rol de las víctimas...”, *cit.*, pp. 125-137.

La Comisión realiza una amplia gama de actividades de protección y promoción. Además de elaborar normas (en instrumentos como los ya mencionados), la Comisión procesa peticiones individuales para publicar informes o referir casos a la Corte,²¹ y resuelve medidas cautelares en casos de amenazas inminentes a la vida o a la integridad física de víctimas, testigos, periodistas, defensores de los derechos humanos, así como los realizados en contra de jueces, fiscales y policías.²² Igualmente, la Comisión busca resoluciones amistosas, que frecuentemente conllevan reparaciones y reformas importantes.²³ Asimismo, la Comisión elabora informes detallados sobre temas de derechos humanos en el hemisferio,²⁴ y presta atención oportuna a temas urgentes por medio de audiencias temáticas.²⁵ De igual forma, la Comisión visita a los Estados miembros de la OEA y prepara informes gruesos sobre la situación de derechos humanos en los países visitados.²⁶ Todos los años este organismo selecciona a cuatro o cinco países problemáticos, e incluye en el informe anual un análisis especial sobre la situación de los derechos humanos.²⁷

III. DEBILIDADES DEL SISTEMA

La Comisión y la Corte han logrado mucho, a pesar de la falta de apoyo presupuestario y diplomático por parte de la OEA. Las dos instituciones funcionan solamente a tiempo parcial. Los siete comisionados y los siete jueces suelen reunirse solamente unas pocas veces al año, y se les paga solo por los gastos, además de que sus honorarios son muy modestos. En 2012, la Comisión se reunió solo tres veces para cinco semanas en su totalidad,²⁸ mientras que la Corte se reunió seis veces para una duración total de nueve semanas.²⁹ Aun para tales niveles restringidos de actividad, el presupuesto regular de la OEA no es adecuado. En 2012, la OEA cubrió solamente

²¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 2012 (Informe Anual)*, en <http://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2012/TOC.asp>.

²² *Informe Anual*, capítulo III.c.1.

²³ *Ibidem*, capítulo II.c.4.

²⁴ *Ibidem*, capítulo II.D, párr. 40.

²⁵ Véase el listado de audiencias temáticas y resúmenes en el anexo al comunicado de prensa publicado al cierre de la sesión 147, 5 de marzo de 2013, en http://www.oas.org/en/iachr/media_center/PReleases/2013/023A.asp.

²⁶ Informes recientes sobre países son accesibles en <http://www.oas.org/en/iachr/reports/country.asp>.

²⁷ *Informe Anual*, capítulo IV.

²⁸ *Ibidem*, capítulo II.B, párr. 9.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 2012*, capítulo III, en http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/ENG/eng_2012.pdf.

el 55% de los gastos de la Comisión de unos \$8.8 millones,³⁰ y el 58% de los gastos de la Corte de unos \$3.6 millones.³¹ Por contraste, el presupuesto anual del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es casi de \$87 millones.³² Por lo tanto, la Comisión y la Corte no tienen más remedio que depender en donaciones voluntarias para apoyar aun el inadecuado nivel actual de actividades.

El apoyo diplomático para el SIDH es también mucho menos fuerte que en Europa. Alrededor del 80% del presupuesto de la OEA es suministrado por los Estados Unidos y por Canadá, ninguno de los cuales es Estado parte de la Convención o de la Corte. Esto abre la puerta a acusaciones por parte de Estados, tales como Ecuador y Venezuela, que el superpoder hemisférico domina al SIDH para utilizarlo en su contra, mientras que no acepta someterse al mismo nivel de escrutinio sobre derechos humanos. De hecho, EE.UU. busca persuadir a los países latinoamericanos que fortalezcan al SIDH, a pesar de que EE.UU. casi nunca cumple con las recomendaciones de la Comisión en los casos en su contra.³³

Un análisis diplomático exhaustivo de los 35 miembros de la OEA excedería este espacio corto. Otro hecho, sin embargo, es revelador: a diferencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas sentencias son supervisadas por el Comité de Ministros hasta que se cumplen, la Corte Interamericana no cuenta con apoyo comparable por parte de los órganos políticos de la OEA. En este sentido, han existido intentos para crear un mecanismo similar en la OEA, pero han fracasado repetidamente. La Corte misma tiene que supervisar el cumplimiento de sus propias sentencias.³⁴

IV. DESAFÍOS RECIENTES AL SISTEMA

En los últimos dos años una combinación de factores amenazaban con debilitar aún más el ya débil nivel de apoyo diplomático de la OEA,

³⁰ IACHR—Source of Financing and Execution of Resources 2012, en http://www.oas.org/en/iachr/mandate/finances/Informe%20CIDH%202012_web_Eng_final.pdf.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 2012*, nota 29, p. 86.

³² El presupuesto del Tribunal Europeo de 66.8 millones de euros para 2013 es accesible en http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/howitworks&c=#newComponent_1346157778000_pointer. A la tasa de cambio del 24 de junio de 2013, de un euro=1.31 (EE.UU.), esto llega a 86.7 millones (EE.UU.).

³³ Cassel, D., “El sistema internacional de protección de los derechos humanos y el desafío de Washington”, en Baez, N. y Cassel, D. (eds.), *A Realização e a Proteção Internacional dos Direitos Humanos Fundamentais: Desafios do Século XXI*, Unoesc, 2011, pp. 83-108.

³⁴ Véase las decisiones de la Corte sobre supervisión de cumplimiento de las sentencias, en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/20-supervision-de-cumplimiento>.

con el posible resultado de una disminución dramática de la capacidad de la Comisión para proteger a los derechos humanos. Por su parte, la Corte escapó en gran parte de esta vuelta de “reforma”, pero sufrió retrocesos cuando Venezuela denunció la Convención con efecto en 2013, y la Corte Suprema de Uruguay se negó a cumplir con una sentencia de la Corte Interamericana.³⁵

De manera superficial, la crisis fue impulsada a principios de 2011 por el tema de ¿quién efectivamente nombra al secretario ejecutivo de la Comisión —la Comisión con base en criterios de derechos humanos—, o el secretario general de la OEA —sujeto a presiones políticas por parte de los Estados miembros de la OEA—? Esta pregunta, a su vez, ejemplificó otra cuestión aún más amplia: ¿es la Comisión un órgano de derechos humanos verdaderamente independiente, o es vulnerable a manipulaciones políticas por parte de los Estados?

La independencia de la Comisión no habría sido una cuestión urgente, si no fuera por temas más fundamentales de índole ideológica, geopolítica e institucional, los cuales parecían confabularse en 2011 y 2012 para arrinconar a la Comisión. Además, si el asalto a la Comisión hubiera prosperado, habría sido solo cuestión de tiempo para que la Corte se convirtiera en el próximo blanco.

Ideológicamente, un grupo de Estados, autollamados bolivarianos —principalmente Venezuela, Cuba, Ecuador, Bolivia y Nicaragua—, han promovido varios intentos en años recientes para establecer organizaciones rivales a lo que perciben es una OEA y un SIDH dominado por los EE.UU. A veces uno o más de esos Estados han apostado por competidores de la OEA, tales como la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América (Alba),³⁶ la Unión de Estados Suramericanos (Unasur),³⁷ la Comunidad

³⁵ Sobre Venezuela, véase nota 17. Sobre Uruguay, véase Corte Int.-Am. DD.HH., Caso Gelman *vs.* Uruguay, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución del 20 de marzo de 2013.

³⁶ Alba es la Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América. Alba se propuso originalmente por el presidente de Venezuela, Hugo Chávez, en 2004, como alternativa al Tratado de Libre Comercio de las Américas. Los miembros, en orden de fecha de acceso, son Venezuela, Cuba, Bolivia, Nicaragua y Ecuador, más tres países pequeños del Caribe. Véase en <http://www.alba-tcp.org/>.

³⁷ Unasur se fundó en 2008 para promover la integración regional en varios campos sociales y económicos, así como en temas de seguridad y democracia. Los doce miembros de Unasur son Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela. México y Panamá son observadores. Véase en <http://www.unasursg.org/inicio/organizacion/historia>.

de Estados Latinoamericanos y del Caribe (Celac),³⁸ el Mercado Común del Sur (Mercosur),³⁹ y hasta reuniones de los Estados partes de la Convención Americana, las cuales a propósito excluyen a EE.UU.⁴⁰

No obstante, hay motivos para creer que su oposición ideológica es, en parte, un pretexto para su represión de derechos civiles y políticos. Cuba se señala año tras año en los informes de la Comisión por ser un país con problemas especiales de derechos humanos, mientras que Venezuela fue nombrado en nueve de los últimos diez informes anuales, y Ecuador en uno.⁴¹ Además, Venezuela y Bolivia eran los enfoques de informes especiales de gran tamaño elaborados por la Comisión.⁴² En 2012, Ecuador se enojó en especial por las medidas cautelares solicitadas por la Comisión, y por los críticos públicos hechos por la relatora especial de la Comisión para la Libertad de Expresión, sobre una sentencia condenatoria de unos 40 millones de dólares ganada por el presidente ecuatoriano, Rafael Correa, en contra del periódico *El Universo* y de sus directores y periodistas, por una supuesta difamación.⁴³

Violaciones graves de la libertad de prensa⁴⁴ y de la independencia de la judicatura⁴⁵ se demuestran también por una serie de sentencias decretadas

³⁸ Celac se fundó en 2011 en Venezuela. Este organismo es una alternativa obvia a la OEA, donde sus 33 miembros son efectivamente los mismos que los 35 miembros de la OEA, salvo EE.UU. y Canadá. Los objetivos de Celac incluyen la promoción de la integración económica regional y el desarrollo, así como “[p]rofundizar la coordinación de posiciones para proyectar una visión común de América Latina y el Caribe en diálogos externos”. Véase en http://www.celac.gob.ve/index.php?option=com_content&view=frontpage&Itemid=1&lang=en.

³⁹ Mercosur (el Mercado Común del Sur) se fundó en 1991. Los cinco miembros de este organismo incluyen a Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela, aun cuando se suspendió a Paraguay en 2012, luego de la jurídicamente cuestionable destitución de su presidente de la época. Bolivia también ha sido admitido para ser miembro, sujeto a ratificación por los cuerpos legislativos de los Estados miembros. Véase en <http://www.mercosur.int/>.

⁴⁰ “Cita de Cochabamba emite declaración final de seis puntos”, *El Universal*, 14 de mayo de 2013, en <http://www.eluniverso.com/noticias/2013/05/14/nota/924241/cita-cochabamba-emite-declaracion-final-6-puntos>.

⁴¹ Véase los índices al capítulo IV de los informes anuales de la Comisión para los años 2003-2012, en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/anuales.asp>.

⁴² Un listado de los informes se encuentra en <http://www.oas.org/en/iachr/reports/country.asp>.

⁴³ Medidas cautelares PM 406/11, 11 de febrero de 2012, resumidas en *Informe Anual*, p. 74, párrs. 22 y 23; Comunicado de Prensa R20/12, “Relatores especiales para la Libertad de Expresión de ONU y CIDH manifiestan su profunda preocupación por la confirmación de la condena contra periodistas en Ecuador”, 16 de febrero de 2012, en <http://www.oas.org/en/iachr/expression/showarticle.asp?artID=884&IID=1>.

⁴⁴ Corte Int.-Am.DD.HH., *Perozo v. Venezuela*, Sentencia del 28 de enero de 2009, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_195_ing.pdf; *Ríos v. Venezuela*, Sentencia del 28 de enero de 2009, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_194_ing.pdf.

⁴⁵ Corte Int.-Am.DD.HH., *Chocrón Chocrón v. Venezuela*, Sentencia del 1o. de julio de 2011, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_ing.pdf; *Afuni v. Venezue-*

por la Corte Interamericana en contra de Venezuela,⁴⁶ culminando en la denuncia de la Convención por parte del gobierno chavista en septiembre de 2012, con efecto un año después, de tal modo que Venezuela escapa de la competencia contenciosa de la Corte por hechos cometidos con posterioridad a septiembre de 2013.⁴⁷

Esas divisiones ideológicas y de derechos humanos se agudizaron por los cambios contemporáneos en las relaciones de poder en la región. Lo más importante es la ascendencia de Brasil a ser un poder mundial. En 2012, Brasil, según informes, sobrepasó a Gran Bretaña para ser la sexta economía del mundo (superada tan solo por EE.UU., China, Japón, Alemania y, apenas por un poco, Francia).⁴⁸ Un país tan potente ya no queda contento de jugar la pelota en lo que percibe es la gancha de los EE.UU., es decir, la OEA. Por lo tanto, esto justifica el protagonismo de Brasil en tres organizaciones potencialmente rivales (Unasur, Celac y Mercosur).

Afortunadamente, a diferencia de Venezuela y Ecuador, Brasil por lo general respeta a la libertad de prensa y a la independencia del Poder Judicial. Cuando Ecuador intentó convencer a los Estados partes a la Convención de emitir una resolución que de hecho debilitaría a la Comisión, Brasil se juntó con otros Estados partes para sacar las propuestas más extremas.⁴⁹ A la vez, sin embargo, Brasil permitió la aprobación de una propuesta para mudar la Comisión de Washington a otro país, debilitando así el rol de EE.UU. (si bien la propuesta se redujo a solamente recomendar que se haga un análisis de la posible mudanza).⁵⁰

El ascenso de Brasil también es relevante a la equivocación más costosa de la Comisión en años recientes. Durante 2011-2012, un consenso creciente, no solamente entre Estados, sino también entre las ONG de derechos humanos, se dio cuenta de que en un número de casos importantes la Comisión manejó mal la manera, el momento y el contenido de sus ac-

la, Medidas provisionales, resolución del 2 de marzo de 2011, en http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/afuni_se_02_ing.pdf; Reverón Trujillo v. Venezuela, Sentencia del 30 de junio de 2009, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_ing.pdf; Apitz Barbera v. Venezuela, Sentencia del 5 de agosto de 2008, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_ing.pdf.

⁴⁶ Las sentencias en contra de Venezuela se encuentran en <http://www.corteidh.or.cr/index.php/16-juris/22-casos-contenciosos>.

⁴⁷ Véase nota 17; Convención, artículo 78.2.

⁴⁸ “Brazil «overtakes UK’s economy»”, *BBC News*, 6 de marzo de 2012, en <http://www.bbc.co.uk/news/business-17272716>.

⁴⁹ “Cita de Cochabamba emite declaración final de seis puntos”, *cit.*

⁵⁰ *Idem.*

ciones hacia Estados. Siendo un órgano cuasijurisdiccional, que tiene que depender en parte de la persuasión diplomática, las comunicaciones de la Comisión con los altos niveles de los gobiernos eran a veces ineptas. Por consiguiente, cuando los Estados bolivarianos lanzaron su ataque en 2011-2012, los amigos de la Comisión entre los Estados del hemisferio tardaron en defenderla, y aun así a medias, mientras que algunos de ellos agregaron sus propias quejas.

Ningún caso era más grave que el del poder regional creciente. El proyecto de infraestructura más importante de Brasil durante el gobierno de la presidenta Dilma Rousseff era la represa de Belo Monte en la región andina, que sería la tercera fuente de hidroelectricidad del mundo entero. Luego de largos años de planificación, la represa fue contratada en 2010, y recibió una licencia parcial para construcción en enero de 2011.⁵¹ Pero sin lugar a dudas, la represa tendría impactos dramáticos en los grupos indígenas de la zona.⁵²

En abril de 2011 —al parecer sin consulta previa con Brasil, a pesar de la regla que por lo general ordena un aviso previo a los Estados—,⁵³ la Comisión decretó medidas cautelares, solicitando a Brasil que cese de inmediato el proceso de licencia y de la construcción de la represa, ya que estaban pendientes procesos de consulta y medidas con todas las comunidades indígenas afectadas para salvaguardar las vidas y la salud de ellas. Los procesos de consulta deberían ser voluntarios, informados, de buena fe, apropiados culturalmente, con fines de llegar a un acuerdo, y luego de acceso por las comunidades a los análisis del impacto social y medioambiental del proyecto, traducido a sus idiomas respectivos.⁵⁴

De ser una cuestión académica del derecho internacional en materia de los derechos humanos, la solicitud de la Comisión era impecable. El impacto de la represa en los derechos humanos de las comunidades indígenas de la zona parecía ser grave.⁵⁵

Por otro lado, desde el punto de vista diplomático, la solicitud de la Comisión era lamentable. De manera previsible, la presidenta Rousseff se

⁵¹ La información de trasfondo sobre la represa se resume brevemente en el informe “La represa Belo Monte”, en *Wikipedia*.

⁵² “Interamerican Association for Environmental Defense”, *Belo Monte Hydroelectric Dam*, en http://www.aida-americas.org/node/1542?gclid=Cj6ow4GF_7cCFQpnOgodTyYAfv.

⁵³ La regla 25.5 requiere el aviso previo al Estado de las medidas cautelares, salvo cuando la urgencia no permite tiempo para ello.

⁵⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 2011*, capítulo III.c.1, párr. 32, en <http://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2011/TOC.asp>.

⁵⁵ Véase nota 52.

puso furiosa. En desafío de la solicitud de la Comisión, Brasil procedió a conceder la licencia plena para la construcción de la represa.⁵⁶ De manera inquietante, Brasil retiró a su embajador ante la OEA, así como a su candidato para la Comisión Interamericana, y según informes, suspendió su pago de cuotas a la OEA.⁵⁷

Todo esto amenazó no solo a la Comisión, sino a la misma OEA. Consecuentemente, la Comisión se rindió, y ya en julio de 2011 —una vez recibidas las informaciones del Estado—, modificó su solicitud. Dentro de esta modificación, la Comisión solicitó a Brasil que tomara medidas para proteger la salud, la integridad cultural, la tierra y el medioambiente de las comunidades indígenas de la zona, que viven en “aislamiento voluntario”; sin embargo, aquella ya no solicitó el cese de la licencia o de la construcción de la represa, y aplazó su consideración de los temas de la consulta previa a la etapa del fondo del proceso ante ella.⁵⁸

El exceso diplomático de la Comisión no logró ningún beneficio para las comunidades indígenas que no fuera alcanzable por medios más prudentes; en este sentido, la Comisión quedó desprestigiada, primero, por exceso, y luego, por rendición, además de que la OEA sufrió una herida institucional. En el momento de escribir estas palabras (octubre de 2013) —a más de dos años de la imprudencia—, Brasil todavía no cuenta con representante permanente ante la OEA, donde su misión queda a cargo de un representante interino.⁵⁹

El fiasco de Belo Monte influyó en las percepciones diplomáticas en 2011, justo en el momento de inicio del proceso de evaluación de la Comisión por parte de los Estados miembros de la OEA. Se tardaría más que un año, antes que Brasil —país democrático con compromiso con los derechos humanos— prestara apoyo alguno a la Comisión, frente a los asaltos encabezados por Venezuela y Ecuador.

⁵⁶ Brooks, Bradley, “Brazil grants building license for Amazon dam”, *Bloomberg Businessweek*, 1o. de junio de 2011.

⁵⁷ “Coalition of Non-Governmental Organizations Concerned about Large Dams in the Brazilian Amazon”, *Universal Periodic Review (UPR) Civil Society Submission for Brazil*, 28 de noviembre de 2011, en http://www.aida-americas.org/sites/default/files/refDocuments/LargeDams_UPRJointSub_Brazil_2nd_Cycle.pdf.

⁵⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe Anual 2011*, capítulo III.c.1, párr. 33, en <http://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2011/TOC.asp>.

⁵⁹ Véase el listado de los representantes permanentes a la OEA en http://www.oas.org/en/member_states/authorities.asp.

V. LA CAMPAÑA PARA DEBILITAR AL SISTEMA, BAJO LA BANDERA DE FORTALECERLO

En junio de 2011, el Consejo Permanente de la OEA creó un Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericana de Derechos Humanos (Grupo de Trabajo). En diciembre de 2011, el Grupo de Trabajo sacó su informe.⁶⁰ El informe contempló tantas amenazas potenciales a la efectividad del SIDH, que en enero de 2012 unas noventa ONG de la sociedad civil a lo largo del hemisferio sacaron una declaración conjunta, en la cual expresaron abiertamente su escepticismo sobre el proceso de la OEA. Mientras apoyaban cualquier iniciativa “que suponga el fortalecimiento” del SIDH, agregaron que tales procesos “deben llevarse a cabo de manera genuina, es decir con el propósito real de fortalecer..., y no de limitar el alcance de la tutela regional de protección”.⁶¹

No obstante, en el mismo mes, el informe del Grupo de Trabajo se aprobó por el Consejo Permanente.⁶² Posteriormente, transcurrió más de un año de gestiones diplomáticas, intervenciones por la sociedad civil, y respuestas por parte de la Comisión, culminando en una Asamblea General Extraordinaria de la OEA en marzo de 2013.⁶³

En el contexto de los desafíos arriba resumidos, no había garantía alguna de un resultado exitoso. A lo largo de 2011 y 2012, la futura efectividad de la Comisión parecía un riesgo. Un tema estratégico afectó al proceso entero, ya sea abrir de nuevo el Estatuto de la Comisión —sometiendo el futuro de la Comisión a la contienda política en un momento no oportuno—, o bien dejar que la Comisión haga cualesquiera reformas necesarias, por

⁶⁰ *Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la consideración del Consejo Permanente (Informe GT)*, OEA/Ser.G/GT/SIDH-13/11 rev. 2, 13 de diciembre de 2011.

⁶¹ CEJIL, Comunicado conjunto, “Observaciones al proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana para el fortalecimiento del sistema interamericano de protección de derechos humanos”, 27 de enero de 2012 (Observaciones SC), en <http://cejil.org/comunicados/observaciones-al-proceso-de-reflexion-sobre-el-fortalecimiento-del-sistema-interamericano>.

⁶² OEA, Comunicado de prensa C-018/12, “Consejo Permanente de la OEA aprobó el Informe del Grupo de Trabajo sobre el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 25 de enero de 2012.

⁶³ Asamblea General de la OEA, sesión especial 44, 22 de marzo de 2013, AG/RES. 1 (XLIV-E/13), “Resultados del proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos”.

medio de enmiendas a su propio reglamento, gobernado exclusivamente por ella misma.

Afortunadamente, la Comisión pasó la prueba de manera prudente. En consecuencia, se realizaron consultas amplias y abiertas con todos los participantes en el SIDH, en distintos lugares del hemisferio, durante varios meses; asimismo, se publicó un análisis extenso y una respuesta constructiva a las recomendaciones del Grupo de Trabajo, e incluso se aceptaron todas las recomendaciones razonables.⁶⁴ Mientras mantuvo firmemente su independencia, la Comisión dialogó con mucho tacto y de manera bien diplomática con los Estados miembros de la OEA.

A fin de cuentas, la Comisión y los derechos humanos en el hemisferio ganaron; además, no se abrió el Estatuto de la Comisión. Las reformas de su reglamento fortalecieron su efectividad y credibilidad.⁶⁵ Asimismo, la Comisión recuperó apoyo diplomático amplio, mientras que su opositor más vociferante —Ecuador— al fin quedó marginalizado en el debate de la OEA. La Asamblea General de marzo de 2013 no aprobó ninguna de las propuestas diseñadas a entorpecer a la Comisión.⁶⁶ Si bien su resolución incluyó una disposición para salvar la cara del Ecuador, instruyendo al Consejo Permanente a “continuar el diálogo”,⁶⁷ los esfuerzos por parte del Ecuador y sus aliados de la ALBA para abrir de nuevo el debate, en la Asamblea General Ordinaria de junio de 2013, no prosperaron.⁶⁸

La victoria (hasta la fecha) no se debía exclusivamente a la diplomacia hábil de la Comisión. Así pues, la sociedad civil de todo el hemisferio defendió de manera eficaz a la Comisión,⁶⁹ lo cual es una muestra de la evaluación positiva de la Comisión y del SIDH por parte de los defensores de los derechos humanos en las Américas. También diplomáticos importantes

⁶⁴ “Respuesta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos respecto de las recomendaciones contenidas en el Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos” (Respuesta Comisión), 23 de octubre de 2012, en <http://www.oas.org/en/iachr/strengthening/docs/RespCPEn.pdf>.

⁶⁵ La Comisión enmendó ciertas reglas en marzo de 2013. Resolución 1/2013, “Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas”, 18 de marzo de 2013.

⁶⁶ Véase nota 63

⁶⁷ Resolución en nota 63, párr. 2.

⁶⁸ CEJIL, Newsletter, 43rd OAS General Assembly, 26 de junio de 2013; OAS General Assembly, Draft Resolution presented by Ecuador, *Follow-Up on Resolution AG/RES. 1 (XLIV-E/13) corr. 1*, AG/doc.5399/13, 5 de junio de 2013; Asamblea General de la OEA, “Observaciones y recomendaciones sobre el Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, AG/RES. 2796 (XLIII-O/13), 5 de junio de 2013.

⁶⁹ Observaciones CS, nota 61.

de varios Estados prestaron apoyo, entre ellos, por suerte, el presidente del Grupo de Trabajo, el embajador Joel Hernández de México.⁷⁰

Mientras tanto, se debilitaron los líderes del ataque contra la Comisión —Venezuela y Ecuador—. En la medida en que Hugo Chávez se puso gravemente enfermo durante 2012, y murió a principios de 2013, el peso diplomático de Venezuela en las Américas se cayó de manera precipitada. Además, Ecuador sufrió de un canciller, cuyo estilo poco cortés y cuyas posturas extremistas contribuyeron a que sus homólogos en la OEA perdieran la paciencia con él.

Sin embargo, nada de este fin feliz era predecible en diciembre de 2011, cuando, luego de varios meses de trabajo, el Grupo de Trabajo formuló 67 recomendaciones —unas 53 dirigidas a la Comisión, y tan solo 13 a los Estados miembros de la OEA, más una al secretario general de la OEA—. ⁷¹

Muchos elementos del informe eran positivos, gracias en parte al liderazgo constructivo del presidente del Grupo de Trabajo, el embajador Hernández. El informe reafirmó la importancia del SIDH como “elemento fundamental” en fortalecer la democracia en el hemisferio.⁷² Asimismo, se reconoció que la autonomía y la independencia de la Comisión, dentro de su marco jurídico, son esenciales para mantener su “credibilidad, legitimidad y funcionalidad”.⁷³ Igualmente, el informe alabó el “valor y utilidad” del Plan Estratégico de la Comisión y de las directrices de la Corte para el periodo 2011-2015.⁷⁴

Muchas recomendaciones del Grupo de Trabajo tenían sentido y fueron aceptadas por la Comisión; por ejemplo, fortalecer los mecanismos de la Comisión para consultas con todos los participantes en el SIDH;⁷⁵ hacer que todos los archivos de la Comisión sean accesibles electrónicamente y con buscador;⁷⁶ alentar soluciones amistosas en toda etapa de los procesos ante la Comisión,⁷⁷ y elaborar un proyecto para que el presidente de la Comisión sirva a tiempo completo en la sede de la Comisión.⁷⁸

Ya en octubre de 2011, el Grupo de Trabajo había ayudado a convenir al Consejo Permanente de la OEA para recomendar un aumento inme-

⁷⁰ Originalmente, el embajador peruano presidió, pero el embajador mexicano le reemplazó en octubre de 2011.

⁷¹ Respuesta Comisión, párrs. 2 y 18.

⁷² *Informe GT*, parte VIII, i.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ *Ibidem*, parte VIII, ii.

⁷⁵ *Ibidem*, parte VIII.ii.1.A.

⁷⁶ *Ibidem*, parte VIII.ii.3.

⁷⁷ *Ibidem*, parte VIII.ii.4.

⁷⁸ *Ibidem*, parte VIII.ii.1.A.

diato del 5% en el presupuesto ordinario de la Comisión y la Corte —lejos de suficiente, pero un paso adelante—. ⁷⁹ El informe del Grupo de Trabajo reconoció, además, que el fortalecimiento del financiamiento del SIDH es “necesario y urgente”, y recomendó aumentar progresivamente el apoyo presupuestario para la Comisión y la Corte. ⁸⁰

No obstante, reflejando el deseo de algunos Estados de debilitar a la Comisión bajo la bandera de fortalecerla, el informe planteó varias propuestas diseñadas solamente a aparentar el fortalecimiento de la Comisión, pero de hecho la habrían debilitado.

Lo siguiente resume los temas principales debatidos en 2011-2012 y su eventual resolución.

1. *Enmendar el Estatuto*

La Convención (artículo 39) parece encomendar a la Comisión la elaboración de su propio Estatuto: “La Comisión preparará su Estatuto, lo someterá a la aprobación de la Asamblea General, y dictará su propio Reglamento”. Por otro lado, el Estatuto (artículo 22.1) dispone: “El presente Estatuto podrá ser modificado por la Asamblea General”. Un análisis por parte de más de 130 profesores de relaciones internacionales y de derecho internacional (entre ellos el presente autor) de 17 Estados miembros de la OEA, enviado a todos los embajadores ante la OEA, concluyó que no hay inconsistencia entre esas dos disposiciones. La Asamblea General sí puede enmendar el Estatuto, pero solamente por iniciativa de la Comisión, y no frente a su objeción. ⁸¹

En todo caso, la Asamblea General no tuvo que resolver la cuestión, porque la aceptación por parte de la Comisión de la mayoría de las recomendaciones del Grupo de Trabajo, en las reformas del reglamento y en las nuevas políticas, llegó a satisfacer a un consenso de Estados que no se necesitaba una reforma del Estatuto.

2. *Selección del director ejecutivo de la Comisión*

El Estatuto de la Comisión (artículo 21.3) dispone que su director ejecutivo “será designado por el Secretario General de la Organización en con-

⁷⁹ *Ibidem*, parte III.

⁸⁰ *Ibidem*, parte VIII.ii.7.A.

⁸¹ Sánchez, Nelson Camilo y Rodríguez Garavito, César, *Los límites jurídicos a las reformas al Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*, 2013, en http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=1455.

sulta con la Comisión”. Durante dos décadas, la Comisión ha contado con un entendimiento con el secretario general, que él nombraría solamente a personas propuestas por la Comisión. En la tormenta de 2011, sin embargo, algunos Estados intentaron presionar al secretario general para que renunciara al acuerdo.

Mientras reconoce que la autoridad última para el nombramiento corresponde al secretario general de la OEA, la Comisión en septiembre de 2011 respondió por enmendar a su reglamento (regla 11) para establecer un proceso abierto de mérito para seleccionar al candidato, cuyo nombre se envía al secretario general. Efectivamente, el Grupo de Trabajo “tomó nota” del nuevo procedimiento y así “concluyó” su estudio del tema.⁸² Al año siguiente, la Comisión cumplió con su nuevo procedimiento, y el secretario general nombró al candidato bien percibido de la Comisión, Emilio Álvarez Icaza de México, quien es el actual secretario ejecutivo de la Comisión.

3. *Promoción versus protección*

La Comisión tiene el mandato tanto de promover como de proteger a los derechos humanos.⁸³ A la luz de las violaciones graves de derechos humanos que todavía se sufren en el hemisferio, y la insuficiencia obvia del presupuesto, la Comisión ha priorizado con razón sus funciones de protección. Si bien la promoción es importante para la creación a largo plazo de una cultura de respeto para los derechos humanos, la sociedad civil siempre ha recomendado que la Comisión priorice la protección de las víctimas, frente a las amenazas urgentes, inmediatas y graves en contra de la vida, de la integridad personal y de la libertad.

Sin embargo, el informe del Grupo de Trabajo, influido por los criterios de los Estados en los cuales las víctimas necesitan más protección, calificó a la promoción y a la protección de “igualmente necesarias”, y recomendó que la Comisión busque el “mejor posible equilibrio” de esfuerzos, tiempo y recursos entre las dos funciones.⁸⁴ En otras palabras, la Comisión debe desviar recursos de donde se necesitan más urgentemente —las actividades de protección, que pueden llegar a avergonzar a los Estados— hacia conferencias y manuales inofensivas.

La sociedad civil respondió que imponer que la Comisión realice extensas actividades adicionales de promoción y de asistencia técnica sería

⁸² *Informe GT*, parte VII.

⁸³ Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, artículos 1o. y 18-20.

⁸⁴ *Informe GT*, parte VIII.ii.6.

“imponerle una carga imposible de cumplir que impactaría gravemente en el sistema de casos”.⁸⁵

La Comisión de manera inteligente logró evadir el debate, mientras dejó la apariencia de aceptar el informe del Grupo de Trabajo. La Comisión reconoció la importancia de las actividades de promoción. Para lograr un “equilibrio” en sus actividades, se comprometió a hacer todo lo posible para fortalecer sus actividades de promoción.⁸⁶ A la vez, la Comisión señaló que muchas de sus actividades de protección y de elaborar normas, tales como las recomendaciones de garantías de no repetición y de programas de capacitación para personal de seguridad de los Estados, y las interpretaciones de las normas de derechos humanos, también cumplen con una función promocional.⁸⁷ Si bien la Comisión no lo dijo, su resolución efectivamente neutraliza a los intentos de debilitar la protección por medio de desplazar recursos a la promoción.

4. *Informes anuales sobre países*

Cada año, la Comisión selecciona a cuatro o cinco de los 35 Estados miembros de la OEA para ser incluidos en un capítulo especial de su informe anual (capítulo IV), bajo la tesis de que merecen atención especial por la gravedad de sus situaciones de derechos humanos. Cuba siempre se encuentra en el listado. En la última década, Colombia (todavía afligido por un conflicto armado interno) y Venezuela (bajo Hugo Chávez) se encontraron en el listado nueve veces; Haití siete veces; Honduras cuatro veces, y Ecuador y Guatemala una vez.⁸⁸

No sorprende que los países seleccionados resistan esta atención especial. Repetidamente a lo largo de los años, los países han utilizado la táctica de hacer un llamado a la Comisión para evitar la selectividad, y elaborar informes anuales sobre la situación de derechos humanos de todos los países del hemisferio.

En teoría esto sería idóneo, puesto que no hay Estado libre de violaciones graves de derechos humanos. En la práctica, sin embargo, visto el presupuesto inadecuado de la Comisión, elaborar informes creíbles sobre la totalidad de los 35 Estados sería imposible. Dentro de los límites de los

⁸⁵ Observaciones SC, párr. 5 (b).

⁸⁶ Respuesta Comisión, párr. 36.

⁸⁷ *Ibidem*, párrs. 37-39.

⁸⁸ Véase los índices del capítulo IV de los informes anuales de la Comisión (2003-2012), en <http://www.oas.org/es/cidh/informes/anuales.asp>.

recursos actuales, las únicas alternativas para hacerlo serían por medio de informes abreviados y superficiales, deficientes tanto en calidad como en cantidad, o bien por medio de desviar recursos del procesamiento de casos a la elaboración de informes sobre países. En el peor de los casos, la opción sería sencillamente abandonar la tarea de elaborar informes sobre países.

Cualesquiera de esas opciones sería conveniente para los países actualmente seleccionados. El Grupo de Trabajo cayó víctima de la hipocresía de estos últimos. El informe del Grupo insta a la Comisión tanto a reconsiderar la eficacia de este capítulo de su informe anual como a ampliar su cobertura para tratar a todo Estado del hemisferio.⁸⁹

Mientras acordó perfeccionar los criterios y las modalidades de los informes anuales sobre países,⁹⁰ la Comisión se negó a eliminarlos. Asimismo, la Comisión reafirmó su importancia, por ser la manera idónea de llamar la atención de la OEA sobre aquellos Estados cuya situación actual de derechos humanos merece preocupación especial.⁹¹ Rechazando además la misión imposible de elaborar un informe sobre todos los países de la OEA todos los años, la Comisión recordó que de hecho se informa algo sobre todos los países, entre otras maneras, por medio del sistema de casos y de los relatores temáticos.⁹²

5. *Relatores temáticos*

Por lo general, los relatores temáticos son los mismos comisionados, actuando individualmente, con asistencia limitada del personal de la Comisión. Hay relatores que dan seguimiento anual a los derechos de los indígenas; de las mujeres; de los niños; de las minorías sexuales; de las personas privadas de libertad; de los migrantes y sus familias; de las defensoras y defensores de derechos humanos, y de las personas afrodescendientes (este último también trata el tema de la discriminación racial en general).⁹³ Otra unidad temática brinda atención a los derechos económicos, sociales y culturales.⁹⁴

La relatora excepcional es la que aborda lo relacionado con la libertad de expresión. Aquella no es una comisionada, sino una experta seleccionada

⁸⁹ *Informe GT*, parte VIII.ii.5.

⁹⁰ Respuesta Comisión, párrs. 146-148 y 151-153.

⁹¹ *Ibidem*, párrs. 143, 144 y 150.

⁹² *Ibidem*, párrs. 149 y 150.

⁹³ Véase el capítulo II.E del Informe Anual de la Comisión para 2012, en <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2012/indice.asp>.

⁹⁴ *Idem*.

por la Comisión por medio de un concurso abierto. La relatora excepcional cuenta con mayores recursos que los demás relatores, recibidos de fuentes externas (entre ellas EE.UU.). A diferencia de las demás relatorías, cuyos informes se publican juntos en un solo capítulo del informe anual de la Comisión, los informes son mucho más gruesos en el caso de la libertad de expresión y, por ende, se publican en anexos apartes del informe de la Comisión. La relatora actual, la abogada Catalina Botero de Colombia, ha realizado un trabajo excelente de publicitar, investigar y analizar las amenazas a la libertad de expresión, tales como los asesinatos de periodistas, las prácticas restrictivas sobre licencias, y el abuso de demandas por difamación para intimidar y silenciar a periodistas y a publicaciones.⁹⁵ En años recientes, los informes extensos y bien documentados de la relatora han denunciado violaciones en muchos Estados, pero sobre todo en Ecuador y Venezuela.⁹⁶

Ecuador y otros Estados criticados en sus informes, han contestado con dos propuestas —las cuales se incluyeron en el informe del Grupo de Trabajo— diseñadas tanto a restringir sus recursos como a restar eficacia de lo que queda. El informe recomienda, primero, que todos los mecanismos temáticos de la Comisión deben recibir recursos “equilibrados”,⁹⁷ y segundo, que todos los informes temáticos deben publicarse en un solo capítulo del informe anual de la Comisión.⁹⁸

Si bien es cierto que las demás relatorías de la Comisión merecen mayores recursos, la solución no es recortar dramáticamente el presupuesto de la relatora para la libertad de expresión, así minimizando su eficacia (precisamente, este es el objetivo del Ecuador). Si los Estados sinceramente desean fortalecer los otros mecanismos temáticos, deben abogar a favor de recursos “adicionales” de la OEA para ellos,⁹⁹ o bien ofrecer fondos voluntarios para tales fines.

La respuesta de la Comisión encontró una forma de tratar a las relatorías de manera equitativa, sin reducir los recursos o el impacto de la relatoría sobre libertad de expresión. Se comprometió a incluir resúmenes breves de los informes de todas las relatorías en su informe anual, y además

⁹⁵ *Informe de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2012*, anexos, en <http://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2012/TOC.asp>.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. 81-110 (Ecuador) y 171-190 (Venezuela). Aun cuando el informe de 2012 abordó sobre la libertad de expresión en 27 Estados, los informes más extensos eran sobre Ecuador y Venezuela.

⁹⁷ *Informe GT*, parte VIII.ii.7.B.

⁹⁸ *Ibidem*, parte VIII.ii.1.A.

⁹⁹ Observaciones SC, párr. 5 (g).

a enviar a la Asamblea General de la OEA no solo el informe anual de la relatora sobre libertad de expresión, sino también todos los informes publicados durante el año por cualquier relator temático.¹⁰⁰

6. *Donaciones voluntarias de fondos*

El tema de las donaciones de fondos se relaciona al actual desequilibrio presupuestario entre los mecanismos temáticos de la Comisión. La Comisión, así como la Corte, actualmente recibe casi la mitad (46%) de su presupuesto entero, no del presupuesto ordinario de la OEA, sino de donaciones voluntarias por Estados, tanto americanos como no americanos, así como de organizaciones internacionales y no gubernamentales.¹⁰¹ Muchas de tales donaciones —por ejemplo, la donación de EE.UU. para la relatoría sobre libertad de expresión— se dedican a fines específicos.

El informe del Grupo de Trabajo recomienda, a medio plazo, que las donaciones voluntarias se eliminen, y a corto plazo, que se den sin restringirlas a fines específicos.¹⁰² En un mundo ideal, la OEA aportaría todos los fondos necesarios para la Comisión, sin necesidad de donaciones voluntarias. Igualmente, los Estados tendrían la misma voluntad de prestar donaciones para apoyo general a la Comisión que para fines específicos. Tal y como se observó por la sociedad civil, las donaciones para fines específicos complican a la planificación estratégica, y hasta pueden llegar a poner en duda la apariencia de independencia e imparcialidad de la Comisión.¹⁰³

Sin embargo, en el mundo real, esta propuesta llevaría como resultado aún menos financiamiento para una Comisión ya sin finanzas adecuadas. Además, el efecto de esta propuesta sería un recorte grave a la relatoría sobre libertad de expresión (la misma parte del informe hace un llamado a la Comisión a dedicar recursos “equilibrados” a todos los mecanismos temáticos).¹⁰⁴

¹⁰⁰ Respuesta Comisión, párr. 58.

¹⁰¹ *Ibidem*, párr. 194. El Informe Anual de la Comisión para 2012 (p. 34, párr. 178) agradeció a los siguientes sujetos por sus donaciones en 2012: 1) Estados miembros de la OEA —Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Paraguay y Estados Unidos—; 2) Estados observadores —España, Finlandia, Francia, Holanda, Irlanda y Suiza—, y 3) otras instituciones —la Comisión Europea, The International Group for Indigenous Affairs (IWGIA), Plan International, the Joint United Nations Programme on HIV/AIDS (UNAIDS), Save the Children Sweden, y la Universidad de Notre Dame—.

¹⁰² *Informe GT*, parte VIII.ii.7.A.

¹⁰³ Observaciones SC, párr. 6.

¹⁰⁴ *Informe GT*, parte VIII.ii.7.B.

La Comisión respondió que solicita donaciones voluntarias para apoyo general, pero que también acepta donaciones para fines específicos, siempre que estén dentro de las actividades contempladas en el Plan Estratégico.¹⁰⁵

7. *Requisitos procesales y fechas límites*

El cumplimiento por parte de la Comisión con los plazos procesales en el trámite de los casos es, por supuesto, deseable. Pero el informe del Grupo de Trabajo revela una inclinación a favor de los Estados, porque insta a la Comisión a prolongar los plazos para Estados (pero no para las víctimas), mientras a la vez demanda cumplimiento “riguroso” con los plazos para las víctimas.¹⁰⁶

La Comisión respondió que ya aplica de manera estricta los requisitos para la admisibilidad de casos, pero sin llegar al extremo de disminuir la eficacia del sistema para las víctimas, y que va a publicar una guía para los Estados sobre el tema.¹⁰⁷ En cuanto a las demoras en el procesamiento de los casos, la Comisión reconoció el problema. Asimismo, la Comisión observó que sus mejoras administrativas a partir de 2007 habían reducido la duración mediana para la evaluación inicial de los casos, de 50 meses a 27 meses;¹⁰⁸ no obstante, enfatizó que las mejoras continuas van a necesitar recursos adicionales.¹⁰⁹ Sobre las demoras en las resoluciones de fondo, la Comisión se expresó con franqueza: no se debe archivar los casos por motivo de demoras causadas por la falta de recursos proporcionados a la Comisión por la OEA. Esto, en efecto, trasladaría la carga de las deficiencias estatales a las víctimas.¹¹⁰

Sobre notificación oportuna a los Estados, la Comisión se mostró flexible. Se comprometió a asegurar un plazo máximo de un mes entre el fin de la evaluación inicial de un caso y la notificación al Estado.¹¹¹ Siempre que las evaluaciones iniciales duren un promedio de más de dos años, el resultado seguirá siendo el siguiente: demoras largas entre la entrega de una petición y la primera notificación formal al Estado. La Comisión dijo, además, que va a considerar prolongar los plazos para que las partes respondan

¹⁰⁵ Respuesta Comisión, párrs. 195 y 196.

¹⁰⁶ *Informe GT*, partes VIII.ii.2.A.j; VIII.ii.3.a, “f” y “f”.

¹⁰⁷ Respuesta Comisión, párrs. 99-101.

¹⁰⁸ *Ibidem*, párr. 106.

¹⁰⁹ *Idem*.

¹¹⁰ *Ibidem*, párr. 107.

¹¹¹ *Ibidem*, párr. 112.

sobre la admisibilidad y el fondo.¹¹² Finalmente, puede ser que la Comisión concederá a los Estados más tiempo para responder a sus recomendaciones en casos complejos, que necesitan la colaboración de distintas ramas del Estado, tomando en cuenta también las leyes de los Estados sobre la implementación de las resoluciones de la Comisión.¹¹³

8. *Universalidad*

Tan solo 23 Estados miembros de la OEA —que no incluyen ni los Estados Unidos ni Canadá— son Estados partes a la Convención Americana de Derechos Humanos, y solo 20 han hecho la declaración adicional que se requiere para aceptar la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹¹⁴ Puesto que no hay perspectiva a corto plazo que indique que EE.UU. ratificará a la Convención, la universalidad sigue siendo un tema preferido del Ecuador y de otros Estados represivos, los cuales lo utilizan como palo para golpear al superpoder. Cabe señalar que esa táctica ya no se puede usar tan fácilmente por parte de Venezuela, ya que denunció la Convención.

En la respuesta al informe del Grupo de Trabajo, la Comisión se comprometió a realizar un estudio en 2013 sobre los efectos de la falta de ratificación universal de la Convención y de otros tratados interamericanos sobre los derechos humanos.¹¹⁵ También la Comisión acordó seguir abogando a favor de la ratificación universal en sus actividades de promoción y protección.¹¹⁶

En todo caso, vale recordar que la ratificación, sin más, puede significar poco. En este sentido, la sociedad civil observó que

...más allá de la ratificación, los Estados deben adoptar legislación, políticas y prácticas internas necesarias para que dichos tratados e instrumentos sean implementadas de manera efectiva... [N]o son pocos los Estados Partes que, a pesar de haber ratificado instrumentos regionales de protección, tienen pendiente la adopción de tipos penales internos, legislación, o políticas públicas que los materialicen.¹¹⁷

¹¹² *Ibidem*, párrs. 118 y 119.

¹¹³ *Ibidem*, párr. 120.

¹¹⁴ Véase el listado en <http://www.oas.org/en/iachr/mandate/Basics/4.RATIFICATIONS%20AMERICAN%20CONVENTION.pdf>.

¹¹⁵ Respuesta Comisión, párr. 30.

¹¹⁶ *Ibidem*, párrs. 34 y 35.

¹¹⁷ Observaciones SC, párr. 5 (a).

9. *Medidas cautelares*

Las recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre medidas cautelares, las cuales reflejan en parte la imprudencia de la Comisión en algunos casos, sobre todo en el caso Belo Monte, eran especialmente detalladas y en su mayor parte útiles,¹¹⁸ por lo cual la mayoría fueron adoptadas por la Comisión.¹¹⁹

Sin embargo, las observaciones de la sociedad civil argumentan que “muchas de estas recomendaciones podrían limitar el alcance de protección hacia los y las ciudadanos/as de la región en situaciones de gravedad y urgencia”.¹²⁰ Por ser tal vez la más preocupante, la sociedad civil subrayó la recomendación de un “requerimiento de información por parte de la CIDH al Estado en todos los casos antes de conceder las medidas”. La aplicación automática de este, según la sociedad civil, quitaría eficacia de las medidas, por demorarlas, “aumentando en ocasiones el riesgo contra el/la solicitante”. En algunos casos, según las observaciones de la sociedad, “los hostigamientos se han consumado durante ese periodo de solicitud de información al Estado”.¹²¹

Además, se objetó que el informe del Grupo de Trabajo “carezca de recomendaciones a los Estados que, más allá del desarrollo de buenas prácticas, requiera el cabal cumplimiento de las medidas, y aliente a crear mecanismos para prevenir situaciones de riesgo y, cuando las mismas existan, responder de forma efectiva”.¹²²

En marzo de 2013, la Comisión enmendó su reglamento aplicable (regla 25) para expresar de forma más explícita los criterios y procedimientos para otorgar medidas cautelares.¹²³ La regla requiere aviso previo a los Estados antes de otorgar las medidas, salvo cuando la urgencia de la situación no permite demora alguna.¹²⁴

¹¹⁸ *Informe GT*, parte VIII.ii.2.

¹¹⁹ Véase la regla 25 reformada, adoptada por la Comisión en su Resolución 1/2013, “Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas”, 18 de marzo de 2013.

¹²⁰ Observaciones SC, párr. 5 (c).

¹²¹ *Ibidem* (nota a pie de página omitida). El documento de la sociedad civil citó un caso en el cual la Comisión solicitó información de un Estado antes de otorgar las medidas y, según ellos, uno de los potenciales beneficiarios tuvo que exiliarse antes de recibir respuesta, debido al peligro inminente a la vida y la falta de medidas cautelares. Véase nota 14.

¹²² *Idem*.

¹²³ Resolución 1/2013, “Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas”, 18 de marzo de 2013.

¹²⁴ *Ibidem*, regla 25.5.

10. *Otros temas planteados por la sociedad civil*

Las observaciones de la sociedad civil de enero de 2012, con razón, destacaron temas omitidos en el informe del Grupo de Trabajo, los cuales son esenciales para un esfuerzo completo para fortalecer el SIDH. Entre ellos tenemos a los siguientes: la selección de los comisionados con base en el mérito (y no de canje de votos entre los Estados), y la realización de procedimientos más transparentes para la elección de los miembros de la Comisión y de la Corte;¹²⁵ la necesidad de que los Estados adopten leyes internas, políticas, planes y mecanismos para cumplir con sus deberes interamericanos en materia de derechos humanos;¹²⁶ la falta de un mecanismo de la OEA para facilitar la ejecución de las sentencias de la Corte,¹²⁷ y la importancia de un debate abierto en la OEA para discutir los temas más apremiantes de derechos humanos en el hemisferio.¹²⁸

VI. ESCENARIOS FUTUROS

Tal y como se ha resumido arriba, la vuelta de debate de la OEA de 2011-2013 terminó fortaleciendo el SIDH, en vez de debilitarlo; pero vendrán vueltas futuras. ALBA y otros Estados podrían intentar dar seguimiento a la instrucción de la Asamblea General de marzo de 2013, al Consejo Permanente, de “continuar el diálogo”,¹²⁹ o podrían comenzar una vuelta totalmente nueva en el futuro. Por su parte, otros Estados podrían seguir el ejemplo de Venezuela y denunciar a la Convención. Igualmente, las organizaciones regionales rivales podrían intentar desplazar al SIDH de la OEA con sus propios sistemas de derechos humanos. Así pues, existen numerosos y plausibles escenarios a este respecto, que dependerán de la postura que se adopte.

La única certeza es que durante 2011-2013 el SIDH ganó solo una batalla importante, pero no necesariamente la guerra. Dado el conflicto inherente entre los creadores del sistema y su misión, se puede esperar que las amenazas a la efectividad del SIDH surjan de nuevo, de una u otra forma.

¹²⁵ Observaciones SC, párr. 6.a.

¹²⁶ *Ibidem*, párr. 6.b.

¹²⁷ *Ibidem*, párr. 6.c.

¹²⁸ *Ibidem*, párr. 6.d.

¹²⁹ Véase nota 66.

VII. CONCLUSIÓN

El jurista que tengo el honor de calificar de mentor mío, el juez Tomás Buergenthal, era, igual como quien escribe, gran amigo y admirador de Jorge Carpizo, nuestro colega durante años en el consejo directivo de la Fundación para el Debido Proceso Legal. En 2007, el juez Buergenthal recibió un título honorario de la Facultad de Derecho de la Universidad Georg-August de Göttingen, Alemania.¹³⁰ El laudatio se dio por Luzius Wildhaber, antiguo juez y presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Wildhaber recordó las cuatro etapas de la evolución de la protección internacional de los derechos humanos, definidas en 1997 por Buergenthal: las normas, las instituciones, la implementación y la expansión de los mecanismos de protección. Pero Wildhaber iba más allá a preguntar:

Hoy, a los diez años de las reflexiones de Tomás Buergenthal, naturalmente tenemos que formularnos la pregunta incómoda, si estamos o no experimentando una quinta etapa, en la cual los éxitos que pensamos haber logrado están siendo disminuidos, una etapa en la cual la fragilidad de las instituciones de los derechos humanos se ponga evidente a nosotros...¹³¹

Ya ha pasado media década desde que Wildhaber advirtió de esta quinta etapa, una etapa de disminución de lo que pensábamos eran los logros en el campo de la protección de los derechos humanos.

La pregunta es inevitable. No se limita a la resistencia de los Estados a los sistemas regionales de derechos humanos. Se ve también en la falta de respeto para las normas y las instituciones internacionales de los derechos humanos por parte del superpoder mundial, durante las presidencias de George Bush y (en menor, pero todavía preocupante grado) Barack Obama. Se ve, además, en el poder mundial ascendiente de China, cuyo gobierno hasta la fecha no respeta ni a la democracia ni al Estado de derecho, e incluso ni a los derechos humanos. También se puede ver en la falta de capacidad de las instituciones internacionales a prevenir o poner fin al baño de sangre actual en Siria, y en la falta por parte de los Estados miembros de la Corte Penal Internacional a detener al acusado presidente sudanés, Omar al Bashir, aun cuando él visita a sus territorios.

¹³⁰ Los discursos de otorgamiento por el decano, el laudatio del juez Wildhaber y la aceptación por el juez Buergenthal se encuentran en *Human Rights Law Journal* 28, 2007, pp. 161-166.

¹³¹ Wildhaber, Luzius, *Laudatio on the Occasion of the Conferral of an Honorary Doctorate on Thomas Buergenthal by the Georg-August University, Göttingen*, 19 de abril de 2007, reimpresso en *H. Rts. L. J.* 28, 2007, pp. 162-164 (traducción no autorizada del inglés por el autor actual).

Sin embargo, la quinta etapa de Wildhaber no debe llevarnos a la desesperanza. A pesar de la mala lectura de la historia por parte de algunos, quienes argumentan que el momento de los derechos humanos ya pasó,¹³² la etapa actual se caracteriza mejor, no por una disminución en sentido único de los logros de los derechos humanos, sino por una lucha continua entre quienes desean disminuir y quienes desean preservar y ampliar esos logros. La derrota no es para nada inevitable: véase el éxito sorprendente de la defensa reciente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La lección se expresó de manera elocuente por Buergenthal en su discurso de aceptación en Göttingen. El solo hecho de recibir el título honorario, según concluye Buergenthal, “cuando en la época de mi nacimiento en 1934, ninguna persona racional lo pudo haber imaginado, justifica mi convicción de que la lucha para la paz y los derechos humanos no es la ilusión de algún juez viejito y confundido. Es algo que se puede lograr, y que vale la pena luchar para lograr”.¹³³

No dudo que Jorge Carpizo —gran optimista y luchador que siempre era— estaría de acuerdo con estas observaciones de su amigo Buergenthal. Por ello, lamentamos profundamente que en la lucha del futuro ya no contaremos con la inteligencia, el calor humano y el compromiso con los derechos humanos del gran jurista mexicano, Jorge Carpizo.

¹³² Moyn, Samuel, *The Last Utopia: Human Rights in History*, 2010.

¹³³ Buergenthal, Thomas, *Doctorate honoris causa—Acceptance Speech in Göttingen*, reimpresso en *H. Rts. L. J.* 28, 2007, pp. 164-166 (traducción no autorizada del inglés por el autor actual).

REFLEXIONES SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA MUJER EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y DEMOCRÁTICO

Irina CERVANTES BRAVO*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los derechos de la mujer como parte fundamental del Estado constitucional democrático de derecho.* III. *Lineamientos internacionales sobre equidad de género en México.* IV. *Los derechos de la mujer susceptibles de ser controlados por los órganos jurisdiccionales.* V. *Los retos de la equidad de género en materia electoral.* VI. *Reflexión final.* VII. *Fuentes de consulta.*

I. INTRODUCCIÓN

Entre los derechos fundamentales consagrados por la carta magna federal mexicana se reconoce el derecho de igualdad. Dentro de las diversas manifestaciones de tal derecho tenemos al derecho de igualdad de género, como un valor superior que encabeza la lista de derechos que tanto la ley suprema como los instrumentos internacionales garantizan a los habitantes en el Estado mexicano.

A pesar del reconocimiento constitucional —si bien implícito, no expreso— y del reconocimiento convencional a través de diversos instrumentos internacionales —entre ellos la Convención CEDAW—,¹ lo cierto es que la igualdad ante la ley entre hombres y mujeres, así como la erradicación

* Doctora en derecho por la Universidad Complutense de Madrid; docente-investigador en la Universidad Autónoma de Nayarit; miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel I.

¹ El preámbulo de la CEDAW claramente establece que se considera todo tipo de discriminación a la mujer como un problema estructural, que viola los principios de la igualdad de derechos y el respeto de la dignidad humana; asimismo, dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política social, económica y cultural de su país, constituyendo un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia, entorpeciendo el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad.

de cualquier tipo de discriminación por razón de sexo, no se ha logrado en nuestra sociedad; en este sentido, temas como el aborto no tienen una regulación jurídica uniforme en el territorio nacional ni existe una línea jurisprudencial definida en torno a este tema por el máximo intérprete de la Constitución en México, inclusive, como afirmaba el maestro Carpizo, “el aborto se practica sin marco normativo lo cual se sabe y se consiente, con los consiguientes efectos negativos para la salud de las mujeres”.² Por ello, resulta necesario seguir avanzando para hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en México, a fin de acortar la brecha entre la igualdad legal y la igualdad real de las mujeres, pues como acertadamente postula Lasalle, “de nada sirve lo que se escriba en una hoja de papel, sino se ajusta a la realidad, a los factores reales y efectivos de poder”. En consecuencia, el Estado debe garantizar políticas públicas orientadas a superar la discriminación y proteger la igualdad de género en todos los ámbitos, a fin de respetar y dar vida a nuestra Constitución y la normativa internacional, para que tal normativa no quede como un catálogo de buenas intenciones.

Además, es importante empoderar a las mujeres, a fin de que participen plenamente en todos los sectores y en todos los niveles de la actividad económica y gubernamental del Estado; por ejemplo, el empoderamiento de las mujeres en la vida electoral del país como una razón de concretizar derechos fundamentales de naturaleza política. Por consiguiente, la finalidad de este artículo no es otra que analizar los retos que plantean los derechos humanos de la mujer, como un elemento clave de la democracia y del avance de la sociedad a estadios civilizados, para lograr la efectividad plena de sus derechos salvaguardados constitucional y convencionalmente; también como un avance desde el punto de vista sociológico, dado que una sociedad que no garantice un pleno desarrollo a sus mujeres desde un punto de igualdad entre género es una sociedad que bien podría ser catalogada como antidemocrática, pues el derecho de equidad de género es un derecho fundamental. Por ello, la igualdad es un asunto que atañe a ambos sexos contribuyendo al bienestar social, donde la coexistencia entre ambos sexos se efectúen en condiciones de igualdad. Lo ideal es que en una sociedad igualitaria no existan acciones positivas de discriminación para favorecer un género pues la justificación de estas acciones se dan por la falta de igualdad.

Precisamente, esa desigualdad en México del acceso de la mujer a puestos de elección popular justifica las cuotas de género que se imponen a los partidos políticos tanto por la ley como por la jurisprudencia, porque hasta

² Carpizo, Jorge y Valadés, Diego, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. X.

la actualidad no se ha logrado superar esa barrera. El día que como sociedad se logre la igualdad real, material y jurídica de participación de la mujer en la vida pública del país, tales acciones positivas no tendrían razón de ser, mientras tanto son totalmente justificables las cuotas de género impuestas a los partidos políticos; sin embargo, también debemos reconocer que por sí solas esas cuotas no garantizan la participación plena e independiente de la mujer, porque finalmente las mujeres que acceden al poder y participan en la vida política del país viven rehenes de los propios partidos políticos, que en la práctica determinan su actuaciones.

Así pues, lo ideal del empoderamiento de las mujeres en la decisiones trascendentales para el país conlleva el mejoramiento de su perfil a través de su preparación, autonomía, capacidad, liderazgo y por representar los ideales de la sociedad que las elige.

Pues bien, estas y otras reflexiones abordamos a lo largo del presente trabajo, que esperamos sirva para abrir la mesa de debate sobre políticas públicas tendentes a la protección y el ejercicio real de los derechos humanos de las mujeres en el país.

II. LOS DERECHOS DE LA MUJER COMO PARTE FUNDAMENTAL DEL ESTADO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El siglo XIX fue la época de fortaleza del parlamento y de la prevalencia del Estado de legalidad, lo cual ha cambiado para este nuevo siglo, que se ha caracterizado por el posicionamiento de la justicia constitucional, cuyos componentes se vienen perfilando a partir del la instauración del Estado constitucional democrático de derecho. Esta transformación implica concebir a la Constitución y a los tratados internacionales ratificados por México como un bloque de constitucionalidad, como un centro en el que todo converge, espacio en el que lo importante no es solo la ejecución de la Constitución o de los instrumentos internacionales, sino la realización práctica de tales normativas a través de controles efectivos depositados en manos de la jurisdicción nacional e internacional.³

En este sentido, el Estado constitucional democrático de derecho implica no solo el reconocimiento de la supremacía de la Constitución, sino la maximización de los derechos humanos contenidos en la normativa de fuente internacional, pero que conforma el derecho interno, además de que

³ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 8a. ed., Madrid, Trotta, 2008, p. 14.

esto conlleva a un sistema democrático de alternancia en el poder, y como parte del fortalecimiento de la democracia la participación activa de las mujeres como expresión del derecho fundamental a ser votado y como un constante llamado a los gobiernos a respetar y poner en práctica los compromisos adquiridos constitucional y convencionalmente.

México no es ajeno a este movimiento garantista, sino por el contrario, su ingeniería constitucional sigue trabajando en el diseño de su justicia constitucional interna, incorporando mecanismos de control interno e internacionales que permitan el fortalecimiento de su Estado constitucional y democrático de derecho. Tal es así que el 10 de junio del 2011 reformó el artículo 1o. de la Constitución federal, a fin de maximizar los derechos fundamentales y potencializar la aplicación de los convenios y tratados internacionales, con objeto de lograr una armonía entre la normativa interna y la internacional, evitando el rezago y desactualización de nuestras leyes respecto a las tendencias internacionales.⁴

Este modelo de justicia constitucional como un elemento clave para la democracia mexicana, así como una forma de protección al justiciable del contenido que establece a su favor la ley suprema y los instrumentos internacionales, repercuten en la concretización de los derechos humanos de las mujeres, pues ciertamente la Constitución federal establece la igualdad ante la ley, lo que podemos interpretar como una igualdad formal de hombres y mujeres ante la ley, prohibiendo toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social,

⁴ “Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

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

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y las libertades de las personas. Lo cierto es que, tal y como afirma Rodríguez Cobos, “las desigualdades de género siguen presentes en nuestra sociedad y parecen heredarse de generación en generación. Ciertamente se han dado pasos hacia la plena igualdad pero el camino que queda por recorrer aún es largo y difícil debido a que el alcanzar dicha igualdad depende a su vez de otros factores sociales, económicos y culturales”.⁵

La desigualdad de género, como una cuestión de raigambre cultural en México, se propicia por ciertos estereotipos que insisten en clasificar al hombre y a la mujer como dos seres desiguales en papeles, roles, características y funciones, de tal forma que asociamos a las mujeres con labores del hogar y asumiendo un papel laboral secundario, sujeto a los requerimientos de un hombre, existiendo con ello una total ausencia de políticas públicas que permitan a la mujer una conciliación entre su vida familiar y laboral. Desde un punto de vista biológico sí es posible distinguir entre dos sexos, pero cuando distinguimos entre ambos de forma psicosocial, estamos cayendo en la discriminación por género,⁶ vulnerando, por tanto, un derecho fundamental, a sabiendas de que los derechos fundamentales constituyen la principal garantía con la que cuentan los ciudadanos en un Estado constitucional y democrático de derecho. En tal virtud, el Estado debe velar por la protección de los derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la igualdad entre géneros.

Igualmente, los derechos fundamentales tienen un efecto absoluto no solo frente a las autoridades, sino también poseen una eficacia horizontal en la esfera privada o en relación con un tercero (eficacia *Drittwirkung der Grundrechte*, según la doctrina alemana). Esa supremacía de los derechos fundamentales hace necesaria que la actuación de los poderes públicos se encamine a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad entre géneros sea real y efectiva, removiendo obstáculos que impidan o dificulten

⁵ Rodríguez Cobos, E. M., “La igualdad de género”, *Contribuciones a las ciencias sociales*, septiembre de 2009, en www.eumed.net/rev/cccss/06/emrc.htm, consultado el 17 de enero de 2013.

⁶ Lo grave es cuando también de manera sociocultural asignamos roles a las personas en razón de su género, y tachamos de “sentimental” a las mujeres y de “duros” a los hombres. Esto conlleva a que las mujeres adopten un rol más sumiso y los hombres, desde niños, asuman un papel más inflexible, menos tierno y más violento, que incluso podría no corresponderse con su verdadera personalidad, pero con la que estarían socialmente obligados a identificarse. Estamos, pues, alterando la personalidad de estas personas y su rol social. *Ibidem*, p. 2.

su plenitud.⁷ En tal contexto, los derechos de la mujer son parte de esa amalgama de derechos que un Estado constitucional y democrático está obligado a proteger y maximizar, pues un Estado que no garantiza tal protección no puede asumir esa denominación.

Por ello, es importante que en México no solo se trabaje desde el punto de vista normativo, sino también desde el sociológico, a fin de promover y garantizar la equidad de género en todos los ámbitos, pero no como una cuestión feminista, sino como un derecho constitucional y convencional que el Estado esté obligado a salvaguardar, porque no olvidemos que los tratados son normativa interna y forman parte del bloque de constitucionalidad, el cual está compuesto por aquellas normas y principios que sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución a través de diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son, pues, verdaderos principios y reglas de valor constitucional; esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que a veces puedan contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional *stricto sensu*. Ciertamente, el principio de aplicación directa de los derechos fundamentales implica que su eficacia es independiente de la existencia de una ley secundaria que los reglamente, pues son derechos que deben ser reconocidos por toda autoridad y particulares, ya que adquieren un valor jurídico de la propia Constitución y de los instrumentos internacionales; por tanto, son de aplicación directa, a fin de cumplir con la fuerza normativa de la Constitución, que no puede ser quebrantada ni por acción ni omisión.⁸

III. LINEAMIENTOS INTERNACIONALES SOBRE EQUIDAD DE GÉNERO EN MÉXICO

Tal y como lo venimos afirmando en líneas precedentes, el derecho a la igualdad es uno de los derechos fundamentales reconocidos en todos los instrumentos normativos internacionales que desarrollan los derechos humanos. Con la reforma operada al artículo 1o. de la Constitución federal (10 de junio de 2011), existe un reconocimiento expreso a la vigencia de los derechos humanos de fuente internacional, estableciéndose un bloque cons-

⁷ Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales, temas clave de la Constitución española*, 9a. ed., Madrid, Tecnos, 2007, pp. 22 y 23.

⁸ Zúñiga Fajuri, Alejandra, “El derecho a la protección de la salud en la Constitución”, en Silva Gallinato, María Pía y Henríquez Viñas, Miriam Lorena (coords.), *Derechos fundamentales y justicia constitucional*, Santiago, Abeledo-Perrot, 2012, p. 55.

tucional de protección a los derechos de las mujeres, sin que ningún poder o autoridad tenga posibilidades de restringirlos o suspenderlos, sino por el contrario, son parte del ordenamiento interno y, por tanto, debe velarse por su obligatoriedad y efectividad práctica.

Así, tenemos que los instrumentos y convenciones internacionales de los cuales forma parte el Estado mexicano son, entre otros, los siguientes: la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (1952); la Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contratar Matrimonio y Registro de Matrimonios (1962); la Convención sobre Igual Remuneración (1953); la Convención sobre Protección de la Maternidad (1955); la Convención sobre la Discriminación en el Empleo y la Ocupación (1960); la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1981); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1990), y la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993). Por su parte, la Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer de las Naciones Unidas reconoce como derechos de las mujeres a los siguientes: a) votar en todas las elecciones en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna; b) ser elegibles para todos los organismos públicos electivos establecidos por la legislación nacional, en condiciones de igualdad con los hombres, sin discriminación, y c) ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones establecidas por la legislación nacional, en igualdad de condiciones con los hombres, sin discriminación alguna.

Todos estos y otros instrumentos internacionales representan un mosaico de derechos en beneficio de las mujeres, o sea, es un entramado normativo que permite la protección de la calidad de vida de las mujeres, particularmente la CEDAW es un logro muy importante. Ello en virtud de que este tratado representa una especie de carta magna de los derechos humanos de la mujer, pues define la discriminación contra la mujer como

toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto y por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.⁹

⁹ González Licea, Genaro, *Equidad de género a la búsqueda de equidad dentro de la inequidad*, en http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/93/Becarios_093.pdf, consultado el 14 de enero de 2013.

Para concluir este epígrafe, diremos que con independencia de la legislación local, las disposiciones de fuente internacional deberán aplicarse por la autoridad mexicana competente, a fin de maximizar los derechos de las mujeres en el ámbito nacional.

IV. LOS DERECHOS DE LA MUJER SUSCEPTIBLES DE SER CONTROLADOS POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

Conforme a los artículos 1o. y 4o. de la ley suprema federal, entendemos que el varón y la mujer son iguales ante la ley, lo que implica que se otorguen a la mujer los medios apropiados para la realización práctica del principio de igualdad. Ciertamente, como afirma el doctor Carpizo, “la igualdad del varón y de la mujer ante la ley si bien se deduce del artículo primero, el constituyente lo consideró de especial importancia que lo consagró expresamente en el artículo cuarto por dos razones; a) por la desigualdad que históricamente ha sufrido la mujer y b) para evitar duda alguna o interpretaciones incorrectas”.¹⁰

En efecto, ninguna mujer puede ser discriminada por su género, por lo que no cabe distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, el goce o el ejercicio pleno por las mujeres, independientemente de su estado civil, partiendo de la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en cualquier ámbito. Asimismo, se deberá garantizar el respeto a la dignidad de las mujeres y su integridad tanto física como psicológica. Esta igualdad formal que otorga la Constitución debe acompañarse de una igualdad real en las políticas del gobierno federal y estatal, en las que se incentiven y bonifiquen a las empresas que promuevan la contratación indefinida de mujeres en sectores donde se encuentren menos representadas; es decir, incentivar contratos para que las mujeres puedan prestar servicios en ocupaciones con menor índice de empleo femenino, pues el derecho constitucional a la igualdad conlleva a facilitar a las mujeres el poder desempeñar aquellos trabajos tradicionalmente masculinos, accediendo así a profesiones u oficios en las que se encuentran subrepresentadas.

De igual forma, la protección constitucional que la ley suprema federal otorga a las mujeres conlleva el derecho social a la salud; tal derecho obliga a las autoridades a propiciar para las mujeres condiciones en las cuales puedan tener una vida saludable, un estado de bienestar físico, psíquico y

¹⁰ Carpizo, Jorge y Valadés, Diego, *op. cit.*, p. 20.

social completo. El Estado deberá proporcionar a la mujer y a su producto atención médica gratuita durante el embarazo y el alumbramiento; por ende, este derecho constitucional implica una atención de calidad, revisiones periódicas y necesarias, para que el producto llegue a buen fin, así como proveerla de medicinas y especialistas adecuadas para el ejercicio pleno de tal derecho. Ello implica, por ejemplo, proporcionar el medicamento necesario para atender enfermedades específicas de la mujer, como el tratamiento para el cáncer de mamas, cuya patología no se encuentra en la canasta básica de medicamentos que cubren la sanidad.

Además, se debe otorgar a las mujeres un asesoramiento y los medios para tomar sus decisiones de planificación familiar y demás información que requieran para desarrollar su maternidad. Esta protección sanitaria está correlacionada con otro derecho social que es el conocer la información genómica personal y sus vínculos biológicos de parentesco e investigación biomédica orientada a aliviar sus enfermedades y mejorar la salud, donde se le faciliten los elementos científicos necesarios para que sus hijos puedan conocer sus vínculos biológicos de parentesco. Tal derecho cobra efectividad sobre todo para la realización de la prueba de paternidad, probanza que es decisiva en el resultado de algunos juicios (paternidad, custodia, alimentos, etcétera).

En resumen, un catálogo enunciativo de los derechos de la mujer derivados de la normativa interna o internacional¹¹ serían los siguientes:

1. *Derecho de igualdad*

El varón y la mujer son iguales ante la ley, este derecho implica que se otorguen a la mujer los medios apropiados para la realización práctica del principio de igualdad.

2. *Derecho a la no discriminación por razón de sexo*

Ninguna mujer puede ser discriminada por su condición de mujer bajo ninguna circunstancia; por consiguiente, no cabe distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, el goce o el ejercicio de la mujer, independientemente de su estado civil, partiendo de la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil, o en cualquier otra esfera.

¹¹ Enríquez Soto, Pedro y Cervantes Bravo, Irina, *Guía de derechos de la mujer*, México, Poder Judicial del Estado de Nayarit, 2011.

3. *Derecho a su dignidad e integridad*

Se deberá garantizar el respeto a la dignidad de las mujeres y su integridad tanto física como psicológica, así como a su intimidad, a su confidencialidad y a su desarrollo personal. Este derecho conlleva la protección de la dignidad e intimidad de la mujer víctima de la violencia de género.

4. *Derecho al matrimonio y familia*

Tal derecho implica los siguientes aspectos: celebrar el matrimonio únicamente con pleno consentimiento (libertad para elegir a la pareja), teniendo una igualdad de derechos y responsabilidades durante el matrimonio y al momento de su disolución; igualmente, decidir libremente el número y esparcimiento de sus hijos, con una igualdad de derechos y responsabilidades con respecto a la custodia o adopción de los hijos; una igualdad de derechos respecto a la titularidad de la propiedad, así como a la administración y disposición de la propiedad conyugal; a participar como heredero en la sucesión de sus ascendientes, descendientes y cónyuge; a que sus hijos tengan un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, afectivo, moral y social, y que el Estado facilite los elementos científicos necesarios para que sus hijos puedan conocer sus vínculos biológicos de parentesco.

5. *Derecho de protección a la maternidad y libre procreación*

Todas las mujeres tienen derecho a decidir de manera libre el número de hijos que deseen tener, el intervalo entre los nacimientos de sus hijos, y demás información que requieran para desarrollar su maternidad. El Estado deberá proporcionarle atención médica gratuita durante el embarazo y el alumbramiento, así como el asesoramiento y los medios para tomar sus decisiones de planificación familiar. Tal y como lo afirma acertadamente la Corte Constitucional colombiana, “Las mujeres no son un instrumento reproductivo para la raza humana, sino que hay que garantizarles respeto como seres independientes de su propio destino”.¹² Por tanto, la mujer posee el derecho fundamental de autodeterminación de su cuerpo, lo que conlleva a la libertad de decidir si continúa con un embarazo no deseado, o si desea la interrupción del embarazo hasta las doce semanas de gestación mediante un aborto seguro en instituciones públicas de sanidad, pues su derecho humano de libre procreación implica ejercer el control de decidir

¹² Sentencia citada en Carpizo, Jorge y Valadés, Diego, *op. cit.*

libremente y de manera responsable sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluyendo la salud sexual y reproductiva, las cuales deben estar libres de alguna coerción, discriminación y violencia.

6. *Derecho a la salud*

El derecho a la salud obliga al Estado a propiciar a las mujeres condiciones en las cuales puedan vivir lo más saludablemente posible, a fin de lograr un estado de bienestar físico, psíquico y social completo. Esas condiciones comprenden la igualdad en el acceso a los servicios de salud, el establecimiento de condiciones de trabajo saludables y seguras, así como el proveer alimentos nutritivos y de calidad. Igualmente, estas condiciones implican una disponibilidad, una accesibilidad, una aceptabilidad y una calidad en los servicios médicos que se reciban, así como la generación de políticas institucionales de prevención y atención de enfermedades típicas de las mujeres, como el cáncer cervical o el cáncer de mama.

Asimismo, con el derecho a la salud se permite conocer la información genómica personal y sus vínculos biológicos de parentesco e investigación biomédica orientada a aliviar sus enfermedades y mejorar la salud; además, conlleva a que sus hijos crezcan y se desarrollen en un ambiente saludable.

7. *Derecho a la educación*

Este derecho de las mujeres a la educación implica una igualdad de oportunidades en todos los niveles, desde los años preescolares hasta la educación superior; un acceso a las mismas facilidades, equipos, maestros, exámenes, becas y subvenciones disponibles a los hombres; una remoción de los estereotipos a través de la coeducación, y la revisión de los materiales utilizados para el aprendizaje/enseñanza. Asimismo, con este derecho se permite el contar con programas diseñados a reducir la brecha que existe entre los géneros sexuales en la educación o para disminuir la tasa de abandono femenino de los estudios, así como para generar la participación en deportes y en actividades culturales. Este derecho se extiende al ámbito de la investigación y el desarrollo científico.

8. *Derecho a un ambiente sano*

Este derecho a disfrutar de un ambiente sano va enfocado a mantener el equilibrio ecológico, con medidas que prevengan la contaminación ambien-

tal, a fin de que pueda aprovecharse de forma sustentable la fauna, la flora, la tierra y el agua de manera racional, propiciando un entorno natural que mejore su calidad de vida.

9. *Derecho a una vida libre de violencia*

Con este derecho se busca que la mujer tenga una vida libre de violencia; por consiguiente, el Estado deberá dictar las medidas de prevención y combate al feminicidio y otras formas de violencia contra la mujer en todas sus modalidades, como son la física, la económica, la psicológica o emocional, y la sexual. Estas pueden presentarse tanto en el ámbito privado como en el público.

Asimismo, cualquier mujer que sea agredida tiene derecho a recibir una asistencia integral y acompañamiento por parte de los operadores de justicia para la búsqueda y aplicación de la ley contra su agresor. Por consiguiente, este derecho implica que en caso de ser víctima de una situación de violencia de género, se tiene a su vez el derecho a formular una denuncia; a solicitar una orden de protección; a ser parte en el procedimiento penal; a pedir a la restitución de la cosa y la reparación del daño, así como la indemnización por el perjuicio causado; a recibir información sobre las actuaciones judiciales; el acceso a informar al Ministerio Público de la existencia de indicios de que está siendo víctima de violencia de género; a la protección de la dignidad e intimidad de la víctima; a contar con una sentencia que establezca la responsabilidad del agresor, etcétera.

10. *Derecho a la vivienda*

Este derecho implica que las mujeres puedan acceder a un lugar de refugio para protegerse, resguardarse, de las inclemencias del tiempo; preservar su intimidad, y contar con un lugar de asentamiento. Además, tal espacio deberá contar con las mínimas condiciones sanitarias para preservar su salud, como son la provisión de agua potable, luz y servicios de alcantarillado. Todos ellos son indispensables para disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Asimismo, este derecho implica poder beneficiarse de los programas sociales de acceso a la vivienda mediante el alquiler o compra de esta.

11. *Derecho a la residencia e inviolabilidad del domicilio*

El derecho que toda mujer tiene para escoger su lugar de residencia y domicilio; en este sentido, por virtud de este derecho se exige la intangibi-

lidad e intimidad de aquellos recintos en los que desarrolla habitualmente su vida personal, protegiéndose a su vez su esfera a la intimidad y a la vida privada. Asimismo, este derecho implica la escolarización inmediata de sus hijos en su nuevo lugar de residencia.

12. *Derecho a la nacionalidad*

Las mujeres tienen igualdad de derechos para la adquisición, cambio o retención de la nacionalidad, sin importar el matrimonio con un ciudadano extranjero. Igualmente, las mujeres tienen el derecho a la determinación de la nacionalidad de los hijos.

13. *Derecho a la participación política*

Debe garantizarse a la mujer poder participar en la vida política y pública mediante el derecho al voto pasivo y al voto activo; a que se haga efectiva su postulación en puestos públicos de manera justa y equitativa; la posibilidad de inmiscuirse en la dirección de asuntos políticos; poder elegir y ser elegida como militante de un partido político; participar en los órganos de gobierno indígenas aplicando los usos y costumbres en condiciones de equidad. Este derecho a la participación política implica una constante presencia en las políticas de gobierno, con miras a alcanzar una intensa y consciente apertura de más espacios sanos y equitativos para todas las mujeres dentro de la sociedad.

14. *Derecho a la asistencia social integral*

A través de este derecho se hace posible que las mujeres reciban asesoramiento sobre las actuaciones que pueden emprender y sus derechos; conozcan los servicios a los que pueden dirigirse para recabar asistencia material, médica, psicológica y social; accedan a los centros de protección y alojamiento (emergencia, resguardo temporal, centros tutelados de protección a la mujer, etcétera) en los que esté garantizada su seguridad y cubiertas sus necesidades básicas, donde recuperen su salud física y/o psicológica; ingresen a un sistema de seguridad social que garantice un apoyo para guarderías de sus hijos, y en caso de jubilación, enfermedad, desempleo, invalidez y ancianidad, puedan obtener beneficios sociales para sus familiares.

15. *Derecho a la cultura y ciencia*

Este derecho busca que las mujeres puedan participar en la vida cultural del país, gozando además de los beneficios de la investigación científica, literaria y artística, etcétera. Asimismo, este derecho contribuye a la participación en actividades recreativas, de convivencia y en todos los aspectos de la vida cultural, y permite la promoción en la carrera científica del país mediante estímulos especiales que incentiven su empoderamiento.

16. *Derecho a la tutela judicial efectiva*

El derecho a la tutela judicial efectiva implica el derecho de acceso al sistema judicial sin ningún tipo de obstáculos, a fin de obtener de los tribunales una resolución fundada, motivada y congruente, no permitiéndose ningún tipo de indefensión ni vulneración de derechos, y evitando la autotutela de un derecho. Igualmente, este derecho supone la tramitación de un juicio justo y sin dilaciones indebidas; un apoyo psicosocial a lo largo de procedimientos judiciales que tengan relación con la situación de violencia, incluso para formular la denuncia; que el conflicto sometido al conocimiento del órgano jurisdiccional sea juzgado con perspectiva de género,¹³ así como el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

17. *Derecho a la libertad y seguridad personal*

Este derecho de libertad conlleva su autonomía de voluntad para elegir libremente la profesión y empleo; la forma de vida; libertad en la elección de su pareja; libertad personal. Por ende, toda mujer detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo legal y razonable, o a ser puesta en libertad al no comprobarse su responsabilidad penal.

18. *Derecho al trabajo*

El derecho de la mujer al trabajo implica las mismas oportunidades de empleo disponibles a los hombres; el derecho a igual remuneración por trabajo de igual valor, es decir, igualdad de salario para igual trabajo prestado

¹³ Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad, en <http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?article1831>.

en igualdad de condiciones, eficiencia y antigüedad; protección a la mujer trabajadora, y la regulación de las condiciones en que debe prestar sus servicios. En este sentido, no deben establecerse diferencias entre casadas y solteras en materia de trabajo; asimismo, deben tener igualdad de trato en el lugar de trabajo e igualdad de criterios para la evaluación protección de la salud y seguridad personal, que incluye la protección contra el trabajo perjudicial durante el embarazo. Este derecho conlleva la prohibición del despido con base en el embarazo o el estado civil, así como una licencia de maternidad que signifique descanso con goce de haberes y sin pérdida de rango o beneficios.

Igualmente, se debe proporcionar a la mujer un ambiente adecuado de trabajo, evitando comportamientos de sometimiento de naturaleza sexual que produzcan un contexto laboral negativo para una mujer trabajadora. Además, a la mujer no se le debe exigir ningún trabajo que requiera esfuerzo o que ponga en peligro su gravidez. Asimismo, la madre trabajadora gozará de un descanso forzoso antes y después del alumbramiento; durante la época de lactancia, tendrá derecho a disponer del tiempo de su jornada laboral para amamantar a su hijo. De igual forma, la mujer gozará del derecho a la reordenación del tiempo de trabajo; es decir, a organizar el horario de trabajo conforme a las necesidades de la trabajadora, a través de la adaptación del horario, la aplicación de un horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa o institución pública, así como el contar con servicios sociales que sirvan de apoyo a la combinación de las responsabilidades familiares y laborales.

Ciertamente, los anteriores derechos descritos de forma enunciativa, no limitativa, pueden ser protegidos por los órganos jurisdiccionales vía juicio de amparo, o bien en cualquier juicio ordinario, realizando de oficio un control difuso de convencionalidad cuando el juzgador aprecie alguna vulneración o menoscabo a tales derechos en perjuicio de la mujer, y, por ende, de la dignidad humana.

V. LOS RETOS DE LA EQUIDAD DE GÉNERO EN MATERIA ELECTORAL

Para cerrar este breve artículo consideramos necesario abordar los retos que plantea la equidad de género en materia electoral en México.

En el Estado debe impulsarse la partición política y pública de la mujer, haciendo efectivo su derecho al voto pasivo y al voto activo. Es una realidad la falta de acceso de la mujer al poder público y a los puestos directivos, incumpliendo con ello las directrices constitucionales e internacionales, tal y

como lo establece el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Tal y como afirma Zúñiga Añazco, las mujeres se encuentran infrarrepresentadas en las posiciones de poder, “por la existencia de un techo de cristal el cual alude metafóricamente a un conjunto de mecanismos discriminatorios, invisibles o invisibilizados, que impiden o dificultan el acceso de las mujeres a las estructuras de poder político o económico”.¹⁴ Si queremos que esto cambie, se debe proporcionar a la mujeres el acceso en condiciones generales de igualdad a las funciones públicas del Estado, mediante medidas positivas que tutelen sus derechos políticos, otorgándole la oportunidad de ejercerlos y generando las condiciones y los mecanismos óptimos; esto considerando la situación histórica de desventaja en el que hasta la fecha se encuentra el sector femenino. Para ello, resulta imperativo que la legislación electoral no solo reconozca medidas especiales (cuotas), sino que estas sean la regla y no la excepción, pues indebidamente el artículo 219 del Cofipe dispone: “las cuotas no deben ser cumplidas si los candidatos son emanados de un proceso democrático”. Lo anterior no es nada deseable, porque el proceso democrático y la cuota de género no son excluyentes entre sí, sino por el contrario, son elementos rectores del fortalecimiento de la democracia. Por tanto, estamos totalmente de acuerdo en que a fin de garantizar los derechos políticos de la mujer, en la composición del parlamento el 40% de las curules debe ser ocupado por un mismo género, en este caso mujeres, como una forma de garantizar la participación efectiva de la mujeres en el órgano parlamentario, en la composición del cabildo y en la integración de los ayuntamientos, en las secretarías del Ejecutivo. Además, en los procesos de selección interna de los partidos políticos se debe impulsar democráticamente la participación femenina, en concreto las mujeres deben participar en la toma de decisiones gubernamentales. Estos retos que planteamos, como una forma de discriminación positiva en beneficio de la mujer en la legislación electoral y en la realidad, implica corresponsabilidad de las mujeres para mejorar su perfil profesional e instruirse en la política y en las actividades de la vida pública y privada, mejorando así su capacidad en la toma de decisiones, y no solo para que estas medidas de discriminación positiva beneficien a mujeres que sin ningún perfil político, simplemente, cubran la cuota.

En conclusión, debemos entender como ejercicio de un derecho fundamental la participación política de la mujer, como una directriz pública de gobierno y como un factor de cambio social; en este sentido, para que

¹⁴ Zúñiga Añazco, Yadira, “La participación política de las mujeres”, en Silva Gallinato, María Pía y Henríquez Viñas, Miriam Lorena (coords.), *op. cit.*, p. 114.

esta participación pueda incentivarse, es preciso contar con políticas públicas que permitan a la mujer conciliar su vida política con su vida familiar, a fin de que las mujeres puedan incidir en la vida pública y empresarial, más allá de las actividades de voluntariados o de organización de eventos altruista, sociales o de capacitación, pues la realidad social demuestra que la participación mayoritaria de la mujer solo incide en el terreno de formación e impartición de conferencias sobre género, sin participar en la toma de decisiones gubernamentales. Lo ideal en todo esto es el empoderamiento real y efectivo de la mujer en el destino del país a través de su participación política, así como el respeto y la protección de sus derechos fundamentales.

VI. REFLEXIÓN FINAL

La normativa interna e internacional sienta las bases para el pleno desarrollo de los derechos humanos de las mujeres en México, a fin de que tengan una vida plena, en igualdad de oportunidades que el varón; una participación política activa; una vida libre de violencia; las mismas oportunidades en empleos disponibles a los hombres; una igualdad en la remuneración por el trabajo de igual valor; la prohibición del despido con base en el embarazo o el estado civil; una licencia de maternidad y paternidad, la cual signifique un descanso con goce de haberes y sin pérdida de rango o beneficios laborales. Lo importante es tomarnos en serio los derechos fundamentales específicos para las mujeres, reconocidos constitucional y convencionalmente, y no simplemente simular su cumplimiento. Igualmente, los derechos de las mujeres inciden en su dignidad como persona y son necesarios para el desarrollo de su personalidad, de su vida profesional y el cuidado de su intimidad. No se trata de una tesis feminista que pretenda situar a la mujer por encima de los derechos del hombre, de lo que se trata es que en un Estado constitucional y democrático de derecho, al que aspiramos, se convierta el Estado mexicano, se proteja y fomente el respeto de los derechos de las mujeres como una forma de bienestar y madurez de nuestra sociedad.

VII. FUENTES DE CONSULTA

- ABRIL VARGAS, N., *Género, sexo, medios de comunicación. Realidades, estrategias, utopías*, Gastéiz, Emakunde, 2004.
- ALARCÓN OLGUÍN, Víctor *et al.*, *Equidad de género y derecho electoral en México*, México, Trife, Coordinación de Comunicación Social, 2009.

- BACH ARUS, M. *et al.*, *El sexo de la noticia: reflexiones sobre el género en la información y recomendaciones de estilo*, Barcelona, Icaria, 2000.
- BLANCO, A. I. (comp.), *Mujer, violencia y medios de comunicación*, León, Universidad de León, 1996.
- CARPIZO, Jorge y VALADÉS, Diego, *Derechos humanos, aborto y eutanasia*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- CASTAÑO, Cecilia, *Las mujeres y las tecnologías de la información: internet y la trama de nuestra vida*, Madrid, Alianza, 2005.
- COLAIZZI, Giulia (coord.), *Feminismo y teoría del discurso*, Madrid, Cátedra, 1990.
- ENRÍQUEZ SOTO, Pedro y CERVANTES BRAVO, Irina, *Guía de derechos de la mujer*, México, Poder Judicial del Estado de Nayarit, 2011.
- GONZÁLEZ LICEA, Genaro, *Equidad de género a la búsqueda de equidad dentro de la inequidad*, en http://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Lists/Becarios/Attachments/93/Becarios_093.pdf, consultado el 14 de enero de 2013.
- LOPES GUERRA, Luis, *Introducción al derecho constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.
- PANIAGUA CORAZAO, Valentín, *Constitución democracia y autocracia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- PÉREZ OROZCO, Amaia, *Perspectivas feministas en torno a la economía: el caso de los cuidados*, Madrid, CES, 2006.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Los derechos fundamentales, temas clave de la Constitución española*, 9a. ed., Madrid, Tecnos, 2007.
- RODRÍGUEZ COBOS, E. M., “La igualdad de género”, *Contribuciones a las ciencias sociales*, septiembre de 2009, en www.eumed.net/rev/cccss/06/emrc.htm, consultado el 17 de enero de 2013.
- SILVA GALLINATO, María Pía y HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam Lorena (coords.), *Derechos fundamentales y justicia constitucional*, Santiago, Abeledo-Perrot, 2012.

DEMOCRACIA, CONSTITUCIÓN, DERECHOS HUMANOS, REGÍMENES POLÍTICOS E INTEGRACIÓN EN AMÉRICA LATINA. UNA PERSPECTIVA COMPARADA

Antonio COLOMER VIADEL*

SUMARIO: I. *Introducción. In memoriam de Jorge Carpizo.* II. *La profunda interrelación entre Constitución, democracia y derechos humanos en el pensamiento de Jorge Carpizo. Su proyección sobre los tipos de regímenes políticos.* III. *La perspectiva de la integración y la construcción del Estado social y democrático de derecho en América Latina.*

I. INTRODUCCIÓN. *IN MEMORIAM* DE JORGE CARPIZO

En junio de 1984 me encontraba en la capital de México y fui recibido con una gran cordialidad por los colegas del Instituto de Investigaciones Jurídicas, de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), encabezados por el entonces director de ese Instituto, profesor Jorge Carpizo.

Entre los múltiples temas de aquella conversación surgió el de la inexistencia de buenos estudios de derecho comparado en el campo del derecho constitucional iberoamericano, y lo curioso que resultaba era que no existiera una obra de conjunto para caracterizar las instituciones y poderes constitucionales de nuestros países, en lo que pudieran tener de rasgos comunes.

En septiembre de aquel mismo año tuvo lugar en Túnez la Asamblea de Fundadores de la Academia Internacional de Derecho Constitucional. A propuesta del presidente electo, el profesor François Luchaire, fui elegido, a mi vez, vicepresidente de la Academia. El Comité Directivo se reunió de inmediato para debatir el tema que sería motivo de la primera sesión de enseñanza de la Academia, a celebrarse en agosto de 1985.

* Catedrático de derecho constitucional en la Universidad Politécnica de Valencia, España. Presidente de la Federación Internacional de Estudios de América Latina y el Caribe (FIEALC).

Finalmente, se seleccionó el de “la supremacía de la Constitución”. Cuando se planteó cuál podría ser el profesor del ámbito cultural hispano para intervenir en esta primera sesión, propuse, de inmediato, al profesor Jorge Carpizo. Después de consultar telefónicamente con él, aceptó nuestra propuesta, y así se le incluyó en los carteles de convocatoria de la Academia.

Sin embargo, pocas semanas después el profesor Carpizo fue designado rector de la Universidad Nacional Autónoma de México, y nos hizo saber que esta circunstancia le iba a hacer imposible cumplir su compromiso de intervenir en esta primera sesión de enseñanza, dado el enorme trabajo que debía asumir.

Reunido en la Universidad de Friburgo (Suiza), en diciembre de 1984, el Comité Directivo de la Academia, e informado por mí de esta situación, tuve que asumir la responsabilidad de dar yo mismo el curso.

Solicité con este motivo al profesor Carpizo apoyo bibliográfico de los importantes fondos que su instituto y universidad disponen.

La respuesta no pudo ser más rápida y generosa, y me permitió redactar el curso bajo el título “La valeur du fait constitutionnel dans les Etats ibero-américains”, que después de impartirlo se incluyó en el libro *La suprématie de la Constitution*, publicado en Casablanca, Les Editions Toubkal, en 1987.

En el verano de 1988 para la cuarta Sesión de Enseñanza de la AIDC sobre el tema “l’Etat-Nation, Aujourd’hui”, mis colegas me pidieron que volviera a intervenir mediante un curso sobre el Estado-nación en el mundo iberoamericano. También para esta ocasión conté con el apoyo de Jorge Carpizo y de otros colegas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Estos dos cursos fueron el núcleo fundamental de mi libro *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, y en el prólogo incluía los párrafos anteriores. Además, dediqué el libro al “profesor Jorge Carpizo, y a los amigos y colegas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Y a todos los constitucionalistas iberoamericanos, que en medio de tantas adversidades y contradicciones, creen que la justicia y la soberanía popular son algo más que meras ilusiones”.¹

En el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y bajo la presidencia de Jorge Carpizo hicimos una presentación de este libro con la presencia de un buen número de los miembros del Instituto y la intervención del profesor José Barragán, amigo y discípulo entrañable. Unos pocos

¹ Colomer Viadel, Antonio, *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, Madrid, Ediciones de Cultura Hispánica, 1990. Hay una segunda edición de este libro, bastante ampliada, publicado por la Editorial Trillas, México, 2009. En este artículo las citas de las páginas son las de la 2a. ed.

años después, y también por el impulso de Jorge Carpizo, este Instituto, que siempre será el suyo, publicó mi ensayo *Estudios constitucionales* (México, UNAM, 1994).

Aunque de forma intermitente hemos mantenido la comunicación y dando un gran salto hasta este mismo año, a raíz de que organizara en febrero, en la UNAM, un Congreso sobre las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812, al que no pude asistir, le envié el volumen que reunía los trabajos de un congreso celebrado en septiembre de 2010 en mi Universidad Politécnica de Valencia, coincidiendo con el bicentenario del inicio de las Cortes de Cádiz, bajo el título *Las Cortes de Cádiz, la Constitución de 1812 y las independencias nacionales en América* (colección Amadis, Editorial Ugarit, Valencia, 2011). Recibí de inmediato una cariñosa carta de Jorge Carpizo agradeciéndome el envío de este volumen por mi coordinado y fruto del referido Congreso.

Escribo ahora sumándome al homenaje organizado por el profesor Paulo Bonavides en su *Revista Latinoamericana de Estudios Constitucionais*. He de confesar que la propuesta del profesor Bonavides pidiéndome que participara en este homenaje supuso un choque emocional tremendo, porque no había recibido noticia previa del fallecimiento de Jorge Carpizo. Solo puedo evocar el antiguo cantar de que cuando un amigo se va, algo se pierde profundamente en nuestro interior.

Una poderosa inteligencia y sensibilidad se ha apagado, pero su obra permanece.

II. LA PROFUNDA INTERRELACIÓN ENTRE CONSTITUCIÓN, DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS EN EL PENSAMIENTO DE JORGE CARPIZO. SU PROYECCIÓN SOBRE LOS TIPOS DE REGÍMENES POLÍTICOS

1. *Constitución y democracia*

A lo largo de mi *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, y también en algunas otras de mis obras he coincidido con la idea de Constitución y su íntima vinculación a la democracia expuesta por Carpizo desde hace tiempo. Para él, tenía que existir una profunda interrelación entre realidad política y Constitución. Por ello, una concepción axiológica de la ley fundamental, al servicio del hombre, entroncaba con la idea de democracia. De este modo, se planteaba que para conocer la Constitución en sentido estricto de un país hay tres preguntas fundamentales:

- a) ¿Cómo están establecidos y cómo operan en la realidad las garantías o derechos individuales?
- b) ¿Qué mínimos económicos y sociales se le aseguran a los individuos y cómo operan en la realidad?
- c) ¿Cuál es la estructura del sistema político?: ...lo que hay que constatar en la norma y en la realidad es el principio de separación de poderes y el régimen de partidos políticos.

Una Constitución democrática sería aquella que realmente asegura al individuo sus garantías individuales, le garantiza un mínimo digno de seguridad económica y no concentra el poder en una persona o grupo; es decir, que las funciones son ejercidas realmente por diversos órganos, y el sistema de partidos acepta el principio del pluralismo ideológico.² Conviene decir que el profesor Carpizo consideraba a su propio país, México, como un país con Constitución cuasidemocrática, en el que la justicia aún no opera claramente.

Esta identidad entre Constitución y democracia, y a la vez entre libertad política y libertad económica (porque difícilmente pueden ser titulares de soberanía y ejercer plenamente la condición de ciudadanos aquellas personas agobiadas por la necesidad económica y social), es fundamental y compartida por Carpizo y por mí.

En la polémica reciente, al tratar de las tendencias en el constitucionalismo del siglo XXI, entre los que consideran que lo sustantivo de este son los mecanismos de responsabilidad de las autoridades y el sometimiento a las leyes, y en especial a la Constitución para con esta metodología reforzar el límite del poder para evitar las arbitrariedades, y aquellos, entre los que me encuentro, más a favor de una concepción axiológica que ponga en primer lugar la dignidad de la persona y sus derechos y al servicio de la misma todos los mecanismos constitucionales incluidos los de control del poder, creo que esta última posición es la que entroncaría mejor con la concepción de Jorge Carpizo.

De lo que se trata es de identificar lo sustantivo y fundamental y lo que es instrumental o herramienta que facilite la consecución de los fines prioritarios del orden constitucional.³

² Carpizo, Jorge, "La democracia y la clasificación de las constituciones. Una propuesta", *Anuario Jurídico*, México, UNAM, IX, 1982, pp. 351-369. Citado por mí en la *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, pp. 75 y 76 y también en mi libro *Constitución, Estado y democracia en el siglo XXI*, Valencia, UPV, 2006, p. 40

³ Colomer Viadel, Antonio, "Tendencias del constitucionalismo en el siglo XXI. Cuestionamientos e innovaciones constitucionales", en Uribe, Enrique y Carrasco, Pedro José (coord.), *Tendencias recientes de la justicia constitucional en el mundo*, México, Porrúa, 2011, pp. 19 y 20. En este

Esta preocupación básica por el valor de la democracia acompañó al profesor Carpizo a lo largo de toda su vida intelectual, y en este sentido me parece fundamental un extenso artículo suyo, en donde vuelve sobre el concepto de democracia en América Latina, vinculado no solo al tema de los derechos fundamentales, sino también de las formas de gobierno.⁴

En este trabajo incluye un apartado, el VI, sobre “Mi concepto de democracia”, en donde señala que prefiere una definición que hace énfasis en el contenido o aspecto material de la democracia. “Esta es: democracia es el sistema en el cual los gobernantes son electos periódicamente por los electores; el poder se encuentra distribuido entre varios órganos con competencias propias y con equilibrios y controles entre ellos, así como responsabilidades señaladas en la Constitución con el objeto de asegurar los derechos fundamentales que la propia Constitución reconoce directa o indirectamente”.

Más adelante añadirá que orden jurídico, Constitución y Estado de derecho se dan en una democracia o no son realmente tales. Antes había indicado que los derechos humanos poseen fuerza expansiva, la democracia goza de esa misma característica, y es natural, porque no puede existir democracia donde no se respeten los derechos humanos, y estos realmente solo se encuentran salvaguardados y protegidos en un sistema democrático (pp. 356 y 357).

Unas páginas más adelante señala que la democracia no es concebible con la existencia de un solo partido político o de varios, pero en donde únicamente uno tiene posibilidades de obtener el triunfo electoral. La democracia implica más de una opción para los electores si no se están realizando elecciones, sino simulacros o farsas.

Ello entronca con la cuestión capital de la protección a las minorías políticas, a la que le dedica un buen espacio en este lugar como garantía mínima para la existencia de elecciones periódicas, pero que ya le había preocupado mucho antes, reivindicando la creación de un sistema de senadores de minorías, ampliando la reforma en este sentido en el Congreso mexicano, a la vez que consideraba recomendable la introducción del principio de representación proporcional en los municipios.⁵

ensayo dedico un espacio preferente al valor de la democracia, pero también a la eficacia del derecho, el control de constitucionalidad y la independencia de la judicatura, pp. 20-28.

⁴ Carpizo, Jorge, “Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, núm. 119, mayo-agosto de 2007, pp. 325 y ss.

⁵ Carpizo, Jorge, “La reforma constitucional mexicana de 1977”, *Anuario Jurídico*, México, UNAM, VI, 1979, p. 40. La misma posición reformista la defendió en el *Derecho constitucional*, redactado en colaboración con Jorge Madrazo, México, UNAM, 1983, p. 40.

En este mismo trabajo sobre el concepto de democracia Carpizo cita también un problema muy serio en América Latina: el de la corrupción en la función pública. Así se refiere al Latinobarómetro de 2005, en donde los entrevistados en la región consideraron que, en promedio, el 68% de los funcionarios públicos son corruptos, aunque tal percepción varía según el país.

De este modo, los principales retos de la democracia en América Latina, señala Carpizo, son los siguientes: hacer efectiva la justicia social o Estado de bienestar, disminuir la desigualdad social, reforzar la confianza en el Estado de derecho, y la lucha contra la corrupción y la impunidad. Los grandes desafíos para la democracia, añade, son de carácter social y cultural: alcanzar una verdadera democracia social y fortalecer el Estado de derecho a través del apoyo de la sociedad (pp. 372 y 373).

Creo que hay una gran coherencia en el pensamiento del maestro mexicano en esta concepción de la Constitución democrática o de la democracia constitucional, por más que él viviera también las contradicciones personales de su vinculación a la vida política mexicana en el amplio periodo autoritario que coincidió con su trayectoria profesional, pero en donde, como hemos visto, aunque sea a grandes rasgos, no calló las críticas y las advertencias para un futuro mejorativo de la democracia en su país y en toda América Latina.

2. *Derechos y garantías*

Metodológicamente podemos señalar este tema en epígrafe separado, pero está profundamente imbricado en el anterior, ya que la democracia, así como la Constitución y el orden jurídico que la regulan, están al servicio de estos derechos fundamentales.

En el caso mexicano se parte de una concepción garantista, que da por supuesto la existencia de los derechos, que son protegidos, sin que exista una expresa declaración de los mismos. El artículo 1o. de la Constitución dispone: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución”. Algunos autores consideran que este artículo asienta la tesis positivista respecto a los derechos humanos. Los profesores Carpizo y Madrazo, por el contrario, no encuentran una oposición entre esta redacción del artículo 1o. y la que tenía en la Constitución mexicana de 1857, donde se afirmaba: “Los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales”. Consideran ambos juristas que la actual Constitución ya no expresa la fuente de las garantías que esta

otorga, pero que es indudable que esa fuente es la idea de los derechos del hombre.⁶

Existe una detallada casuística en la Constitución mexicana que abarca más de 80 garantías en relación con los derechos de igualdad, libertad y seguridad jurídica.⁷

En este punto es imprescindible hacer referencia a la partida de nacimiento mexicana del amparo y del constitucionalismo social. El primero a mediados del siglo XIX y los derechos de obreros y campesinos íntimamente vinculados a la Revolución mexicana de 1910 y a la Constitución de Querétaro de 1917. No es de extrañar, por tanto, la importancia que Carpio otorga a estos derechos sociales y a la justicia social como una de las claves de la democracia y de un Estado social y democrático de derecho. Así, afirma que los Estados mínimos difícilmente podrán conservar las democracias electorales si no resuelven otros problemas ingentes, especialmente el de los derechos o justicias sociales.⁸

3. *Formas de gobierno. Presidencialismo y parlamentarismo*

Es evidente que el régimen presidencial parece hegemónico y consustancial con la vida política y constitucional latinoamericana. Desde una perspectiva histórica he escrito que en el momento de la independencia no existían sociedades nacionales, y los elementos de integración y cohesión social eran muy débiles, y los riesgos de desintegración por los caciquismos locales, muy graves. Posiblemente esta es una de las razones que explican la macrocefalia del Ejecutivo y la concentración de poder en los presidentes de las repúblicas nacientes, que tuvieron, hacia el interior, que realizar una hiperactividad integradora o al menos de vacuna frente a la desintegración. Al mismo tiempo, la necesidad de poner en marcha servicios públicos, políticas de crecimiento y desarrollo —que fueron instrumentos de integración— potenció esta institución presidencial, mucho más ágil para la toma de decisiones que el Parlamento.⁹

Lo cierto es que la polémica sobre los inconvenientes de abuso de poder en estos regímenes presidenciales reforzados y la conveniencia de adoptar un régimen parlamentario viene de lejos, así como reformas al menos para ate-

⁶ Véase *Derecho constitucional*, pp. 14 y ss.

⁷ Colomer Viadel, *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, cit., pp. 105 -115.

⁸ Concepto de democracia y sistema de gobierno, p. 370.

⁹ Véase capítulo IX, “El mito del Ejecutivo”, en mi *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, pp. 123 y ss.

nuar el presidencialismo en superlativo con algunos controles parlamentarios reforzados. En general, hay que decir que la alternativa parlamentaria no ha prosperado, y que las medidas para atenuar el poder presidencial tampoco han conseguido cristalizar en los sistemas constitucionales del continente.

El profesor Jorge Carpizo, en su trabajo sobre el concepto de democracia y sistema de gobierno, realiza un amplísimo examen de las críticas al sistema presidencial en América Latina y de la posible esperanza del sistema parlamentario para el continente, así como de la validez histórica del sistema presidencial en América Latina. Hace un repaso muy detallado de las distintas posiciones doctrinales para concluir en una posición ecléctica de que cambiar por cambiar es un error. Hay que cambiar para mejorar y superar problemas, no para agravarlos o retroceder; no para multiplicar los fracasos democráticos. En todo caso señala que no es posible realizar un buen análisis del sistema presidencial en un país si no se contempla todo el sistema político y la situación socioeconómica y cultural. Pareciera desprenderse en cierta medida la idea de que el régimen presidencial es un mal menor necesario para América Latina por ser más consustancial a la idiosincrasia de sus pueblos. Ahora bien, afirma rotundamente que no hay que confundir sistemas presidenciales con autocracias, y que podrían introducirse reformas que lo racionalicen y permitan un mayor equilibrio constitucional.¹⁰

Si nos centramos en los casos concretos, el principio consustancial de la radical separación de poderes en el modelo presidencial norteamericano como paradigma no se cumple rigurosamente en el presidencialismo latinoamericano y de forma especialmente llamativa en el caso mexicano. Pensemos en la posibilidad de otorgar al presidente facultades extraordinarias para legislar que culminaron en el párrafo segundo del artículo 131, creado en 1951, que establece facultades extraordinarias concedidas al presidente por el Congreso en materia económica y social, y termina con una fórmula amplísima: "... y realizar cualquier otro propósito en beneficio del país".¹¹

Podría calificarse esta figura jurídica de plenos poderes, por la concentración de facultades extraordinarias que implica y en contrapunto evidente con la posición constitucional argentina de una rígida separación de poderes constitucionales.¹²

¹⁰ Puede seguirse este extenso debate en los seis primeros apartados de su estudio citado: I. Planteamiento de la cuestión. II. Valor del sistema parlamentario en América Latina como esperanza. III. Críticas al sistema presidencial en América Latina. IV. Validez del sistema presidencial en América Latina, pp. 326-351.

¹¹ Carpizo, Jorge y Madrazo, Jorge, *op. cit.*, pp. 25-28.

¹² Colomer Viadel, Antonio, *Introducción al constitucionalismo...*, *cit.*, véase el epígrafe "Separación de poderes. División del poder, preponderancia de poderes", pp. 98-104.

Otra distorsión del modelo presidencial se produce cuando el jefe del Estado es el líder de un partido político, a menudo mayoritario, si no hegemónico. El paradigma de esta situación ha sido el presidente de México, jefe del partido dominante durante el largo periodo de presencia del PRI en el poder, al que acaba de retornar tras las últimas elecciones presidenciales de este año 2012. “El debilitamiento del Poder Legislativo es una de las causas del predominio del presidente mexicano —escribía Jorge Carpizo— ya que la gran mayoría de los legisladores son miembros del partido dominante y saben que si se oponen al presidente, las probabilidades de éxito que tienen son casi nulas”.¹³

Ciertamente, las circunstancias han cambiado, y aquella hegemonía agobiante se ha atenuado por más que siga viva la dialéctica entre reforzar la concentración de poder y mejorar los mecanismos de limitación de poder. Una tendencia reciente puede ser la de la desconcentración territorial del poder a través de mejoras en el federalismo y potenciación del municipalismo, a pesar de todas las contradicciones.

Es cierto que he calificado como un rasgo del constitucionalismo latinoamericano el del seudofederalismo en aquellos países que optaron por esta estructura territorial del Estado, debido al mantenimiento en manos del Ejecutivo, y del presidente en particular, de facultades, como el control presupuestario, o el citado papel hegemónico de partidos nacionales sometidos a la presidencia.¹⁴

Existe, sin embargo, una tendencia reciente a recobrar la funcionalidad autónoma de estos órdenes descentralizados, e incluso se puede afirmar que en situaciones casi cuasifederales la fuerza expansiva del derecho ha permitido cierto funcionamiento político descentralizador. El mismo profesor Jorge Carpizo, en relación con el caso mexicano, ha reconocido que su cuasifederalismo ha hecho que en diversos aspectos sí exista en México descentralización política.¹⁵

¹³ Carpizo, Jorge, “El sistema presidencial en México”, *Las experiencias del proceso constitucional en México y en España*, México, UNAM, 1979, p. 292. Esta opinión era compartida también por Miguel de la Madrid, constitucionalista que fue también presidente de México, que considera elementos esenciales y paralelos para caracterizar el régimen político mexicano, el acentuado presidencialismo y el régimen de partido, al tener como su líder máximo al presidente de la República en ejercicio. “Notas sobre el presidencialismo”, *Estudios de derecho constitucional*, México, 1981, pp. 249-251.

¹⁴ Respecto a mis consideraciones sobre el seudofederalismo, véase *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, *cit.*, pp. 85-87.

¹⁵ Carpizo, Jorge, “Sistema federal mexicano”, *Los sistemas federales del continente americano*, México, UNAM, 1972, pp. 543-547.

III. LA PERSPECTIVA DE LA INTEGRACIÓN Y LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN AMÉRICA LATINA

Algunas reflexiones desde el derecho comparado

Al analizar las fases de la evolución del Estado-nación en el mundo iberoamericano, en la primera parte de mi obra tantas veces citada *Introducción al constitucionalismo iberoamericano*, en el capítulo VII, que cierra esta primera parte, y que título “Integración y futuro del Estado iberoamericano”, llego a la conclusión de que solo en esta etapa de integración sería posible alcanzar la plenitud del Estado de derecho con sus auténticas garantías para los derechos fundamentales y una democracia constitucional con un equilibrio tanto político como económico que cierre la brecha de las desigualdades (pp. 53-60).

La integración es una necesidad acuciante para poderse insertar en este mundo globalizado, con alguna capacidad de negociación efectiva y para mantener también cierta autonomía cultural, y de conocimiento propia. Entre el riesgo y la esperanza se encuentra esa dialéctica.¹⁶

En el último año ha sido más bien en Sudamérica donde las experiencias de integración han evolucionado más. En este caso, México está condicionado por su integración comercial con Canadá y Estados Unidos, que condiciona no solo su realidad económica, sino su realidad social, debido a los flujos de inmigrantes mexicanos hacia más allá del río grande.

Me parece que esta tendencia a la integración supranacional, que puede combinarse con una descentralización infranacional —la potenciación de las regiones y los municipios—, es un proceso irreversible, y que los países que no consigan incorporarse van a quedar en una gran marginalidad económica, social e histórica.

El mundo latinoamericano necesitaría del gran peso cultural, demográfico y económico de México para esta gran tarea del proyecto integrador que no solo sea de carácter material, sino de identidad cultural compartida.

Algunas enseñanzas para las dificultades de estos procesos y los mecanismos que las facilitan pueden desprenderse de experiencias integradoras más antiguas, como es la europea, aunque ahora esté pasando una crisis profunda, que espero pueda superar.

¹⁶ Colomer Viadel, Antonio, “De los riesgos de la globalidad a las esperanzas de la integración”, en Colomer Viadel, Antonio (ed.), *América Latina, globalidad e integración*, Madrid, Del Orto, 2012, vol. I, pp. 1-12.

A este análisis dedico mis últimos comentarios como expresión del deseo de un futuro mejor para todo ese continente de la esperanza, del que también me considero parte, y en donde encontré tantos compañeros y amigos entrañables como fuera el profesor Jorge Carpizo.

Siempre existe un riesgo en el enfoque de “vidas paralelas”, al querer acentuar las semejanzas e ignorar las diferencias. De todas formas, la mayor antigüedad del modelo integrador europeo autoriza a extraer algunas enseñanzas para procesos integradores más recientes como el latinoamericano.

Sería, sin embargo, un error el mero mimetismo sin tener en cuenta la idiosincrasia propia de los pueblos, a la que deben adaptarse sus estructuras jurídicas organizativas

Es evidente que en la Europa de la posguerra mundial existían profundas diferencias de idiomas, tradiciones históricas, culturas, e incluso graves conflictos entre países. Ahora bien, se daba la voluntad de superar la catástrofe histórica de la guerra y de encontrar un principio de convergencia basado en la convivencia pacífica, en la cooperación y en el denominador común democrático.

En principio, en América Latina podrían detectarse mayores factores de integración por la unidad del idioma, o idiomas ibéricos, la tradición cultural compartida, la religión común y las instituciones republicanas semejantes, así como un orden jurídico basado en la tradición romanista, transmitida a través del derecho español. Tampoco se habían dado conflictos tan graves y violentos como las históricas guerras en territorio europeo.

Los proyectos integradores nacen en el mismo momento de la independencia, y los libertadores, como Bolívar y San Martín, y otros muchos, son abanderados de esta idea, que se mantiene viva incluso a nivel programático en numerosas Constituciones de los países latinoamericanos.¹⁷

En la hora presente no se trata ya de grandes ideales, sino de necesidades urgentes de supervivencia en el nuevo orden internacional globalizado, en el que países aislados quedan completamente marginados. Al mismo tiempo la culminación del Estado de derecho, social y democrático, posiblemente no pueda alcanzarse sino en la fase de integración regional de los países latinoamericanos.

En el momento de detectar contradicciones entre ambos modelos podríamos señalar que las sociedades latinoamericanas están menos estructuradas, con unos graves niveles de desigualdad y con menor convencimiento democrático, dada la fuerza de las elites oligárquicas en toda su historia.

¹⁷ “Soberanía e integración en Iberoamérica. Una perspectiva histórica y jurídica”, en Colomer Viadel, A., *Constitución, Estado y democracia en el siglo XXI*, Valencia, UPV, 2006, pp. 125 y ss.

También perviven factores nacionalistas que desconfían de los procesos de integración y quieren convertir una concepción mítica de la soberanía nacional en un valladar para intromisiones de los vecinos y un freno a cualquier cesión de soberanía, considerada como una forma de traición, a pesar de que esas mismas elites no tuvieron inconveniente en ceder a las presiones de organismos internacionales de carácter económico, la determinación de sus políticas económicas, y la prioridad del pago de la deuda externa, incluso a costa de las necesarias políticas sociales internas.

La integración necesita una profundización democrática compartida, así como poner en valor las garantías de los derechos fundamentales de las personas, la mejora de los servicios públicos a los ciudadanos y el consolidar la paz social y la seguridad jurídica, para lo que es imprescindible reducir las desigualdades.

Este denominador común es una levadura integradora fundamental, que en buena medida ha sido la clave para la construcción integradora en la Unión Europea, y se da con más debilidad en las organizaciones de integración latinoamericana.¹⁸

Los principios de solidaridad y cohesión social han sido básicos en la construcción europea, y por medio de ellos se han cerrado poco a poco las brechas de desigualdades mediante transferencias financieras de fondos europeos a aquellos países que se incorporaban por un nivel por debajo del 90% de la renta media en la Unión Europea. Generalizar estos principios en los procesos de integración latinoamericanos nos parece muy necesario y hacerlo también desde la perspectiva del principio de subsidiaridad, por el cual todo lo que pueda hacerse al nivel más próximo a los ciudadanos no debe hacerse a escala superior. Pensamos que esos fondos europeos de solidaridad se han facilitado fundamentalmente para ayudas a municipios y regiones menos desarrolladas de los diferentes países.

En el caso latinoamericano, se ha dado la modesta institucionalización en el Mercosur del FOCEM en 2005, Fondo para la Convergencia Estructural y Fortalecimiento de la Estructura Institucional de Mercosur, que manejó recursos de unos 100 millones de dólares a partir de aportaciones de Brasil y Argentina de las que resultaban beneficiados los otros socios más

¹⁸ Colomer Viadel, A. (coord.), *La integración política en Europa y en América Latina*, Valencia, Ugarit-IBEM, 2007. No podemos soslayar las dificultades presentes en la construcción europea, en donde pareciera haberse debilitado el principio de solidaridad, y donde las interferencias de elementos exógenos del mundo financiero especulador de carácter internacional están provocando perturbaciones y disfuncionalidades en el seno de la Unión Europea, y en particular de la zona euro. Véase Colomer Viadel, Antonio (coord.), *Un nuevo rapto de Europa. Las encrucijadas del Tratado de Lisboa*, Valencia, Hathi-IBEM, 2012.

pequeños, Uruguay y Paraguay. Debemos también llamar la atención en este campo sobre la peculiaridad del proyecto integrador del ALBA promovido desde Venezuela, que en gran medida se manifestaba como un proyecto de cooperación mediante campañas de asistencia sanitaria y educativa, así como cesión de petróleo en condiciones mucho más económicas que las del mercado, a los países con menos recursos.

El entramado institucional de los procesos latinoamericanos es en general débil —tal vez con la excepción de la Comunidad Andina de Naciones (CAN)—, y tiene fundamentalmente un carácter intergubernamental, ya que casi no existen normas supranacionales de aplicación directa. Posiblemente el factor del presidencialismo latinoamericano y el liderazgo de estos dirigentes nada dispuestos a ceder capacidad de decisión explican esta desconfianza hacia el mayor crecimiento institucional y a la creación de un verdadero orden jurídico supranacional lo que sí se da en la Unión Europea con el llamado derecho comunitario europeo. Además, el Tribunal de Justicia Europeo tiene verdadera capacidad jurisdiccional para exigir el cumplimiento de este derecho a los países integrados en la Unión.

Solo el Tribunal de Justicia de la CAN tiene alguna semejanza, aunque con una menor fuerza coactiva, y, además, dado el debilitamiento de esta organización regional en los últimos años, también se han resentido sus instituciones.

En el Mercosur, desde su fundación por el Tratado de Asunción de 1991, hay que esperar más de una década para la creación del Tribunal Permanente de Revisión, para resolver controversias. Pero con la contradicción de que los países parte pueden elegir someterse a otras jurisdicciones, como la de la Organización Mundial de Comercio o el Tribunal Internacional de Justicia, de Naciones Unidas, de La Haya. Se da la paradoja de que la solución de controversias puede hacerse fuera del entramado institucional del propio Mercosur.

Un acuerdo de complementación económica entre el Mercosur y la Comunidad Andina, con el apoyo de la ALADI (Asociación Latinoamericana de Integración), ha pretendido desde hace tiempo incrementar la masa crítica institucional y ponerla también al servicio del proyecto de Comunidad Sudamericana de Naciones, que nace en Cusco (Perú) en 2004, y que finalmente va a denominarse Unión de Naciones Sudamericanas (Unasur).

Una vía para fortalecer la integración ha sido la de convergencia de intereses, y en este sentido es importante el acuerdo de los doce presidentes sudamericanos. En Brasilia, en 2000 crean la Iniciativa para la Integración de la Infraestructura Regional Sudamericana (IIRSA), y el Plan de Acción para la Integración Física Sudamericana. Prácticamente todos los países

comparten la necesidad de unas mejores comunicaciones que faciliten el comercio regional y también la salida hacia el exterior, por vía terrestre, marítima, fluvial y aérea, así como las comunicaciones tecnológicas. En la misma línea, la comunicación energética mediante gaseoductos para el envío de petróleo y gases desde los países productores a los no productores a cambio de otros productos de estos últimos, especialmente en alimentación.

Un último desafío es el de la integración financiera que rompa con la dependencia externa y permita un alto grado de autonomía a la región e invulnerabilidad frente a las agresiones externas de carácter especulativo. Recordemos que el proceso de integración europea nace a principio de los años cincuenta del siglo XX con un acuerdo inicial sobre el carbón y el acero, y que la integración financiera ha llevado a la creación de una moneda única, el euro, y de un Banco Central Europeo con importantes competencias en política monetaria y financiera, que permite abordar la situación de crisis de algunos países de la Unión desde una política económica y financiera solidaria. Recordemos, sin embargo, la salvedad de la más reciente situación sobre la que tratamos en nuestro libro ya citado *Un nuevo rapto de Europa*.

Evidentemente, en esta cooperación de infraestructuras todos están interesados, más allá de las diferencias de regímenes políticos y de contradicciones ideológicas, y por ello hay que hacer especial énfasis en esa acción convergente común.

Posiblemente la creación de cuerpos técnico-administrativos de buena cualificación para los órganos de integración es imprescindible en el caso latinoamericano, así como la estandarización de normas dentro de cada bloque y la descentralización que permita políticas locales de cooperación intermunicipal e interregional sin tener que esperar a grandes acuerdos entre gobiernos.

El impulso político es también imprescindible para que crezcan tales proyectos integradores y que las decisiones económicas y sociales se apliquen eficazmente. La lucha contra la desigualdad y la pobreza exige políticas sociales en el campo de la educación, de la sanidad, de la vivienda, y también una estrategia a favor de la agroindustria, que dé prioridad a la alimentación de las poblaciones, que permita surgir una demanda interna como motor de crecimiento. En este sentido, la aparición y desarrollo del Parlamento latinoamericano pareciera un instrumento adecuado para incrementar la cooperación cultural, educativa, científica e investigadora. También las Cumbres Iberoamericanas ayudan en este propósito. Así, la número 20, que se celebró los días 2 y 3 de noviembre de 2010 en Mar de Plata, hizo énfasis en la creación de un fondo para la educación, aunque otros intereses estratégicos y pugnas ideológicas se interfirieran.

No podemos olvidar ese 62% de la población activa latinoamericana que continúa en la economía informal y para las cuales es necesaria una estrategia de integración, favoreciendo sectores de economía solidaria y cooperativa, con recursos de apoyo suficientes para poder competir con cierta igualdad con los otros sectores público y privado.

El compromiso con los ciudadanos debería fortalecer a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con sede en San José (Costa Rica), y dotarla de más medios y de una mayor eficacia en la aplicación de su jurisprudencia. El caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos debe tenerse en cuenta en su capacidad de sancionar a países europeos en esta materia. Del mismo modo, el Tribunal Europeo de Justicia interpreta los tratados y reglas del derecho comunitario y soluciona los conflictos o incumplimientos de esta normativa. Este es un instrumento fundamental en un proceso de integración que quiera tener solidez.

La pugna ideológica entre el Proyecto ALCA, inspirado como acuerdo de libre comercio por Estados Unidos, que finalmente naufragó en la reunión de Mar de Plata de 2005, y el Proyecto ALBA movido desde la Venezuela bolivariana como contrapunto a la primera, y proyecto más radical y político de naturaleza ideológica socialista, debiera decantarse hacia una autonomía de la región, en la que pudieran convivir en una integración multilateral con regímenes políticos diferentes, pero que compartan una identidad histórica común y una voluntad de cooperación de interés recíproco. Ese proyecto debe estar al servicio de una nueva estrategia de cohesión social y de una autonomía para negociar con libertad en el orden internacional. En este sentido, los acuerdos con la Unión Europea que ha actuado como “un federador externo” de América Latina porque en todos sus acuerdos ha establecido la condición de mantener el entramado integrador, puede dar lugar a una asociación estratégica, pero que no cierre a América Latina la posibilidad de otros acuerdos con diferentes regiones del mundo.

La integración es un camino sin retorno, si América Latina no quiere ser arrojada a una zanja de la historia. Diferentes desafíos tienen que ser asumidos. Los proyectos de integración física y de comunicaciones son una levadura de integración eficaz y rápida, pero en ellos también hay que favorecer la transparencia y la lucha contra la corrupción, que es otro desafío generalizado.

La cooperación en energía y sistema financiero también se presentan como factor de integración de una gran importancia y el Banco del Sur una herramienta eficaz para ello.

La integración del conocimiento mediante proyectos compartidos de I+D+I es una exigencia de nuestra época.

La mejora de la masa crítica institucional de las organizaciones de integración y la convergencia entre ellas es imprescindible.

La mayor densidad del orden normativo y que algunas reglas tengan carácter supranacional que se impongan a los órdenes jurídicos internos es imprescindible, como demuestra la experiencia europea.

También es necesaria la creación y el fortalecimiento de instituciones de solución de controversias con capacidad vinculante y autoridad aceptada por todos.

Ya dijimos que la integración puede empezar desde abajo a través de la descentralización de municipios y regiones y los acuerdos intermunicipales e interregionales.

La solidaridad y la cohesión social son mandatos imprescindibles no solo de carácter gubernamental, sino a través de las organizaciones comunitarias de la sociedad civil y en la lucha contra la pobreza y la desigualdad.

La complementariedad económica debe dar prioridad a la agroindustria, abasteciendo de alimentos a las poblaciones y promoviendo la demanda interna mediante el intercambio interregional que elimine intermediarios e incluso signos monetarios en los mismos.

Las garantías de defensa jurídica ante abusos de poder o violación de la ley, y de los derechos fundamentales de las personas, es objetivo irrenunciable y fundamental, y para ello se hace imprescindible una selección objetiva y transparente de los miembros del Poder Judicial que respondan a la triple I: Independencia, Imparcialidad, Integridad.

Hay que reconvertir la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que tenga un plan de actuación autónomo para el mundo iberoamericano sin dependencias externas y fortaleciendo su estructura y exigiendo el estricto cumplimiento de sus sentencias y autos.

Una estructura de integración es más que un acuerdo comercial. Debe responder a valores y ética social inspiradores de lucha contra las desigualdades, de consenso social y respeto al pluralismo político de regeneración democrática.

Debe combinar elementos distantes para encontrar su punto de equilibrio mediante imaginación y tolerancia recíproca que combine intereses compartidos e ideales básicos sobre la dignidad del hombre y su papel en la sociedad. Solo así el proyecto integrador, tan necesario para sobrevivir en este mundo globalizado, no se frustrará.

EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. HACIA UN MÉTODO DE TRABAJO

Juan Antonio CRUZ PARCERO*

SUMARIO: I. *La reforma en materia de derechos humanos.* II. *El control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. Hacia un método de trabajo.* III. *Propuesta de método.* IV. *Los criterios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.* V. *Retórica y control de convencionalidad.*

I. LA REFORMA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

La reforma constitucional al artículo 1o. tiene una enorme significación para nuestro sistema jurídico. A partir de esta reforma podemos decir que nuestro sistema es ahora uno muy distinto. Hay dos problemas importantes relacionados con esta reforma: uno, un problema de actitud, y otro, un problema que podría llamar “de capacidad”. El problema de actitud tiene que ver con la manera en que los juristas, abogados y jueces ven la reforma. Existe mucha reticencia en algunos sectores de nuestra profesión para adaptarse a los cambios que exige esta reforma. A algunos sectores este cambio no les gustó, lo ven con desconfianza más que como un avance o una gran oportunidad. Algunas de estas actitudes en contra de la reforma se pueden observar incluso en algunos ministros de la Suprema Corte que han impulsado visiones regresivas para limitar los alcances de la reforma.¹ El otro problema, el de capacidad, tiene que ver con cómo y con qué recursos se puede enfrentar el enorme reto de responder a las obligaciones que impone la reforma. Este problema de capacidad se puede ver desde varios puntos de vista, desde uno institucional (las capacidades institucionales para responder a este reto), como a nivel

* Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM.

¹ Puede verse como muestra el expediente Varios 912/2010, las controversias constitucionales 911/2011 y la 293/2011. En estas discusiones, especialmente en la discusión de las dos controversias, se logró imponer una visión restrictiva, que más adelante comentaremos.

individual (la preparación que pueda tener cada juzgador, secretario etcétera, para cumplir sus obligaciones). Yo me centraré aquí en un aspecto importante que tiene mucho que ver tanto con la actitud como con la capacidad. Me refiero a las obligaciones interpretativas de los juzgadores a la luz de la reforma en materia de derechos humanos.

El artículo 1o. de la Constitución sitúa a los derechos humanos y a los tratados internacionales en esa materia como parte de lo que algunos han llamado un nuevo “bloque de constitucionalidad”.² El párrafo segundo de dicho precepto establece una obligación hermenéutica de favorecer siempre la interpretación que garantice la protección más amplia de la persona, lo que se conoce como el principio *pro homine* o *pro personae*. Esta guía interpretativa se refuerza a su vez con la obligación de toda autoridad, incluidos todos los jueces, tanto locales como federales, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Las normas que podemos encontrar en el referido precepto constitucional establecen los siguientes cuatro criterios interpretativos:

- a) Todas las personas gozarán de los derechos humanos; en cierto sentido aquí se establece un cambio importante al reconocerse expresamente a los derechos humanos y entender así a los derechos constitucionales (y algunos otros reconocidos en leyes secundarias) como derechos humanos cuando se trata de derechos básicos. Este cambio es importantísimo, pues a nivel interpretativo vincula el razonamiento jurídico con el razonamiento evaluativo o moral. Vincula también a nuestra interpretación constitucional con las teorías de los derechos humanos, obligando a dejar de lado toda interpretación de los derechos constitucio-

² Más allá de la discusión en torno a la expresión “bloque de constitucionalidad” que ha suscitado reticencias de algunos ministros de la Suprema Corte y en un sector de la academia, lo cierto es que esta idea es una consecuencia necesaria de la adhesión de México a la Convención Americana de Derechos Humanos, de las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de nuestra reforma constitucional. La discusión en la SCJN por determinar el alcance y funcionamiento de este bloque de normas constitucionales y tratados internacionales es algo que se ha discutido y tratado de definir tanto en el expediente Varios 912/2010 como en la Contradicción de tesis 293/2011, cuyo proyecto correspondió al ministro Arturo Zaldívar y la controversia 21/2011 discutidas en septiembre de 2013. Aunque el alcance específico no lo conocemos aún por no haberse publicado el engrose, que contará con un gran número de votos particulares de los ministros, la resolución quedó en términos de mantener el rango constitucional de los derechos humanos derivados de los tratados internacionales y reconocer la jerarquía de las restricciones expresas a los mismos impuestas por la Constitución. Con esto se limita el alcance del mismo principio *pro personae* que reconoce el artículo 1o. constitucional.

- nales o garantías individuales con aires provincianos. Es decir, nuestra doctrina constitucional —que ha pecado muchas veces de localista— tiene ahora que armonizarse con teorías de los derechos humanos.
- b) Los derechos humanos han de interpretarse de acuerdo con el principio *pro personae*. Los alcances de este principio nos llevan igualmente a sostener que la interpretación que haya de hacerse es de carácter evaluativo, pues siempre deberá tenerse en cuenta el principio *pro personae*, que es un principio sustantivo que obliga, como veremos más adelante, a hacer comparaciones y justificar elecciones interpretativas que favorezcan la defensa de las personas.
- c) Todas las autoridades deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. En principio, se trata más de una regla que de un principio, pues se obliga a cualquier autoridad, a toda autoridad de cualquier ámbito de los diferentes poderes del Estado a respetar, promover, proteger y garantizar los derechos humanos. Sin embargo, en una segunda instancia, se puede ver como una de fin, pues las conductas exigidas quedan abiertas y generan discrecionalidad de los distintos funcionarios. Pero también puede entenderse en determinadas circunstancias como un principio, donde se puede evaluar la fuerza con que las obligaciones se imponen a distintas autoridades, pues no es lo mismo que un funcionario menor del ámbito administrativo pase por alto estas obligaciones, a que lo haga un juez, un tribunal o alguna autoridad administrativa con mayor jerarquía y poder de decisión.
- d) Se deben usar los principios de *universalidad*, *interdependencia*, *indivisibilidad* y *progresividad* cuando se interpreten los derechos humanos. La norma constitucional obliga a interpretar los derechos humanos con criterios que la comunidad internacional ha reconocido como válidos. Esto genera también un compromiso relacionado con el tipo de teorías de los derechos humanos que pueden usarse para la interpretación de la Constitución, pues estos criterios rechazarían a algunas concepciones de los derechos humanos que niegan, por ejemplo, tal carácter a los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente, estas concepciones serían antagónicas a esta concepción de los derechos humanos que se reconoce en la Constitución.³

³ En un debate reciente con Ulises Schmill y Carlos de Silva en torno a la interpretación del concepto de interés legítimo, les hacía la crítica de que su interpretación de tal noción ignora las obligaciones del artículo 1o. constitucional, pues expresamente se niegan a admitir que los derechos sociales sean derechos. Tal posición, si bien es comprensible como una posición doctrinal, no puede ser ahora usada en la interpretación constitucional, pues la Constitución precisamente rechaza tal concepción. El principio de indivisibilidad de los de-

La reforma establece un criterio interpretativo que tendrá jerarquía sobre otros criterios utilizados para interpretar y aplicar las leyes. Pero no olvidemos que la misma Constitución también alude a otros criterios interpretativos en otras disposiciones. Por ejemplo, el artículo 14 establece que “a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”, y que

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

El artículo 133 establece que son ley suprema la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión y los tratados internacionales, y establece que estos prevalecen sobre las Constituciones y leyes locales, cuyos jueces tienen obligación de hacer prevalecer las leyes supremas.⁴ Con los criterios del artículo 14 que se refieren a la irretroactividad y la prohibición de aplicar penas por analogía será difícil que surjan problemas, pues ellos mismos se pueden ver como instancias del principio *pro personae*. Con los que sí pueden surgir problemas es con los criterios de interpretación gramatical, que se establece como prioritario para los juicios civiles.

Además con la reforma se genera una obligación específica de todos los jueces y tribunales en México: el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad. En seguida analizaremos esta obligación.

II. EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. HACIA UN MÉTODO DE TRABAJO

Ahora, con la reforma, el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad son una obligación de todo juez en México, obligación que deriva

rechos obliga a considerar a los derechos sociales como verdaderos derechos humanos. Esto se podrá seguir negando a nivel doctrinal por algunos, pero tales argumentos no pueden ser usados en la interpretación constitucional para favorecer posiciones precisamente contrarias a la idea de unidad de los derechos humanos. Véase Schmill Ordoñez, Ulises y Silva Nava, Carlos de, “El interés legítimo como elemento de la acción de amparo”, *Isonomía*, núm. 38, abril de 2013, pp. 247-268; como mi crítica, Cruz Parcero, Juan Antonio, “El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos. Observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva”, *Isonomía*, núm. 30, octubre de 2013, pp. 185-213.

⁴ Precisamente la Suprema Corte decidió en la controversia constitucional 293/2011 que los tratados internacionales son parte del bloque de constitucionalidad, aunque se estableció una restricción al sostenerse que cuando la Constitución misma imponga una restricción expresa a algún derecho humano esta prevalecerá sobre el tratado internacional.

de: *a)* las sentencias condenatorias de la Corte IDH contra el Estado mexicano; *b)* la misma Convención Americana de DH, en sus artículos 2o. (deber de adoptar el derecho interno), 29 (obligación de adoptar la interpretación más favorable); *c)* de la misma reforma al artículo 1o. de la Constitución federal, y, por último, *d)* de la aceptación expresa del control difuso por parte de la SCJN en el expediente Varios 912/2010 relacionado con el caso *Radilla Pacheco*.⁵

De aquí surge un criterio interpretativo de primer orden, que es el de la “interpretación conforme”, que se relaciona estrechamente con el criterio de la “interpretación más favorable a la persona”. La Corte sostuvo en el expediente Varios 912/2010, que el control de convencionalidad supone tres pasos:

- a) Interpretación conforme en sentido amplio, que implica que los jueces deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos, favoreciendo a las personas la interpretación más amplia.
- b) Interpretación conforme en sentido estricto, que significa elegir entre las opciones interpretativas la que mejor favorezca los derechos humanos y que evite incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.
- c) Inaplicación de la ley cuando no se pueda hacer una interpretación conforme.

Ahora bien, estos criterios no están del todo claros, y no se aprecia de manera clara en dicha resolución qué supone cada uno de ellos. Miguel Cano,⁶ junto con Graciela Rodríguez, han propuesto un método para entender el control de constitucionalidad y convencionalidad, que vale la pena comentar aquí. Su método supone cinco pasos:

- a) Identificar qué derechos humanos están en juego en un determinado caso. En muchas ocasiones, nos dicen, los tribunales no se percatan de que existen derechos involucrados en los casos que tienen que resolver. Es entonces desde la forma como se concibe un problema que es necesario adoptar un enfoque de derechos humanos.

⁵ Ferrer MacGregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa-UNAM, 2012, pp. 339-429.

⁶ Cito aquí un trabajo de Cano, Luis Miguel, “Un futuro incierto para la práctica del control difuso de convencionalidad”, borrador citado con su autorización. En este trabajo él mismo refiere que el modelo que comentaremos lo elaboró con Graciela Rodríguez.

- b) Identificar el problema de contraste normativo. Se tienen que explicitar las normas de origen interno que son aplicables al caso y las consecuencias que se pueden derivar de su aplicación. Esta misma operación se tiene que hacer respecto del marco normativo internacional. En esta fase, remarcan, debe justificarse el correcto uso de todas las fuentes involucradas, que requiere atender críticamente a la interpretación que se ha hecho de dichas fuentes.
- c) Pronunciarse sobre cuál de los marcos normativos, el interno o el internacional, resulta el más favorable para extender la protección de las personas y sus derechos humanos para el caso concreto. Si resulta que el marco normativo más favorable es el interno, hasta ahí termina el control difuso. Si, en cambio, es el marco internacional, entonces se requiere una fase más.
- d) Aplicación de la cláusula de interpretación conforme. Aquí los autores refieren a lo que la Suprema Corte sostuvo en el expediente Varios 912/2010: realizar primero una interpretación conforme en sentido amplio, que no es sino un intento de armonizar nuestro sistema interno con el internacional; de no ser suficiente esto, se procurará una interpretación conforme en sentido estricto, que implica “preferir la que haga a la norma interna acorde con el respeto y garantía de los derechos humanos observados a la luz del marco normativo de fuente internacional que previamente ya se determinó como el más favorable para el caso concreto, evitando así que éste se vulnere, precisamente para no generar una responsabilidad internacional”.⁷ Cuando esto no es posible, se pasa al quinto paso.
- e) Inaplicación o invalidación de las normas provenientes del marco interno que no puedan conciliarse con las de fuente internacional que hayan resultado más favorables.

De este modo, ellos explicitan las operaciones más importantes que tiene que hacer un juzgador cuando realiza un control de constitucionalidad/convencionalidad. Vale la pena revisar esta propuesta.

Los cinco pasos que proponen podrían resumirse, a mi modo de ver, así: *a*) identificar los derechos humanos que están en juego, *b*) identificar las normas relevantes (aplicables) tanto de origen interno como internacional, *c*) elegir el marco normativo que resulte más favorable (si es el interno, aquí concluye el control), *d*) si se elige el marco internacional, proceder a realizar una interpretación conforme de las normas internas (en sentido amplio y estricto), y, por último, *e*) inaplicar las normas si no se puede hacer una

⁷ *Idem*.

aplicación conforme. La idea de los cinco pasos me parece bien concebida, aunque difiero en algún punto sobre cómo entender las labores que han de hacerse en algunos de ellos.

Particularmente creo que hay un problema serio en cómo se entienden los pasos segundo y tercero. No considero que el contraste a que refieren en el segundo paso se pueda entender únicamente como un problema de normas internas frente a normas de derecho internacional. Si partimos de que lo primero es identificar los derechos en juego, algunos derechos podrían desde el principio presentar algún tipo de oposición, podríamos tener partes involucradas que reclaman derechos que colisionan. Si esto es así, como con frecuencia lo es, la reconstrucción del sistema normativo más favorable, y que pondere el valor de los derechos en pugna, quizá conlleve una interpretación integral de las normas de derecho interno e internacionales que resulten no solo más favorables a una de las partes, sino la que debidamente ponderada y justificada protege a quien tiene el derecho más importante una vez tomadas en cuenta todas las consideraciones relevantes.

Dicho así el tercer paso no se trata de una elección entre derecho interno o externo, sino de presentar una interpretación coherente y justificada que implique sostener la mejor interpretación posible del marco normativo relevante, que es el llamado “bloque de constitucionalidad”. Lo anterior lo trataré de hacer más explícito en el siguiente apartado.

III. PROPUESTA DE MÉTODO

Creo que el método sugerido por Cano y Rodríguez ayuda a visualizar algunas de las tareas importantes que tienen que hacer los jueces que llevan a cabo el control de constitucionalidad/convencionalidad. Sin embargo, yo lo representaría con algunos matices distintos en los siguientes pasos:

- i) Identificar los derechos en juego.
- ii) Hacer una interpretación conforme en sentido amplio.
- iii) Hacer una interpretación conforme en sentido estricto.
- iv) Inaplicar las normas internas de ser necesario.

Trataré de entender estos pasos desde una concepción interpretativa muy cercana a la formulada por Ronald Dworkin. La razón de ello es que la propuesta interpretativa del derecho que propone Dworkin está pensada para casos difíciles, casos que son precisamente de los que se ocupan los tribunales constitucionales. Y dado que el control difuso implica la obligación de hacer un contraste evaluativo de tipo constitucional y convencional de

los preceptos que se van a aplicar, esta perspectiva parece entonces adecuada para tales fines. El control e interpretación constitucional me parece que quedan bien reflejados en la propuesta dworkineana, y como se trata de una concepción donde el intérprete debe presentar un propósito que guíe su interpretación, esto nos acerca mucho a la idea de que en nuestro sistema hoy día tal propósito está fijado por la misma Constitución, tal fin es hacer una interpretación que favorezca a las personas (principio *pro personae*), que favorezca la mejor concepción de los derechos humanos.

1. *La identificación de los derechos en juego*

Este primer paso consiste —como dijera Cano y Rodríguez— en identificar los derechos en juego. Esta labor es parte de identificar el material normativo, que, en principio, parece relevante al caso. En esta labor estamos comprometidos ya en considerar al marco internacional de los derechos humanos como parte de nuestro sistema jurídico. Así como tenemos que identificar las normas de diferentes jerarquías, tenemos que localizar las normas que forman parte del bloque de constitucionalidad. No importa ahora si el nombre de “bloque de constitucionalidad” no gusta a algunos y proponen otras expresiones. Lo que importa ahora es resaltar que en este “bloque” se integran las normas derivadas de los tratados en materia de derechos humanos. Y al identificar los derechos en juego deben entonces considerarse también los derechos derivados de tales tratados.

Ahora bien, esta identificación de derechos no es definitiva, puede ser que al analizarse con más cuidado el caso y proponerse interpretaciones del material normativo, como lo veremos en los pasos siguientes, la idea de cuáles son los derechos en juego se termine por modificar. Una idea que me parece muy valiosa de Cano y Rodríguez es que desde esta primera etapa debemos tener un enfoque de derechos humanos, pues de no adoptar un enfoque tal no tendríamos la actitud interpretativa que la Constitución requiere de los jueces y tribunales.

2. *La interpretación conforme en sentido amplio*

La obligación de interpretar las disposiciones internas y contrastarlas con el *corpus iuris* interamericano y con el *corpus iuris* internacional en materia de derechos humanos conlleva una labor interpretativa compleja. La interpretación conforme en sentido amplio consiste en buena medida en presentar propuestas de interpretación de ese material normativo donde se logre

una armonización de los derechos en cuestión con las normas que parecen relevantes o aplicables al caso. También implica descartar interpretaciones que lleven a contradicciones graves con los derechos humanos. Y digo que contradicciones graves porque no podemos soslayar que las normas constitucionales tienen también otros fines y valores distintos que proteger y promover. De forma que cuando surge una aparente contradicción entre uno de esos valores o fines y algún derecho humano, algo que se tendrá que evaluar (en la siguiente etapa) es si el derecho en cuestión tiene que prevalecer o no.

Aquí es muy importante el tipo de teorías que se tengan y se defiendan sobre los derechos humanos (y eso se verá reflejado en la forma como los jueces argumenten). Precisamente la posibilidad de que consideraciones consecuencialistas sobre otros valores o fines puedan entrar en colisión con derechos y que puedan prevalecer en algunas circunstancias es algo que unas teorías aceptan y otras rechazan. Desde mi punto de vista, una teoría adecuada de los derechos humanos no puede cerrarse a admitir la posibilidad —siempre excepcional— de que otros fines o valores puedan llegar a prevalecer en algunas circunstancias sobre los derechos humanos. Entre otras razones están que el derecho pretende ser eficaz y servir a fines sociales diversos; por ende, el derecho tiene compromisos institucionales que pueden restringir justificadamente el alcance de algunas pretensiones basadas en derechos. Por ejemplo: desde un punto de vista de los valores institucionales del derecho es necesario reglar los procedimientos legales, y ello, en muchas ocasiones, implica imponer restricciones y condiciones (plazos, términos, requisitos, etcétera) a las personas para generar certeza y seguridad, ciertamente en ocasiones fijar estas restricciones puede resultar violatorio de derechos; pero tales restricciones resultan necesarias y justificadas aunque cierto grado de arbitrariedad es inevitable (por ejemplo, decidir por qué fijar un plazo de cinco o seis días para interponer un recurso puede ser arbitrario hasta cierto punto, que un juez decida imponer siete años o siete años un mes de pena prisión —dentro de un máximo de diez y un mínimo tres años— puede ser arbitrario en este mismo sentido).

Para que los jueces puedan llevar a cabo de manera correcta esta labor de armonización del derecho interno con el *corpus* internacional se requiere que conozcan bien los tratados en materia de derechos humanos relevantes para la (las) materia(s) de su competencia, que conozcan los criterios de la Corte Interamericana de Derecho Humanos (CIDH), tanto su jurisprudencia obligatoria como otros criterios interpretativos que pueden guiar al intérprete.⁸

⁸ La Suprema Corte en la controversia constitucional 293/2011 sostuvo que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos, incluso en casos donde el Estado mexicano no sea parte.

Esto se puede creer que es algo fácil de lograr, pero en un país como México es un enorme reto para todos los jueces del país, tanto locales como federales (y en general para cualquier aplicador o intérprete del derecho), que tradicionalmente han estado alejados de este tipo de prácticas. Se trata de una obligación que tienen los juzgadores frente a la cual muchos no están preparados para cumplir de manera satisfactoria, independientemente de cuál sea su actitud frente a la reforma. También requiere de poder usar bien ciertos argumentos interpretativos; por ejemplo, los argumentos sistemáticos.

Otra idea que nos guía en este ejercicio interpretativo es la de buscar dos tipos de armonización: *a)* armonizar las leyes con la Constitución y con las normas del *corpus* internacional en materia de derechos humanos, y *b)* armonizar las normas constitucionales con las del *corpus* internacional en materia de derechos humanos.⁹

3. *La interpretación conforme en sentido estricto*

La interpretación conforme en sentido estricto tiene a mi parecer una estrecha vinculación con lo que algunos autores han llamado los “métodos de

⁹ En este sentido, el Pleno de la Suprema Corte, en la controversia constitucional 293/2011, ha sostenido que en caso de una restricción a los derechos humanos establecida por una norma constitucional, se debe privilegiar la restricción constitucional sobre la interpretación bajo el criterio *pro personae*. Esta resolución es muy polémica, al menos en estos términos y sin mayores matizaciones. Varios ministros, al emitir su voto, dijeron que no se trataría de una regla absoluta. El ministro José Ramón Cossío advirtió que se trataba de una regresión a la reforma del artículo 1o. constitucional, y no votó el proyecto del ministro Arturo Zaldívar. Hasta ahora el engrose de esta contradicción de tesis no se ha publicado, y no puedo establecer la forma precisa en que este criterio se vaya a interpretar. Como sea, para que un criterio así pudiera mantener cierta armonía con la misma reforma constitucional y no verse simplemente como una regresión, tendrían que hacerse algunas matizaciones a la aplicación del mismo. Por ejemplo, una restricción constitucional que vulnere gratuitamente los derechos humanos sin que sirva para una protección de otros valores importantes parecería un exceso y una clara regresión inaceptable. Así, por ejemplo, durante la discusión de dicha contradicción de tesis los ejemplos recurrentes fueron el caso del arraigo y el caso de la limitación de algunos derechos políticos a los ministros de culto. La discusión de la constitucionalidad de estos casos no puede darse, a mi juicio, por una regla como la adoptada, pues tal regla tendría que estar a su vez interpretada acorde con la misma reforma constitucional. Para que ello fuera así, las restricciones constitucionales a los derechos humanos tendrían que tener algún fundamento sólido (razonable) en otros valores constitucionales, de otro modo simple y sencillamente el criterio podría interpretarse como un cheque en blanco al legislador para violar derechos humanos. Reducido al absurdo el argumento podría llevarnos a ver como compatibles el tener una Constitución groseramente violatoria de los derechos humanos que a su vez mantenga el artículo 1o.

interpretación teleológico-evaluativos”.¹⁰ Esto es, cuando en el primer proceso generamos dos o más interpretaciones jurídicamente posibles (la SCJN habla de interpretaciones “válidas” en el expediente Varios 912/2010), no se trata simplemente de elegir cualquiera de ellas, sino de justificar una elección en atención al criterio de la interpretación que resulte más favorable a la persona. Aquí ya no cuenta el criterio de interpretación conforme en sentido amplio, pues se supone que las interpretaciones en pugna lo satisfacen. La interpretación conforme en sentido estricto debe implicar algo más que generar interpretaciones coherentes con los derechos y con la Constitución. El tipo de operación nos lleva a usar métodos interpretativos que van desde argumentos teleológicos hasta argumentos sustantivos que apelen a los valores y fundamentos de los derechos humanos. Incluso en esta etapa se puede requerir usar métodos de ponderación que nos lleven a tener que elegir entre unos derechos humanos frente a otros, de conformidad con criterios de proporcionalidad. Aunque cabe advertir que en estos métodos de ponderación lo fundamental son los argumentos sustanciales que se den para sostener la importancia de un derecho o conjunto de derechos frente a otros u otros, más que el uso de fórmulas.¹¹

Al parecer la interpretación conforme en sentido estricto consiste en buena medida en algo muy semejante a lo sugerido por Ronald Dworkin en su famoso libro *Law's Empire* (1986).¹² Dworkin sostiene que la interpretación se da en tres fases: una preinterpretativa, otra interpretativa y una tercera postinterpretativa. La etapa preinterpretativa consiste en reconocer el material jurídico relevante al caso. En la segunda etapa de Dworkin, la interpretativa, se tienen que proponer interpretaciones que se ajusten a dicho material; es decir, que guarden coherencia con él, descartándose aquellas interpretaciones que se consideren inconsistentes. De este proceso en ocasiones puede resultar una sola interpretación viable, pero con frecuencia surgen varias interpretaciones que cumplen estos requisitos de coherencia y de ajuste en un grado alto, pero que apuntan en direcciones diferentes.

¹⁰ MacCormick, Neil y Summers, Robert, “Interpretation and Justification”, en MacCormick, Neil y Summers, Robert (eds.), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, England, Ashgate, 1991.

¹¹ Es un error concebir la propuesta de ponderación de Robert Alexy como la aplicación de una fórmula (su fórmula de peso), el error él mismo lo ha propiciado al buscar una racionalización excesiva de lo que no puede ser sino un proceso argumentativo. Lo importante en la ponderación son en todo caso los argumentos que se den para justificar los juicios de preferencia de un derecho sobre otro. Para una crítica a Alexy en este sentido véase Atienza, Manuel, “A vueltas con la ponderación”, *Anales de la Cátedra F. Suárez*, Granada, Universidad de Granada, núm. 40, 2010.

¹² Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986.

Estas primeras dos etapas corresponderían a lo que aquí hemos explicado que tiene que hacerse tanto en la etapa de identificación de derechos como en la de interpretación conforme en sentido amplio.

En la tercera etapa de Dworkin, la postinterpretativa, se tienen que enfrentar las dos o más interpretaciones que resulten más plausibles (que resulten conformes en sentido amplio), y se tiene que buscar cuál de ellas es la mejor. En la teoría de Dworkin esta búsqueda se hace teniendo en mente cuál de las interpretaciones hace mejor nuestro derecho entendido como una práctica social; es decir, bajo cuál de las interpretaciones nuestro derecho será más justo, más equitativo, más igualitario, etcétera. Y si estos criterios entraran en conflicto, dado que alguna interpretación favorece más unos principios o valores que otros, entonces tenemos que decidir cuáles de estos valores son más importantes para el caso particular que se tiene que decidir. Esto implica entonces un ejercicio de ponderación de principios, derechos o valores. Ahora bien, en nuestro caso los valores que entran en juego son entonces en primer término los derechos humanos, valores de tipo sustantivo que tienen que guiar al intérprete para encontrar cuál de las interpretaciones posibles es la que mejor satisface los derechos humanos, específicamente cuál de las interpretaciones cumple mejor y desarrolla el principio *pro personae*.

Aquí también entran en juego los criterios de *universalidad*, *interdependencia*, *indivisibilidad* y *progresividad*, que son guías para interpretar los derechos humanos. De forma que se privilegia una interpretación sobre otra cuando una cumple mejor con estos criterios. Estos criterios, sin embargo, resultan todavía demasiado indeterminados hasta en tanto la doctrina y la jurisprudencia no los desarrollen y refinen; su uso actual es muy variable, confuso y en ocasiones inconsistente.¹³ Pasaré más adelante a abordar algunos problemas de estos cuatro criterios.

En esta etapa de la interpretación conforme en sentido estricto se tiene que hacer —siempre y cuando ello resulte necesario— un ejercicio interpretativo de carácter valorativo. Este es uno de los rasgos más importantes de una reforma como la del artículo 1o. constitucional, que nos lleva a adoptar

¹³ Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *op. cit.*, pp. 135-165. Este trabajo que trata de especificar en qué consisten estos criterios no deja de reconocer los enormes problemas que tienen aún las aproximaciones doctrinales, incluso los mismos autores de este ensayo no dejan de contribuir a tales confusiones teóricas, lo cual muestra que aún siendo conscientes de los problemas que implican estas nociones no es fácil hacer una conceptualización de las mismas que resulte coherente y que logre sortear algunas críticas recurrentes.

un sistema constitucionalista. Como han sostenido algunos autores, bajo el nuevo paradigma constitucionalista, que es donde nos encontramos ahora con la reforma, el razonamiento jurídico se politiza y/o moraliza, debido a que establece un compromiso con los valores y los fines constitucionales, que en nuestro caso se concretiza en un compromiso con los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en tratados internacionales. Este cambio supone, como sostiene Josep Aguiló, “la sustitución del canon interpretativo de «Interpretación de la Constitución conforme a la ley» al canon «Interpretación de la ley conforme a la Constitución»”.¹⁴ Lo cual significa que toda interpretación de la ley —cuando haya al menos derechos involucrados— requiere de un juicio de valoración, un juicio de que tal ley es o no coherente con la Constitución y con los derechos humanos. Este juicio evaluativo puede ser en algunos casos sencillo, si no se advierte ninguna tensión o contradicción aparente, pero podría requerir de sucesivos juicios e interpretaciones si estamos ante casos de colisión de derechos, tensiones entre valores o cualquier otro problema que nos genere más de una interpretación plausible de las normas, derechos y principios que consideramos relevantes.

4. *Inaplicar las normas*

El cuarto y último paso se presentará solo en algunos casos extremos, donde las mejores interpretaciones nos lleven a sostener que no es posible una armonización de alguna(s) norma(s) con la Constitución y con el *corpus* de derechos humanos internacional. En tales casos extremos, se tendrá que dejar de lado la norma en el caso de que este ejercicio lo haga un juez o un tribunal que no tenga facultades para declarar su invalidez. En el caso de que sea la Corte un tribunal con tales atribuciones, podrán, además de inaplicar, declarar la invalidez del o los preceptos en cuestión.

La cuestión de la inaplicación es obviamente más sencilla que un problema de declaración de invalidez de un precepto. De por sí puede existir una línea muy difícil de trazar entre la posibilidad y la justificación de una interpretación conforme y la justificación de la inaplicación o la declaración de invalidez de un precepto legal (o constitucional). En muchas ocasiones la SCJN ha procedido —metodológicamente hablando— a discutir si una o varias normas son violatorias de la constitucionalidad o la convencionalidad. Cuando llegan a una respuesta afirmativa, entonces se preguntan si cabe la interpretación conforme. La respuesta en estos casos puede ser más

¹⁴ Aguiló, Josep, *Sobre derecho y argumentación*, Mallorca, Lleonard Muntaner, 2008.

complicada, pues previamente se abordan las discusiones al margen de este criterio interpretativo, y vista así la cuestión parecería más difícil de decidir. Por ejemplo, en algún caso se tiene que decidir que sí cabe la interpretación conforme, pero por razones distintas a las de la interpretación del precepto. Un caso puede ilustrar mi punto.

En un caso reciente (Amparo en revisión 567/2012), la Primera Sala de la Suprema Corte analizó si el artículo 143 del Código Civil de Oaxaca, que define al matrimonio como “un contrato civil celebrado entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen para perpetuar la especie y proporcionarse ayuda mutua en la vida”, es violatorio de los derechos de las personas, por transgredir la igualdad y el derecho a la no discriminación y al libre desarrollo de la personalidad. La Corte respondió que sí es violatorio de tales derechos, y luego se hizo la pregunta de si cabía una interpretación conforme. La respuesta fue que sí procedía la interpretación conforme de dicho precepto, de forma que, por una parte, dispuso que cuando la disposición prevea que el matrimonio es el contrato entre un solo hombre y una sola mujer, debe entenderse que ese acuerdo de voluntades se celebra entre “dos personas”. Por otra parte, dispuso que la parte relativa a que la finalidad del matrimonio es la perpetuación de la especie, se declaró inconstitucional, y debe inaplicarse a las quejas. Lo complejo de una resolución como esta es que una parte del precepto, el primer párrafo del artículo 143 del Código Civil de Oaxaca, se declaró inconstitucional, mientras que otra parte de dicho precepto se hizo una interpretación conforme, que sugiere que se entienda algo distinto de lo que literalmente expresa el precepto. Parece que una de las opciones era inaplicar por inconstitucional todo el precepto, y aunque no se argumentó suficientemente sobre este punto, se puede apreciar que la razón de no hacer esto es que hubiera ocasionado la consecuencia de dejar al Código Civil sin una definición de matrimonio. Y debido a que el matrimonio es una institución legal, no puede haber matrimonio legalmente hablando si la ley no lo constituye. Por ende, parece que con algunas normas (reglas constitutivas), los efectos de la declaración de inconstitucionalidad pueden traer consecuencias graves (institucionalmente hablando).

5. *Corolario*

En suma, la propuesta de Cano-Rodríguez que he comentado me parece interesante como punto de partida para una reflexión más profunda sobre lo que implica llevar a cabo un control de constitucionalidad/conventionalidad bajo las coordenadas de nuestra “nueva” Constitución. Mi punto de discrepancia más importante es que ellos enfatizan mucho el contraste

entre derecho interno y derecho internacional, y al hacerlo sostienen que se tiene que elegir qué sistema protege más a la persona. Esto creo que no puede verse así de simple, pues supondría que siempre las mejores interpretaciones posibles del “bloque de constitucionalidad” se presentarían con tal oposición (interno *vs.* externo). Creo que nuestra reforma exige algo más; exige primero tomar al derecho internacional como parte de nuestro sistema con lo que tal oposición se borra (al menos para este tipo de propósitos). Y si ello es así, entonces lo que nos requiere la interpretación conforme es un ejercicio de coherencia, que puede resultar más complejo, y que al llevarlo a cabo se nos presenten diversas alternativas interpretativas que nos lleven a tener que decidir cuál es la mejor en función de criterios interpretativos (*pro personae*, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad). Como estos criterios no están del todo desarrollados, dotarlos de contenido implica entrar de lleno en una argumentación evaluativa político-moral. Esta conclusión, que a muchos puede no gustarles, es sencillamente una de las enseñanzas más importantes que nos ha legado el desarrollo de la filosofía y de la teoría del derecho de las últimas tres décadas (sin dejar de lado el desarrollo de la teoría constitucional y de las teorías de los derechos humanos de este mismo periodo).

IV. LOS CRITERIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD

1. *La universalidad*

La *universalidad* ha recibido diversas interpretaciones, y cada una de estas propuestas ha recibido críticas (en ocasiones demoledoras), de modo que no hay nada como un consenso sobre cómo habría de entenderse este criterio. Algunos han pensado a la universalidad como una característica o rasgo de los derechos humanos. Los que defienden que la universalidad es una característica de los derechos afirman esta idea de varias maneras. Para algunos pocos se trata de una característica formal de los enunciados en que se formulan los derechos (Ferrajoli);¹⁵ otros la consideran una característica de los seres humanos que suele formularse diciendo que “por el mero hecho de ser un ser humano se tienen ciertos derechos humanos” (derechos naturales). Esta idea, propia del liberalismo y contractualismo clásico (Locke), resulta bastante ingenua, e incurre en lo que algunos autores han llamado

¹⁵ Especialmente el libro donde discute su trabajo sobre derechos fundamentales, Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, ed. a cargo de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Madrid, Trotta, 2001.

un prejuicio de especie. Por ello, y para evitar esta caracterización, podría decirse que son ciertas características de los seres humanos —y no el mero hecho de ser un ser humano— lo que justifica que se le adscriban derechos básicos; los candidatos más comunes de tales rasgos son los relacionados con las capacidades racionales del ser humano (Griffin,¹⁶ Talbott,¹⁷ entre otros). Otros apuntan no en relación con rasgos de capacidades reflexivas, sino con rasgos del ser humano, que lo hacen un ser con necesidades básicas, y serán entonces estos rasgos comunes a todos los seres humanos (pero no solo a los seres humanos) los que justificarán la satisfacción de tales necesidades, y de este modo los derechos asociados con estas.

Pero hay otra manera muy diferente de entender la universalidad que está asociada a la idea de que los derechos humanos son exigencias morales (derechos morales), cosa que implica mantener que para que una demanda de derechos se reconozca como un derecho humano debe poder ser apoyada (justificada) por argumentos morales que tengan un peso especialmente fuerte. Esto significa que tales razones morales tienen que ser razones que puedan universalizarse; es decir, razones que puedan aplicarse a todo posible afectado por ellas, o en otros términos, razones que se tienen que reconocer en cualquier caso semejante. La idea entonces es que los derechos, cuando se interpreten de conformidad con el criterio de universalidad, traerán como consecuencia un efecto expansivo en la medida en que los casos resulten similares. Un derecho humano reconocido expresamente en alguna situación específica se podrá aplicar a otra situación si resulta semejante; es decir, a otra situación a la que se le puedan aplicar también las razones morales que justifican al otro caso. Lo importante aquí es ver el rol central de la actividad argumentativa en que consistirá usar el criterio de universalidad. La idea de que la universalidad de los derechos radica en el tipo de razones morales que puedan ofrecerse no está reñida con las concepciones que postulan algunos rasgos o necesidades de los seres humanos como básicos o especialmente relevantes, simple y sencillamente enfatizan que tales rasgos, característica o necesidades deben ser moralmente relevantes y usarse como razones en argumentos.

2. *Interdependencia e indivisibilidad*

Los criterios de *interdependencia e indivisibilidad* son todavía algo más complicados que el de *universalidad*. Más allá de una idea muy vaga, no tenemos

¹⁶ Griffin, James, *On Human Rights*, Oxford University Press, 2008.

¹⁷ Talbott, William J., *Which Rights Should Be Universal?*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 2005.

aún criterios precisos sobre ellos. Estos conceptos se introdujeron como una forma de contrarrestar algunas tendencias surgidas durante la guerra fría, que propiciaron que en vez de que se redactara un solo Pacto Internacional de Derechos Humanos aparecieran dos documentos: uno para los derechos civiles y políticos, y otro para los derechos económicos, sociales y culturales. Algunos países hasta la fecha solo han firmado el de derechos civiles y políticos, pues ciertas corrientes liberales en los países de Occidente sostenían —y siguen sosteniendo— que los derechos económicos, sociales y culturales no son verdaderos derechos humanos (desde Cranston¹⁸ hasta Rawls,¹⁹ entre muchos). Otros regímenes autoritarios contemporáneos encabezados por China, por ejemplo, intentan defender solo los derechos sociales y económicos, pero restringen y tachan de occidentales a las libertades civiles y políticas. Ante esta situación de politización en torno a los derechos humanos, los mismos organismos internacionales, a fin de contrarrestar esta tendencia a separarlos y a poner en duda la legitimidad de algunos derechos, tuvieron que enfatizar que todos eran igualmente derechos humanos y que eran indivisibles e interdependientes. En 1993, en el marco de la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos, los delegados de los países proclamaron en la Declaración de Principios de Acción de Viena de 1993 la *universalidad, indivisibilidad e interdependencia* de todos los derechos humanos.²⁰ Estos criterios están asociados entonces a la idea de que todos los derechos humanos tienen una misma jerarquía y, por ende, es un deber de los Estados protegerlos y desarrollarlos por igual. Esta idea, sin embargo, es muy debatible, y tendríamos que buscar otra forma más aceptable de entender la *interdependencia* y la *indivisibilidad*.

La idea de *interdependencia* nos dice que el respeto, ejercicio y/o disfrute de un derecho está asociado con el respeto, ejercicio y/o disfrute de otro u otros derechos. Que al violarse uno se afectan otros, que no se puede proteger uno sin proteger otros, etcétera. Por su parte, la idea de *indivisibilidad* se opone a las jerarquías entre derechos, categorizaciones y separaciones, que tiendan a que los Estados protejan alguna categoría de derechos, pero menosprecien otra, como sucede habitualmente con la distinción entre derechos civiles y políticos, por un lado, y los derechos económicos, sociales y culturales, por el otro.

¹⁸ Cranston, Maurice, “Human Rights, Real and Supposed”, en Hayden, Patrick, *The Philosophy of Human Rights*, USA, Paragon House, 2001, pp. 163-173.

¹⁹ Pueden verse la posición que asume de manera implícita tanto en su *Teoría de la justicia*, México, FCE, 1979, como en su último libro *El derecho de gentes*, Barcelona, Paidós, 2001.

²⁰ Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, *cit.*, pp. 151 y 152.

Más allá de estas ideas básicas, tenemos muchos problemas con estos criterios. Primero, podemos decir que hay muchas formas en que los derechos pueden ser interdependientes, y en un sentido de esta interdependencia algunos son más básicos que otros; esto es, unos sirven para fundamentar otros, y si esto es así, algunos derechos humanos son concreciones de otros derechos más generales. Esta idea, que no es difícil de aceptar, va en contra de la idea de que todos tienen la misma jerarquía, al menos si tomamos la idea de jerarquía desde un punto de vista moral, en el sentido de que unos son necesariamente y conceptualmente más importantes que otros. ¿Qué tipo de jerarquía se afirma entonces cuando se dice que todos los derechos humanos son iguales? En realidad, pienso que no hay una manera sensata de salvar y hacer inteligible esta idea, pues es difícil rechazar la idea de que hay derechos más básicos que otros, que unos son derivaciones de otros en un sentido, de ser medios para un fin. Por ejemplo, el derecho a la vida y la integridad son derechos básicos que difícilmente podemos decir que están en pie de igualdad que el derecho a vacaciones periódicas pagadas del artículo 24 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. No es lo mismo que un Estado viole y afecte la vida e integridad de sus ciudadanos a que no les proporcione y asegure vacaciones periódicas pagadas. Incluso podríamos decir, como algunos lo han hecho, que el derecho a vacaciones pagadas es en todo caso una mala formulación de un derecho humano más básico al descanso y a la recreación.

Segundo, aunque es cierto que los derechos son interdependientes, estas relaciones de interdependencia son de varios tipos (relaciones medio-fin, relaciones de justificación, relaciones de realización, etcétera), pero sería difícil sostener (aun en las relaciones de justificación) que todos los derechos están relacionados con todos. Y si aceptamos entonces la idea de que las relaciones de interdependencia son relaciones discretas, entonces tenemos enfrente la tarea de determinar cuáles son esas relaciones. Me parece que en esto radica el criterio de la interdependencia como criterio interpretativo, en establecer la naturaleza o tipo de relación que resulte pertinente en cada caso y en determinar el alcance de esas relaciones; es decir, determinar qué otros derechos entran en juego a la hora de hacer, por ejemplo, una interpretación conforme.

Tercero, es muy difícil exigirle a los Estados que no establezcan algún tipo de prioridades en el diseño de políticas públicas, e incluso en política criminal, y política relacionada con la administración de justicia, que no parta de proteger unos derechos más que otros. Casi cualquier sociedad democrática tendrá una agenda sobre qué tanta importancia darle a unos derechos a costa de desarrollar otros, importancia que en mucho se traduci-

rá en destinar recursos para desarrollar políticas e instituciones. Si bien los derechos se complementan y están relacionados, esto no significa que las relaciones sean solo de armonía. A menudo surgen conflictos y la necesidad de elegir unos sobre otros. La interdependencia también implica que pueden darse relaciones de oposición. Cualquier conceptualización aceptable de la noción de “interdependencia” de los derechos humanos tiene que reconocer el hecho de que los derechos pueden entrar en conflicto en situaciones específicas y, por ende, que es ilusoria e ideológica la idea de que puede existir una plena o total armonía en el ejercicio y protección de los derechos.

3. *Progresividad*

El otro criterio es el de *progresividad*, que implica que el cumplimiento y satisfacción de los derechos es gradual, y no una cuestión de todo o nada. Ahora bien, hay que entender que esta idea de gradualidad vale desde un punto de vista estadístico o desde un punto de vista de diseño de las políticas públicas, pues no sería correcto decir que a alguien se le violó gradualmente un derecho a la vida, o un derecho a no ser violada, etcétera. Podemos hablar de gradualidad cuando evaluamos políticas y fines generales, no cuando evaluamos si a una persona en concreto se le afectó o no un derecho. Obviamente, dicho esto algunos derechos son graduables, incluso en relación con el disfrute o afectación de una persona en lo individual, como cuando decimos que Pedro vio gravemente afectado su derecho a la libertad de expresión, pero que Pablo lo vio solamente restringido de manera leve. Lo que no hay que confundir en todo caso es que cabe hablar de progresividad o gradualidad en estos dos sentidos distintos. También la idea de progresividad está relacionada con la idea de que los derechos humanos establecen y protegen contenidos mínimos, pero que cada Estado parte debe buscar alcanzar dichos mínimos y progresivamente superarlos, quedando a su vez prohibidas regresiones no justificadas.

La idea de *progresividad* ha llevado a los organismos internacionales a pugnar por el establecimiento de metas y estándares de cumplimiento que comprometa a los Estados y se puedan generar criterios para establecer responsabilidades.

Como puede observarse, la idea de *progresividad* está muy relacionada con la de la interpretación más favorable hacia la persona, pues entre las normas de derechos humanos que pudieran entrar en conflicto habrá que preferir aquellas que han logrado más protección o más compromisos por parte del Estado, y no aquellas que solo determinan los contenidos mínimos.

V. RETÓRICA Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Hay que llamar la atención sobre cierto fenómeno que está surgiendo e intensificando a raíz de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos. Muchos jueces y tribunales están confundiendo el control de convencionalidad con hacer citas de la Convención Americana de Derechos Humanos (o Pacto de San José), la Declaración Universal de Derechos Humanos y los dos pactos internacionales de derechos humanos, entre otros tratados internacionales.

Sin embargo, es de hacer notar que en esta remisión a fuentes internacionales casi en la totalidad de los casos no se está haciendo propiamente una interpretación conforme, y tampoco ninguna forma de control de convencionalidad. Como lo ha hecho notar Eduardo Ferrer MacGregor, hasta ahora en México

...en muy pocos casos se puede advertir una clara interpretación conforme a los tratados internacionales como argumento principal. Si bien es cierto que en los últimos años se aprecia un mayor número de sentencias donde se invocan estos instrumentos y la jurisprudencia de la Corte IDH o incluso de otros tribunales internacionales, así como otro tipo de fuentes internacionales, la mayoría de las veces no se aprecia con claridad el objeto de su invocación, al no ser un argumento sustancial para su decisión, y la cita es más bien como un criterio “a mayor abundamiento”...²¹

Esta crítica de Ferrer parece aplicarse a muchas sentencias de varios tribunales y jueces, pues no se advierte que el control de convencionalidad y la interpretación conforme estén hasta el momento jugando un rol importante.

¿Por qué la alusión a las fuentes de derecho internacional de los derechos humanos se queda en lo que Ferrer MacGregor denomina como un uso simplemente para “mayor abundamiento”? En realidad, la crítica de Ferrer consiste en decir que no se está realmente haciendo un uso del control de convencionalidad, sino una mera mención, que no contribuye a los aspectos sustanciales de los casos que se deciden.

Pienso que entonces uno de los retos importantes de los jueces y tribunales es comenzar a hacer realmente un control de convencionalidad y usar los criterios interpretativos en materia de derechos humanos en las interpretaciones que hagan de los preceptos decisivos en los casos que resuelven.

²¹ Ferrer MacGregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, *cit.*, pp. 361 y 362.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO CULTURAL E INDÚSTRIAL CULTURAL

José AFONSO DA SILVA

SUMARIO: I. *Fundamento constitucional*. II. *Diversões e espetáculos públicos*. III. *A questão dos limites à liberdade de expressão cultural*. IV. *Indústria cultural*. V. *Conclusão*.

I. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

1. A *liberdade de expressão cultural*¹ ganhou concreta autonomia no sistema constitucional vigente. Não é que as constituições anteriores não a reconhecessem. Reconheciam de modo genérico e vago na forma declaratória de que as ciências, as letras e as artes eram livres e o amparo à cultura era dever do Estado. O importante, no entanto, é que o constitucionalismo brasileiro evitou sempre deixar a liberdade de expressão cultural como simples forma da liberdade de manifestação do pensamento, conforme enunciado tradicional que hoje se acha inscrito nos arts. 5o., IV, e 220. A desvinculação da expressão artística em relação à estrita manifestação do pensamento tinha importância no regime constitucional passado, porque este vedava “publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes” (CF de 1969, art. 153, § 8o.), restrições que não podiam e nem podem atingir a liberdade de expressão cultural, nem na sua fase criativa nem na sua fase frutiva, salvo quanto a diversões e espetáculo públicos, que merecerá consideração adiante. A Constituição vigente dá tratamento diferente à matéria de modo a afastar qualquer risco de submeter o fenômeno artístico a limitações daquela natureza. Na Itália, a Constituição cuida da liberdade artística no art. 33 e

¹ Este texto é original da sua composição, ainda que proveniente de várias fontes do autor. Foi composto para figurar em livro em homenagem e *in memoriam* do Dr. Jorge Carpizo, grande constitucionalista e homem público do México, defensor dos direitos humanos. Por isso, pareceu-me cabível organizar um texto referente a um especial direito fundamental e a possível deformação de seu conteúdo material pela indústria cultural.

do direito de livre manifestação do pensamento no art. 21, que tem uma alínea semelhante àquela do art. 153, § 9o., da Constituição de 1969, vedando manifestações contrárias ao bom costume. Apesar de textos diferenciados, não faltou quem sustentasse a possibilidade de uma expressão no campo artístico ficar sujeita à última alínea do art. 21 da Constituição (italiana). Joga-se, então, com uma alternativa falsa: uma obra de arte nunca pode ser obscena, posição prevalentemente aceita, ou o que é obsceno não é obra de arte, mas uma manifestação imoral; neste caso, fica sujeita à limitação dos bons costumes.² A questão prévia que se põe, então, é esta: quem decide se a obra é verdadeiramente artística ou simples manifestação imoral, para saber se ofende ou não os bons costumes? Implicitamente, numa situação dessa, se estaria admitindo censura. Uma passagem de Francesco Rimoli ilustra a posição doutrinária correta na relação entre manifestação do pensamento, estritamente considerado, e expressão artística:

Foi dito que a passagem mediante a qual se operou a subsunção do conceito de expressão artística no âmbito da categoria geral de manifestação do pensamento representou, para muitos autores, um momento necessário no percurso exegético: notou-se, todavia, como, sobrepondo as duas problemáticas, acabou-se por surgir uma contaminação recíproca que tende a desnaturar, em substância, o fenômeno artístico, reduzindo-o e comprimindo-o em um âmbito de contornos muito circunscritos e de limites demasiadamente incongruente, por isso, não compreensivos da infinita variedade de formas que a arte sempre se tem mostrado por assumir. De outra parte, uma muito ampla e compreensiva acepção do termo ‘pensamento’, de modo a absorver também as formas expressivas que não sejam ‘manifestações’, arrisca-se a tornar-se perigosa, exatamente pela necessária aplicação de limites específicos ao fenômeno de que cuida o art. 21 da Constituição (que, é bom repeti-lo, fala de ‘manifestação’ do pensamento, e não, de modo mais amplo, de ‘expressão’).³

Entre nós, Luis Gustavo Grandinetti procura elaborar igual diferenciação, não propriamente sobre liberdade de manifestação do pensamento e liberdade de expressão cultural, mas entre liberdade de informação e de expressão em geral, tendo por base especialmente os institutos da veracidade e da imparcialidade, que, necessariamente, vinculam a *informação*, não, porém, a *expressão*.⁴ Por isso, o autor julga importante sistematizar, de um lado, o direito de informação, em que está apenas a divulgação de fatos, da-

² Barile, Paolo, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 93 e 94. Também Rimoli, Francesco, *op. cit.*, pp. 26 e 27.

³ *La libertà dell'arte nell'ordinamento italiano*, Padova, CEDAM, 1992, p. 23.

⁴ *Direito de informação e liberdade de expressão*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 24.

dos, qualidades, objetivamente apurados, e, de outro, a liberdade de expressão, que “envolve um dever de abstenção do Estado e dos demais quanto a uma faculdade de pensar, de emitir pensamento, de criar artisticamente, de professar determinado culto religioso ou doutrina política, sem qualquer embaraço, respeitadas os direitos das demais pessoas. Assim, a liberdade de expressão engloba as atividades artísticas humanas como cinema, teatro, novela, humor, desenho, pintura, criação literária, música, além da manifestação de qualquer opinião”.⁵ A afirmativa do autor de que a liberdade de expressão envolve um dever de abstenção do Estado não pode nos conduzir a admitir que a liberdade de informação não o envolva. Nesse particular, essas liberdades ou direitos foram postos na mesma intencionalidade jurídico-constitucional, segundo o teor do art. 220, segundo o qual a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição, vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

2. Essas considerações importam para a melhor configuração do sentido das normas da Constituição de 1988 sobre a liberdade de expressão cultural. As fontes constitucionais dessa liberdade se acham especialmente nos arts. 5o., IX, 215 e 220, §§ 2º e 3º.

3. O art. 5o., IX, assegura a *liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação*. O conteúdo desse dispositivo vai muito além das nossas preocupações nesta oportunidade, porque envolve todas formas de expressão do conhecimento, tomado este termo em sentido abrangente dos sentimentos e dos conhecimentos intelectuais, conceptuais e intuitivos. Trata-se de liberdade de *expressão* daquelas atividades indicadas, atividades que abrangem todos os campos do saber conceptual e intuitivo. *Liberdade de expressão* é, de si, um sistema complexo que constitui o centro de um leque de faculdades constitucionalmente garantido. “O sistema por um lado, significa a possibilidade de expressar as ideias e crenças sobre qualquer matéria e comunicá-las, em princípio por qualquer meio; por outro lado, inclui o direito de escutar, ouvir, ler e também contemplar as imagens que expressam os pontos de vista que outros emitem sobre fatos, ideias e crenças”.⁶ A Constituição, além de garantir a liberdade de expressão nos termos indicados, protege, especificamente, a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II).

⁵ *Op. cit.*, pp. 25 e 29.

⁶ Colauti, Carlos E., *Libertad de expresión y censura cinematográfica*, Buenos Aires, Fundación Instituto de Estudios Legislativos, 1983, p. 9.

4. A *atividade intelectual* é genérica. Não diremos que abrange também o conhecimento artístico, porque este é intuitivo. A arte ingênua, primitiva, certamente não é uma atividade intelectual. Mas, por certo, a atividade científica o é. As atividades intelectual e científica são especialmente vinculadas ao conhecimento conceptual que abrange a produção científica e filosófica. Estas, assim como todas as manifestações artísticas, estão protegidas pela liberdade de que estamos nos ocupando. Todos podem produzir obras intelectuais, científicas, filosóficas e artísticas, e divulgá-las, sem censura e sem licença de quem quer que seja. A ciência como complexo de conhecimentos é livre por definição, mas a norma constitucional, em tela, tem especial relevância porque tutela igualmente os bens a que tais conhecimentos são incorporados (publicações científicas) ou as formas de transmissão desses conhecimentos (liberdade de ensino científico, por exemplo). A liberdade de expressão intelectual e científica refere-se tanto à escolha do objeto de pesquisa científica e filosófica, quando à escolha do seu método, tanto ao direito de dispor de meios suficientes para seu desenvolvimento, quanto ao direito de publicar e transmitir os seus resultados.⁷ A Constituição assegura não só a liberdade de atividade científica, como visto, mas até determina que o Estado promova e incentive o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica, tendo tratamento prioritário a pesquisa científica básica (art. 218), e ainda confere garantia especial a essa liberdade, proclamando a autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial das universidades, afirmando o princípio da indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, e aqui outra forma de expressão objetivada consistente em estender, à população, o saber colhido nas atividades universitárias.

5. A liberdade de *expressão cultural* já ficara delineada nas considerações supra. Mas a Constituição, como já foi dito, traz um capítulo sobre a cultura, no qual estabelece que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes de cultura nacional, apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais populares, indígenas, afro-brasileiras e das outros grupos participantes do processo civilizatório brasileiro (art. 215). Aí se manifesta a mais aberta liberdade cultural, sem censura, sem limites: uma vivência plena dos valores do espírito humano em sua projeção criativa, em sua produção de objetos que revelem o sentido dessas projeções da vida humana.⁸

6. A *atividade artística*, cuja liberdade se reconhece no mencionado art. 5º. IX, é uma especial expressão de cultura, ainda que essa afirmativa encontre

⁷ Mereloni, Francesco, *Autonomie e libertà nel sistema dela ricerca scientifica*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 4.

⁸ Afonso da Silva, José, *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 257.

contestação na doutrina. É o caso de Francesco Rimoli que insiste em afirmar que há entre os conceitos de cultura e de arte mais diferenças do que semelhanças.⁹ Nossa Constituição inclui o artístico no cultural, como se infere das normas e princípios contidos nos arts. 215 e 216. Demais, qualquer discussão mais aprofundada da relação entre os dois conceitos exigiria entrar aqui no conceito de arte. Arte é *mimesis* ou não?¹⁰ O artista é um reproduzidor de um modelo externo, segundo um conceito estreito de imitação, que não era o originário de Aristóteles?¹¹ Ou o artista, ainda que inspirado na realidade, cria obra autônoma e “sua arte se torna mímese num sentido bem mais alto, enquanto é capaz de imitar não só e não tanto os objetos externos entendidos como *natura naturata*, mas também a *natura* mesma como naturante:¹² a *imitatio naturae* é assim concebida no sentido mais nobre, e a função do artista se assemelha àquele de um elemento criador participante da *natura* mesma, e exatamente em virtude dos traços de liberdade e de potência que na visão platônica o tornava digno de suspeita?”¹³ Ou, por outra, como as demais

⁹ *Op. cit.*, pp. 31 e 32.

¹⁰ Para uma discussão do argumento, *cf.* Ribon, Michel, *A arte e a natureza*, *cit.*, pp. 55 e ss.

¹¹ *Poétique*, 2a. ed., Paris, Les Belles Lettres (col. des Universités de France), 1995, trad. de J. Hardy, p. 31: “par exemple Homère fait ses personages supérieurs à la réalité”. É certo o que Eric Nepomuceno diz: “Nas artes brasileiras fica nítido que revelar a realidade não é copiar-la” (*cf.* “Nossa cultura no mundo”, em *Um olhar sobre a cultura brasileira*, livro do Ministério da Cultura, na Internet, www.minc.gov.br/textosolharnossacultura.htm

¹² “*Natura naturata*” (*natureza naturada*) e “*natura naturante*” (*natureza naturante*) são “expressões que surgiram no séc. XII com as traduções latinas dos textos de Aristóteles; a natureza naturante é o impulso indiviso, a causalidade produtora imanente que pertence à obra na formação, desenvolvimento e características dos seres; a natureza naturada é o conjunto de seres produzidos pelas operações criadoras da natureza naturante” (*cf.* Ribon, Michel, *op. cit.*, p. 186).

¹³ Rimoli, Francesco, *op. cit.*, p. 40. A relação entre arte e natureza é sempre um tema recorrente. Michel Ribon observa: “As relações entre a arte e a natureza são tão ambíguas que seu sentido, no decorrer dos processos de reflexão sobre a obra sendo feita, parece reverter-se em múltiplas idas e vindas. Se, para o artesão do belo que o artista também é, existe um modelo real ou ideal de obra que lhe permite talhá-la e dar-lhe forma, qual é ele e onde pode situar-se? Na natureza, sob a forma de uma paisagem ou da nudez de um corpo, por exemplo? Na existência de um mundo suprassensível que refletiria a beleza desse corpo ou dessa paisagem? Estaria alojado no terceiro olho do pintor, ou seja, naquele que o faz entrever por trás das aparências naturais, sua imaginação visionária suscetível até de transmutar a fealdade natural em beleza artística? Ou ainda esse modelo seria elaborado no interior do próprio tecido da obra que a mão do artista, muitas vezes rebelde à sua primeira visão, não deixa de aperfeiçoar? Se o poder de fazer e executar não fosse mais longe que o poder de conceber, perceber ou sonhar, haveria artistas? Sem dúvida, para o artista, o modelo é primeiro um objeto: uma corbelha de frutas, uma paisagem marinha, um pôr-do-sol ou, mais modestamente, troncos nodosos ou ocos de árvores habitados por figuras estranhas e fugidias que parecem esperar que o artista as liberte da matéria para lhes dar forma” (*op. cit.*, pp. 17 e 18).

formas simbólicas, não é a arte simples reprodução de uma realidade dada, não é uma imitação, mas uma redescoberta da realidade.¹⁴ Ou será apenas visão e intuição, segundo Croce?¹⁵ Ou será “o transbordamento espontâneo de sentimentos poderosos” como quer a concepção de *arte característica* de Rousseau e Goethe?¹⁶ Ou se terá que recorrer-se ao conceito de belo, para se chegar ao de arte? Mas o que é o belo?¹⁷ O que dá origem a uma beleza simétrica, ou seja, derivada da ordenada, regular e proporcional disposição das partes de um conjunto estrutural¹⁸ ou a uma beleza resultante da distri-

¹⁴ Cassirer, Ernst, *Ensaio sobre o homem*, São Paulo, Martins Fontes, 1997, p. 234.

¹⁵ Croce, Benedetto, *Breviário de estética*, São Paulo, Atenas, s. d., p. 15, trad. Miguel Ruas. Aí diz Croce: “a pergunta sobre o que é a arte – eu direi logo, do modo mais simples, que arte é visão ou intuição. O artista produz uma imagem ou fantasia; aquele que aprecia a arte volta os olhos para o ponto que o artista lhe indicou, olha pela fresta que ele lhe abriu e reproduz em si mesmo aquela imagem. “Intuição”, “visão”, “contemplação”, “imaginação”, “fantasia”, “figuração”, “representação”, e assim por diante, são palavras que se tornam continuamente quase sinônimas quando se discorre sobre a arte, levando todas elas nossa mente ao mesmo conceito ou à mesma esfera de conceitos, indício de universal consenso”. “Croce [*observa Cassirer*] está interessado apenas no fato da expressão, não no modo. Considera o modo irrelevante, tanto para o caráter como para o valor da obra de arte. A única coisa que interessa é a intuição do artista, não a corporificação dessa intuição em um material particular” (*op. cit.*, p. 232). Essa doutrina é aceita por Fidelino de Figueiredo, num conceito de arte literária aceito por Soares Amóra: “*Arte literária é, verdadeiramente, a ficção, a criação duma supra-realidade com os dados profundos, singulares e pessoais da intuição do artista*” (em Soares Amóra, Antônio, *Teoria da literatura*, São Paulo, Editora Clássico-Científica, s. d., p. 22).

¹⁶ *Cfr.* em Cassirer, *op. cit.*, pp. 230-232, sobre Rousseau, para quem “a arte não é uma descrição ou reprodução do mundo empírico, mas um transbordar de emoções e paixões”; “o princípio mimético, que prevalecera por muitos séculos, teve de abrir caminho para uma nova concepção e um novo ideal – o ideal da ‘arte característica’”. E assim também para Goethe que seguiu Rousseau, na concepção da arte característica que conquistou vitória sobre a arte imitativa: “toda arte característica ou expressiva é ‘o transbordar espontâneo de sentimentos poderosos’”, mas se a arte é de fato expressiva, não pode ser só expressiva, porque há de ser também formativa.

¹⁷ Kant: “Para distinguir se algo é belo ou não, referimos à representação, não pelo entendimento ao objeto em vista do conhecimento, mas pela faculdade da imaginação (talvez ligada ao entendimento) ao sujeito e ao seu sentimento de prazer ou desprazer. O juízo do gosto não é, pois, nenhum juízo de conhecimento, por conseguinte não é lógico e sim estético, pelo qual se entende aquilo cujo fundamento de determinação, *não pode ser senão subjetivo*”. Depois: “O belo é o que é representado sem conceitos como objeto de uma complacência *universal*”, ou seja, o *belo* é objeto da complacência *independente de todo interesse* (*Crítica da faculdade do juízo*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995, pp. 47 e 48, e 55 e 56, trad. Valério Rohden e Antônio Marques). Hegel: “só é belo o que possui expressão artística, o que é criação do espírito, e o que só enquanto relacionado com o espírito ao natural se pode atribuir beleza” (*Curso de estética: o belo na arte*, trad. de Orlando Vitorino, São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. 5).

¹⁸ “Certamente, se a beleza de um cavalo ou a de um corpo humano proporciona um prazer estético, é porque realiza uma ordem intelectual que eu percebo: a justa proporção das partes na harmonia de uma totalidade corporal” (Ribon, Michel, *op. cit.*, p. 21).

buição mais conveniente das partes em relação a quem usar o todo, ou beleza da forma ou como adequação ao fim?¹⁹ Talvez até se possa utilizar do conceito de distorção da neurolinguística para se chegar à compreensão da arte. A neurolinguística parte da afirmativa, bastante razoável e aceitável, de que estamos em contato com o mundo, mas, se bem que o mundo é real, nós não operamos sobre essa realidade, porque cada qual o modela servindo-se das faculdade de *generalização, seleção e distorção*. Esta última permite modificar experiências sensoriais; ela se manifesta especialmente nos atos de criação. Ela é que permitiu uma Tasília do Amaral pintar uma mulher de cabelos verdes, tanto quanto a Gauguin pintar cabelos violetas, e outros desenhar ou pintar rostos geométricos.²⁰

Não, não se entra nessa densa seara, pois não se cuida aqui de um estudo sobre estética, que, aliás, fugiria à minha competência.²¹ O que é verdadeiramente certo é que *a arte é uma interrogação inacabada e incessantemente retomada*.²²

II. DIVERSÕES E ESPETÁCULOS PÚBLICOS

7. Determinadas expressões artísticas gozam de ampla liberdade, como as das artes plásticas, musicais e literárias (poesia, conto, romance). Certas manifestações artísticas, contudo, ficam sujeitas a uma regulamentação especial, consoante prevê o art. 220, § 3o., da Constituição, que declara competir à lei federal:

- I regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;
- II estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de

¹⁹ Essas interrogações são extraídas das discussões sobre o conceito de arte, não claramente definido, em Rimoli, Francesco, *op. cit.*, pp. 32 e ss.

²⁰ Sobre a temática, *cf.*: Cyrol, Alain e Josiane de Saint, Paul, *Derrière la magie, la programmation neuro linguistique*, Paris, InterEditions, 1992, pp. 29 e ss.

²¹ É temática que se pode ver em: Aristóteles, *Poétique*, trad. de J. Hardy; Kant, Paris, Les Belles Lettres, 1995, *Crítica da faculdade do juízo*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995; Hegel, *Curso de estética: O belo na arte*, trad. Orlando Vitorino, São Paulo, Martins Fontes, 1996.

²² É ideia que se acha em Ribon, Michel, “A arte, tal como a filosofia, é uma interrogação inacabada e incessantemente retomada” (*op. cit.*, p. 133).

rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Temos aí dois problemas: o das *diversões e espetáculos públicos* e o dos *programas de rádio e televisão*.

8. A respeito das *diversões e espetáculos públicos*, pode o Poder Público interferir sem censura, para informar sobre sua natureza e faixa etária a que não se recomendem, e que, por isso, exige conceituação.

8.1. Há *diversões públicas* que não entram na noção de espetáculo público, embora, em certo sentido, os espetáculos públicos sejam também formas de divertimentos. Os “parques de diversões”, certas casas de divertimentos e brinquedos eletrônicos oferecem diversões públicas. Ficam sujeitos às limitações previstas em lei, na forma indicada no art. 220, § 3o., I, espécie de censura classificatória, para efeitos indicativos, prevista no art. 21, XVI. Os franceses chamam essas diversões públicas de *espetáculos de curiosidade*, distrações de conteúdo não intelectual.

8.2. Os *espetáculos* são de conteúdo variado. Envolvem “criação artística, que traduz certa visão do homem e da vida, uma estética, ou mesmo uma opção política” ou simples distração ao público evitando fazer pensar e que não põe qualquer problema de liberdade intelectual. Assim num sentido extenso se fala em espetáculo a respeito de tudo o que chama a atenção, atrai e prende o olhar, mas no sentido de *espetáculo público*, referido na Constituição, trata-se de representação *teatral, exibição cinematográfica, rádio, televisão* ou *qualquer outra demonstração pública de pessoa ou conjunto de pessoa*.²³

9. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão, segundo a Constituição (art. 221), no que tange à cultura, deverão atender os seguintes princípios: I. preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II. promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação III. regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV. respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família. A lei poderá estabelecer regras de defesa da pessoa e da família contra programas de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221. Não cabe, porém, censura, mas classificação, para efeitos indicativos (art. 21, XVI).²⁴

²³ Afonso da Silva José, *op. cit.*, p. 256.

²⁴ *Ibidem*, p. 256.

III. A QUESTÃO DOS LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CULTURAL

10. Temos que partir da distinção entre *artefatos culturais funcionais* e *artefatos culturais textuais*. Aqueles são especialmente produzidos por via de atuação tecnológica, geradora de bens utilitários, cuja acumulação forma a cultura material da comunidade, sujeita ao regime jurídico das atividades industriais e comerciais. Os textuais provêm da atividade intelectual, científica e artística, cujos objetos diversificados formam o sistema de fins que presidem à ordenação social, o que vale dizer constitui os sistemas simbólicos que constituem as culturas.²⁵ É neste último caso que se põe a questão dos limites à liberdade de expressão cultural.

11. E esta é uma temática delicada, que requer extremo cuidado, para não se desbordar de limites e do equilíbrio necessários à preservação essencial de valores constitucionalmente protegidos. Há de se partir da premissa básica de que a liberdade de expressão independe de censura ou de licença (art. 5o., IX), ou seja, independe de qualquer tipo de censura, inclusive da moral, não apenas da censura de natureza política, ideológica e artística, expressamente vetada no art. 220, § 2o. Em remate, os limites que possam aplicar à liberdade de expressão cultural não podem importar censura. Esta consiste na interferência do censor no conteúdo da manifestação, ou no modo de ser de sua apresentação intrínseca, ou no modo de ser do veículo de sua divulgação.

12. Mas, se a liberdade, em qualquer de suas formas, é um valor essencial à dignidade e ao desenvolvimento da pessoa humana, não é, porém, um valor absoluto e ilimitado. Isso é pacífico. A Constituição mesma indica regras de restrição às liberdades e, muitas vezes, autoriza o legislador ordinário a produzir normas restritivas, como mostrado no tópico anterior sobre os regulamento legal das diversões e espetáculos públicos (art. 220, § 3o., inc. I). Além disso, o *poder de polícia* é, sem dúvida, um sistema importante de limitação de direitos individuais, mas só tem cabimento na extensão requerida pelo bem-estar social. Fora daí é arbítrio.²⁶ Lembra Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho que “o grau de importância que a Constituição atribui à libre expressão, como direito fundamental, a põe a salvo de certas investidas do poder público visando à sua limitação. Assim, vige, para ela o princípio distributivo, que assegura-lhe, em princípio, ampla

²⁵ Sob o tema, Furtado, Celso, *O capitalismo global, cit.*, p. 70.

²⁶ Afonso da Silva, José, *op. cit.*, p. 271. “Algumas normas constitucionais, conferidoras de liberdades e garantias individuais, mencionam uma lei limitadora” (art. 5o., VI, VII, XIII, XV, XVIII).

liberdade, na medida em que a intervenção estatal é limitável, controlável e dependente de permissão constitucional, como consagra o artigo 220 da Constituição”.²⁷ O autor cita decisões judiciais que prestigiam a liberdade de expressão²⁸ dentre as quais releva destacar do TJRJ [*Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*], em MS [*Mandado de Segurança*] 1.011/95, 2a. Câmara Cível, Rel. Des. João Wehbi Dib, que conclui: “A liberdade de expressão é direito fundamental. Vedação total da censura. Os autores de possíveis abusos ao direito de expressão, respondem civil e criminalmente”.²⁹

13. O art. 29, item 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que, no exercício de seus direitos e no gozo de suas liberdades, toda pessoa estará somente sujeita às limitações estabelecidas por lei, com o único fim de assegurar o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar geral numa sociedade democrática. O art. 13, itens 1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos estatui:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Este direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda índole, sem considerações de fronteiras, seja oralmente, por escrito ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro procedimento de sua eleição.
2. O exercício do direito previsto no item precedente não pode estar sujeito a prévia censura, senão a responsabilidades ulteriores, as quais devem estar expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar: a) o respeito a todos direitos ou à reputação dos demais, ou b) a proteção da segurança nacional, a ordem pública ou a saúde ou a moral pública.

14. Esses documentos mencionam diversos valores —segurança, ordem pública, saúde, moral pública— como motivos possíveis de limitação legal da liberdade de expressão. São valores constitucionais que, em algum momento, poderão estar em confronto com a liberdade de expressão cultural. Então, é necessário recorrer-se à teoria dos valores na busca de um equilíbrio. Seria incompatível uma solução que, prestigiando um valor, eliminasse o outro, de vez que a Constituição quer tutelar a ambos, pois a interpretação das normas jurídicas conforme com a Constituição não admite constru-

²⁷ *Op. cit.*, p. 49.

²⁸ *Ibidem*, pp. 30 a 48.

²⁹ *Ibidem*, p. 45.

ção interpretativa que conclua com resultado contraditório com os valores constitucionais,³⁰ com qualquer valor constitucionalmente estabelecido. Aí é que entra a consideração do contrapeso de valores constitucionais como método de interpretação da Constituição.³¹ Pois, “quando há valores que estão em pugna, não resta outro remédio senão buscar o equilíbrio, equilíbrio que nos introduz nos domínios mais majestosos da *Wertjurisprudenz*, jurisprudência dos valores, que faz com que a justiça constitucional tenha algo especial de que carece a justiça ordinária”.³²

15. A Constituição é um documento jurídico que alberga os valores fundamentais da sociedade, “assegura, como lembra García de Enterría, uma unidade do ordenamento essencialmente sobre a base de uma ‘ordem de valores’ materiais expressa nela e não sobre as simples regras formais de produção de normas”.³³ A teoria dos valores reconhece que os textos constitucionais configuram escalas de valores em que uns se elevam mais que outros. O preâmbulo de nossa Constituição o referenda expressamente quando tem os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores *supremos* de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, *fundada na harmonia social*. Mas aí mesmo está o apelo a “harmonia social”, que vale como declarar que o princípio da harmonia entre os valores constitucionais há de orientar sua aplicação. O critério de razoabilidade, em tal contexto, se converte no parâmetro por excelência do exame da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de normas, na medida em que sua aplicação consiste em examinar se o conteúdo destas está ou não em conformidade com valores constitucionais e se, em importando restrições a algum outro valor também constitucional, o faz segundo a cláusula de necessidade numa sociedade democrática, para a salvaguarda da segurança, da saúde e da moral pública.

IV. INDÚSTRIA CULTURAL

16. Quanto ao conteúdo da liberdade consignada no art. 5o., IX, transcrito no n. 3 supras, falta considerar o direito de *comunicação*, que especialmente se concretiza pelos meios de comunicação social ou de massa, e en-

³⁰ García de Enterría, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1981, p. 96.

³¹ Alonso García, Enrique, *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 220, nota 125.

³² *Ibidem*, pp. 220 e 221.

³³ *Op. cit.*, p. 97.

volve a transmutação do antigo direito de imprensa e de manifestação do pensamento, por esses meios, em direitos de feição coletiva.

17. O *direito de comunicação* consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação, e a organização dos meios de comunicação, esta sujeita e regime jurídico especial, como se extrai dos arts. 220 a 224 combinados com os incisos IV, V, IX, XII e XIV da Constituição. Assim, como se vê, o direito de comunicação se compõe dos direitos de informação e de expressão, como reconhece o Dr. Grandinetti, na sua monografia sobre o direito de informação e a liberdade de expressão.³⁴

A partir daqui é que gostaria de explorar um aspecto especial do sistema de comunicação de massas que interfere com a liberdade de expressão cultural: o da *indústria cultural*.

18. Como se sabe, a “cultura de massa” é um produto dos meios de comunicação de massa que se desenvolveu, entre nós, a partir de 1930, cujo incremento gerou a chamada *indústria cultural*. “Indústria enquanto complexo de produção de bens. Cultural, quanto ao tipo desses bens”.³⁵ Indústria que tem por objeto produzir e difundir bens de cultura à massa do povo: imprensa, cinema, rádio, televisão, que têm proteção constitucional expressa, como veremos mais adiante. Sendo indústria, sua finalidade consiste em produzir bens para o consumo, com o fito de obter lucros, e quanto mais se consome, mais se produz, sem levar em conta a qualidade das necessidades do consumidor, portanto, no caso, sem levar em conta o aperfeiçoamento cultural da massa dos consumidores. “Tecnicamente, passamos à era da comunicação multidirecional. A mensagem perde seu caráter de parcelada, distribuída em pontos reconhecidos (teatro, biblioteca, museu, sala de concerto, sala de cursos, de projeção), através de instrumentos reconhecidos (jornal, livros, revista, gravura, cartaz), que se podem evitar ou escolher”.³⁶

19. Dadas essas características ideológicas é que a indústria cultural é submetida a rigorosa crítica de vanguarda, reconhecendo nela a sobrevivência do liberalismo, descomprometido com os interesses populares e até com a própria democracia. Severas, nesse sentido, mas não sem razão, são as observações de Max Horkheimer e Theodor W. Adorno, para quem “[n]ão só suas categorias e os seus conteúdos irrompem da esfera liberal, do naturalismo domesticado como o da opereta e da revista; os modernos trustes

³⁴ *Op. cit.*, p. 62.

³⁵ Ecléa, Bósi, *op. cit.*, p. 40.

³⁶ Costa Lima, Luiz, “Comunicação e cultura de massa”, em Adorno, Theodor W. e outros, *Téoria da cultura de massa*, 3a. ed., São Paulo, Paz e Terra, 1982, p. 43.

culturais são o lugar econômico onde continua, provisoriamente a sobreviver, com os tipos correspondentes de empresários, uma parte da esfera tradicional da circulação, em vias de aniquilamento no resto da sociedade”. E mais adiante: “A indústria cultural não sublima, mas reprime e sufoca. Expondo, continuamente, o objeto do desejo, o seio no sweter e o busto nu do herói esportivo, ela apenas excita o prazer preliminar não sublimado, que, pelo hábito da privação, há muito tempo se tornou puramente masoquista”. E, logo em seguida: “As obras de arte são ascéticas e sem pudor; a indústria cultural é pornográfica e pudica”. Pois, “A indústria cultural é corrompida não como Babel pelo pecado, mas sim como templo do prazer elevado”. “Quanto mais sólidas se tornam as posições da indústria cultural, tanto mais brutalmente esta pode agir sobre as necessidades dos consumidores, produzi-las, guiá-las e discipliná-las, retirar-lhes até o divertimento”. Finalmente, “A indústria cultural perfidamente realizou o homem como ser genérico. Cada um é apenas aquilo que qualquer outro pode substituir: coisa fungível, um exemplar. Ele mesmo como indivíduo é absolutamente substituível, o puro nada, e é isto que começa a experimentar quando, com o tempo, termina por perder a semelhança”.³⁷

20. Nem todos os analistas condenam a indústria cultural com essa veemência. Há mesmo quem a defenda como forma acelerada de *democratização* do acesso aos produtos culturais, ainda que se admita que essa qualificação deforme a realidade, que um produto de cultura transmitido ou produzido não tem o mesmo valor cultural que uma obra comunicada diretamente em uma sala. Observa-se que sempre é preciso distinguir entre os campos de atuação cultural: teatro, cinema, música, debates, exposições etc., pois que diferença pode haver entre uma película que se vê no cinema ou em casa numa tela de televisão? Quantos preferem escutar um quarteto no recolhimento do lar, com os diferentes níveis sonoros de um sistema de fidelidade, antes que em uma sala de concertos, com todas as suas distrações, suas distorções e seus múltiplos incômodos? As instituições culturais e as políticas culturais do poder público por mais que se esforcem não lograram aumentar o público das obras artísticas senão marginalmente, pois não se pode atender uma demanda local mais numerosa multiplicando simplesmente as instituições culturais e as companhias locais, e não se encontram talentos

³⁷ “A indústria cultural: o iluminismo como mistificação de massas”, em Theodor W. Adorno e outros, *op. cit.*, pp. 169, 170, 177, 178, 181 e 183. Para uma crítica às teses de Max Hordhaimer e Theodor Adorno sobre a indústria cultura, *cf.* Mattelart, Armand y Piemme, Jean-Marie, “Las industrias culturales: génesis de una idea”, en Ari, Anverre e outros, *Industrias culturales; el futuro de la cultura en juego*, México-París, Fondo de Cultura Económica-UNESCO, 1982, pp. 62 e ss.

em número suficiente para animar tantas instituições descentralizadas, por isso é que a população tem mostrado sua preferência por obras produzidas pela indústria cultural. Vale ainda levar em conta que os meios de comunicação e as indústrias culturais criam uma grande demanda de produtos culturais, em um clima de competição cada vez maior, de sorte que ao artista —criador e intérprete— confere um papel que, paradoxalmente, não havia adquirido no sistema da alta cultura burguesa. São teses de Augustin Girard, expressas num artigo em que indaga: *Indústrias culturais: obstáculo ou nova oportunidade para o desenvolvimento cultural?*³⁸ que procurei sintetizar, mantendo, tanto quanto possível, suas próprias palavras, onde se vê que o autor optou decisivamente pelo segundo termo da alternativa, pois, para ele, indústria cultural importa em progresso cultural. Reconhece que a indústria cultural é de caráter internacional e que o lugar que cada país ocupa nesse mercado em plena expansão será proporcional ao vigor de suas indústrias culturais e à qualidade de sua produção cultural, não lhe escapa, porém, a percepção do perigo de dependência cultural dos países de débil capacidade de produção aos países de produção potente.³⁹

Outros analistas não são tão otimistas em relação às excelências da indústria cultural. Especialmente se destaca seu impacto altamente negativo sobre crianças e jovens, já que a televisão inculca atitudes de violência que apresenta no vídeo e os analistas até reconhecem que ela apresenta mais atos delitivos do que a vida real justifica, porque, nela, a violência constitui uma forma de espetáculo e, o que é ainda pior e perigoso, é que ela apresenta a violência como um modo eficaz de conseguir um resultado.⁴⁰ Przewcawski indica estudos de laboratório de Leifer e Roberts que mostram que um programa de televisão pode influir no espírito do telespectador e que, em condições propícias, engendra atitudes agressivas;

as investigações efetuadas empregando um método de correlação põem de manifesto a existência de uma conexão entre o fato de assistir a programas de televisão e a delinquência (McIntyre y Teevan). As investigações experimentais... indicam sem lugar a dúvida que há uma correlação positiva entre

³⁸ “Las industrias culturales: obstáculo o nueva oportunidad para o desarrollo cultural”, em Anverre, Ari e outros, *op. cit.*, pp. 25 e ss.

³⁹ Art. e *op. cit.*, p. 34.

⁴⁰ Przewcawski, Krzysztof, “Repercusión de las industrias culturales del sector de los medios audiovisuales en el comportamiento sociocultural de los jóvenes”, em Ari, Anverre, *op. cit.*, p. 89, em que o autor expõe, entre outros estudos, resultados de um seminário patrocinado pela UNESCO em Helsinki, em dezembro de 1979. No particular, destacado no texto, o autor resume passagens do livro de R. M. Liebert, J. M. Nelale e E. s. Davidson, *The early window*, sem mencionar outros dados sobre esse livro.

a recepção de certos programas (a causa) e o comportamento agressivo (o efeito) (Mc Leod, Atkin e Chaffee).⁴¹

21. A apreciação do valor e desvalor da indústria cultural, contudo, não pode prescindir de distinções precisas a respeito de sua incidência sobre as diversas categorias de produtos culturais. Nem se falará aqui de obras de *arte plástica* que, por sua natureza, não está sujeita à indústria cultural. Bem o lembra Fernando Cocchiarale, que a obra de arte plástica é obra única e não encontra na indústria cultural a mediação massiva entre produtor e público, possibilitada, por exemplo pela indústria fonográfica, pois, o artista visual é um produtor solitário, é ele e seu atelier, onde ele é autor, diretor e intérprete de uma obra que chega definitivamente acabada ao público.⁴² A indústria cultural pode até prestar bons serviços à difusão das artes plásticas e a seus apreciadores, especialmente a televisão, apresentando ao público as mostras e exposições que se realizam nos museus, nas galerias de arte, inclusive ricas coleções particulares, comentando-as para conhecimento das massas populares.

Não deixa de ter alguma razão Augustin Girard, quando ressalta os aspectos expansivos da produção cultural pelas indústrias culturais, porque, em muitos casos, a mediação que realiza entre o produtor de cultura e o público é positiva. Basta ver que hoje enquanto se escreve pode-se ouvir pelo mesmo computador um excelente CD de música popular, caipira ou clássica, numa gravação e reprodução, via computador, da melhor qualidade. Neste espaço informático se juntam dois tipos de fina tecnologia, por onde a gente aprecia os verdadeiros virtuosos da música. Não se pode, pois, condenar pura e simplesmente a indústria cultural; sem ela, quando é que muitos artistas talentosos sairiam da sombra humilde de seus recantos para encantar-nos a todos que apreciamos uma boa música? Isso, sem falar na recuperação de antigas produções musicais, populares ou clássicas, mediante tecnologia apurada da indústria fonográfica com o refinamento que os originais não tinham.

22. Assim também produção do *livro*, a mais antiga forma de industrialização cultural, sem a qual a humanidade estaria ainda a passos de tartaruga na apreensão de conhecimentos artísticos, científicos e filosóficos. E aí, sim, os conhecimentos culturais ficariam limitados a uma elite privilegiada, sem penetração popular, tão incômoda ao sistema de cultura dita superior, domi-

⁴¹ *Op. cit.*, pp. 89 e 90.

⁴² *Cfr.* “Artes visuais”, em *Um olhar sobre a cultura brasileira*, em *Um olhar sobre a cultura brasileira*, p. 4 de 6, Ministério da Cultura, na Internet, www.minc.gov.br/textos/olhar/artesvisuais.htm.

nante, por certo. A indústria editorial e a indústria fonográfica são formas de indústria cultural, que, por si, por princípio, não geram massificação imposta de cima para baixo. A arte literária, que se realiza pelos livros, e a arte musical, que se contém nos discos, são manifestações culturais de produção individualizada. O escritor e o compositor constroem sua arte no recesso do lar ou no seu escritório particular, percorrendo os passos da sua criação artística, desde a *invenção* (inspiração, descoberta do tema), passando à *disposição* (desenvolvimento e organização mental da fugaz inspiração) até a *materialização* do produto final. Agora com o auxílio da tecnologia informática, já que o computador abre “para o poeta novo cenário em que se deve articular o processo de criação. Mais do que nunca a palavra se dá em espetáculo, abrindo, para o criador, outros horizontes de expressão, pois o espaço e o tempo sofrem dilação inestimável”, pois, o “painel cultural à sua frente é mais do que uma folha em branco”.⁴³ Só depois disso é que entra a fase industrial visando à publicação e difusão do objeto criado: a edição do livro e a gravação do disco. Por outro lado, os destinatários desses objetos culturais não os recebem de cima para baixo, por uma imposição massiva, sem escolha e sem seleção. Eles escolhem o livro que lhes agrada nas livrarias e adquirem o fonograma, o disco, o compacto, nas discotecas. A coisa muda com o desenvolvimento do rádio e da televisão, formas características da indústria cultural de massa, especialmente, no que tange à música, com o surgimento do “disk-joquey” nas emissora de rádio que manipula o sistema de divulgação das gravações musicais, nem sempre eticamente. Assim se suprimem os programas ao vivo em que o artista mostra sua arte e seu valor, além de receber a merecido retribuição.

23. Recorde-se aqui, apenas de passagem, do que ocorreu em relação à música popular brasileira, para cujo desenvolvimento a indústria fonográfica teve enorme importância. A década de trinta marcou esse impulso, por um lado, enriquecedor, quando compositores e cantores populares tiveram suas canções reproduzidas e difundidas em disco. Muitos compositores de formação erudita pesquisaram o folclore e se abeberaram nas raízes populares e criaram obras de elevado valor artístico (Vila-Lobos, por exemplo). Mário de Andrade foi um guia nessa busca do popular e influenciou muitos compositores: Luciano Gallet, no Rio, Francisco Mingone e Camargo Guarnieri, em São Paulo.⁴⁴ De outro lado, porém, o movimento fonográfico é seletivo, dado o seu caráter comercial, mormente quando a reprodução

⁴³ Luca, Fábio, “Trilhas da informação contemporânea”, *O Escritor*, jornal da UBE, n. 89-dezembro/1999, p. 2.

⁴⁴ Heitor, Luiz, *150 anos de música no Brasil (1800-1950)*, Rio de Janeiro, José Olympio, 1956, pp. 273 e ss., 293 e ss. e 331 e ss.

musical passa a ser feita pela radiodifusão, não mais pelos gramofones. Por isso já em 1930, Luciano Gallet se alarmava com a decadência do gosto pela boa música e a avalanche de músicas suspeitas que o vertiginoso surto da radiodifusão contribuía para avolumar. Estava, assim, surgindo a indústria cultural, e é, sobretudo, no campo da música popular que ela se afirmara, num momento em que o populário musical brasileiro, como lembra Mário de Andrade, era desconhecido até de nós mesmos,⁴⁵ e não seria a indústria cultural que o haveria de sacar das profundezas da realidade nacional para torná-lo difundido, porque não é objetivo dela destacar a pureza da arte popular. Por isso, como nota Adorno,

a música popular produzida pela indústria cultural é dominada por dois processos: padronização e pseudo-individualização... A padronização fixa a maneira como a indústria cultural reprime qualquer tipo de desafio, originalidade, autenticidade ou estímulo intelectual da música que produz, enquanto a pseudo-individualização proporciona o 'refrão', isto é, a aparente inovação ou singularidade da canção para o consumidor.⁴⁶

Opera-se, por esse processo de industrialização cultural, aquilo que, a outro propósito, Paulo Freire chamou de *invasão cultural*.⁴⁷

24. Não é, pois, nas áreas culturais do livro, dos fonogramas, nem na arte cênica de palco, que a indústria cultural merece reprimenda. A questão se situa na indústria cultural de massa difundida pelo rádio e televisão comerciais e um pouco também pelo cinema, onde se cultua mais a cultura da violência e o circo de horrores promovido por uma fauna que compreende muito programas de mau gosto. “Se os telespectadores mais letrados e informados bandearam-se para os canais mais ‘finos’ da TV paga, as redes trataram de abastecer os remanescentes com os conteúdos que mais os sensibilizam”.⁴⁸ É nesse contexto que entra um elemento importante da indústria cultural: o *star system*, a fabricação ou o investimento publicitário maciço em certos artistas ou intérpretes de forte apelo popular que suscitem reação favorável entre os consumidores. Então, o produtor fará tudo para convertê-lo num astro,⁴⁹ ainda que a preço de frequente e lamentáveis concessões ao mau gosto.

⁴⁵ *Ensaio sobre a música brasileira*, São Paulo, Livraria Martins Editora (Obras Completas de Mário de Andrade), 1962, p. 20.

⁴⁶ Strinati, Dominic, em *op. cit.*, p. 73.

⁴⁷ *Pedagogia do oprimido*, 2a. ed., São Paulo, Paz e Terra, 1975, pp. 178 e 179.

⁴⁸ *Idem*.

⁴⁹ Sobre o tema *cf.*: Breton, Albert “Introducción a una economía de la cultura: un enfoque liberal”, em Anverre, Ari e outros, *op. cit.*, pp. 55 y 56.

25. Os analistas reconhecem que a indústria cultural, por ser instrumento de propagação e produção massivas das obras de arte e dos bens culturais, abre um largo mercado de consumo cultural, propiciando amplo campo de trabalho para criadores, intérpretes e produtores de cultura; bem verdade é que o estímulo nem sempre favorece os talentos mais afinados com a identidade nacional. O *star system* é gerador de notoriedades e virtuosos que propiciem lucros aos produtores. Mas também vêem nessa força expansiva um “perigo latente para o ulterior desenvolvimento cultural da sociedade e para a criação e adoção de valores culturais humanistas e progressistas”.⁵⁰ Observa-se também uma tensão intrínseca em todas as indústrias culturais entre uma visão estética personalizada, por um lado, e a economia da indústria, que se baseia na hipótese de um mercado disposto e capaz de pagar seus produtos; assim a estética pessoal entra em conflito com a necessidade econômica, ou seja, o que é vendável pode não ser o que o artista considere como o melhor de sua obra.⁵¹ É que a televisão e o cinema, mais que o rádio, mesmo considerados meios dramáticos importantes, têm sido, em verdade, um espaço onde o ator se repete. Se o ator foi bom em determinado papel, ele vai repeti-lo sempre: coronel, vilão, galã.

26. A indústria cultural de massa goza de proteção constitucional, como forma de manifestação artística e de comunicação (art. 5o., IX), e como forma de manifestação do pensamento, de criação, de expressão e de informação, sob qualquer forma, processo ou veículo (art. 220), desde que se observem os princípios impostos pela própria Constituição, no art. 221, segundo o qual a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

- I. Preferências a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;
- II. Promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;
- III. Regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;
- IV. Respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

27. Aí está a base constitucional para a atuação da cultura de massa, com limitações que visam precisamente conciliar a defesa da cultura

⁵⁰ Gawlik, Ladislav, “Los artistas creadores e intérpretes y los medios de comunicación de masas en Checoslovaquia”, em Ari, Anverre e outros, *op. cit.*, p. 142.

⁵¹ D. Kibbe, Bárbara, “Los artistas creadores, las industrias culturales y la tecnología en los Estados Unidos de América”, em Ari, Anverre e outros, *op. cit.*, p. 153.

em geral, nacional e regional, e especialmente da cultura popular, com as projeções da indústria cultural. Esses princípios orientadores da atuação da indústria cultural não são respeitados nem por rádio nem por televisão comerciais. As emissoras continuam produzindo seus programas na central do Rio de Janeiro ou de São Paulo, e não dá preferência alguma às finalidades educativas, artísticas e culturais como exige o inc. I do artigo, nem faz promoção da cultura nacional ou regional a não ser esporadicamente. Mesmo assim, Gabriel Priolli responde pela afirmativa à questão de saber se a mídia eletrônica está ou não contribuindo para a elevação dos padrões culturais da população brasileira; para ele, “a mídia eletrônica tem dado a sua contribuição e tem feito mais pela cultura, nesta década, do que nas três outras precedentes”. Mas a essa conclusão ele chega mediante a análise do “papel da riodifusão educativa, no contrapeso ao comercialismo extremado e às frequentes ‘apelações’ das emissoras privadas, dedicadas antes ao entretenimento do que à informação e ao conhecimento, e antes ainda à produção de lucros para seus proprietários e anunciantes, do que a programas consistentes e relevantes ao telespectador”.⁵² Destaca também o papel importante da TV paga e seu papel no desenvolvimento intelectual, incluindo programação educativa cultural, embora ainda em benefício apenas da elite que pode pagar. Mas são as TVs Cultura, como o Canal 2 da Fundação Padre Anchieta de São Paulo, a TVE-Rede Brasil, liderada pela Fundação Roquette Pindo do Rio de Janeiro, os Canais Universitários, como o de São Paulo, que reúne nove universidades paulistas: USP, PUC, Mackenzie, Federal de São Paulo, Paulista, Bandeirantes, Santo Amaro, Cruzeiro do Sul e São Judas Tadeu, e a de Porto Alegre, Caxias do Sul, Campo Grande, Belo Horizonte e Rio de Janeiro.⁵³

V. CONCLUSÃO

28. A conclusão, por um lado, ressalta o valor da liberdade de expressão como direito fundamental, sujeito exclusivamente às limitações indicadas, entre as quais não se inclui o respeito à intimidade, à vida privada, a honra e à imagem das pessoas, que são valores individuais, tidos como invioláveis pela Constituição (art. 5º, XII), mas, se, eventualmente, o exercício da liberdade de expressão cultural violar qualquer desses valores, a solução não é a restrição ou proibição da obra ou atividade cultural, mas aquela que o

⁵² *Idem.*

⁵³ Para pormenores, *cfr.* Priolli, Gabriel, *op. cit.*

próprio dispositivo constitucional prevê: “a indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação”.

29. Por outro lado, destaca os malefícios que a industrial cultural causa às expressões de cultura, pelo que lembro aqui texto que menciona Ernesto Sabato: “vivencia-se a cultura do “cheesburgers”, do “big mad”, do “jeans”, o imperialismo cultural infiltrado através do rádio e da televisão. A globalização da televisão é explosiva e cava fundo nos valores que se elevam do viver nesses nossos lugarejos dos fundos de vale, quase esquecidos no entresserras, ou dos planaltos gerais pintando pingado de branco e avermelhado aqui e ali entre o verde musgo dos cerradões. Bem lembrado por Ernesto Sabato:

O paradoxal é que através da tela parecemos estar conectados com o mundo inteiro, quando, em verdade, nos arranca a possibilidade de conviver humanamente, e o que é tão grave como isto, predispõe-nos à abulia. Ironicamente disse em muitas entrevistas que ‘a televisão é o ópio do povo’, modificando a famosa frase de Marx. Mas, creio-o, vai-se ficando em letargia diante do vídeo, e, ainda que não se encontre nada do que se busca, queda-se aí, incapaz de levantar-se e fazer algo de bom. (...) É um tédio, um entorpecimento a que nos acostumamos como ‘a falta de algo melhor’. O estar monotonamente sentado na frente da televisão anestesia a sensibilidade, faz lerda a mente, prejudica a alma.⁵⁴

⁵⁴ Afonso da Silva, José, *Ordenação constitucional da cultura*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 16. Sabato, Ernesto, *La resistencia*, Buenos Aires, Seix Barral, 2000, pp. 13 e 14.

PONDERACIÓN, INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DERECHO A LA IMAGEN: LOS DERECHOS HUMANOS Y LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL LLEGAN AL IMPI

Eduardo de la PARRA TRUJILLO*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Preámbulo: los litigios de derecho a la propia imagen en el IMPI*. III. *La interpretación constitucional por órgano administrativo*. IV. *Hechos del caso*. V. *Comentarios a la resolución*. VI. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se han producido importantes cambios en nuestro régimen de derechos humanos; uno de ellos es la reiteración de la noción de Constitución normativa¹ (en especial en sede de derechos humanos) que encontramos en el nuevo texto del artículo 1o. constitucional, vigente desde 2011.

* Doctor en derecho, con mención honorífica, por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (donde recibió el premio “Marcos Kaplan”); profesor de derecho a la propia imagen en el Instituto de Propiedad Intelectual, y de derecho de la competencia (IPIDEC) en la Universidad Panamericana; profesor de propiedad intelectual en la Facultad de Derecho de la UNAM.

¹ Nos refiere Cossío Díaz que hay dos posibilidades iniciales en cuanto a la manera de representar la Constitución: un enfoque normativo y un enfoque político; advierte el autor que los juristas mexicanos del siglo XX siguieron mayoritariamente el enfoque político, habiendo poco interés por el estudio normativo de la Constitución. *Cfr.* Cossío Díaz, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, 2a. ed., México, Fontamara, 2000, pp. 43-45 y 69.

Sobre el tema, también véase Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, “La justicia constitucional en México. Balance y resultados”, en Corzo Sosa, Edgar y Vega Gómez, Juan (coords.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, pp. 424 y 426; García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 4a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2006, pp. 55 y ss.

De hecho, tradicionalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) había entendido que solo el Poder Judicial de la Federación podía interpretar la Constitución, al grado de que, desnaturalizando el artículo 133 constitucional, prohibió el control difuso de la constitucionalidad. Pero ahora las cosas han cambiado, pues a raíz del caso *Radilla* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH),² el Pleno de la SCJN sentó jurisprudencia respecto a la procedencia oficiosa del control difuso tanto de la constitucionalidad como de la convencionalidad de los actos de autoridad,³ lo que implica un nuevo paradigma.

El artículo 1o. vigente impone a toda autoridad el deber de cuidar los derechos humanos; lo que implica, a su vez, la facultad para que las autoridades interpreten y apliquen directamente, no solo la Constitución, sino también los tratados⁴ en materia de derechos humanos.

Una de las primeras muestras de este nuevo paradigma jurídico la representa la resolución del 31 de julio de 2012, dictada por el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI)⁵ en el expediente IMC 1158/2011, caso *Roberta Ayala López vs. Notmusa, S. A. de C. V.*

En dicho asunto, el IMPI tuvo que pronunciarse sobre la violación o no al derecho a la propia imagen de una bebé recién nacida (e incluso, dicha autoridad fue más allá, para proteger también su derecho a la intimidad). Lo interesante del asunto es que el IMPI asumió plenamente el mandato del artículo 1o. constitucional, y, con el fin de proteger derechos humanos, realizó una interpretación constitucional de los artículos 6o. y 7o. de la ley suprema, así como de diversos tratados iusfundamentales.

A continuación comentaremos la resolución del IMPI, poniendo énfasis en el empleo que dicho órgano administrativo hace de las técnicas de interpretación constitucional.

² *Radilla Pacheco vs. México*, de 2009.

³ “PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, libro III, diciembre de 2011, p. 551; “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, libro III, diciembre de 2011, p. 535.

⁴ Recuérdese que las expresiones “tratados”, “convenios”, “acuerdos”, “convenciones”, “protocolos”, “cartas”, etcétera, son *sinónimos*. Cfr. Brownlie, Ian, *Principles of public international law*, 5a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 1998, pp. 608 y 609; Becerra Ramírez, Manuel, *Derecho internacional público*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991, p. 36; Sepúlveda, César, *Derecho internacional*, 18a. ed., México, Porrúa, 1997, pp. 124 y 125.

Cfr. también los artículos 2o. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; 2o., fracción I, de la Ley sobre la Celebración de Tratados, y 2o. de la Ley sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica.

⁵ Organismo descentralizado de la administración pública federal.

II. PREÁMBULO: LOS LITIGIOS DE DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN EL IMPI

El derecho a la propia imagen es aquel por virtud del cual una persona puede autorizar o prohibir la captación y/o la difusión de su imagen.⁶ Se trata, como bien ha dicho Jorge Carpizo (a quien merecidamente le rendimos homenaje), de un derecho esencial para la protección de la dignidad humana,⁷ lo que implica que tiene una doble dimensión: es un derecho de la personalidad (tutelado por la legislación civil) como también un derecho fundamental (tutelado por la Constitución y los tratados de derechos humanos).⁸

Es pacífico que la naturaleza jurídica del derecho a la propia imagen no es la de un derecho de autor, ni cualquier otro derecho de propiedad intelectual (como lo demuestra la jurisprudencia comparada,⁹ así como la doctrina nacional¹⁰ y extranjera);¹¹ sin embargo, por cuestiones de carácter histórico (más que relacionadas con la propia naturaleza jurídica del derecho) el derecho a la propia imagen se insertó, en sus primeros desarrollos legislativos,

⁶ Parra Trujillo, Eduardo de la, *El derecho a la propia imagen*, México, Tirant lo Blanch-IPIDEC (en proceso de edición); artículo 17 de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección de la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal.

⁷ Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 25, julio-diciembre de 2011, pp. 6 y 7.

⁸ Pascual Medrano, Amelia, *El derecho fundamental a la propia imagen. Fundamento, contenido, titularidad y límites*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2003, p. 28.

⁹ Véase la sentencia del 5 de mayo de 2004 dictada por el Tribunal de Justicia del Estado de Ceará, Brasil, así como la sentencia del Tribunal de Apelación del Séptimo Circuito en el caso *Toney vs. L’Oreal USA* de 2005, como ejemplos.

¹⁰ Por ejemplo: Sánchez Gil, Rubén, “El caso ‘Diego Pérez’: cómo no se hace un examen de proporcionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa-IMDPC, núm. 13, enero-junio de 2010, p. 401; Rangel Ortiz, Horacio, “La indemnización por la violación del derecho a la propia imagen en el fallo de 21 de mayo de 2008 de la Suprema Corte de Justicia de México”, *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Madrid, Universidad de Santiago de Compostela, vol. 30, 2009-2010, pp. 759 y 776; Arteaga Alvarado, María del Carmen, “Papel de las sociedades de gestión colectiva en el derecho de autor”, en Serrano Migallón, Fernando (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Eduardo Martínez de la Vêga*, México, Porrúa-UNAM, Facultad de Derecho, 2008, p. 2.

¹¹ También como ejemplo: Lipszyc, Delia y Villalba, Carlos A., *El derecho de autor en la Argentina*, Buenos Aires, La Ley, 2001, p. 43; Gorosito Pérez, Alejandro G., “Exégesis del derecho a la propia imagen”, *Lecciones y Ensayos*, Universidad de Buenos Aires, núm. 83, 2007, pp. 258 y 259.

dentro de las leyes autorales;¹² al grado de que actualmente podemos encontrar referencias al derecho a la propia imagen en las leyes de derechos de autor de algunos países, como Alemania, Argentina y Colombia, por solo señalar algunos ejemplos.

La Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de México se encuentra inserta en esa tendencia, de manera que en su artículo 87 regula diversos aspectos sustantivos del derecho a la propia imagen, como lo son su contenido *prima facie* (incluyendo su duración), las reglas de contratación (incluyendo el llamado derecho de revocación), y sus límites o restricciones.

Asimismo, desde el punto de vista adjetivo, la LFDA contempla dos vías de defensa del derecho a la propia imagen: la civil y la administrativa (sin perjuicio de mecanismos alternos de solución de controversias,¹³ o de las vías previstas por otras leyes).¹⁴

La *vía civil* puede presentarse ya sea ante jueces federales o locales (artículo 213 de la LFDA), o ante un tribunal arbitral si existe compromiso en árbitros (artículo 219 de la LFDA). Dicha acción civil se puede interponer directa e inmediatamente ante los tribunales para que se declare la violación al derecho a la propia imagen y se repare el daño, sin necesidad de agotar previamente ningún procedimiento administrativo (como se desprende claramente de los artículos 77, 213, 217 y 219 de la LFDA, así como de los artículos 137 y 138 de su reglamento). Sin embargo, en una resolución *contra lege* y duramente criticada,¹⁵ la Primera Sala de la SCJN privó a los jueces civiles de la competencia para resolver asuntos sobre violaciones al derecho a la propia imagen, reconociendo al IMPI como único órgano competente para tal fin, de manera que debía agotarse el procedimiento administrativo sancionador para acudir a la jurisdicción civil únicamente a tramitar los daños y perjuicios.¹⁶ Por tal razón, en 2013, el legislador federal tuvo que

¹² Nos referimos a las leyes de Alemania (1876), Austria (1885), Bélgica (1886) y Japón (1899).

¹³ *Cfr.* los artículos 217 y 128 de la LFDA, relativos al procedimiento de avenencia.

¹⁴ Como los juicios civiles regulados por la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección de la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal.

¹⁵ Véase, por ejemplo, Cossío Díaz, José Ramón, “Derecho a la propia imagen: un caso de acceso a la justicia”, en Parra Trujillo, Eduardo de la (coord.), *Propiedad intelectual: análisis de casos*, México, Tirant lo Blanch-UP, 2013; Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*; Rangel Ortiz, Horacio, *op. cit.*; Parra Trujillo, Eduardo de la, “La Suprema Corte de Justicia de México al servicio de la piratería: acciones civiles y defensa de los derechos de autor”, en Pimenta, Eduardo Salles (coord.), *Estudos de combate à pirataria em homenagem ao desembargador Luiz Fernando Gama Pellegrini*, Brasil, Letras Jurídicas, 2011, pp. 87 y ss.

¹⁶ “DERECHOS DE AUTOR. LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA VÍA JURISDICCIONAL REQUIERE UNA PREVIA DECLARACIÓN

corregir el error de la SCJN, y añadir el siguiente párrafo al artículo 213 de la LFDA: “Para el ejercicio de las acciones derivadas de la presente Ley y su Reglamento no será necesario agotar ningún procedimiento ni acción previa como condición para el ejercicio de dichas acciones”.

Por su parte, la *vía administrativa* consiste en un procedimiento de imposición de multas que tiene su fundamento en el artículo 231, fracción II, de la LFDA, disposición que señala que constituye una infracción administrativa en materia de comercio “Utilizar la imagen de una persona sin su autorización o la de sus causahabientes”. El IMPI, aunque no es la autoridad en materia de derechos de autor (sino en propiedad industrial, lo que ha sido ampliamente criticado),¹⁷ es el organismo facultado para conocer de esos procedimientos de infracción (artículo 232 de la LFDA), mismos que se tramitan en forma de juicio conforme a las disposiciones de la Ley de la Propiedad Industrial (artículo 234 de la LFDA).

Por tal razón, muchos litigios por violación al derecho a la propia imagen se tramitan ante el IMPI, pues el legislador le dio esa competencia. Amén de que en el periodo que va de 2008 —cuando se publicó la citada tesis de la Primera Sala— a 2013 —cuando se reformó la LFDA para aclarar la procedencia directa de acciones civiles con el fin de dejar sin efecto el criterio de la SCJN— existió mucha inseguridad jurídica sobre la admisibilidad de demandas por la vía civil, pues muchos jueces se apoyaban en la tesis aislada de la Corte para desechar las demandas, mientras que otros se apartaban del criterio de la SCJN e, incluso, lo criticaban.¹⁸

Una vez explicado el peculiar marco normativo aplicable a la resolución en glosa, pasemos a estudiar las facultades del IMPI para interpretar la Constitución, sin perjuicio de sus facultades tradicionales derivadas de su decreto de creación, de la Ley de la Propiedad Industrial y de la LFDA.

POR PARTE DEL INSTITUTO MEXICANO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL, SOBRE LA EXISTENCIA DE INFRACCIONES EN LA MATERIA”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXVIII, agosto de 2008, p. 47 (aunque el rubro habla de “derechos de autor”, dicho caso no trató sobre esos derechos; en realidad lo que pasó fue que la Primera Sala confundió el derecho a la imagen con los derechos de autor).

¹⁷ *Cfr.*, por ejemplo, García Moreno, Víctor Carlos, “El capítulo XVII del TLCAN y su influencia en la nueva ley mexicana del derecho de autor”, en Becerra Ramírez, Manuel (comp.), *Estudios de derecho intelectual en homenaje al profesor David Rangel Medina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 112.

¹⁸ Una muestra de un criterio de este tipo la encontramos en el Cuarto Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Civil, en la sentencia dictada en el amparo directo 111/2009. Un estudio de esa resolución puede encontrarse en Pastor Escobar, Raúl, “Acciones civiles y derechos de autor: ¿el regreso a lo que siempre debió ser? (comentario al caso ‘Guía Roji’)”, en Parra Trujillo, Eduardo de la (coord.), *Propiedad intelectual...*, *cit.*

III. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL POR ÓRGANO ADMINISTRATIVO

Desde que existe el derecho, la interpretación jurídica ha tenido importancia indiscutible,¹⁹ pero como bien dice Vigo,²⁰ en últimas fechas hemos visto una especie de auge o edad dorada de la interpretación (o con más precisión: del estudio de la interpretación jurídica). Como constataremos al comentar el presente caso, la interpretación jugó un papel decisivo al momento de resolver la controversia.

Eros Grau explica, con acierto, que la interpretación jurídica “se presenta o se describe como la mera comprensión del significado de las normas jurídicas”; es decir, se trata de identificar o determinar (según el enfoque que se adopte) lo que significa una norma de derecho (comprenderla).²¹ Solo comprendiendo lo que nos dice, podemos entonces aplicar la norma y actuar en consecuencia.

Lo anterior es así, porque el derecho es una forma de lenguaje, o, por lo menos, se expresa comúnmente a través del lenguaje.²² Así las cosas, como sucede en todo acto comunicativo, hay un *significante*, al cual se le debe atribuir un *significado*, siendo el intérprete un intermediario o mediador²³ que, con base en un enunciado o disposición normativa²⁴ (significante), desprende una norma o prescripción sobre cómo hay que comportarse (significado). Sin esa labor de mediación (interpretación) no puede comprenderse el derecho.

Dentro del fenómeno general de la interpretación jurídica encontramos el sector de la *interpretación constitucional*, el cual tiene una importancia capital, y consiste en comprender las normas de mayor jerarquía: las constitucionales.²⁵ La interpretación constitucional difiere, en cierto grado, de

¹⁹ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho (introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, 2a. ed., México, Themis, 2003, pp. 320 y 321; Sánchez Gil, Rubén, *Los principios de la interpretación constitucional y su aplicación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, tesis para obtener el grado de doctor en derecho, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2008, pp. 1-3.

²⁰ Vigo, Roberto L., *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 13.

²¹ Grau, Eros, *Interpretación y aplicación del derecho*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 15 y 16.

²² Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 9a. ed., Barcelona, Ariel, 1999, pp. 245 y ss.

²³ “La idea de mediación es clave en la noción de *interpretatio* y decisiva en los usos jurídicos de la expresión”. Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, p. 315.

²⁴ Sobre la diferencia entre disposición normativa (lo que se interpreta) y norma jurídica (resultado interpretativo), *cf.* Grau, Eros, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

²⁵ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 4a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 147.

otros sectores de la interpretación jurídica, dada la importancia axiológica y jerárquica de las normas de las que se ocupa, así como de la generalidad y abstracción de las disposiciones que interpreta, lo que la convierten en “una operación delicada y difícil”.²⁶ Carpizo (en un estudio clásico en la materia) sintetizó esto con la siguiente frase: “las normas constitucionales no son iguales a cualquier otra norma”.²⁷

Tradicionalmente, se ha entendido que la interpretación constitucional la hace el legislador (al dictar leyes que desarrollan los principios y valores constitucionales), pero sobre todo los jueces, estando muy limitada la interpretación constitucional por parte de la administración pública.²⁸ Postura que fue llevada al extremo en nuestro país, donde se llegó a considerar que la administración pública no podía interpretar la Constitución.²⁹

Bajo esas premisas tradicionales, al IMPI le estaría vedado interpretar la Constitución y, por ende, aplicar sus normas, ni siquiera en los procedimientos administrativos seguidos en forma de juicio (que incluyen los procedimientos de infracción, como el glosado en el presente trabajo). Esto, en virtud de que, aunque ejerza funciones materialmente jurisdiccionales, no es un verdadero tribunal, ni forma parte del Poder Judicial de la Federación.³⁰ Por tal razón, conviene preguntarnos si, actualmente, es válido aceptar que el IMPI no puede hacer interpretación constitucional.

Sin entrar al debate previo a 2011 sobre la materia,³¹ cabe decir que hoy en día la situación parece diametralmente opuesta a la postura tradicional que se explicó en el párrafo previo. A nuestro entender, las autoridades ad-

²⁶ *Ibidem*, p. 168.

En términos similares, *cfr.* Atienza, Manuel, “Los límites de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2003, pp. 187 y 188; Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 5a. ed., México, 2004, pp. 209 y 210.

²⁷ Carpizo, Jorge, “La interpretación constitucional en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 12, 1971, p. 383.

²⁸ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, pp. 170-173.

²⁹ Por ejemplo, en la doctrina clásica, Burgoa señala sin ambages: “conforme al sistema de la Constitución de 1917, son únicamente dos los tipos de órganos del Estado que gozan de la aludida facultad jurídica de interpretación constitucional. Nos referimos al Congreso de la Unión y a los Tribunales de la Federación”. Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho constitucional mexicano*, 20a. ed., México, Porrúa, 2010, p. 397.

³⁰ *Cfr.* los artículos 103 y 107 constitucionales.

³¹ Es muy conocida la postura de Gabino Fraga al respecto, y la refutación de Felipe Tena Ramírez buscando una interpretación más conservadora del artículo 133 constitucional. Inclusive, antes de la jurisprudencia de la SCJN de 1999 que rechazaba el control difuso de la Constitución, ese tribunal (en especial la Segunda Sala) se pronunció algunas veces en el sentido de que la ley suprema podía ser interpretada por jueces ordinarios y hasta por autoridades administrativas.

ministrativas (como el IMPI) están facultadas para interpretar la Constitución y aplicar sus normas. Destacan dos razones para arribar a esa conclusión: 1) la situación de los derechos humanos en el nuevo texto del artículo 1o. constitucional, y 2) la figura del control difuso de regularidad. Veamos.

En primer lugar, el artículo 1o. de la carta magna señala que toda persona gozará de los derechos humanos (tanto de origen constitucional como internacional), imponiendo *a todas las autoridades* las obligaciones de respetar, proteger y garantizar esos derechos (entre otras obligaciones). Así, la expresión “todas las autoridades” es omnicompreensiva, de manera que el IMPI tiene el deber iusfundamental de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.³² A la misma conclusión puede llegarse respecto de cualquier otra autoridad administrativa en la materia, como el Instituto Nacional del Derecho de Autor.³³

Sin embargo, ¿cómo puede el IMPI conocer lo que los derechos humanos permiten, prohíben y obligan?, ¿cómo puede saber ese órgano paraestatal la manera de comportarse a la luz del artículo 1o. constitucional y las normas de derechos humanos? Pues para conocer el sentido de las normas iusfundamentales, el IMPI debe, forzosamente, *interpretar la Constitución* (y los derechos convencionales que, como ya resolvió el Pleno de la SCJN, se consideran incorporados a la ley suprema); es decir, debe atribuir significado a las disposiciones de derecho fundamental, para luego entonces saber el tipo de comportamiento que exigen los derechos humanos.

De nueva cuenta, cabe traer a colación el pensamiento progresista de Carpizo, quien al analizar el artículo 133 constitucional y el tema del control difuso opina que los órganos administrativos con facultades de decisión, y en especial los tribunales administrativos, pueden interpretar la Constitución (y examinar la constitucionalidad de leyes), por ser “voz viva del derecho”; así, el órgano administrativo evitaría que se vulnera la Constitución y que el Poder Judicial Federal tuviera que corregir la irregularidad, por lo que “es preferible que no se cometa entuerto que haya que arreglar”. Carpizo, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 4, 1969, p. 32.

³² “Debe destacarse que el mandato de promover, respetar, proteger y garantizar tiene como destinatarias a todas las autoridades en el ámbito de sus competencias. Consecuentemente, no es un deber exclusivo del Legislador o del Juez Constitucional, sino de todos los entes públicos, administrativos, legislativos o judiciales”. Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Los derechos humanos en México*, México, Porrúa, 2012, p. 68.

³³ Resulta de particular trascendencia la opinión jurídica de dicho instituto sobre ese tema, en donde, luego de que tal autoridad administrativa interpretara directamente la Constitución, concluyó: “El INDAUTOR, como autoridad administrativa y órgano desconcentrado de la Secretaría de Educación Pública, de conformidad con los artículos 2o. y 208 de la LFDA, debe cumplir con lo dispuesto en el artículo 1o. Constitucional, y por ende, respetar y proteger los derechos humanos de los autores”; añadiendo que al proteger los derechos humanos de los autores, dicho instituto debe atender al mandato de progresividad y a la prohibición de regresividad.

A mayor abundamiento, el propio artículo 1o. establece también la obligación de prevenir violaciones a derechos humanos. Por tal razón, el IMPI debe, a toda costa, impedir la transgresión a esos derechos, y la única forma de poder cumplir con ese mandato es conociendo el sentido de las normas iusfundamentales; es decir, interpretando la Constitución y aplicándola.

Así, para que el IMPI pueda aplicar normas constitucionales, primero debe hacer interpretación constitucional; es decir, esa labor de intermediación para conocer el sentido de la regla de conducta (debemos recordar que para poder aplicar una norma primero hay que interpretarla).

En segundo lugar, la figura del *control difuso* de regularidad (tanto constitucional como convencional) nos confirma lo anterior.

Efectivamente, el control difuso de convencionalidad nació como una interpretación del sistema americano de derechos humanos; primero, en los votos concurrentes del juez Sergio García Ramírez,³⁴ y luego como parte de la doctrina judicial de la propia CIDH.³⁵ En las sentencias de dicho tribunal internacional se señala que, independientemente de que la CIDH realice el control de la convencionalidad de los actos de los Estados que se sometieron a su competencia, todos esos países miembros deben cumplir con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, lo que se traduce en que cada uno de los órganos internos de los Estados (incluyendo los administrativos),³⁶ deben velar por el respeto al referido tratado iusfundamental, al grado en que si encuentra que una ley de derecho interno contraviene el convenio, debe desaplicarse en beneficio de la norma internacional.

Dicha doctrina impactó fuerte y positivamente en nuestro derecho interno, pues a partir del caso *Radilla* en el Pleno de la SCJN (expediente varios 912/2010), nuestro máximo tribunal hizo a un lado la postura tra-

³⁴ Casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* de 2003; *Tibi vs. Ecuador* de 2004; *López Álvarez vs. Honduras* de 2006 y *Vargas Areco vs. Paraguay* de 2006.

³⁵ Comenzando con el asunto *Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006, y seguido por otros como: *Aguado Alfaro y otros vs. Perú* de 2006 (también conocido como caso *Trabajadores cesados del Congreso*).

³⁶ Bazán nos refiere la evolución que ha tenido la doctrina del control difuso de convencionalidad en la CIDH, respecto de su sujeto de activación en el ámbito interno, pues inició refiriéndose solo a la obligación del Poder Judicial (en el mencionado caso *Almonacid*), pasando por “otros órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” (caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*) —lo que da entrada a organismos jurisdiccionales no judiciales como el IMPI—, para finalmente concluir que el control difuso es obligación de cualquier autoridad pública y no sólo el poder judicial (caso *Gelman vs. Uruguay*) —lo que ya no deja lugar a dudas de la obligación del IMPI de ejercer control difuso de la convencionalidad—. Cfr. Bazán, Víctor, “Estimulando sinergias: de diálogos jurisdiccionales y control de convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundap, 2012, pp. 18 y 19.

dicional de solo permitir el control concentrado de la constitucionalidad,³⁷ estableciendo ahora, en diversas tesis de jurisprudencia,³⁸ la obligación oficiosa de toda autoridad jurisdiccional³⁹ de ejercer control difuso tanto de la convencionalidad como de la constitucionalidad de los actos.

Es claro que el IMPI, en los procedimientos de infracción administrativa, actúa como autoridad jurisdiccional, teniendo la obligación de ejercer un control difuso de la constitucionalidad y la convencionalidad, para lo cual debe hacer interpretación constitucional.

Aclaradas así las facultades del IMPI para interpretar la Constitución y los tratados de derechos humanos, entremos de lleno al asunto materia de análisis.

IV. HECHOS DEL CASO

El 11 de mayo de 2011, la empresa Notmusa, S. A. de C. V. inició la distribución de los ejemplares del núm. 754 del tabloide *TV Notas*, en cuya portada apareció una fotografía de una bebé recién nacida (en el cunero de un hospital) acompañada del texto: “Es una ‘guerrera’. Te presentamos a la bebida de Alexis Ayala”.

En el interior de la revista aparece otra vez la foto de la niña, para ilustrar un artículo en donde se explica que Roberta Ayala (hija del actor Alexis Ayala y de su esposa Fernanda López) nació con 35 semanas de gestación y tuvo que permanecer varios días en la incubadora (razón por la que fue descrita como “una guerrera”), así como se informó su peso y tamaño al nacer.

³⁷ Como explica Cossío Díaz, antes del caso *Radilla*, la SCJN solo aceptaba el control concentrado de la constitucionalidad, pero ahora son válidos dos parámetros de control de regularidad: la constitucionalidad y la convencionalidad, cada uno de ellos admitiendo dos tipos: el concentrado y el difuso. Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, *Sistemas y modelos de control constitucional en México*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 170 y ss.

³⁸ “PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, libro III, diciembre de 2011, p. 552; “PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, libro III, diciembre de 2011, p. 551; “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, libro III, diciembre de 2011, p. 535.

³⁹ La Primera Sala de la SCJN ha señalado que fuera del Poder Judicial de la Federación, “las demás autoridades jurisdiccionales del Estado mexicano sólo podrán inaplicar la norma si consideran que no es conforme a la Constitución Federal o a los tratados internacionales en materia de derechos humanos”. Cfr. la tesis “CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011)”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 10a. época, libro XV, diciembre de 2011, t. 1, p. 420.

Sin embargo, resulta que esa publicación de la imagen de la niña se hizo sin autorización alguna.⁴⁰ Razón por la que, con fundamento en los artículos 87 y 231 de la LFDA, Alexis Ayala y Fernanda López, en representación de su hija, presentaron el 8 de julio de 2011, ante el IMPI, una demanda (cuyo nombre técnico es “solicitud de declaración administrativa de infracción”) por violación al derecho a la propia imagen de la lactante.

Previo emplazamiento a Notmusa, S. A. de C. V., dicha empresa presentó su contestación, oponiendo defensas y excepciones. Luego de que las partes rindieran alegatos, el IMPI dictó su resolución el 31 de julio de 2012, considerando que se violaron los derechos de la niña Roberta Ayala, y condenándose a la parte demandada a pagar una multa de 5,000 días de salario mínimo (\$299,100.00 pesos),⁴¹ más 500 días de salario por cada día en que Notmusa, S. A. de C. V. persistiera en las conductas ilícitas.

A continuación analizaremos esta resolución del IMPI, poniendo énfasis en los temas de derechos humanos y de interpretación constitucional.

V. COMENTARIOS A LA RESOLUCIÓN

La resolución del IMPI es encomiable (sin estar exenta de errores), y se puede analizar desde varios ángulos; sin embargo, nos enfocaremos principalmente a la utilización de herramientas propias de la interpretación constitucional y de la postura garantista asumida por esa entidad paraestatal.

1. Definición de “derecho a la propia imagen”

Al entrar al fondo del asunto, el IMPI define el derecho a la propia imagen (pero en el contexto de una infracción administrativa en materia de comercio; de ahí el énfasis en el fin de lucro, que no siempre debe estar presente al violarse ese derecho), señalando que

es un bien jurídico que se tutela por ser la extensión de su personalidad en cuanto a un factor elemental de proyección e identificación de sus rasgos físicos ante los demás, necesario para que, conjuntamente con otros elementos

⁴⁰ En el procedimiento, la parte demandada alegó que contaba con autorización del fotógrafo. Sin embargo, en la secuela procesal nunca se probó eso (como bien determinó el IMPI); además de que era irrelevante para el caso, pues el autor (fotógrafo) solo es titular de los derechos de autor, pero no del derecho a la propia imagen, y el artículo 87 de la LFDA claramente señala que se requiere autorización expresa del titular del derecho a la imagen o de sus representantes.

⁴¹ Se trata de la multa máxima, según la fracción II del artículo 232 de la LFDA.

subjetivos, se le otorgue reconocimiento como sujeto individual, y sólo a ella, es decir, a la persona le corresponde la facultad del aprovechamiento de su imagen, así como la de prohibir a un tercero su utilización a través de la difusión, fijación, reproducción, publicación o cualquier otro medio, por tanto, todo uso de la misma realizado por terceros, con fines de lucro y sin autorización del interesado o de sus causahabientes, debe resultar una conducta sancionable.

Un primer aspecto a destacar es la importante documentación que realizó el IMPI para llegar a ese concepto, pues, sobre este punto, la resolución se nutrió de diversos diccionarios, de la más prestigiada doctrina constitucional extranjera (Humberto Nogueira Alcalá),⁴² de un criterio de la Primera Sala de la SCJN, y hasta de una sentencia del Tribunal Constitucional español. Esto es encomiable, pues el IMPI demuestra ser (al menos en este asunto) una autoridad que no está encerrada en sí misma, y que no tiene miedo de echar mano del método comparativo para apoyarse en doctrina de primera calidad y revisar cómo han afrontado problemas similares otros tribunales extranjeros.

Por otro lado, también es destacable que el IMPI reconozca que lo que protege la LFDA es el derecho a la propia imagen (derecho de la personalidad), saliendo mejor parado que la Primera Sala de la SCJN, que en una de sus resoluciones más polémicas en la materia (el caso *Diego Pérez*, amparo directo en revisión 1121/2007) rechazó que la ley autoral tutelara el derecho a la propia imagen, señalando que la expresión “retrato” se refiere a las obras donde se plasma la imagen, que serían, supuestamente, las verdaderamente protegidas.⁴³ No está de más recordar que dicha interpretación de la SCJN va en contra del trámite parlamentario de la LFDA, de los antecedentes del artículo 87 en la legislación comparada, de la doctrina nacional mayoritaria⁴⁴

⁴² Nogueira Alcalá, Humberto, “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”, *Revista Ius et Praxis*, Chile, Universidad de Talca, año 13, núm. 2, 2007.

⁴³ Concretamente, la Corte dijo: “importa poner de relieve que la protección que contiene la Ley Federal del Derecho de Autor es al retrato de la persona, mas no a la imagen en abstracto como si se tratara de un derecho civil de la personalidad, tal y como así lo dispone categóricamente el artículo 87; esto es, lo que protege la legislación es la obra que reproduce la imagen” (énfasis añadido).

⁴⁴ Por ejemplo, Orozco y Villa, Alejandro, *Los límites a la libertad de expresión en México*, México, Porrúa, 2005, p. 101; Obón León, J. Ramón, *Nuevo derecho de los artistas intérpretes*, 4a. ed., México, Trillas, 2006, p. 88; Díaz Arceo, Abraham y Schmidt, Luis C., “Image and publicity rights in Mexico”, *World trademark review*, núm. 15, septiembre-octubre de 2008, p. 78; Domínguez Martínez, Jorge Alfredo, *Derecho civil. Parte general, personas, cosas, negocio jurídico e invalidez*, 9a. ed., México, Porrúa, 2003, p. 274.

y de lo resuelto en casos similares por tribunales extranjeros al interpretar la expresión “retrato” en leyes autorales.⁴⁵

2. *Imagen tomada en lugar público y con fines periodísticos*

El artículo 87 de la LFDA solo contempla dos restricciones o límites expresos al derecho a la propia imagen, y la parte demandada en el presente asunto invocó uno de ellos como excepción o defensa: que la imagen se haya tomado en lugar público y usado con fines periodísticos.

De esta forma, Notmusa, S. A. de C. V. arguyó que el hospital donde se encontraba la bebé era un lugar público, y que la publicación de la imagen de ella en la revista *TV Notas* tuvo un propósito informativo o periodístico.

Frente a tal argumentación, el IMPI resolvió que era infundada dicha defensa. Para esto, definió que los “lugares públicos” son aquellos donde toda persona puede usar y disfrutar sin restricción los recursos que brindan, tales como calles, plazas, parques, playas, etcétera, lo cual no debe confundirse con lugares que brindan un servicio público, como los hospitales. Por lo que concluye que los hospitales no son lugares públicos (amén de que el demandado nunca dio argumento alguno —ni pruebas— para explicar el carácter de lugar público que hipotéticamente tendrían los hospitales).

En este punto la argumentación del IMPI no es del todo convincente, aunque eso se debe, en parte, a la ambigua expresión “lugar público” contenida en la LFDA.⁴⁶ La Ley de Responsabilidad Civil para la Protección de la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal es mucho más clara al utilizar, en la fracción I de su artículo 21, la expresión “lugar abierto al público”.⁴⁷

Así, el catálogo de “lugares públicos” no se limita a aquellos lugares de propiedad pública para el disfrute de la población (o “espacios públicos”, como se les llama en materia de urbanismo), sino que abarca, en general, toda clase de lugares abiertos al público (aunque sean de propiedad privada), como bares, restaurantes, las zonas comunales de los hoteles, parques de diversiones, etcétera.

⁴⁵ Véanse, entre otros, los casos *Yankelevich, Tomás, vs. Editorial Perfil, S. A.* de 2006 (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Argentina); *Boris Becker vs. Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 2003 (juez federal en Múnich, Alemania); *Edison Méndez* de 2009 (Corte Provincial de Justicia del Guayas, Ecuador).

⁴⁶ Sobre esta problemática, *cf.* Parets Gómez, Jesús, *Proceso administrativo de infracción intelectual*, México, Sista, 2007, pp. 126 y 127.

⁴⁷ La referida disposición establece que el derecho a la propia imagen no impedirá “La captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público que sean de interés público”.

No obstante ese desacuerdo del IMPI, el resultado final de su razonamiento es plausible. En efecto, la zona de cuneros de un hospital no puede considerarse un lugar abierto al público; al contrario, cuenta con una estricta seguridad, de manera que solo pueden ingresar las madres y cierto personal del hospital; además de que, normalmente, está prohibido sacar fotos dentro de los cuneros. El matiz viene cuando los bebés son exhibidos (detrás de un cristal) un par de veces al día en la zona de maternidad. En algunos hospitales, normalmente cualquier persona puede admirar a los recién nacidos en esos contados minutos de exhibición, por lo que podría argumentarse que esa zona del hospital es un lugar abierto al público.

Desde luego, el demandado no hizo una argumentación tan sofisticada, por lo que el IMPI no se pronunció sobre el particular; pero ante esa duda, no hubiera sido descabellado despejarla usando el principio *pro personae*.

Toda vez que el IMPI concluyó que el hospital no era un lugar público, dicha autoridad estimó innecesario pronunciarse sobre el otro extremo de la restricción al derecho a la imagen: la presencia de fines informativos o periodísticos. Aunque desde un punto de vista técnico no hay nada que reprocharle al IMPI, cabe apuntar que el *quid* del asunto estaba en ese segundo requisito.

Aunque el limitado texto de la LFDA no lo dice, no basta estar en presencia de un mero interés informativo o periodístico, sino que es indispensable que la información de que se trate sea de *interés público*, como en muchas ocasiones ha determinado con acierto la SCJN (precisamente al resolver colisiones entre los derechos de la personalidad y el derecho a la información),⁴⁸ siendo un estándar común en la materia.⁴⁹

⁴⁸ Aunque hay pronunciamientos del Pleno (acciones de inconstitucionalidad 45/2006 y 46/2006, por ejemplo), se trata de una noción que ha sido utilizada con frecuencia por la Primera Sala, por ejemplo, en las siguientes tesis: “DERECHO A LA INTIMIDAD O VIDA PRIVADA. NOCIÓN DE INTERÉS PÚBLICO, COMO CONCEPTO LEGITIMADOR DE LAS INTROMISIONES SOBRE AQUÉL”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 923; “LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INFORMACIÓN. SU PROTECCIÓN ES ESPECIALMENTE INTENSA EN MATERIA POLÍTICA Y ASUNTOS DE INTERÉS PÚBLICO”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 287; “DAÑO AL PATRIMONIO MORAL DE LAS PERSONAS. SE PUEDE CAUSAR CON NOTAS PERIODÍSTICAS QUE SOBREPASAN LOS LÍMITES DEL LIBRE EJERCICIO DEL PERIODISMO, EL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, AL NO TENER LA INTENCIÓN DE HACER DEL CONOCIMIENTO UN HECHO DE INTERÉS GENERAL, NI SIRVEN A LAS PERSONAS PARA LA TOMA DE DECISIONES QUE ENRIQUEZCAN LA CONVIVENCIA O PARTICIPACIÓN DEMOCRÁTICA (LEY DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA VIDA PRIVADA, EL HONOR Y LA PROPIA IMAGEN EN EL DISTRITO FEDERAL)”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 1067.

⁴⁹ Como muestra, está la jurisprudencia de la CIDH, destacadamente: la Opinión Consultiva OC-5/85 (sobre la colegiación obligatoria de periodistas), el caso *Ivcher Bronstein vs. Perú* de 2001, y el asunto *Ricardo Canese vs. Paraguay* de 2004.

Para entender lo que significa “información de interés público”, puede invocarse la afortunada definición prevista en la fracción II del artículo 7o. de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección de la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, que indica que se entiende por tal información “El conjunto de datos, hechos y actos que tienen como propósito servir a las personas para la toma de decisiones, de manera que se enriquezca la convivencia y participación democrática”.

Así las cosas, en asuntos como el presente debe, primero, dilucidarse si la información era o no de interés público, como parte de una *ponderación* entre el derecho a la propia imagen y el derecho a la información.

La ponderación es una herramienta jurídica que, aunque no es exclusiva del derecho constitucional,⁵⁰ es en este ámbito donde ha adquirido mayor trascendencia, al grado de ser una de las piezas claves de la interpretación constitucional moderna. Consiste en una medición del grado de intervención en un principio para satisfacer la realización de otro principio, determinando qué derecho prevalece, atendiendo a las circunstancias del caso concreto.⁵¹

Uno pudiera pensar que, entre otras razones, al pronunciarse sobre la invocada restricción al derecho a la imagen, el IMPI no ponderó, porque se trata de una técnica que no utiliza esa autoridad al momento de resolver controversias (hipótesis que encontraría sustento en los antecedentes de dicho Instituto, pues en la mayor parte de los procedimientos en materia de derecho a la imagen, el IMPI no ponderó cuando había que ponderar). Sin embargo, la propia resolución en glosa, más adelante, nos demuestra que el IMPI ya conoce la técnica de la ponderación y que ya la ha usado.

Como explicamos a continuación, es sumamente positivo que el IMPI realice ponderaciones en materia de derecho a la propia imagen, lo que podría ser criticable en el caso que nos atañe, es que se haya servido de esa técnica en otra parte de su resolución, pero no al momento de pronunciarse

⁵⁰ Sobre su aplicación en otras ramas del derecho, véase Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, trad. de Joaquín Brage Camazano, Madrid, Dykinson, 2003, p. 42; Sánchez Gil, Rubén, “Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 21, julio-diciembre de 2009, p. 472.

⁵¹ Véase, entre otros, Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 161; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 759; Carbonell, Miguel, “Reforma del Estado y derechos fundamentales: algunas propuestas”, en Häberle, Peter y García Belaunde, Domingo (coords.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. I, p. 136.

sobre las restricciones al derecho a la imagen previstas en el artículo 87 de la LFDA.

3. *Los artículos 6o. y 7o. de la Constitución*

Notmusa, S. A. de C. V. también opuso como excepciones, las basadas en los artículos 6o. y 7o. constitucionales, alegando que la publicación de la imagen de Roberta Ayala se hizo con fines periodísticos y de información, protegidos por la ley suprema.

El IMPI dio respuesta a esas defensas argumentando que los invocados derechos humanos encuentran sus límites en “los derechos de terceros” (artículo 6o.) y en “el respeto a la vida privada” (artículo 7o.), entrando de lleno a *interpretar y aplicar la Constitución* (cuando quizá otra autoridad administrativa, con un criterio más tradicional, se hubiera negado a realizar esa interpretación constitucional, arguyendo que se trata de una facultad del Poder Judicial de la Federación).

A partir de ahí, la resolución en glosa pone acento en el derecho a la vida privada, invocando también el artículo 16 constitucional, así como el artículo 1o. del mismo ordenamiento (enfaticando las obligaciones de toda autoridad de prevenir, investigar y sancionar las violaciones a derechos humanos). Esta última disposición da pie al IMPI para, también, invocar los artículos 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (todos relativos al derecho a la vida privada); así como la Convención sobre los Derechos de los Niños, concretamente sus artículos 1o. (definición de “niño”) y 16 (protección a la vida privada de los niños).

Con base en ese marco normativo, el IMPI señala que, dado que la imagen de la bebé se tomó en el cunero y sin permiso de su padre y madre, “se presume que la publicación de dicho retrato se llevó a cabo a través de injerencias abusivas a la intimidad ajena, conllevando implícitamente a la violación de un momento o hecho de la vida privada, pues el retrato se obtuvo a hurtadillas de la patria potestad”. Añadiendo:

Consecuentemente, el retrato de la menor obtenida a través del acto ilícito antes referido, es considerado también una violación a su derecho de imagen, siendo ésta una manifestación sensible o dimensión de su existencia, es un derecho inherente a su persona, que incluso puede tenerse como vinculado a su vida privada y por tanto, un derecho tutelado por el Estado, oponible a terceros, máxime de los derechos de terceros que se encuentran en disputa

corresponden a una menor de edad, como es el derecho sobre su propia imagen, debiendo ser tratados sus derechos bajo el principio de interés superior, conforme a lo establecido por nuestra Carta Magna.⁵²

Hasta aquí, la resolución del IMPI nos genera varios comentarios. Primero, la apertura de esa entidad paraestatal a las normas de derechos humanos (como debiera ser), llegando a interpretar directamente la Constitución y los tratados de derechos humanos,⁵³ claro, bajo la saludable precaución de guiarse por los criterios de los más altos tribunales del Poder Judicial de la Federación. Por lo tanto, se aprecia que el IMPI, al menos en este caso, se tomó en serio el artículo 1o. constitucional, y demuestra que el fenómeno de la *constitucionalización*⁵⁴ alcanza también a los ordenamientos legales y autoridades en materia de propiedad intelectual, como debiera ser.⁵⁵

Segundo, el IMPI se topó con el problema de que el derecho a la propia imagen carece de fundamento expreso en los tratados de derechos humanos y en nuestra Constitución. Como se observa, esa autoridad trató de resolver tal problema *vinculando* el derecho a la propia imagen con el derecho a la vida privada (el cual sí tiene disposiciones de derecho fundamental expresas), aunque sin caer en error de confundir o asimilar ambos derechos, pues se trata de derechos humanos autónomos e independientes entre sí.

Sin embargo, con la argumentación jurídica desplegada sobre ese tema en la resolución no queda claro si la violación al derecho a la imagen es solo

⁵² Para fortalecer esta máxima del “interés superior del niño”, el IMPI invoca diversas jurisprudencias sobre el tema, establecidas por tribunales colegiados de circuito en materia civil.

⁵³ Aunque es criticable que invocara la Declaración Universal de Derechos Humanos, en tanto no es un tratado (acuerdo entre Estados), sino una declaración de un organismo internacional (la ONU), y los artículos 1o. y 133 constitucionales se refieren clara y exclusivamente a los tratados (derecho convencional), excluyendo otros instrumentos internacionales.

Si bien es cierto que a la referida Declaración se le reconoce obligatoriedad en el ámbito internacional —sobre todo por ser prueba de la costumbre de los Estados (que es otra fuente de derecho internacional diferente a los tratados)—, eso no significa que se incorpore al derecho interno ni que sea fuente de derecho en el ámbito doméstico.

⁵⁴ Sobre la constitucionalización, nos explica Sánchez Gil: “La consecuencia de esta ‘nueva’ visión es una Constitución cuyas normas influyen directamente en el sentido de la legislación, la jurisprudencia de los tribunales (aun los ordinarios), la actividad de la administración pública y aun la doctrina jurídica, mediante una acción deliberada de los sujetos que tienen a su cargo dichas funciones, de considerar las disposiciones constitucionales al desempeñar su tarea, para darles efectividad en la máxima amplitud posible”. Sánchez Gil, Rubén, *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*, México, Porrúa, 2006, pp. 23-25.

⁵⁵ Para más detalles, remitimos a nuestro trabajo: Parra Trujillo, Eduardo de la, “La constitucionalización de los derechos de autor”, *Derechos Intelectuales*, Buenos Aires, Astrea, núm. 15, 2010.

una consecuencia secundaria de la infracción al derecho a la vida privada, o si dicha violación subsistiría aunque no se hubiera afectado el derecho a la vida privada. Estimamos que el IMPI hubiera transitado por una vía más segura si, simplemente, hubiera afirmado que el derecho a la propia imagen es un derecho humano implícito, como ya ha reconocido nuestra SCJN,⁵⁶ y como concluye la más destacada doctrina, por ejemplo, el trabajo de Nogueira Alcalá⁵⁷ (que el IMPI invoca en otra parte de la resolución, pero sorprendentemente olvida al momento en que pudo serle de mayor utilidad). Además, esto nos plantea un problema competencial (no necesariamente insuperable), pues el IMPI no tiene competencia expresa en temas de derecho a la vida privada, sino solo sobre derecho a la imagen.

En tercer lugar, uno de los puntos más destacables de la resolución del IMPI es que, acertadamente, ubicó uno de los principios interpretativos básicos en todo litigio donde intervenga un niño: el *interés superior*. Quizá lo único criticable en este punto es que el IMPI funde ese interés solamente con base en jurisprudencia, olvidando el artículo 3o. de la Convención sobre los Derechos del Niño, que determina: “En *todas* las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, *los tribunales, las autoridades administrativas* o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (énfasis añadido).⁵⁸

Hecho este paréntesis crítico, continuemos con la exposición de la resolución en comento, que en uno de sus párrafos de mayor interés, indica:

Ahora bien, en un ejercicio de ponderación, en el que los derechos fundamentales se contraponen, siendo que éstos son de la misma jerarquía al estar contenidos en el mismo ordenamiento, se debe tomar en cuenta las características específicas del caso para determinar cuál es el derecho que debe pre-

⁵⁶ “DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, Pleno, t. XXX, diciembre de 2009, p. 8 (señalando, entre otras cosas, que “el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la *propia imagen*,... aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, *están implícitos* en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana”).

En términos similares, *cf.* las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos *Schüssel vs. Austria* de 2002 y *Von Hannover vs. Alemania* de 2004.

⁵⁷ *Op. cit.*

⁵⁸ Desde el 2011, el artículo 4o. constitucional también es muy claro sobre el particular, al establecer: “En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos”.

valecer respecto del otro u otros, en el caso específico, es el derecho sobre la propia imagen de la actora, al ser un derecho del titular de la misma el protegerla de su divulgación frente a terceros, con lo que se ocasiona una injerencia indebida e ilegítima en su vida privada máxime y sobre todo al tratarse de la imagen de una menor de edad, que conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las Convenios internacionales de los que México es parte, deben tratarse *[sic]* sus derechos bajo el principio de interés superior, incluso frente a los intereses de los adultos...

Aquí el IMPI utiliza la herramienta básica de la interpretación constitucional para resolver las colisiones entre el derecho a la imagen y el derecho a la información: la *ponderación*. Esto es muy relevante, no solo por lo plausible (e indispensable) de esta técnica en casos como el presente, sino porque el IMPI tradicionalmente ha sido reacio a realizar ponderaciones (y en alguna medida lo sigue siendo), lo que en diversas ocasiones ha llevado a los tribunales a destruir resoluciones de ese instituto por no haber ponderado.⁵⁹

Empero, no obstante lo plausible de resolver el asunto con una ponderación, cabe criticar que el IMPI solo plasmó en la sentencia el resultado ponderativo, pero nunca desarrolla la ponderación propiamente dicha; es decir, no explica ni da los elementos de cómo la intromisión al derecho a la imagen es mucho más grave que la ventaja que pudo haber obtenido el derecho a la información. En particular, consideramos determinante la realización de una prueba o *test* de interés público al momento de ponderar, pues es claro que el nacimiento de Roberta Ayala no es información relevante para la toma de decisiones en una sociedad democrática, sino que la publicación en el *TV Noticias* tenía un fin esencialmente lucrativo y de satisfacer el morbo de sus lectores.⁶⁰

Finalmente, el IMPI concluye con acierto que Roberta Ayala no es una persona pública, y por lo tanto no se debilita o restringe su derecho a la pro-

⁵⁹ Cfr. por ejemplo, “MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA DE PROPIEDAD INDUSTRIAL. PARA ANALIZAR LA NATURALEZA DE LA VIOLACIÓN ALEGADA POR QUIEN LAS SOLICITA Y DETERMINAR SI PROCEDE CONCEDERLAS, DEBE EMPLEARSE LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS, SIEMPRE Y CUANDO CONCURRAN LOS REQUISITOS LEGALES”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, t. XXXIII, mayo de 2011, p. 1220.

⁶⁰ Sobre esto nos advierte Azurmendi: “Las desviaciones que existen en el mundo informativo —amarillismo, presencia habitual de noticias centradas en la vida privada de personajes populares, sin otra justificación que el reclamo del público— suponen una concepción de la información desprovista de sus notas esenciales y centrada exclusivamente en su capacidad de generar dinero”. Azurmendi Adarraga, Ana, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, 2a. ed., México, Universidad Iberoamericana-Fundación Manuel Buendía, 1998, p. 211.

pia imagen, como alegó la parte demandada. Determinación que es muy afortunada, pues aunque el padre de la bebé sea actor, eso no convierte a su hija en una persona de proyección pública ni le impone el deber de soportar ciertas intromisiones a sus derechos de la personalidad;⁶¹ al contrario, su interés superior, derivado de su condición de niña, nos lleva a concluir, más bien, una protección reforzada a su derecho a la imagen o, si se quiere, hace más resistente ese derecho frente a injerencias o afectaciones al mismo.

VI. CONCLUSIONES

La interpretación de disposiciones constitucionales ha dejado de ser coto vedado del Poder Judicial de la Federación, pudiendo realizarse también por la administración pública, particularmente con base en el nuevo artículo 1o. constitucional y en la figura del control difuso (en especial a partir del caso *Gelman*). Una muestra de lo anterior es la actuación del IMPI en el caso que se comenta. Si bien todavía se advierten imprecisiones en el empleo de técnicas constitucionales por parte de ese Instituto (como la ponderación), esperemos que pronto llegue a familiarizarse más con ellas.

⁶¹ Sobre este tema, la SCJN ha desarrollado una sólida doctrina judicial; véase, por ejemplo: “DERECHOS A LA PRIVACIDAD, A LA INTIMIDAD Y AL HONOR. SU PROTECCIÓN ES MENOS EXTENSA EN PERSONAS PÚBLICAS QUE TRATÁNDOSE DE PERSONAS PRIVADAS O PARTICULARES”, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, 9a. época, Primera Sala, t. XXXI, marzo de 2010, p. 923.

EL PARADIGMA PERDIDO. OBJETIVOS DE DESARROLLO DEL MILENIO, NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SOCIEDAD DEL CONOCIMIENTO

Luis T. DÍAZ MÜLLER*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La Carta de la ONU y los Objetivos de Desarrollo del Milenio*. III. *Nuevas tecnologías y conocimiento: la tercera transición tecnológica mundial (TTTM)*. IV. *Objetivos del Milenio y crisis mundial*. V. *La crisis de 2008: el proyecto europeo y latinoamericano*. VI. *Desarrollo, países BRICS y nuevo orden mundial: la ventaja tecnológica y estratégica*. VII. *Para terminar: los escenarios del siglo XXI*.

I. INTRODUCCIÓN

La humanidad, parafraseando a Hemingway, ya no es una fiesta. El siglo XX estuvo marcado por dos guerras mundiales, el Holocausto, las reparticiones del mundo, los tránsitos a la democracia, la profundización de la revolución científico-tecnológica: de la sociedad industrial a la sociedad del conocimiento.

Un gran desorden bajo los cielos. Al término de la bipolaridad de la Guerra Fría se abrió el escenario para el dominio hegemónico estadounidense, y el tránsito del modelo transnacional de desarrollo al paradigma perdido y neoliberal inaugurado con el Consenso de Washington de 1991.¹

De la misma manera, se reforzó el desplazamiento de la II a la III Revolución industrial: las nuevas tecnologías. El control del conocimiento se convirtió en una batalla desigual entre países desarrollados y subdesarrollados: los reclamos por un nuevo orden internacional (1974) se convirtieron en letra vana. Por si fuera poco, la “brecha tecnológica” aumentó y los paí-

* Profesor-investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. E-mail: luisst@servidor.unam.mx.

¹ Fundación Heinrich Böll, *¿Un mundo patentado? La privatización de la vida y el conocimiento*, México, 2005.

ses subdesarrollados, que constituyen las $\frac{3}{4}$ partes de la humanidad, quedaron a la vera de la historia.

El proceso de la globalización neoliberal (Willianson) amplificó el mundo y lo tornó en un mundo incierto, desigual, con una fuerte y densa carga existencial. La crisis de 2008 (las hipotecas basura, Lehman-Brothers) se hizo global y arrastró consigo a la mayoría del mundo.

La crisis del euro debilitó el entusiasmo por el “sueño europeo”, forjado por los estadistas de posguerra: Schumann, Monnet, Adenauer, De Gaulle, si bien Gran Bretaña continuó en su porfiado “espléndido aislamiento”. Churchill fue derrotado en las urnas por Clement Attlee en 1946.

En este contexto, me propongo reflexionar sobre ciertos tópicos globales, con especial referencia a los Objetivos de Desarrollo del Milenio de la ONU, y los factores que giran en torno a un mundo desconcertado.

II. LA CARTA DE LA ONU Y LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO DEL MILENIO

En breve, sostengo que el conocimiento constituye el motor principal del desarrollo.² Si bien, ahora, la discusión sobre el desarrollo se trasladó a los tópicos del desarrollo humano (PNUD), desarrollo sustentable y desarrollo científico.

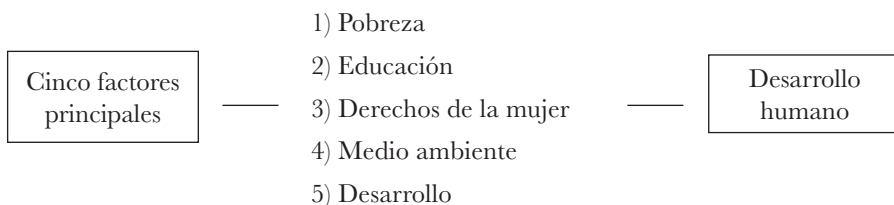
Un poco de recuerdo: la Carta de la ONU tiene tres objetivos principales: promoción de la paz y seguridad, respeto y protección de los derechos humanos y la cooperación para el desarrollo (artículo 55 c de la Carta). Respecto a estos propósitos generales, el artículo 25 señala la obligación del Estado de satisfacer necesidades básicas como vivienda, vestuario, educación y protección de la familia. En mis escritos sostengo que en el artículo 25 se encuentra la raíz incipiente del derecho al desarrollo:³ el fin de la pobreza.

Desarrollo y no crecimiento. Mi idea es global: los Objetivos del Milenio tienen que ver con el crecimiento, el desarrollo y la democracia de las naciones: 1) erradicar la pobreza extrema y el hambre; 2) lograr la enseñanza primaria universal; 3) promover la igualdad de los géneros y la autonomía de la mujer; 4) reducir la mortalidad infantil; 5) combatir el VIH/sida; 6) garantizar la sostenibilidad del medio ambiente; 7) fomentar una asociación mundial de desarrollo. En relación con la Carta de la Tierra.

² Innerarity, Daniel, *La democracia del conocimiento. Por una sociedad inteligente*, Barcelona, 2011; la idea proviene de Herbert Simon, premio Nobel de Economía.

³ Díaz Müller, Luis T., *América Latina. Relaciones internacionales y derechos humanos*, México, FCE, 1991.

1. *Objetivos de Desarrollo del Milenio*



2. *Naciones Unidas*

Pobreza:	PNUD
Educación:	Unesco
Mujer:	Subsecretaría General de la Mujer
Desarrollo:	Organismos regionales (CEPAL), ECOSOC, planes específicos

Por lo tanto, existe una relación *relativa* y *autónoma* entre Naciones Unidas y los Objetivos del Milenio.⁴ Con un factor positivo importante: pueden observarse criterios comunes de continuidad en el quehacer de la ONU y los Objetivos del Milenio: el desarrollo y la pobreza. Especialmente si analizamos el trabajo de los organismos especializados de la ONU (Unicef, OIT, OMS). Con las propuestas post-2015 se acentúa el *Know-how* para alcanzar estos objetivos.

III. NUEVAS TECNOLOGÍAS Y CONOCIMIENTO: LA TERCERA TRANSICIÓN TECNOLÓGICA MUNDIAL (TTTM)

Un nuevo orden mundial requiere del principio *de estabilidad y legitimidad*, tal como lo planteara el príncipe de Metternich y la Santa Alianza de 1815.

El impacto de las nuevas tecnologías, como la robótica, la ingeniería genética, la biotecnología, las comunicaciones, constituyen un proyecto científico-ideológico que altera y alterará la distribución e igualdad del poder mundial: transiciones, crisis, incertidumbres y paradojas.⁵ Las batallas por

⁴ Naciones Unidas, *Objetivos de Desarrollo del Milenio. Avances de la sostenibilidad ambiental del desarrollo en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, 2010.

⁵ Bruce, Colin, *The Einstein Paradox*, Washington, Perseus Books, 1997.

la innovación, el cambio tecnológico, las nuevas formas de la empresa, la propiedad intelectual, el poder de las ideas.

Pero hay que detenerse en dos cuestiones estratégicas: el *aprendizaje* y la *creatividad*. Por ello, siempre pienso que los juegos, como el ajedrez, deberían introducirse en los cursos formativos. Tan importante como la dieta diaria, el deporte, los periódicos.

En el tránsito hacia esta tercera revolución industrial o sociedad del conocimiento y las nuevas tecnologías, debe pensarse en la actualización del conocimiento: la ventaja competitiva de las naciones (M. Porter). Retomo esta idea a propósito de los BRICS.

IV. OBJETIVOS DEL MILENIO Y CRISIS MUNDIAL

Los Objetivos del Milenio constituyen un referente mundial no cumplido. Con todo, hay avances interesantes: en algunos países se habla de instaurar la educación primaria universal y la cobertura universal de salud. Con dos obstáculos: la preparación profesional y las partidas presupuestales.

Se trata de organizar la incertidumbre y administrar positivamente la crisis. Se habla de una crisis global,⁶ que impacta de manera distinta a cada nación. Ahí tenemos los escritos de Saskia Sassen, Eric Hobsbawm, Neill Ferguson, Jeremy Rifkin y otros. Con el proceso de la globalización neoliberal, puedo decir que caminamos a contracorriente de las salidas a las crisis. No puede pensarse en un Estado abstencionista en momentos de altos índices de desempleo: Grecia, España, Portugal.

Todavía más: la Alemania de la ingeniera Maerkel constituye una excepción. No se puede recetar austeridad, baja de salarios y más *paciencia*, cuando los jóvenes se hartaron de buscar trabajo o emigran donde sea. La propia calidad profesional y de la educación hace que muchos migrantes tengan que retornar al país de origen.⁷ Como ocurrió al producirse la reunificación de las alemanias (1989), en que se presentaron muchas desventajas competitivas entre los ingenieros de una y otra parte de la Puerta de Brandeburgo.

La crisis de 2008 constituye una ruptura, porque obliga a repensar el sistema financiero internacional: una crisis de los sectores medios y bajos, una crisis de las hipotecas baratas. Da la impresión de que los Estados Uni-

⁶ Varoufaxis, Yanis, *El minotauro global. Estados Unidos, Europa y el futuro de la economía mundial*, Madrid, Capitan Swing Libros, 2012.

⁷ Valdés, Luz María, *Derechos de los mexicanos: introducción al derecho demográfico*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

dos liquidan el proyecto europeo: unitario, regional, integracionista, el sueño de la Mitteleuropa.

V. LA CRISIS DE 2008: EL PROYECTO EUROPEO Y LATINOAMERICANO

“La quiebrocracia tiene tanto de circunstancia Europea como de ‘invento americano’. La diferencia entre la experiencia de los dos continentes es que, al menos, en América no tuvieron que lidiar con los enormes errores de diseño de la eurozona”:⁸ recortes en el sector público, en un momento de deuda-deflación, recortes fiscales, desempleo, austeridad. Lo que estuvo en juego en las elecciones alemanas que dieron un triunfo relativo a la candidatura Maerkel: una Europa alemana (V: Beck).

En otras palabras: Europa se está desintegrando sencillamente porque su arquitectura no era lo bastante sólida para soportar los estertores del Minotauro global.⁹ A esta situación de la eurozona deben agregarse los bancos quebrados (Grecia, Irlanda), el independentismo de Cataluña, el papel de Alemania y su interés en abandonar la eurozona, el papel deficiente del Banco Central Europeo. El euroescepticismo, plantea Tony Judt, se dirige a responder tres preguntas:

- ¿Cuáles son las perspectivas de la Unión Europea?
- El hecho de que todo no sea color de rosa, ¿a qué se debe?
- ¿En qué medida importa, en todo caso, que Europa esté o no unida?¹⁰

Realizar un estudio comparado entre Europa y América Latina de la crisis de 2008 excede con mucho a este trabajo. Esta circunstancia no impide mencionar los factores centrales en ambas regiones, sin dejar de reconocer el papel estelar de los Estados Unidos.

Desde la pertenencia de Brasil al grupo de los BRICS, puede decirse que este país pasó a constituirse en un actor referencial y líder de la región, como lo observo más adelante: las ventajas estratégicas.

De tal suerte que el regionalismo retomó un rol importante en el contexto de la globalización. Más allá de los procesos de integración de décadas pasadas (ALALC, Grupo Andino, Mercosur), hoy en día observamos el intento de construir bloques de cooperación regional, que venían proyectándose desde el Sistema Económico Latinoamericano (Sela, Panamá, 1975).

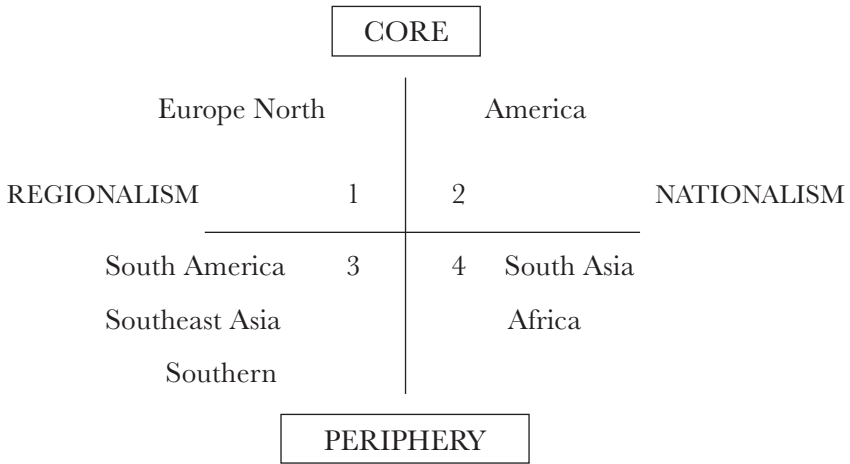
⁸ Varoufaxis, Yanis, *op. cit.*, p. 307.

⁹ *Idem.*

¹⁰ Judt, Tony, *¿Una gran ilusión? Un ensayo sobre Europa*, Madrid, Taurus, 2013.

Lo último en esta materia está constituido por la alianza del Pacífico: Colombia, Chile, México y Perú (2012). Una alianza para el desarrollo que podría relacionarse con el propósito-7 de los Objetivos de Desarrollo del Milenio: una alianza global para el desarrollo. Un tema principal para el derecho del desarrollo.

El regionalismo¹¹ asume diversos tipos de acuerdo en sus distintos grados relativos: nacionalismo-regionalismo y centro-periferia:



La importancia del regionalismo puede plantearse a dos niveles. En primer lugar, como bloque unitario de defensa e inserción en el sistema global. En segundo término, como búsqueda de un nuevo enfoque de desarrollo humano y tecnológico, para competir en mejores condiciones en la economía global, descontando un nacionalismo atrasado y obsoleto. El propio caso de los BRICS lo demuestra. Asistimos a un nuevo esquema de distribución global y regional del poder.

VI. DESARROLLO, PAÍSES BRICS Y NUEVO ORDEN MUNDIAL: LA VENTAJA TECNOLÓGICA Y ESTRATÉGICA

El Informe sobre Desarrollo Humano de 2002, como afirma Rosa Riquelme,¹² constata que el ingreso del 1 por 100 más rico de la población

¹¹ Schultz, Fredrik *et al.*, *Regionalization in a Globalizing World*, Nueva York, Zed Books, 2001.

¹² Riquelme Cortado, Rosa, *Derecho internacional. Entre un orden global y fragmentado*, Madrid, Fundación José Ortega y Gasset, 2005.

mundial equivale al 57 por ciento más pobre. Un orden global desigual y fragmentado.

La estratificación internacional se viene dando jerárquicamente en torno a las grandes potencias, a la recuperación fulminante de Japón, los países emergentes y el resto del mundo subdesarrollado: con sociedad de consumo y militarización de la economía (drones). Lo decíamos: la ventaja científico-tecnológica viene dada por el poder tecnológico amplio (PTA). Es decir, existe un conjunto de variables que permiten acceder al recurso estratégico: el poder intelectual y tecnológico: innovación, creatividad y competitividad.

Esto proviene de la propia creación de centros tecnológicos: Silicon Valley, Bangalore, São Paulo, Johannesburgo, Shanghai, que dinamizan y derraman el “poder tecnológico” a otras partes del país. Llama la atención que en Estados Unidos la ciudad de Detroit se haya venido abajo: en que esta urbe, automotriz por excelencia, sea tan solo dinamizada por la fuerte colonia hispana que tradicionalmente ha trabajado en la Ciudad del Automóvil.

En este marco, las economías emergentes o BRICS (concepto de Goldman Sachs) tienen, al decir del profesor Mario Ojeda Gómez, ciertas características comunes: extensión de su territorio, magnitud de su población, tamaño de su economía, la capacidad estructural para convertirse en futuras potencias económicas.¹³

El factor relevante que quiero introducir lo denomino *ventaja estratégica tecnológica (VET)*; es decir, la concurrencia de factores y fortalezas de un país para competir positivamente en el proceso de la globalización. Esto nos lleva a tratar de profundizar en la noción de ventaja estratégica tecnológica: las fronteras de la competencia y del estado del arte.

Desde que Michael Porter escribiera el clásico *La ventaja competitiva de las naciones*, se plantea esta cuestión de las “virtudes” nacionales para crecer y desarrollarse. En principio, observamos los libros de Herbert Simon y Peter Drucker: el conocimiento como motor del desarrollo. Es más, siguiendo la huella de Karl Mannheim, Robert Merton, y su noción de “comunidades científicas”, en que Ben-David, Solla Price, Lemaine y Lecuger empezaron con las indagaciones sobre los aspectos sociales de la ciencia, *ad infinitum*: la empresa del siglo XXI.

El conocimiento es poder. En este breve trabajo, y en este apartado, solo quiero ir más allá de la frontera y discutir someramente: “Why nations

¹³ Ojeda Gómez, Mario, “México y el conjunto de países llamados BRIC (Brasil, Rusia, India y China)”, en Yunuen Ortega, Reynaldo y Vega, Gustavo, *Poder y política en los estudios internacionales*, El Colegio de México, 2011.

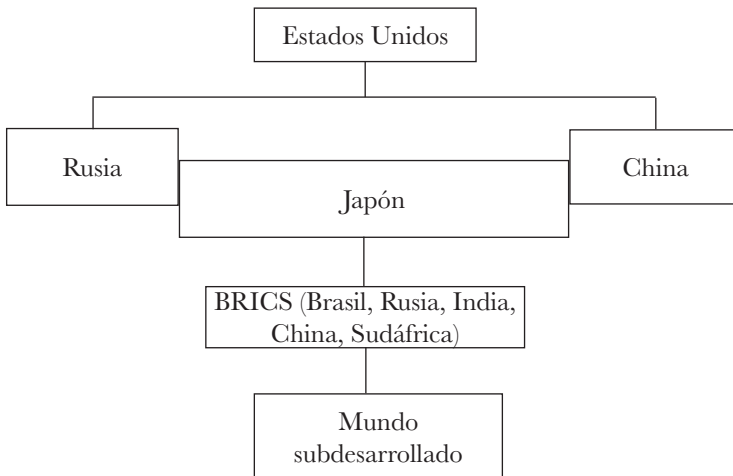
fail?”, que Acemoglu y Robinson estudian a propósito de la comparación entre Nogales (Arizona) y Nogales (Sonora), señalando la riqueza de unos y la pobreza de otros:¹⁴ las claves del desarrollo.

Esto nos lleva al tránsito del desarrollo local al desarrollo global, sujeto de múltiples intermediaciones y contradicciones: la educación como base del desarrollo, que Jorge Ahumada escribiera hace años desde la CEPAL. A fin de cuentas, el propósito final del desarrollo es la desaparición de la pobreza (Yunus, la visión neoliberal de A. Sen: el desarrollo como libertad), lo que conduce a una reorganización profunda del sistema mundial en su conjunto, con una fuerte concentración del ingreso.

Un orden mundial más allá de la globalización. Saskia Sassen plantea un conjunto de ideas centrales relativas a la globalización: interdependencia, desnacionalización de lo nacional (que ya habían adelantado los conglomerados transnacionales), la formación de instituciones exclusivamente globales, los centros financieros internacionales: la economía global corporativa es la forma dominante de la globalización.¹⁵

Entonces:

*Mundo multipolar:
modelo simple de estratificación global*¹⁶



¹⁴ Acemoglu, Daron y Robinson, James A, *Why nations fail?*, Nueva York, Crown Business, 2012, pp. 7 y ss.

¹⁵ Sassen, Saskia, *Una sociología de la globalización*, Buenos Aires, Katz Editores, 2007.

¹⁶ Obviamente, K. F. Organski es el pionero de este tipo de modelos, y el aporte de la Fundación Bariloche.

Para terminar: las discusiones académicas actuales se centran en las nociones de desarrollo humano y sustentable, cambio climático, crecimiento y desarrollo, la crisis global, la paz y la guerra: Siria.

Falta construir una ética humana y solidaria: la puesta en cuestión de la idolatría del mercado. La desvalorización del mundo trae consigo el triunfo del dinero sobre los valores humanos: el deterioro de la sabiduría, el respeto, los derechos humanos, el acceso a la ciencia y tecnología.

Un viejo mundo que termina, y uno nuevo que no sabe cómo nacer: las crisis recurrentes, las emergencias de la historia. Japón viene de vuelta.

VII. PARA TERMINAR: LOS ESCENARIOS DEL SIGLO XXI

Sin entrar en el terreno de la prospectiva, tenemos que después de la Segunda Guerra Mundial, el mundo ha transitado de la Guerra Fría a la globalización neoliberal y, ahora, en esta fase de las relaciones mundiales: la globalización neoliberal en declive. ¿Qué escenario mundial vendrá después?

- 1) Existen ciertas constantes, como la presencia de los conglomerados transnacionales, que dieron origen al modelo transnacional de desarrollo: la Coca-Cola en la plaza Karl Marx de Moscú, la creación de la Comisión Trilateral: Nixon, Kissinger, Nelson Rockefeller.
- 2) Una segunda constante o patrón común consiste en el reforzamiento, protección y vigencia de los derechos humanos: interdependencia, carácter permanente, imprescriptibilidad, que provinieron de los principios de Nüremberg de 1946-1947.
- 3) Una tercera constante proviene del aumento de las corrientes migratorias, tanto en la frontera México-Estados Unidos como en Europa, a causa de la crisis (desempleo) de 2008 en adelante.
- 4) El cambio climático como factor de deterioro de las condiciones de la vida de los habitantes del planeta: inundaciones y desastres.
- 5) La construcción de un mundo de bloques regionales aunada a una recomposición fundamental del mundo: el siglo de China, la emergencia de los países BRICS, la sociedad del conocimiento.
- 6) La reaparición de Japón como potencia mundial, en posesión del 13% del crédito mundial.
- 7) América Latina, que vive momentos positivos, con Brasil como potencia BRICS, y gran fuerza en los sectores energéticos.

- 8) Un refuerzo a la integración subregional-cooperación horizontal con la creación de la Alianza del Pacífico: Colombia, Chile, México y Perú.
- 9) La ventaja estratégica tecnológica mundial (VETM) como factor clave en los proyectos de competitividad, crecimiento y desarrollo. En este tema, es interesante estudiar la relación entre desarrollo y democracia.
- 10) La creación de centros tecnológicos como avanzadas del desarrollo: Bangalore, Silicon Valley, São Paulo, Shanghai, San Petersburgo, como aceleradores expansivos de difusión tecnológica: se plantea un nuevo concepto de empresa.
- 11) El Estado-nación como sujeto de contradicciones. Un ir y venir de los flujos y corrientes propios de la globalización. El sector financiero como Caballo de Troya de la crisis actual.

Los escenarios que se dibujan (2060) resultan aparentemente simples: retorno al keynesismo, al regulacionismo, al Estado social. Sin embargo, vivimos circunstancias distintas: el tránsito de la sociedad industrial a la sociedad del conocimiento: en los umbrales de una nueva civilización.

El consumo de masas, la aparición de nuevos sujetos tecnológicos, la desigualdad y la pobreza, obligan a pensar en una globalización solidaria y alternativa.

Escenarios

- 1) La recomposición mundial. Si seleccionamos 1945 como año 0, podemos observar: el modelo de Guerra Fría hasta 1989, el modelo o interregno de hegemonía estadounidense, y el paradigma de la globalización neoliberal hasta estos días.
El paradigma de la globalización neoliberal trajo consigo la crisis de 2008 o crisis de Wall Street de las hipotecas-basura. Este paradigma permitió la difusión global del desempleo, la crisis de los bloques regionales, la interpenetración negativa del Estado-nación, el deterioro de la soberanía, la pobreza.
- 2) Globalización neoliberal con Estado de bienestar. Parece contradictorio porque el neoliberalismo implica privatizaciones, desregulación, disminución del tamaño del Estado, reducción del gasto público. El ejemplo clásico en esta materia fueron las administraciones de F. D. Roosevelt, que permitieron una cierta ruptura del *laissez-faire*, intervencionismo estatal, y política del buen vecino. Los economistas J. M. Keynes y Karl Polanyi tuvieron un papel importante en esta época de la crisis mundial que venía desde 1929.

- 3) Globalización con nuevo modelo de desarrollo. En este caso futuro o hipotético, se entiende que la globalización, en todas sus dimensiones, se torna solidaria, humana, en que se produce un cambio fundamental del sector financiero mundial, que parece ser el vector que aparece como más perjudicial para el conjunto de la humanidad. Esta situación global implica un modelo alternativo de desarrollo y un escenario de mayor participación de la sociedad civil internacional: la búsqueda de una justicia global.

LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN
Y EL *OMBUDSMAN* COMO INSTRUMENTO
DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL MEXICANA.
LA APORTACIÓN DE JORGE CARPIZO

Ismael ESLAVA PÉREZ*

SUMARIO: I. *Nota preliminar*. II. *Introducción*. III. *Concepto de defensa de la Constitución*. IV. *Sectores de la defensa de la Constitución*. V. *La justicia constitucional*. VI. *Defensa, control, justicia y jurisdicción constitucionales. Un problema terminológico*. VII. *El derecho procesal constitucional*. VIII. *El surgimiento del Ombudsman nacional. Contexto social*. IX. *Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos de 1992 y 1999. Consagración constitucional de la figura del Ombudsman*. X. *La reforma constitucional de 2011*.

I. NOTA PRELIMINAR

Sentimientos encontrados de tristeza y satisfacción. Así podría describir la atenta invitación que recibí para participar en una obra en homenaje a Jorge Carpizo; tristeza, por la partida repentina e impensada de un hombre comprometido con la verdad y la justicia, con el trabajo y la dedicación, con la academia y el servicio público, con la protección de los derechos humanos y el respeto irrestricto al Estado de derecho, con su Universidad y el país; satisfacción, por haber disfrutado de la bondad y comprensión del maestro y del amigo, de la estimación de un hombre que sembró, en todo momento, admiración, cariño y respeto, que fue y seguirá siendo guía y ejemplo para muchos. Sirva este modesto escrito como testimonio de mi gratitud por haberme permitido conocerlo y aprender, en diversos momentos, la importancia que representa la calidez del ser humano y el compromiso en todos los actos de nuestra vida.

* Catedrático en la Facultad de Derecho y director general de Estudios de Legislación Universitaria.

II. INTRODUCCIÓN

Mucho se ha escrito sobre la defensa de la Constitución como institución heredera de una larga tradición histórica que se amplía hasta nuestros días.¹ Sin embargo, no es el momento de recordar aquí el pensamiento histórico sobre la defensa de la Constitución,² acaso la perti-

¹ Baste señalar, a guisa de ejemplo, los trabajos de Carl Schmitt en su clásico libro *Der Hüter der Verfassung* (*El protector de la Constitución*), trad. de Manuel Sánchez Sarto, Barcelona, Labor, 1981, traducido al italiano con el título *Il custode della costituzione*, Milán, Giuffrè, 1981, y la réplica formulada por el maestro de la escuela de Viena, Hans Kelsen, con el título *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (¿Quién debe ser el protector de la Constitución?), publicada en *Die Justiz*, 1930-1931, cuadernos 11-12, vol. 11, pp. 576-628, traducida al italiano con el título “Chi dev’essere il custode della costituzione?”, en la obra del mismo Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981, pp. 231-291. Ambos trabajos sentaron los postulados de la teoría general de la defensa de la Constitución. También en los años treinta apareció el clásico libro del jurista mexicano Reyes, Rodolfo, *La defensa constitucional*, Madrid, 1934. *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, “La Constitución y su defensa (ponencia general)”, en obra del mismo nombre, México, UNAM, 1984, p. 11.

² La referencia e institucionalización de la salvaguarda de las disposiciones constitucionales se remonta a las organizaciones políticas de la antigua Grecia, tal y como lo demuestran ejemplos como los siguientes: la monarquía doble y los Éforos en Esparta (instituciones que tenían como finalidad que los altos funcionarios se ajustaran exclusivamente a las atribuciones que se les habían asignado. Fix-Zamudio, Héctor, “Introducción al estudio de la defensa de la Constitución”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, año 1, núm. 1, enero-abril de 1968, p. 90); el Areópago (el custodio de la Constitución era precisamente el Consejo de Areópago, ante el cual podían acudir los ciudadanos, víctimas de la injusticia, presentando denuncia y especificando la ley violada. Esta institución, de origen aristocrático, vio disminuidos sus poderes con el advenimiento de la democracia. *Cfr.* Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, 2a. ed., México, UNAM, 1986, pp. 260 y 261); los Nomofilacos, la acción penal *graphé paranómōn* acusación criminal dirigida contra los ciudadanos que hubieran resuelto la aprobación de una ley considerada contraria a las normas constitucionales (*Nomoi*); y como aconteció en Atenas, en donde se distinguió entre las normas superiores (*Nomoi*) y los decretos ordinarios (*Psefismata*). La diferencia entre las normas *nomoi*, que podrían calificarse como constitucionales en sentido moderno, y los *Psefismata*, estas últimas equiparables a las disposiciones legales ordinarias, expedidas entonces por la Asamblea o *Ecclesia*, resultaba manifiesta en el derecho ateniense no solamente porque las primeras regulaban la organización del Estado, sino además porque se requería un procedimiento especial para su modificación o reforma. Tales eran las características, que podíamos considerarlo —en términos modernos— como un auténtico procedimiento de revisión constitucional. En cambio, el contenido de las *Psefismata* era diverso. Podía contener normas generales y abstractas que se imponían con carácter obligatorio a todos los ciudadanos. Una característica esencial que debían poseer: ser legales o, en términos modernos, estar acordes con las normas constitucionales o *nomoi*. *Cfr.* Cappelletti, Mauro, *El control de constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*, trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, México, UNAM, 1966, pp. 21 y 22. También en obra del mismo autor, *Justicia constitucional. Estudios comparativos*, 2a. ed., trad. de Luis Dorantes Tamayo, México, UNAM, Facultad de Derecho, 1986, pp. 48-52. También consultar Enrico Paoli, Ugo, “Nomothetai”,

nencia de destacar la importancia de su protección a través de uno de los instrumentos jurídicos que integran la justicia constitucional mexicana: el *Ombudsman*.

La defensa de la Constitución descansa en el principio fundamental de su supremacía,³ que implica que la Constitución es la ley suprema,⁴ la norma cúspide de todo el ordenamiento jurídico que, a decir de Jorge Carpizo, significa que cualquier norma contraria —ya sea material o formalmente—

Nuovo Digesto Italiano, Torino, UTET, 1939, t. VIII, p. 1049. Del mismo autor, *Studi sul processo attico* (literalmente: Estudio sobre el proceso ático), Padova, Cedam, 1933; también la doble magistratura, el Senado y el tribunado en la República romana, así como la superioridad de la ley divina y natural sobre el derecho positivo del medievo, son ejemplos de tal preocupación. Para el estudio del pensamiento medieval sobre la superioridad del derecho divino y natural sobre el derecho positivo, consultar Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, pp. 23-27.

³ Existen autores que señalan otros principios sobre los cuales descansa el estudio de la defensa de la Constitución. Así, por ejemplo, Vega, Pedro de, “De la Constitución y su defensa. Algunas peculiaridades del ordenamiento español”, en *La Constitución y su defensa*, *cit.*, pp. 206-214, nos habla de los principios democrático y liberal; en tanto que García Laguardia, Jorge Mario, *La defensa de la Constitución*, México, UNAM, 1983, pp. 3-5, se refiere al principio de imperatividad constitucional, que consiste en la operatividad inmediata de la Constitución; esto es, la vinculación de los principios y valores de la Constitución para gobernantes y gobernados, con independencia de si las normas fundamentales son programáticas u operativas; es decir, las normas constitucionales —dice García de Enterría— poseen valor normativo inmediato y directo. Sobre este último principio, véase la obra de Brewer Carías, Allan R., *La defensa de la Constitución*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1982, pp. 18-24.

⁴ Fue en los siglos XVII y XVIII, durante los cuales se mantuvo la doctrina del *heureuse impuissance* —surgida en Francia— del rey, de no violar las leyes constitucionales so pena en caso de emitir un acto contrario, de que el mismo fuera nulo, cuando se acuñó el término *lex fundamentalis*. Sin embargo, los aforismos romanos aún existentes para ese entonces: *omnia iura habet Princeps inpectore suo, quod Principi placuit legis habet vigorem, error Principis facit jus*, por mencionar algunos, respondieron más a la realidad que al comportamiento del monarca derivado de la interpretación del concepto *lex fundamentalis*. Recordemos también que en el *Instrument of Government* inglés de 1653, se percibió también como postulado fundamental del gobierno la existencia de una ley fundamental, que es la Constitución. A partir de entonces se habló de leyes fundamentales, pero en realidad se carecía de una idea certera de lo que eran, como lo demuestra el hecho de que en ocasiones se le hacía coincidir con la ley divina. No fue sino hasta la redacción de las primeras Constituciones modernas cuando la concepción de ley suprema empieza a adquirir vigencia y realidad histórica al colocar en un plano de igualdad a gobernantes y gobernados. Las consecuencias jurídico-políticas de esta idea son acuñadas por García de Enterría, Eduardo, citando a Kaegi, cuando expone: “lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente al mundo del autoritarismo es la fuerza vinculante bilateral de la norma, esto es, la vinculación a la vez de las autoridades y de los ciudadanos, en contraposición a toda forma de Estado de privilegios”. La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico. El gran lema de la lucha por el Estado constitucional ha sido la exigencia de que el *government by men* debe disolverse en un *government by Laws*. Cfr. Vega, Pedro de, *op. cit.*, pp. 213 y 214.

a esa norma superior, no tiene posibilidad alguna de existencia dentro de ese orden jurídico.⁵

Al respecto, el creador de la teoría pura del derecho, Hans Kelsen, concibió la idea de la unidad de todo el ordenamiento jurídico representado por la Constitución, el cual no conforma un sistema de normas coordinadas a un mismo nivel, sino que existe una estructura jerárquica de preceptos legales que van desde las normas constitucionales, pasando por las leyes ordinarias y reglamentos, hasta llegar a las sentencias judiciales y a los negocios jurídicos,⁶ y en donde la relación existente es de *supra* y subordinación.⁷

En el caso del sistema jurídico mexicano, al haberse reconocido el rango constitucional de los derechos humanos de fuente internacional a partir de la reforma constitucional publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, las normas que consagren derechos básicos de la persona en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte tendrán la misma eficacia normativa que la Constitución, excepción hecha cuando en la norma fundamental se establezca expresamente alguna restricción al ejercicio de tales derechos, supuesto en el cual se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, según lo resuelto en la contradicción de tesis 293/2011 del máximo órgano de interpretación constitucional, suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en su sesión del 3 de septiembre de 2013, sin soslayar que dicha resolución, que genera una jurisprudencia vinculante,

⁵ Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, La Gran Enciclopedia Mexicana-UNAM, 1983, p. 3.

⁶ García Laguardia, Jorge Mario, *op. cit.*, p. 9.

⁷ En la pirámide jurídica de que habla Kelsen, la validez de la norma inferior deriva de la superior. El citado autor señala: “La unidad de esas hallase constituida por el hecho de que la creación de una norma, la de grado más bajo, se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal *regressus* termina en la norma de grado más alto, o básica, que representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico... La estructura jerárquica del orden jurídico de un Estado puede expresarse toscamente en los siguientes términos: supuesta la existencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más alto dentro del derecho nacional”. Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1983, pp. 146 y 147. Independientemente de la conformidad o no con la tesis kelseniana, la enunciación del principio de supremacía constitucional —en los términos indicados— resulta indispensable para comprender la importancia de la defensa de la Constitución, particularmente de las normas constitucionales que consagran derechos humanos, ya que partimos del principio de que la norma constitucional es la base de todo el restante conjunto de preceptos legales.

ha empezado a ser criticada en diversos sectores de la comunidad jurídica y de la sociedad, toda vez que la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate que implica el principio pro persona reconocido en el artículo 1o. de la Constitución, se ha visto acotado, puesto que, se insiste, en caso de una eventual diferencia respecto del alcance o protección de los derechos humanos reconocidos en las normas de fuente constitucional y las provenientes de fuente internacional prevalecerán las primeras cuando se hubiera dispuesto en ellas alguna restricción.

III. CONCEPTO DE DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

Recordar aquí el concepto de defensa de la Constitución resulta particularmente importante, entre otras razones porque los diversos sectores que la integran suelen ser estudiados de manera dispersa, además de la confusión existente —hoy en día— que se manifiesta por la utilización indistinta de las denominaciones *garantías y control constitucionales* como sinónimos de defensa de la Constitución.

Buscando establecer un orden al respecto, recurrimos al conocimiento autorizado de Héctor Fix-Zamudio, quien señala:

... la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y, lo que es más importante, lograr el desarrollo y evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social y desde el ángulo de la Constitución material, su transformación de acuerdo a las normas programáticas de la propia carta fundamental.⁸

José Almagro Nosete, refiriéndose a la defensa de la Constitución, expone: "...denota el conjunto de actividades encaminadas a la preservación y reparación del orden jurídico establecido por la Constitución, y en particular, de la Constitución misma, que en cuanto ley suprema vincula a los ciudadanos y a los poderes públicos...". En sentido restringido —sigue diciendo el autor citado— "...la defensa constitucional significa el conjunto orgánico y funcional de instituciones y actividades que tienen por fin directo remediar los agravios generales y particulares que se cometan contra la Constitución..."⁹

⁸ Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución y su defensa...", *cit.*, pp. 15 y 16.

⁹ Almagro Nosete, José, *Justicia constitucional (comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional)*, Madrid, 1980, p. 4.

Luis Carlos SÁCHICA destaca una significación ambivalente de la defensa de la Constitución. Por un lado implica el sostenimiento del mecanismo protector de las libertades, y por el otro, el reforzamiento del régimen político vigente, amén de que en un sentido más amplio la integridad y la supremacía de la Constitución se protegen mediante un adecuado mecanismo reformista que la mantenga actualizada; por la utilización de medios correctivos que rectifiquen los errores de su normatividad en desarrollos legislativos y en aplicaciones administrativas incorrectas, así como por instrumentos de excepción. Por ello, SÁCHICA afirma que los mecanismos jurídicos más usuales de defensa constitucional son la reforma constitucional, los controles políticos y judiciales de la constitucionalidad de las leyes, así como las situaciones de excepción.¹⁰

En consecuencia, la defensa de la Constitución no solamente comprende la justicia constitucional, sino a todos aquellos instrumentos establecidos para limitar los abusos del poder, buscando el sometimiento a los lineamientos que se establecen en la Constitución.

IV. SECTORES DE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

En la búsqueda de una sistematización, Fix-Zamudio refiere dos sectores que integran la defensa de la Constitución: la protección constitucional y las garantías constitucionales. El primero, integrado por todos aquellos instrumentos políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido incorporados a los textos constitucionales, cuya finalidad consiste en la limitación del poder, buscando que los titulares del mismo se sometan o acaten los principios consagrados constitucionalmente. Tales instrumentos procuran el equilibrio y la marcha adecuada de los poderes públicos y de todo órgano de autoridad.¹¹ Este sector es calificado gráficamente por Fix-

¹⁰ SÁCHICA, Luis Carlos, “La Constitución y su defensa (Colombia)”, en *La Constitución y su defensa...*, cit., pp. 329 y 330.

¹¹ El primer instrumento, de carácter político, se apoya en el principio de la separación de poderes (terminología empleada por Carl Schmitt) o de la división de poderes formulada entre la época de la Ilustración y la teoría política del liberalismo; esto es, durante los siglos XVII y XVIII. La importancia de este instrumento no consiste en el principio de la división de poderes en sí mismo, sino en la finalidad que se persigue al encomendarse funciones distintas a órganos distintos; es decir, evitar la concentración del poder mediante una clara y manifiesta limitación recíproca entre los titulares del mismo, procurando una racionalización en el ejercicio del poder. A decir de García Laguardia (*op. cit.*, p. 13), la orientación de este principio consiste en contener a los diversos poderes dentro del ámbito de sus respectivas competencias, al mismo tiempo que se limita el ejercicio del poder. En su concepción actual, a decir de Manuel García Pelayo, contribuye a la racionalidad del Estado democrático, toda

Zamudio como el aspecto fisiológico¹² del texto supremo, puesto que busca el buen funcionamiento de los órganos de poder.

El segundo sector lo integran las llamadas “garantías constitucionales”, expresión que motivó confusión entre los estudiosos del derecho constitucional en aras de esbozar un concepto general de esta institución. La idea tradicional de garantías constitucionales se equiparó con la de los derechos de la persona humana consagrados constitucionalmente,¹³ pero las críticas

vez que introduce factores que diferencian y articulan el ejercicio del poder. Precisamente, García Pelayo, Manuel, “El Estado social y sus implicaciones”, *Transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, 1977, p. 60, destaca la nueva orientación del pensamiento moderno en relación con el principio de la división de poderes, cuando menciona la teoría del tratadista alemán W. Steffani, quien distingue cinco categorías de distribución del poder. La primera, de la división territorial, coincide con la teoría tripartita clásica; la segunda, de la división temporal, es decir, la duración limitada y la rotación en el ejercicio del poder; la tercera, de la división vertical o federativa, es la relativa a la distribución del poder entre la instancia central y las regionales o locales; la cuarta, la relativa a la división decisoria, es decir, la división de las decisiones de los órganos del poder. Finalmente, Steffani se refiere a la división social de poderes entre los estratos o grupos sociales. Como una derivación de la separación o división de funciones pueden mencionarse los controles intraórganos e interórganos de carácter constitucional, a que hace alusión Karl Loewenstein en su *Teoría de la Constitución*. Entre los primeros podemos señalar la división del Poder Legislativo en dos cámaras, el referendo ministerial, la votación calificada y el escalonamiento de los tribunales de distinta jerarquía en el organismo Judicial, en tanto que respecto de los segundos destacan el veto presidencial, los informes ministeriales y las comisiones investigadoras de la administración para disolver el órgano Legislativo en caso de disputa infranqueable con el gobierno. Cfr. Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, trad. de Eduardo Gallego Anabitarte, Barcelona, Ariel, 1965, pp. 232 y ss. Otros instrumentos que coadyuvan a la protección de las normas constitucionales al buscar su correcta y eficaz aplicación, son los de carácter económico y financiero. Al respecto, conviene destacar que los lineamientos o reglas económicas y financieras que constituyen las disposiciones económicas fundamentales, al mismo tiempo que integran el régimen económico de un país, han sido consagradas en la mayoría de las Constituciones contemporáneas llegando, inclusive, algunas de ellas, a contemplar capítulos especializados en la materia.

¹² En su excelente monografía, “La Constitución y su defensa...”, *cit.*, p. 17; *id.*, “Introducción al estudio de la defensa de la Constitución”, *cit.*, p. 92.

¹³ Así, tenemos que la Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en el artículo 12, dispuso: “La Garantía de los Derechos del Hombre y del Ciudadano necesita una fuerza pública; esta fuerza, pues, se halla instituida en beneficio de todos, y no para la particular utilidad de aquellos a quienes es confiada...”. En este sentido, el artículo 16 de la citada Declaración señala: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”. Según se desprende de la lectura de los artículos transcritos, la expresión “garantías” fue entendida en el sentido de asegurar, consagrar o salvaguardar los derechos de la persona humana, amén de que la citada Declaración es el primer dato histórico en donde se aplicó dicho término al derecho público en los textos constitucionales”. Sánchez Viamonte, Carlos, *Los derechos del hombre en la Revolución francesa*, prólogo de Mario de la Cueva, México, UNAM,

vertidas al concepto tradicional de “garantías constitucionales”, procuraron el ambiente jurídico propicio para que Hans Kelsen, en su clásica obra *La garantía jurisdiccional de la Constitución*, publicada en 1928, sistematizara las ideas que encarna tal expresión, que lo llevaron a proponer la creación de la Corte Constitucional austriaca. El pensamiento kelseniano influyó de manera decisiva, tanto en la doctrina como en el derecho positivo, puesto que a partir de sus consideraciones, los estudiosos del derecho constitucional y del derecho procesal han procurado esbozar y, en su caso, incorporar a los textos constitucionales el concepto estricto de dicha expresión.¹⁴ Por ello,

Facultad de Derecho, 1956, pp. 67 y 68; *id.*, “Las garantías constitucionales”, *Enciclopedia jurídica Omeba*, *cit.*, t. XIII, p. 23; *id.*, *El constitucionalismo. Sus problemas*, Buenos Aires, 1957, pp. 109 y 110. En el mismo sentido es empleado dicho término por la Constitución francesa de 1791, cuyo título primero aparece con el rubro: “Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución”. La Declaración Francesa de Derechos del Hombre, sancionada por la Convención Nacional el 29 de mayo de 1793, contempla una novedad en relación con la anterior; pues su artículo primero nos habla de una garantía social. Dice textualmente: “Los derechos del hombre en sociedad son: la igualdad, la libertad, la propiedad, la garantía social y la resistencia a la opresión”. Pero, ¿qué entendía tal Declaración por garantía social? La explicación aparece en los artículos 24 y 25, que a la letra dicen: artículo 24: “La garantía social de los derechos del hombre consiste en la acción de todos para asegurar a cada uno el goce y la conservación de sus derechos. Esta garantía reposa sobre la soberanía popular”. En tanto que el artículo 25 dispuso: “La garantía social no puede existir si los límites de las funciones públicas no están claramente determinados por la ley y si la responsabilidad de todos los funcionarios públicos no está asegurada”. Esta innovación de la garantía social en los términos descritos, fue trasplantada a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, votada por la Convención Francesa el 23 de junio de 1793, en sus artículos 23 y 24. Esta Declaración, en su artículo 1o., confirma la idea de garantía con la de los derechos de la persona humana, al disponer: “El gobierno es instituido para garantizar al hombre el goce de sus derechos naturales e imprescriptibles”. Por su parte, la Declaración de los Derechos y de los Deberes del Ciudadano, que encabeza la Constitución del 5 fructidor, año III, reproduce el contenido de las anteriores en su artículo 22. Finalmente, en este breve recorrido por los principales documentos franceses, la Constitución de 1852, en su artículo 11, reconoce, confirma y garantiza los principios proclamados por la de 1789.

¹⁴ El tratadista, Rébora, Juan Carlos, *El estado de sitio y la ley histórica del desborde institucional*, Universidad de la Plata, 1935, p. 99, señala: “Así, pues, las garantías cuya doctrina exponemos no son otra cosa que los diversos medios de defensa, de protección o de reintegración de los derechos, de las libertades o de las condiciones de existencia que constituyen el reducto individual. Son, en cierto modo, respecto de esos derechos, libertades o condiciones, como la gestión que el titular de una relación jurídica puede emprender para efectividad del objeto contenido de ésta o como la acción que, en caso de desconocimiento, de agravio o de retardo, puede interponerse”. Por su parte, Linares, Juan Francisco, *El debido proceso como garantía in-nominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1944, p. 144, agrega: “Garantías constitucionales son, así, todas las estructuras constitucionales que ponen un límite jurídico a la actividad del Estado, en protección de cierto grado de libertad jurídica, considerando como justo o solidario... según la cosmovisión que profese la colectividad nacional. De este modo, es garantía constitucional tanto la Constitución escrita, rígida como el *habeas corpus*...”.

con posterioridad a la segunda posguerra, diversas Constituciones lo consagraron para referirse a los instrumentos jurídicos y procesales de protección de los derechos humanos.

Fix-Zamudio, después de hacer un breve pero agudo análisis de la evolución de la expresión “garantías constitucionales”, señala:

Entendemos, por tanto, que en virtud de la evolución tanto doctrinal como institucional de las garantías constitucionales en sentido estricto, éstas pueden describirse como los instrumentos jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que tienen por objeto lograr la efectividad de las normas fundamentales cuando existe incertidumbre, conflicto o violación de las referidas normas.¹⁵

Situación que se refleja en el caso mexicano, con la reciente reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, al sustituir en el título primero, capítulo primero, de la norma fundamental, la denominación “De las garantías individuales” por “De los derechos humanos y sus garantías”.

V. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

A partir de 1945, dos sectores particularmente importantes y trascendentes en el ámbito constitucional y procesal reafirman el nuevo espíritu jurídico que caracteriza, fundamentalmente, al mundo de Occidente. El primero consistente en la clara y manifiesta necesidad de expansión de los derechos sociales, y, el segundo, relativo a la consolidación del sistema de justicia constitucional como mecanismo de defensa de la Constitución. En otras palabras, el derecho en Occidente vive desde entonces una peculiar orientación —en evolución— caracterizada por una acentuada manifestación del sentido social que el derecho debe jugar en la organización política, y por la creación de instrumentos jurídicos que garanticen la efectividad de las disposiciones fundamentales.

Ejemplo de lo anterior, en el caso mexicano, son las reformas constitucionales relativas al juicio de amparo de 1988 y 1994, además de la recientemente publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio de 2011, la cual constituye, sin duda alguna, un nuevo paradigma para la actividad jurisdiccional, al extender el ámbito protector del juicio de amparo, que, en términos de lo dispuesto por el artículo 103 de la norma constitucional, procede contra normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen

¹⁵ Fix-Zamudio, Héctor, “La Constitución y su defensa...”, *cit.*, p. 47.

derechos humanos consagrados en la Constitución general de la República y los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, con lo cual el juicio de amparo constituye una vía de entrada al ámbito internacional;¹⁶ al ampliar el concepto de interés de parte agraviada bajo el que se definía el interés jurídico como base para la procedencia del juicio de amparo, puesto que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 107, fracción I, de la norma fundamental, se incorporan los conceptos de interés legítimo individual o colectivo para promover la acción constitucional de amparo cuando se alegue que el acto reclamado —no emanado de autoridades jurisdiccionales— viola derechos humanos y, por tanto, se afecte la esfera jurídica del gobernado en virtud de su especial situación frente al orden jurídico, y al matizar el principio de relatividad de las sentencias de amparo, conocida como fórmula Otero, toda vez que el referido artículo 107, fracción II, establece que cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de la norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora, y transcurrido el plazo de 90 días naturales, sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, el máximo tribunal del país, por mayoría de cuando menos ocho votos, emitirá la declaratoria general de inconstitucionalidad.

En este orden de ideas, la justicia constitucional —en sentido genérico— es el conjunto de instrumentos jurídicos que se orientan a la salvaguarda de las disposiciones fundamentales; luego, coincide —como lo destaca Fix-Zamudio— con la significación de la expresión garantías constitucionales.

No es pretensión en esta ocasión abordar los pormenores de los instrumentos que integran la justicia constitucional mexicana, acaso únicamente mencionar que la Constitución mexicana de 1917 consagró originalmente cuatro garantías constitucionales: el *juicio político o de responsabilidad de ciertos servidores públicos, incluida la declaración de procedencia*, a que se refieren los artículos 110 y 111; el *procedimiento de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, a que se refería el artículo 97, párrafo segundo, el cual, con la

¹⁶ Corzo, Sosa, Edgar, “El futuro de la justicia constitucional, con referencia a México”, en González Pérez, Raúl y Valadés, Diego (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 143-145, en el numeral 3 de su artículo utiliza como subtítulo “El juicio de amparo ha constituido una puerta de entrada a lo internacional”, y refiere “el juicio de amparo ha evolucionado la mayor parte del tiempo manteniendo este ámbito protector nacional; sin embargo, a últimas fechas también ha entrado en su halo protector los derechos humanos de fuente internacional como los califica con acierto el maestro Héctor Fix-Zamudio, siendo aquellos que están establecidos en los instrumentos internacionales”.

reforma constitucional del 10 de junio de 2011 se trasladó al ámbito competencial de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, al disponer el artículo 102, apartado B, último párrafo, que "...podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, alguna de las Cámaras del Congreso de la Unión, el gobernador de un Estado, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas",¹⁷ y por tanto, quedó subsumida en la garantía constitucional relativa al sistema nacional no jurisdiccional de protección de los derechos humanos; *las controversias constitucionales* reguladas en la fracción primera del artículo 105 constitucional y *el juicio de amparo* a que se refieren los artículos 103 y 107 de la carta fundamental, recientemente reformados, como ha quedado indicado.

Posteriormente, a raíz de las reformas constitucionales de 1992, 1994 y 1996, se incorporaron otros cuatro instrumentos: *la acción abstracta de inconstitucionalidad*, establecida en la fracción II del artículo 105, introducida por reforma publicada el 31 de diciembre de 1994; *el juicio de protección de los derechos políticos-electorales*, a que se refiere la fracción V del artículo 99 y la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, incorporado por reformas constitucionales y legales de 1995 y 1996; *el juicio de revisión constitucional electoral establecido* en la fracción IV del artículo 99 y la citada Ley General, por reforma de 1996, y *los organismos autónomos protectores de los derechos humanos*, inspirados en el modelo escandinavo del *Ombudsman*, también conocido como sistema nacional no jurisdiccional de protección de los derechos humanos, a que se refiere el apartado B del artículo 102 constitucional, por reforma de 1992.

VI. DEFENSA, CONTROL, JUSTICIA Y JURISDICCIÓN CONSTITUCIONALES. UN PROBLEMA TERMINOLÓGICO

Estos términos suelen ser utilizados indistinta e incorrectamente para significar los instrumentos de garantía de las disposiciones constitucionales, razón por la cual, brevemente, se precisa su alcance, a efecto de justificar el por qué empleamos la expresión "garantías constitucionales" o "justicia constitucional".

¹⁷ La reforma constitucional, en este aspecto específico, no representó avance alguno si se considera que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos surgió como consecuencia de las graves violaciones a derechos humanos que entonces —y hoy en día— acontecen en el país. Luego, ¿acaso antes de la reforma constitucional de junio de 2011, la Comisión Nacional no investigaba hechos que constituyeran violaciones graves a derechos humanos?

El empleo del vocablo “defensa de la Constitución”¹⁸ resulta demasiado amplio, en tanto abarca los instrumentos que procuran el funcionamiento armónico y equilibrado de los órganos del poder (protección constitucional) y aquellos que reintegran el orden constitucional violado (garantías constitucionales en sentido estricto).

La expresión “control de constitucionalidad”, frecuentemente utilizada por los autores franceses, denota una visión parcial o limitada de los instrumentos de garantía de las disposiciones fundamentales, toda vez que el control de constitucionalidad es una de las categorías de las garantías constitucionales en sentido estricto. Opinión distinta es la que sostiene el procesalista Fix-Zamudio, cuando refiriéndose a los términos “control de constitucionalidad” y “defensa de la Constitución” señala: “...abarcan todo el conjunto de medios que se utilizan para lograr, tanto el funcionamiento armónico y equilibrado de los órganos del poder, como la imposición coactiva de los mandatos fundamentales, en el supuesto de violación o desconocimiento de la superlegalidad constitucional”.¹⁹

En cuanto a la expresión “jurisdicción constitucional”, utilizada por la doctrina italiana y en sentido similar por la alemana,²⁰ denota los organismos judiciales, y más estrictamente hablando, a los organismos especializados —tribunales o cortes constitucionales—, a quienes se les encomienda el conocimiento de los instrumentos de garantía o de justicia constitucional.²¹ En consecuencia, la expresión que se considera técnicamente correcta para significar al conjunto de instrumentos jurídicos que se orientan a la salvaguarda de las disposiciones fundamentales, es el de “garantías constitucionales” y/o “justicia constitucional”.

¹⁸ Empleada, entre otros, por Schmitt, Carl, en *Der Hüter der Verfassung (El protector de la Constitución)*, cit., y Reyes, Rodolfo, *La defensa constitucional*, cit.

¹⁹ Fix-Zamudio, Héctor, *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940-1965)*, México, UNAM, 1968, pp. 13 y 14.

²⁰ *Ibidem*, pp. 12 y 13. En relación con la expresión “jurisdicción constitucional”, Fix-Zamudio señala: “Por otra parte, el concepto de jurisdicción constitucional resulta demasiado limitado... pues en estricto sentido sólo comprende el estudio de la actividad de verdaderos tribunales, formal y materialmente considerados, que conozcan y resuelvan las controversias de naturaleza constitucional de manera específica, es decir, que los citados tribunales estén especializados en la decisión de los conflictos de carácter constitucional, y aunque la tendencia es creciente hacia la configuración de estos órganos jurisdiccionales especializados, existen numerosos regímenes en los cuales las normas de carácter judicial constitucional se atribuyen a órganos de carácter político, o bien a los jueces ordinarios”, *Veinticinco años de evolución...*, cit., “La Constitución y su defensa...”, cit., p. 15.

²¹ Fix-Zamudio, Héctor, “La Constitución y su defensa...”, cit., pp. 47 y 48.

VII. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Los instrumentos de garantía o de justicia constitucional son estudiados a través del derecho procesal constitucional, respecto del cual Fix-Zamudio señala: "...debe entenderse como la disciplina jurídica que estudia los instrumentos de justicia constitucional, es decir, las garantías constitucionales, entendidas en un sentido más amplio que el estricto de mecanismos procesales propiamente dichos, si bien estos últimos asumen un carácter predominante...".²²

El tratadista español Jesús González Pérez, por su parte, expone: "Si el derecho procesal se define, sintéticamente, como el conjunto de normas referentes al proceso, del derecho procesal constitucional podrá afirmarse que es el conjunto de normas que regulan el proceso constitucional". O, dicho en otras palabras: "El derecho procesal puede ser definido como el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso; luego el derecho procesal constitucional será el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso constitucional".²³

VIII. EL SURGIMIENTO DEL OMBUDSMAN NACIONAL. CONTEXTO SOCIAL

El nacimiento del *Ombudsman* en México fue producto del trabajo intelectual de dos grandes maestros de la ciencia jurídica: Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo. Este último destacó el gran mérito de aquel al haber escrito y dictado un sinnúmero de ensayos, artículos, estudios comparados y conferencias sobre el *Ombudsman*,²⁴ lo cual fue de gran utilidad para la comunidad jurídica y la población en general, pues ilustró, difundió y dio a conocer las bondades de esta figura jurídica de origen escandinavo, habiendo generado una consciencia de los beneficios de su implementación en México.

²² Fix-Zamudio, Héctor, "La Constitución y su defensa...", *cit.*, p. 48; *id.*, "El pensamiento de Eduardo J. Couture y el derecho procesal constitucional", en *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*, México, UDUAL-Miguel Ángel Porrúa, 1988, p. 193.

²³ González Pérez, Jesús, *Derecho procesal constitucional*, Madrid, Civitas, 1980, p. 49.

²⁴ Vale la pena recordar la invitación que Jorge Carpizo, entonces presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, formuló a Héctor Fix-Zamudio para reunir en un volumen diez estudios de diversa extensión de la autoría de este último, sobre cuatro temas esenciales: justicia constitucional, defensa de la Constitución, el *Ombudsman* y la protección jurídica de los derechos humanos, los cuales se pueden consultar en *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1993.

Fue precisamente Fix-Zamudio quien elaboró, a petición del entonces rector de nuestra máxima casa de estudios, Jorge Carpizo, el proyecto de creación del *Ombudsman* universitario, antecedente importante en nuestro país y en la Universidad Nacional Autónoma de México, por lo positivo que resultó el nombramiento del maestro Jorge Barrera Graf como primer defensor de los derechos universitarios en agosto de 1985, quien sobradamente cubrió todas y cada una de las características necesarias para convertirse en una *auctoritas moral*²⁵ dentro de la Universidad, con lo cual también legitimó a esa institución como una instancia reconocida en la defensa de los derechos humanos de los universitarios.

Efectivamente, en su narrativa, Jorge Carpizo resaltó que el interés de Fix-Zamudio por esa figura fue mayúsculo a partir de la lectura que realizó de la literatura del gran historiador Lucio Cabrera Acevedo,²⁶ quien, por cierto, vivió muy de cerca el funcionamiento y operación del *Ombudsman* en

²⁵ Al respecto, Luis Raúl González Pérez ha señalado que para el *Ombudsman* la *auctoritas moral* que está en la sustancia de la institución y que emana de la personalidad de su titular, es insustituible, pero además de este atributo, el *Ombudsman* alimenta su fuerza moral del apoyo que la sociedad le concede, mismo que se obtiene con resultados, en “Consideraciones sobre el comienzo de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, derechos humanos México”, *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, México, núm. 1, año 1, 2006, pp. 31-48. A seis meses de la creación de la defensoría, y con motivo de la visita a nuestro país de Per-Erik Nilsson, *Ombudsman* del Parlamento sueco, Barrera Graf reconoció la conveniencia y utilidad de la Defensoría Universitaria, y su deseo de que se implementara cuando menos en otros centros educativos, en “La Defensoría de los Derechos Universitarios: análisis general”, *La Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM y la institución del Ombudsman en Suecia*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986, pp. 23-32. Véase también, Guadarrama López, Enrique, “El Defensor del Pueblo Español y la Defensoría de los Derechos Universitarios de la UNAM. Notas comparativas”, *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989, t. II, pp. 857-888.

²⁶ El Comisionado del parlamento en Dinamarca, por ejemplo, y a decir de Lucio Cabrera, actúa de oficio o a petición del quejoso para “proveer al control de toda la administración, incluyendo la supervisión de ministros [Secretarios de estado] funcionarios, empleados y toda persona al servicio del gobierno... elegido por el Parlamento, pero no... miembro de él, y éste puede removerlo en cualquier momento. Sin embargo, en sus dictámenes es completamente independiente... debe informar periódicamente a la asamblea representativa de sus actividades”. La función del *Comisionado del Parlamento*, explica, es política, de supervisión o revisión; no puede imponer ninguna sanción o castigo; no tiene atribución de nulificar o modificar los actos de los funcionarios o las resoluciones administrativas, de manera directa; sin embargo, si emite recomendaciones e influye en las autoridades y en los particulares para que presenten sus reclamaciones por los actos de aquellas. Cabrera, Lucio, “Una forma política de control constitucional: el Comisionado del Parlamento de Escandinavia”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado de México*, núm. 42, septiembre-diciembre de 1961, pp. 573-580.

los países nórdicos, y producto de esas experiencias escribió entre otros documentos el intitulado *Una forma política de control constitucional: el comisionado del parlamento en Escandinavia*.

En esas líneas, Lucio Cabrera resumió magistralmente los antecedentes y función de los *Ombudsmen* de Suecia, Finlandia y Dinamarca como medios de protección de sus Constituciones y de los derechos fundamentales, a través de órganos no jurisdiccionales especiales dependientes de las asambleas representativas, llamados *Comisionados del Parlamento*. Consideró que al ser un *órgano político especial de garantía de la Constitución*, era necesario para su éxito, entre otros aspectos, que se tratara de un país *estable políticamente*, para evitar una *interferencia anarquizante* indeseada.

De tal manera que concluyó lo siguiente:

en nuestro medio [México] no deja de parecer inconveniente esta garantía de tipo político, comparándola con garantías jurisdiccionales. En México el único organismo que podría guardar cierta comparación con el Comisionado del Parlamento es el jefe de la Oficina de Quejas de la Presidencia de la República... Esta oficina podría ser el primer paso hacia el establecimiento de un verdadero órgano político de control de la Constitución, cosa que por ahora no parece factible.²⁷

Paradójicamente, fue el clima de violencia que se vivió en el país una de las causas decisivas para el surgimiento del *Ombudsman* nacional, puesto que para la década de los ochenta, a diferencia de los sesenta y setenta, ya se gestaba una red nacional para la defensa y protección de los derechos humanos que contaba con el apoyo internacional, además de la presión intensificada cuando los reflectores internacionales se enfocaron al Estado mexicano (1990) con motivo de la negociación y eventual firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).²⁸

Efectivamente, entre 1988-1992 la situación se tornó aún más complicada; el ambiente social se caracterizó por una sucesión de graves violaciones a derechos humanos denunciadas por la ciudadanía y por las organizaciones no gubernamentales, que para entonces empezaban a consolidarse. Algunas de esas trasgresiones fueron conocidas muy de cerca por Jorge Carpizo, entonces ministro numerario de la Suprema Corte de Justicia (abril de 1989) y por los demás ministros de la Corte, en las visitas de supervisión que

²⁷ Cabrera, Lucio, *op. cit.*

²⁸ Maza Calviño, Emma Consuelo, *Los derechos humanos en México: ¿retórica o compromiso?*, México, Flacso, 2009, pp. 20-29, señala: “La falta de atención en México empezó a cambiar a finales de la década de los 80. El entonces presidente Salinas de Gortari (1988-1994), llegó al poder de forma muy controvertida después de la elección más competida, hasta entonces...”.

realizaban a los juzgados federales con sede en las entidades federativas, y hechas del conocimiento por el primero de ellos, al entonces presidente de la República.

Ese entorno, aunado a la difusión de diversos homicidios y casos de tortura cometidos presuntivamente por elementos de diversas corporaciones policiacas, que provocaron la indignación nacional e internacional, tales como el de la abogada Norma Corona Sapién (1990), defensora de derechos humanos en Sinaloa, del licenciado Jesús Güemes Castro, así como tres venezolanos y el de los miembros de la familia Quijano Santoyo (quienes fueron privados de la vida en su domicilio y en presencia de sus familiares),²⁹ constituyeron factores determinantes para la creación del *Ombudsman* nacional.

A su vez, en 1990 tuvieron influencia los informes de organismos de carácter internacional, tales como Americas Watch, Human Rights Watch y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en los que el gobierno mexicano fue cuestionado en su labor de protección y defensa de los derechos humanos, por lo que resultó necesario tomar una decisión de Estado que coadyuvara a revertir esa realidad.

Ante dicha problemática social, Jorge Carpizo, en ese año, apoyado intelectualmente por Héctor Fix-Zamudio³⁰ y materialmente por Fernando Solana Morales y Víctor Manuel Camacho Solís, entonces secretario de Relaciones Exteriores y regente del Distrito Federal, respectivamente, y a petición del presidente de la República, presentó un proyecto para la creación del *Ombudsman*.

²⁹ Carpizo Jorge, “La reforma constitucional de 1999 a los órganos protectores de derechos humanos”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 3, pp. 1 y 2, Biblioteca Jurídica Virtual, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/3/art/art2.htm>. Del mismo autor; “El sistema nacional no jurisdiccional de defensa de los derechos humanos en México: algunas preocupaciones”, en Figueroa Bello, Aída (coord.), *Los derechos humanos en los umbrales del siglo XXI: una visión interdisciplinaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 27 y 28. También con el terremoto de 1985 en la ciudad de México habían salido a la luz una serie de actos de tortura ocasionados por elementos de la Policía Judicial del Distrito Federal contra los indiciados que tenían detenidos en el sótano de las instalaciones de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

³⁰ Fix-Zamudio, Héctor, “Posibilidad del *Ombudsman* en Latinoamérica”, *La Defensoría de los Derechos Universitarios...*, *cit.*, pp. 33-52. Fix-Zamudio concluye que “la introducción de instituciones similares al *ombudsman*, que podía considerarse lejana en el ámbito latinoamericano hace pocos años, ahora se vislumbra como una posibilidad bastante próxima... que no sólo resulta conveniente, sino indispensable, para contribuir conjuntamente con otros instrumentos jurídicos y procesales, a la protección de los derechos humanos... pues llena una necesidad en la vida moderna”. Del mismo autor; *Protección jurídica de los derechos humanos*, México, CNDH, 1991, pp. 210-213.

A pesar de las opiniones negativas de un sector de la comunidad jurídica, de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del procurador general de la República y de muchas fracciones de la administración pública para la implementación de un *Ombudsman*, el titular del Poder Ejecutivo Federal determinó emitir el decreto de creación, y nombró mercedamente a Jorge Carpizo *Primer ombudsman nacional*, calificativo con el que ha pasado a la historia nacional e internacional.

La forma en que se creó la figura no fue la más idónea. Pese a ello, Jorge Carpizo siempre comentó que “era mejor eso que nada”; de ahí que, a partir de ese comienzo, siguió viva su inquietud por mejorar y perfeccionar tanto el marco jurídico como la infraestructura y los recursos que habían sido autorizados, a efecto de hacer más eficiente el quehacer cotidiano del nuevo organismo,³¹ lo cual hizo a través de proyectos que por sí mismo lideró.

Es así que el 6 de junio de 1990 se publicó el decreto por el que se creó la Comisión Nacional de Derechos Humanos como un organismo desconcentrado de la Secretaría de Gobernación, que sustituyó a la entonces Dirección General de Derechos Humanos de esa dependencia federal.

En los artículos cuarto y quinto del decreto se estableció que la Comisión Nacional de Derechos Humanos estaría a cargo de un presidente —nombrado por el titular del Poder Ejecutivo Federal—, quien debía informar sobre el desempeño y resultados de la Comisión; asimismo, debería hacer las recomendaciones u observaciones pertinentes a las autoridades administrativas con motivo de las violaciones a los derechos humanos.

Entre las atribuciones de la Comisión Nacional se establecieron, entre otras, la prevención —en los ámbitos jurídico, educativo y cultural para la administración pública— de violaciones a los derechos fundamentales, y la representación del gobierno federal ante los organismos nacionales e internacionales en cuestiones relacionadas con la promoción y defensa de los derechos humanos.

De igual forma, en el artículo sexto del citado decreto se previó la integración de un cuerpo colegiado de examen y opinión de la problemática relacionada con el respeto y defensa de los derechos humanos en el país y de los mexicanos en el extranjero. Ese Consejo se integró con grandes personalidades del país que coadyuvaron ampliamente para lograr la pronta consolidación de la institución, y que a decir de Jorge Carpizo, se constituyeron en “hombres que representaron el pluralismo de la sociedad,

³¹ Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y Ombudsman*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-CNDH, 1993, pp. 51-134.

personajes sociales e independientes que se ganaron la credibilidad de la población”.³²

Sin embargo, el decreto resultó insuficiente, por lo que Jorge Carpizo, auxiliado por el Consejo, redactó el Anteproyecto de Reglamento Interno de la Comisión, y solicitó al presidente de la República que instruyera su aprobación ante la reticencia del personal de la Secretaría de Gobernación. Dicho reglamento fue publicado en agosto de 1990.³³

El artículo 2o. del Reglamento señaló que los derechos humanos “son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano”. En el artículo 13 se previó la figura del visitador, que fue encomendado al destacado jurista y gran servidor público, con notoria mística hacia los derechos humanos, Jorge Madrazo, y en el diverso 15 se dispusieron 6 direcciones generales, dentro de ellas, las más relevantes por su cercanía con la ciudadanía fueron la de Divulgación y Capacitación; la de

³² Carpizo, Jorge, “El sistema nacional no jurisdiccional...”, *cit.*, señala: “La CNDH se inspiró en la figura del *Ombudsman* pero adaptada a la realidad mexicana... nació como un *Ombudsman* renovado o transformado, en virtud de que presentó características hasta entonces desconocidas en un *Ombudsman*... Antes de 1990, ningún *Ombudsman* en el mundo contaba con un consejo... Las razones para la creación del Consejo fueron principalmente las siguientes: a) existía, y con razón, desconfianza de la sociedad hacia cualquier órgano creado por el Poder Ejecutivo; b) el presidente de la CNDH iba a enfrentarse a los grandes violadores de derechos humanos, principalmente miembros de procuradurías y corporaciones policiacas, y se requería que tuviera el respaldo de personalidades... La segunda innovación con la que nació la CNDH... fue que se le dotó expresamente de la función de divulgación y difusión de la enseñanza de los derechos humanos con el objeto de ampliar al máximo posible la cultura de los derechos humanos entre los mexicanos. El primer Consejo se integró por: Héctor Aguilar Camín, Guillermo Bonfil Batalla, Carlos Escandón Domínguez, Carlos Fuentes, Javier Gil Castañeda, Oscar González César, Carlos Payán Verver, César Sepúlveda, Rodolfo Stavenhagen y Salvador Valencia Carmona”. Asimismo, véase Madrazo, Jorge, *El Ombudsman criollo*, México, CNDH-Academia Mexicana de Derechos Humanos, 1996, pp. 19-25, quien señala; “...nuestro Ombudsman criollo se parece a su modelo clásico y a otros referentes europeos, asiáticos, del pacífico, de África y América del norte pero no es igual a ellos... La institución ha de trabajar en la defensa de los derechos Humanos en un ambiente donde su cultura de aceptación, promoción y respeto no es general; y donde la arbitrariedad y a impunidad golpean su de por sí frágil presencia”.

³³ Segob, “Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Derechos Humanos”, *Diario Oficial de la Federación*, México, t. CDXLIII, núm. 1, 1o. de agosto de 1990, pp. 2-9. En Carpizo, Jorge, “El sistema nacional no jurisdiccional...”, *cit.*, p. 10, expresa: “El presidente de la República apoyó, sin titubeo alguno, dicha solicitud y el reglamento Interno se publicó en el *Diario Oficial*, con el disgusto enorme de muchos abogados del gobierno”, y Madrazo Jorge, *El Ombudsman criollo*, *cit.*, p. 23, expone: “El *Ombudsman* se fue haciendo sobre la marcha, hablando, convenciendo, consensando, precisando e imaginando. La primera aproximación real al Ombudsman aparece en el Reglamento Interno de la Institución, expedido por su Consejo y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 1o. de agosto de 1990”.

Orientación, Quejas y Gestión, y la de Procedimientos, Dictámenes y Resoluciones. La primera, encargada de la enseñanza y promoción de los derechos humanos; la segunda, de la recepción de las quejas, y la tercera, de la formulación de los proyectos de dictámenes, recomendaciones u observaciones sobre la comisión o no de violaciones a los derechos humanos.

Jorge Carpizo tuvo la visión de crear un organismo flexible e independiente que promoviera y protegiera los derechos humanos de los mexicanos; que a su interior contara con una instancia que recibiera quejas en contra de funcionarios de la administración pública, las investigara y emitiera las recomendaciones producto de sus investigaciones y de las pruebas obtenidas, las cuales serían públicas, y, en su caso, restitutorias de los derechos violados; presidido por una persona especialista en la materia y con *auctoritas moral*, con independencia técnica para emitir sus recomendaciones y para designar a sus colaboradores, pero con la obligación de rendir cuentas a la sociedad. Institución que se adaptó a las necesidades del país, con características propias y diferentes de otros *Ombudsmen* y que constituyó la semilla para generar el sistema nacional no jurisdiccional de protección de los derechos humanos en México, integrado actualmente por una Comisión Nacional y por 32 comisiones estatales.

IX. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE 1992 Y 1999. CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FIGURA DEL OMBUDSMAN

El 28 de enero de 1992 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se reformó el artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,³⁴ y en su numeral único se estableció:

El [contenido actual del] artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos pasa a ser el apartado A del propio artículo y se adiciona a éste un apartado B para quedar como sigue: Artículo 102... B. El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán organismos de protección de los Derechos Humanos que otorga el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos. Formularán

³⁴ Segob, "Decreto por el que se reforma el artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", *Diario Oficial de la Federación*, México, t. CDLX, núm. 19, 28 de enero de 1992, p. 6.

recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas... Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales... El organismo que establezca el Congreso de la Unión conocerá de las inconformidades que se presenten en relación con las recomendaciones, acuerdos u omisiones de los organismos equivalentes de los estados.

La importancia de esta reforma consistió en elevar a rango constitucional la figura del *Ombudsman* y propiciar el establecimiento del sistema nacional no jurisdiccional de protección de los derechos humanos.³⁵

Se decidió incorporar al *Ombudsman* en el artículo 102 de la Constitución federal porque este precepto se refería ya a un representante social, el Ministerio Público de la Federación, de tal manera que el apartado A se conservó para señalar las atribuciones de este último, y el B para las relativas al *Ombudsman*, tratando de ser uniformes y considerando que ambas instituciones constitucionalmente representan los intereses de la sociedad mexicana.

El 13 de septiembre de 1999 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se reformó y adicionó el artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,³⁶ en el sentido siguiente:

...El organismo que establezca el Congreso de la Unión *se denominará Comisión Nacional de Derechos Humanos; contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios... La Comisión Nacional de los Derechos Humanos tendrá un Consejo Consultivo integrado por diez consejeros que serán elegidos por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Senadores o, en sus recesos, por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, con la misma votación calificada.*

En el artículo tercero transitorio de ese decreto se establecieron obligaciones de mayor trascendencia para el Poder Legislativo federal, tales como elegir (en un plazo máximo de sesenta días) al presidente de la Comisión, a través de una amplia auscultación entre las organizaciones representativas de la sociedad y una terna de candidatos para nombrar a uno de ellos, o

³⁵ Para mayor amplitud sobre la organización de ese sistema y sus retos, véase Carpizo Jorge, "El sistema nacional no jurisdiccional...", *cit.*, y del mismo autor, *Derechos humanos y Ombudsman, cit.*, pp. 119-134.

³⁶ Segob, "Decreto por el que se reforma y adiciona el artículo 102 apartado B de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", *Diario Oficial de la Federación*, México, t. DLII, núm. 9, 13 de septiembre de 1999, pp. 2 y 3. También en Carpizo, Jorge, "La reforma constitucional de 1999...", *cit.*

bien ratificar a la entonces titular, así como expedir las reformas para adecuar la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Los aspectos relevantes de dicha reforma fueron la constitucionalización del nombre del organismo nacional protector de los derechos humanos —*Comisión Nacional de los Derechos Humanos*—, pues hasta entonces la Constitución general de la República se refería a *organismos*; la generación de un cambio conceptual al sustituir el verbo “otorga” por “ampara” en el citado precepto constitucional, asumiendo claramente una tendencia de derecho natural y dejando atrás la positivista. Se fortaleció a la Comisión Nacional otorgándole autonomía presupuestaria y técnica, lo que implicó que no formaría —ni forma— parte de alguno de los poderes constituidos, sino que su naturaleza sería y es la de organismo autónomo constitucional; asimismo, la designación de su titular y de su Consejo Consultivo quedó a cargo del Senado de la República, quien debe valorar que los integrantes de las ternas para presidente de la Comisión cuenten con un perfil idóneo que garantice su calidad moral, apartidista y su especialidad en el tema de los derechos humanos.³⁷

Dicha reforma constitucional evidentemente contribuyó al mejoramiento del marco normativo del *Ombudsman*, el cual, como lo señaló su creador, Jorge Carpizo, fue provisional, nació con ese carácter, con miras al perfeccionamiento continuo.

X. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011

En la Constitución federal del 5 de febrero de 1917, el Congreso Constituyente denominó al capítulo I, del título primero “De las garantías individuales”, y en el artículo 1o., a su vez, previó: “En los Estado Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución...”, con lo que asumió una concepción positivista respecto de los derechos de las personas.

³⁷ Antes de la reforma constitucional, la designación del presidente de la Comisión se realizaba por el titular del Ejecutivo Federal, lo cual se asumió posteriormente en el artículo 10 de la Ley de la Comisión, en el sentido de que el nombramiento hecho por el presidente de la República debía ser sometido a la aprobación del Senado, o en sus recesos, a la Comisión Permanente, y no fue hasta 1999 cuando se logró establecer una manera distinta de llevar a cabo ese nombramiento. Véase la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Diario Oficial de la Federación*, México, t. CDLXV, núm. 21, 29 de junio de 1992, pp. 60-69. Esta publicación trajo como consecuencia, a su vez, la adecuación del Reglamento Interno, que se publicó el 29 de septiembre de 2003, *cf.*: CNDH, “Acuerdo del Consejo Consultivo por el que se aprueba el Reglamento Interno de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos”, *Diario Oficial de la Federación*, México, t. DC, núm. 20, 29 de septiembre de 2003, pp. 47-78.

Así, el Constituyente originario eligió el término *garantías individuales* como sinónimo de derechos de la persona, habiendo generado durante más de nueve décadas un uso indiscriminado e incorrecto de las expresiones “garantías individuales”, “garantías constitucionales” y “garantías del gobernado”, para significar los derechos que se consagraron en el texto constitucional en favor de las personas.

La conceptualización resultó inadecuada, porque el término *garantía* se refiere a “los medios jurídicos, de naturaleza predominantemente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder y los instrumentos protectores [...] no han sido suficientes para lograr el respeto y cumplimiento de las disposiciones constitucionales”.³⁸

Con la publicación de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, el Constituyente Permanente acertadamente cambió la acepción “De las garantías individuales” por “De los derechos humanos y sus garantías”, y en el artículo 1o. prescribió: “Todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección...”.

Esa modificación, desde luego, no es solo terminológica, ya que al adoptar —la Constitución federal— el concepto de *derechos humanos*, cambiar *individuo* por *persona*, *otorgar* por *reconocer*, se abandona la ideología positivista y asume la de derecho natural, habida cuenta que los derechos humanos son inherentes al propio ser, y no producto de una concesión por parte del Estado.³⁹

³⁸ Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al derecho procesal constitucional*, México, FUNDAp, 2002, Colección FUNDAp Derecho, Administración y Política, pp. 72 y 73. Como menciona Sergio García Ramírez en algunos momentos —años antes de la reforma—, los derechos humanos se plasmaron en la Constitución con su nombre propio, por ejemplo cuando se agregó el apartado B al artículo 102 para elevar a rango constitucional la figura del *Ombudsman* y al modificar el artículo 2o., también constitucional, para reconocer los derechos de los miembros de las comunidades indígenas. Véase García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa-UNAM, 2011, p. 51. Así también, Jorge Madrazo precisó que “los derechos humanos en la Constitución de 1917 están contenidos en las declaraciones de garantías individuales y de garantías sociales. Las garantías individuales se concentran en los primeros 29 aa... las garantías sociales se encuentran principalmente en los aa. 3, 27, 28 y 123”. Madrazo, Jorge, “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, *Diccionario jurídico mexicano*, 3a. ed., México, Porrúa-UNAM, 1989, pp. 668 y 669.

³⁹ En la reforma al artículo 102, apartado B, de septiembre de 1999, se asumió el término “otorgar” por “amparar”, acorde con una tendencia de derecho natural. Cfi. Carpizo, Jorge, “La reforma constitucional de 1999...”, *cit.*, p. 4.

Asimismo, se amplía de manera significativa el ámbito de protección del gobernado cuando se refiere no solo a los derechos humanos reconocidos en la Constitución general de la República, sino también a los previstos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, y deja el término *garantías* para aquellos mecanismos de protección de los derechos humanos que prevé la propia norma constitucional. Por tanto, con esta reforma la carta fundante se refiere a los derechos humanos de todas las personas y a los medios que se utilizarán para proteger esos derechos.

La reforma incidió en la totalidad del sistema jurídico mexicano, pues constituye un cambio de paradigma para los operadores jurídicos; abre la puerta a los derechos humanos de fuente internacional; es un parámetro fundamental y diferente para la interpretación de los jueces con base en principios, directrices y valores apegados a los criterios internacionales en la materia, además de significar el acceso a un Estado constitucional de derecho en donde es obligación prioritaria del Estado el respeto y protección de los derechos humanos.

Sin pretender agotar la relevancia de la reforma sobre derechos humanos, de manera enunciativa se reseñan algunas de ellas; además de lo señalado, por ejemplo, en el artículo 1o., se reconocen la interpretación conforme y los principios *pro persona*, *universalidad*, *interdependencia*, *indivisibilidad* y *progresividad*,⁴⁰ y se obliga al Estado a investigar, sancionar y reparar

⁴⁰ En el dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión del 7 de abril de 2010, se estableció que la universalidad significa que los derechos humanos corresponden a todas las personas por igual; la interdependencia consiste en que cada uno de los derechos humanos se encuentran ligados unos a otros y entre sí, de tal manera que el reconocimiento de un derecho humano cualquiera, así como su ejercicio, implica necesariamente que se respeten y protejan multiplicidad de derechos que se encuentran vinculados; la indivisibilidad se refiere a que los derechos humanos son en sí mismos infragmentables, ya sean de naturaleza civil, cultural, económica, política o social, pues son todos ellos inherentes al ser humano y derivan de su dignidad, y la progresividad se traduce en la obligación del Estado de procurar todos los medios posibles para su satisfacción en cada momento histórico y la prohibición de cualquier retroceso o involución de esta tarea. Similar criterio sostuvo el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito, en la jurisprudencia IV.2o.A.15 K (10a.)3 que establece: “PRINCIPIOS DE UNIVERSALIDAD, INTERDEPENDENCIA, INDIVISIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. REPRESENTAN CRITERIOS DE OPTIMIZACIÓN INTERPRETATIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. EL 10 de junio de 2011 se promulgaron reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos, de las que sobresale la modificación de su artículo 1o. que establece la obligación de toda autoridad de promover, respetar y garantizar los derechos humanos, favoreciendo la protección más amplia posible a favor de la persona, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En virtud de éstos, la valoración de los derechos fundamentales queda vincu-

las violaciones a los derechos humanos. En el artículo 3o. constitucional se adiciona el respeto de los derechos humanos como parte importante de la educación que imparta el Estado, visión que también se incorpora a los artículos 11, 15 y 18.

En el artículo 29 se establece un nuevo régimen —basado en los preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos y en los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos— de restricción o suspensión de derechos, y se relacionan aquellos que bajo ningún concepto son susceptibles de esa medida. De igual manera, se incorpora una posición de derechos humanos en los artículos 33, relativo a la expulsión de extranjeros, y 89, en lo tocante a la política exterior. En el artículo 102 se otorga formalmente la atribución para la CNDH de investigar hechos que constituyan violaciones graves de derechos humanos, y se enfatiza en la autonomía de aquellos organismos que no cuenten con ella, y en el numeral 105 se establece la atribución de la CNDH para promover acciones de inconstitucionalidad ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación contra los tratados internacionales de los que México sea parte y que vulneren derechos humanos.

Con la reforma de 2011 sobre derechos humanos se adicionó al apartado B del artículo 102 un párrafo, para quedar como sigue:

artículo 102 B... La Comisión Nacional de los Derechos Humanos podrá investigar hechos que constituyan violaciones graves a derechos humanos, cuando así lo juzgue conveniente o lo pidiere el Ejecutivo Federal, alguna de

lada a la premisa de que deben respetarse en beneficio de todo ser humano, sin distinción de edad, género, raza, religión, ideas, condición económica, de vida, salud, nacionalidad o preferencias (universalidad); además, tales derechos han de apreciarse como relacionados de forma que no sería posible distinguirlos en orden de importancia o como prerrogativas independientes, prescindibles o excluyentes unas ante otras, sino que todos deben cumplirse en la mayor medida posible, así sea en diferente grado por la presencia de otro derecho fundamental que también deba respetarse y que resulte eventualmente preferible, por asegurar un beneficio mayor al individuo, sin que el derecho fundamental que ceda se entienda excluido definitivamente (indivisibilidad e interdependencia); asimismo, con el entendimiento de que cada uno de esos derechos, o todos en su conjunto, obedecen a un conjunto de necesidades pasadas y actuales, más no niegan la posibilidad de verse expandidos, por adecuación a nuevas condiciones sociales que determinen la necesidad y vigencia de otras prerrogativas que deban reconocerse a favor del individuo (progresividad). De esta guisa, los referidos principios representan criterios de optimización interpretativa de los derechos fundamentales, porque conducen a su realización y observancia plena e inmejorable a favor del individuo, al orientar el proceder de toda autoridad en el cumplimiento del mandato de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales de la materia, lo cual se refleja al ejercer el control constitucional en el sentido de que el respeto y restauración de los indicados derechos son una tarea no sólo de la jurisdicción federal, sino también de la ordinaria en el conocimiento de los asuntos de su competencia”.

las Cámaras del Congreso de la Unión, el gobernador de un Estado, el Jefe de Gobierno del Distrito Federal o las legislaturas de las entidades federativas.⁴¹

Asimismo, el artículo sexto transitorio del decreto de reforma dispuso que los casos que se encontraran pendientes serían resueltos por la Suprema Corte de Justicia.

En el “Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estadíos Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto de la Minuta Proyecto 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”,⁴² los senadores expusieron que era necesaria una estructuración (reestructuración o nueva estructuración) de esta figura (*investigación de hechos que constituyan violaciones graves a derechos humanos*), pues así lo había expresado en su *Libro blanco* la Suprema Corte de Justicia. En este sentido, con la finalidad de “consolidar a la SCJN como un tribunal de constitucionalidad y despojarlo de funciones que le dificultan su actuación como tal, y que pueden ser ejercidas por otra instancia”, se trasladó dicha facultad al ámbito competencial del Organismo Nacional de Protección de los Derechos Humanos.⁴³

⁴¹ En esta reforma, además de la facultad investigadora para la CNDH, se adicionaron cuestiones por demás trascendentes para la CNDH, como son: “... Todo servidor público está obligado a responder las recomendaciones que les presenten estos organismos. Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas por las autoridades o servidores públicos, éstos deberán fundar, motivar y hacer pública su negativa; además, la Cámara de Senadores o en su receso la Comisión Permanente, o las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda, podrán llamar a solicitud de estos organismos, a las autoridades o servidores públicos responsables para que comparezcan ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de sus negativa. Estos organismos no serán competentes tratándose de asuntos electorales, y jurisdiccionales... Las Constituciones de los Estados y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal establecerán y garantizarán la autonomía de los organismos de protección de los derechos humanos... La elección del titular de la presidencia de la Comisión de Nacional de los Derechos Humanos, así como de los integrantes del Consejo Consultivo, y de titulares de los organismos de protección de los derechos humanos de las entidades federativas, se ajustarán a un procedimiento de consulta pública. Que deberá ser transparente, en los términos y condiciones que determine la ley...”. Como se observa, se fortalece el marco legislativo de los organismos de protección de los derechos humanos, de una vez por todas se garantiza su autonomía y se le dota de competencia para conocer de violaciones a derechos humanos en el ámbito laboral.

⁴² Cámara de Senadores, *Gaceta del Senado*, núm. 113, 07 de abril de 2010, en <http://www.senado.gob.mx/index.php?ver=sp&mn=2&sm=3&fecha=2010/04/07/1>.

⁴³ A partir del debate de agosto de 1946, varios ministros expresaron su postura en contra de que la Corte tuviera esa atribución. Con posterioridad, en abril de 1996, con motivo

Se expresa en esa minuta del Constituyente Permanente, que

el procedimiento de investigación de violaciones graves a los derechos humanos tiene como principal objetivo el esclarecimiento de la verdad... el Estado mexicano... en el caso de la facultad de investigación que ahora se traslada a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos debe brindar las condiciones para indagar la verdad y aclarar aquellos hechos que han conmocionado a la sociedad, que demandan, como primera forma de reparación, el esclarecimiento pleno de los hechos... La reforma que se propone establece en forma genérica que ninguna autoridad puede negarle la información requerida, incluso aquella con carácter reservado [con la obligación de resguardar ese carácter]... con el fin de maximizar el resultado de la investigación de violaciones graves a los derechos humanos, el ministerio público podrá tomarlo en cuenta, para lo cual uno de los elementos claves en el ejercicio de la acción penal debe ser, precisamente, la utilización de las evidencias recabadas durante la investigación y su valoración realizada por la Comisión... se plantea que —cuando proceda— el resultado de la investigación deberá derivar en acciones o denuncias ante la autoridad competente...⁴⁴

del Informe aprobado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el *Caso Aguas Blancas*, en el que se determinó que existió violación grave a las garantías individuales de los gobernados en los acontecimientos del veintiocho de junio de mil novecientos noventa y cinco, nuevamente se alzó la voz en el sentido que la Suprema Corte no debía realizar esta actividad, sino que era la CNDH a quien correspondía, por haberse acreditado en ese caso que a pesar de los resultados de la indagatoria, el máximo tribunal solo estuvo en posibilidad de hacer recomendaciones a los otros poderes de la unión, en una acción que de ninguna manera fue jurisdiccional, sino política. *Cfr.* Alier Campuzano, Jaime, *Facultad investigadora de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de violaciones graves a garantías individuales*, México, Porrúa, 2005, *passim*.

⁴⁴ Véase “El sistema nacional no jurisdiccional...”, *cit.*, pp. 27 y ss., en donde Jorge Carpizo hizo la reflexión sobre cuál debe ser la facultad del *Ombudsman* para investigar casos penales. “Considero que no hay una contestación única aplicable a todos los países, sino que depende de la situación particular de cada uno de ellos. Generalmente el *Ombudsman* no investiga los casos penales sino recomienda que se realice la investigación. Sin embargo, cuando la autoridad no lo hace... éste debe realizarla... lo anterior pone al *Ombudsman* ante una situación difícil. Debe crear su propia capacidad de investigación penal y entrenar a parte de su personal para ello. Es un reto de dimensiones gigantescas, pero, cuando sea necesario, se deberá hacer... Claro me estoy refiriendo al *Ombudsman* criollo...”. En este sentido, en la sentencia del 23 de noviembre de 2009, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, y derivado de la investigación que realizó la CNDH y que se remitió a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, esta se pronunció diciendo que “La Corte Interamericana ya ha establecido que la obligación de investigar los hechos, juzgar y en su caso, sancionar a los responsables de un delito que constituye una violación de derechos humanos es un compromiso que emana de la Convención Americana, y que la responsabilidad penal debe ser determinada por las autoridades judiciales... ello no obsta para que la Corte tome en consideración los docu-

En relación con esa atribución, la Suprema Corte de Justicia emitió algunas tesis aisladas que pretendieron delimitar esa figura constitucional; en lo sustancial, el máximo tribunal declaró la autonomía de la figura investigadora respecto de las demás medidas políticas, penales o administrativas que pudieran tomarse en los casos graves de violaciones a derechos humanos y que correspondieran a otras autoridades, sin que derivado de la facultad la Suprema Corte pudiera determinar responsabilidades, imponer sanciones o exonerar a persona alguna; de tal manera que el resultado de esa investigación debía hacerse del conocimiento de las instancias que se estimaran competentes, en el supuesto de que se hubiera concluido la existencia de violaciones a derechos humanos, entendiéndose que

la grave violación de garantías individuales se actualiza cuando la sociedad no se encuentra en seguridad material, social, política o jurídica, a consecuencia de que: a) Las propias autoridades que deben proteger a la población que gobiernan, son las que producen o propician los actos violentos, pretendiendo en tal forma obtener una respuesta disciplinada, aunque aquéllos sean violatorios de los derechos de las personas y de las instituciones. b) Que frente a un desorden generalizado las autoridades sean omisas, negligentes o impotentes para encauzar las relaciones pacíficas de la comunidad, o bien que sean totalmente indiferentes en obtener el respeto a las garantías individuales.⁴⁵

Ahora, la facultad de investigación, en el ámbito de actuación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, se explica en el contexto de un *Ombudsman criollo*, es decir, de aquel que ha nacido en tierras poco fértiles para el pleno desarrollo de una cultura institucionalizada de respeto y protección de los derechos humanos, como lo definió Jorge Madrazo.

De tal manera que, desde su implementación en México, el *Ombudsman* ha realizado investigaciones motivadas por graves violaciones a derechos humanos que han conmocionado a la sociedad; es parte de su historia, propio de ese *Ombudsman criollo*, las cuales han sido socialmente reconocidas por los resultados obtenidos y por su seriedad; las conclusiones de esas pesquisas se encuentran plasmadas en múltiples recomendaciones.⁴⁶

mentos elaborados por dicha Comisión Nacional cuando estén relacionados con la supuesta responsabilidad internacional del Estado” (párrafos 178 y 179).

⁴⁵ Tesis P. LXXXVI/96, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, junio de 1996, p. 459. Tesis P. XXXVIII/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVII, abril de 2008, p. 7. Tesis P. XC/96, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. III, junio de 1996, p. 515.

⁴⁶ Son diversos los asuntos investigados por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, que dieron lugar a la emisión de recomendaciones, tales como la 9/90, relativa al

Empero, el Constituyente Permanente decidió adicionar el apartado B del artículo 102, y con ello se tendrá que replantear y plasmar en la legislación secundaria el alcance y objetivo de esa gran responsabilidad de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos; tendrá que preguntarse a quién o a quiénes se hará llegar el resultado de esas investigaciones; si seguirán o no la suerte de las recomendaciones, qué seguimiento se hará de ellas a partir de su publicidad, y tratándose de casos penales con la implementación del nuevo sistema acusatorio adversarial, qué valor probatorio tendrán las evidencias integradas por la Comisión Nacional y presentadas a la institución del Ministerio Público.⁴⁷

caso del Rector Universidad Autónoma de Sinaloa; 29/90 referente al caso de Aguililla; 3/91, relacionado con el asunto de los Hermanos Quijano; más recientes, 104/95, por los hechos ocurridos el 28 de junio de 1995 en las cercanías de Aguas Blancas, municipio de Coyuca de Benítez, estado de Guerrero, y su investigación por las autoridades locales; 68/2006, sobre el caso de los hechos de violencia suscitados los días 3 y 4 de mayo de 2006 en los municipios de Texcoco y San Salvador Atenco, Estado de México; 16/2009, sobre la detención y traslado de la periodista Lidia Cacho Ribeiro; 49/2009, relativo al caso de la guardería ABC, S. C., ubicada en la ciudad de Hermosillo, Sonora; 50/2008 del homicidio del señor Bradley Roland Will, reportero gráfico de *Indymedia*. A la vez, algunos de ellos fueron materia de investigación por la Suprema Corte: caso Aguas Blancas, solicitud 3/96, formulada por el presidente de los Estados Unidos Mexicanos; caso Lidia Cacho, solicitud 2/2006 formulada por el Congreso de la Unión; caso San Salvador Atenco, la SCJN recibió una solicitud de un grupo que se ostentó como los ciudadanos agraviados por las graves violaciones de garantías individuales, la cual hizo suya el ministro Genaro David Góngora Pimentel mediante la solicitud 3/2006; conflicto de Oaxaca de 2006 (gobernador Ulises Ruiz), solicitud 1/2007 de la Cámara de Diputados; caso incendio de la Guardería ABC, solicitud 1/2009 del ministro Sergio A. Valls Hernández, en virtud de las solicitudes presentadas por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión y los padres de los niños afectados por los hechos.

⁴⁷ Respecto de dicha facultad de investigación antes de la reforma constitucional de junio de 2011, *cf.* Arteaga Nava, Elisur, “La facultad investigadora del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 4a. ed., México, Porrúa, 2003, t. II, pp. 1225-1259. Véase Salcido Romero, José Miguel, “Facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, *Quid Iuris*, México, Chihuahua, año 1, vol. 1, 2005, pp. 91-119, y Morales Ramírez, Arturo César, “Facultad de investigación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, Instituto de la Judicatura Federal, núm. 25, 2008, pp. 119-156. Antes de la reforma constitucional de junio de 2011, Jorge Carpizo estimó que “la facultad de investigación... se debe utilizar solo para casos graves, de verdadero escándalo público y conmoción nacional... es un procedimiento excepcional y solo para situaciones también excepcionales”. Respecto de las consecuencias de la investigación, consideró que debía remitirse una copia del expediente a la autoridad que solicitó la investigación; a la Cámara Federal de Diputados si estuviera involucrado un funcionario que gozara de fuero; al Ministerio Público si el funcionario no gozara de fuero o se tratara de un particular y se evidenciara un delito de carácter federal o local, según fuera el caso, o a la legislatura local si se tratara de un funcionario local que tuviera fuero, sin embargo, precisó que las autoridades que reciben el expediente con la investigación de la Corte no están obligadas a tomarla en cuenta, ya

En consecuencia, esta reforma constitucional, conjuntamente con la correspondiente al juicio de amparo, representan un cambio importante para el sistema jurídico mexicano en general y, en particular, para el sistema jurisdiccional federal. Su estrecha relación es inobjetable, puesto que ambas fortalecen los valores y principios constitucionales y refuerzan el régimen de protección de los derechos humanos consagrados en la Constitución general de la República y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte,⁴⁸ entre ellos los derechos sociales.

que no las vincula... puede tener una gran importancia si la Corte decide publicarla... *Cf.* Carpizo, Jorge, “La función de investigación...”, *cit.*, pp. 1261-1281.

⁴⁸ Sobre el contenido de las reformas constitucionales en materias de derechos humanos y juicio de amparo, *cf.* Fix-Zamudio, Héctor, “Las reformas constitucionales mexicanas de junio de 2011 y sus efectos en el sistema interamericano de derechos humanos”, en *El constitucionalismo contemporáneo...*, *cit.*, pp. 153-212.

NUEVOS ÁMBITOS DE DECISIÓN MATERIAL (O LA PERMANENTE NECESIDAD DE ACTUALIZACIÓN POR PARTE DE LAS DEFENSORÍAS)*

José Julio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Derechos fundamentales y mundo digital*. III. *Derechos sociales en situaciones de crisis*. IV. *Exigencias medioambientales*. V. *El derecho a la buena administración*. VI. *Grupos necesitados de especial protección: su inclusión*. VII. *Riesgos y amenazas en el ámbito de la seguridad*. VIII. *El nuevo escenario multicultural*. IX. *Otros supuestos*. X. *¿Traducción en nuevas competencias?* XI. *Conclusión*. XII. *Fuentes*.

I. INTRODUCCIÓN

El agitado mundo por el que deambula el siglo XXI ha redimensionado el papel que deben desempeñar las defensorías del pueblo. Por un lado, la actual sociedad de riesgos múltiples y amenazas emergentes somete a nuevas tensiones a los derechos fundamentales, tensiones que es preciso afrontar con prontitud; por otro lado, se hace necesario aportar análisis cualitativos que mejoren el funcionamiento público. Incluso, la sociedad reclama estudios globales y generales de servicios públicos que evalúen su eficiencia y sean la base de mejores futuras, más allá de los problemas concretos que dimanan de las quejas de los ciudadanos. Nos hallamos, por lo tanto, ante una entorno que proyecta con creciente inquietud nuevos retos de tipo material para los derechos fundamentales, lo que, forzosamente, es preciso que tenga repercusión directa en la labor del *ombudsman*.

En esta tesitura, el *aggiornamento* de las defensorías pasa por abordar nuevos ámbitos de decisión material que les permitan legitimarse en estos

* Este trabajo es una nueva versión del publicado por nosotros en el libro coordinado por Escobar Roca, Guillermo, *La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 1001 y ss.

** Valedor do Pobo (Defensor del Pueblo de Galicia, España). Profesor titular de derecho constitucional, Universidad de Santiago de Compostela.

actuales entornos, más dinámicos, cambiantes y exigentes. La calidad democrática también reclama una mejora continua de nuestras defensorías, que deben situarse en la equidistancia del anquilosamiento y la autocomplacencia. Lo contrario puede hacer aparecer el riesgo de un vaciamiento interno.

La institución del *ombudsman* se ha expandido y asentado por el derecho comparado gracias a las bondades de su naturaleza y a la capacidad de resolución efectiva de los problemas que se le plantean. La *ombudsmanía* alcanzó casi todas las latitudes del planeta como reflejo de la capacidad de aclimatación de esta figura.¹ Llega el momento de usar estas fortalezas para situarse firmemente en el futuro y poder desempeñar un rol adaptado a las necesidades presentes. Como aseveramos en otro lugar, “su labor puede ser muy fructífera para el buen desempeño democrático y para la consolidación de una cultura jurídica y política respetuosa con los derechos fundamentales, eje esencial de nuestras sociedades”.² En esta línea también se expresa Escobar Roca, al señalar que la vía del defensor es “una vía más ágil, flexible y cómoda”.³ Este mismo autor considera que “el control de los poderes públicos por las defensorías es más amplio que el atribuido a otros órganos del Estado”, por lo que “su función para la democratización puede ser decisiva, al llegar donde no llegan las demás instituciones de control”.⁴

¹ Esta capacidad de aclimatación como causa de su éxito ha sido puesta de manifiesto por Carballo Armas, Pedro, en su obra *El Defensor del Pueblo*, Madrid, Tecnos, 2003, p. 116.

² Fernández Rodríguez, José Julio, “Los nuevos retos para las defensorías del pueblo: bases para una reflexión”, en varios autores, *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Lima, Perú, IDEMSA, 2009, t. 1, p. 237. Este artículo puede considerarse como un antecedente del que el lector tiene ahora entre sus manos. En aquel entendíamos que los retos actuales para las defensorías se podían agrupar en cinco ámbitos: los criterios de decisión, los aspectos de coordinación, los nuevos ámbitos de decisión material, la necesidad de mantener actualizadas las previsiones normativas, y los problemas estructurales. La segunda dimensión de esta lista (los aspectos de coordinación) la desarrollamos, en parte, en “Defensor del Pueblo y defensorías autonómicas: reflexiones sobre sus relaciones y posición recíproca” (*Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, 2010, pp. 259-283). Ahora analizamos con más detenimiento el tercero de esos ámbitos, el del objeto material sobre el que recaen las decisiones.

³ Escobar Roca, Guillermo, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, Trama, 2005, p. 138. A lo que añade que el Defensor puede ir más allá del derecho y que no se limita a la simple constatación del incumplimiento del derecho, sino que es capaz valorar críticamente las normas, realizar “propuestas de reforma de las disposiciones incompatibles con los derechos humanos y de adopción de otras nuevas destinadas a lograr una mayor efectividad de los mismos” (*ibidem*).

⁴ Escobar Roca, Guillermo, “Introducción”, en el libro por él dirigido *Defensorías del pueblo en Iberoamérica*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, p. 26. En la página siguiente indica

Se impone una advertencia antes de continuar: las reflexiones que siguen se han hecho en abstracto, sin referencia a un ordenamiento concreto, lo que significa que si se trasladan a un ordenamiento determinado deben recibir las oportunas matizaciones situacionales. También es preciso advertir que no se intenta agotar la problemática expuesta, sino incidir en los puntos que estimamos más representativos del fenómeno y, por ende, con mayor capacidad para convencer acerca de la permanente necesidad de actualización de las defensorías. Veamos, pues, cuáles son esos puntos.

II. DERECHOS FUNDAMENTALES Y MUNDO DIGITAL

En el actual grado de desarrollo de la sociedad de la información ya se ha sedimentado la idea de que el mundo digital en general, e internet en particular, suponen tanto nuevas posibilidades de aplicación y disfrute de los derechos fundamentales como nuevos límites y amenazas para los mismos.⁵

El derecho a la intimidad ejemplifica esta situación en su vertiente negativa al detectarse un elenco de nuevas formas de agresión a la misma. En efecto, nos topamos con entradas en el disco duro de un ordenador sin consentimiento, elaboración de perfiles de navegantes, interceptación de correos electrónicos, suplantación de la personalidad, hostigamiento electrónico, acumulación o transferencia de datos sin consentimiento, alteración o destrucción de los mismos, impedimento de acceso, etcétera. Así las cosas, resulta al día de hoy indubitable que la intimidad y la vida privada se encuentran en una tesitura de especial vulnerabilidad. A partir de esta constatación, se impone un cambio hermenéutico que adapte el contenido y objeto de la intimidad, y de los derechos a ella conexos de una u otra forma, a esta tesitura. Nos referimos, por ejemplo, a la idea de domicilio electrónico o de comunicaciones digitales por canal cerrado.⁶

Por otro lado, como indicamos, el mundo digital igualmente ha traído nuevas posibilidades para los derechos fundamentales. De esta forma, la libertad de expresión e información se topan con nuevos soportes y formas de comunicación que aportan cambios cuantitativos al proceso. De igual manera, los cambios cualitativos que ofrece la sociedad de la información dan lugar a un producto más heterogéneo y completo, que integra textos, imáge-

que “no hay otra instancia, pública o privada, en mejor posición para saber cuáles son los problemas reales de los ciudadanos y cómo debe mejorarse el sistema jurídico”.

⁵ Sobre el particular, permítasenos remitir a nuestra obra *Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y libertad de expresión en la Red*, México, UNAM, 2004.

⁶ También nuestro libro, *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.

nes y sonidos para mejorar la calidad de la comunicación. Esta se manifiesta en clave multidireccional en la que el rol de emisor, autor, editor o productor de la comunicación y receptor de la misma se confunden y convergen. De este modo, se fomenta el pluralismo y se favorece la participación, conceptos claves de enriquecimiento democrático. Aunque también es cierto que todas estas nuevas posibilidades de expresión y participación parcelan la realidad, la fragmentan, y dificultan la puesta en común y el debate global que exige asimismo el sistema democrático.

Otro problema de envergadura lo representan los contenidos en la red y el control de los mismos, lo cual exige analizar por separado los contenidos ilícitos de los nocivos. En todo caso, la noción de responsabilidad puede tener un sentido jurídico diferente al que opera en el mundo analógico. De igual forma, no parece razonable aplicar a Internet medidas especialmente interventoras y represoras (no deben prohibirse en la red lo que se autoriza fuera de la misma).

Esta situación, sucintamente retratada, reclama articular nuevas respuestas que satisfagan y resuelvan los retos y preguntas planteados. Incluso, diversas instituciones y categorías jurídicas exigen una reconstrucción y actualización si quieren seguir siendo operativas y eficaces para solucionar los problemas que la actual realidad plantea. Las defensorías, con sus posibilidades de flexibilidad y adaptación, tienen recursos eficaces para enfrentarse a este contexto. De lo que se trata es que las nuevas tecnologías sirvan para fortalecer los derechos, no para restringirlos. Así las cosas, hay que incidir en los aspectos positivos de las mismas y procurar paliar los negativos. Incluso, ya se habla de una nueva generación de derechos, la cuarta, que se identifica por la nota de su ejercicio a través de las nuevas tecnologías en general y de Internet en particular. Tal cuestión se halla necesitada de concreción dogmática y de precisión de alcance. En este sentido, también puede jugar su rol una defensoría, que es capaz de hacer precisamente lo que estamos comentando: subrayar los aspectos positivos de este proceso y mitigar los negativos.

En fin, no solo hay que supervisar las vulneraciones de derechos que se producen en esta nueva y compleja realidad digital, dando respuesta a las concretas quejas que los ciudadanos interpongan ante las defensorías, sino también articular medidas de impulso que permitan avanzar en calidad democrática aprovechando las oportunidades que esta tecnología abre. En este sentido, el *ombudsman* debe llevar a cabo campañas de divulgación para evitar esa grave fractura social que se condensa en la idea de brecha digital (económica, territorial, generacional).

III. DERECHOS SOCIALES EN SITUACIONES DE CRISIS

Los derechos sociales, categorías clásicas del derecho constitucional, presentan unos perfiles específicos y una dependencia del desarrollo posterior que los hace especialmente sensibles (por decirlo de algún modo) al contexto. De esta forma, las nuevas exigencias y replanteamientos que el tiempo presente plantea ha materializado, con una fuerza inusitada, el problema de la justicia, incidiendo en el alcance y entendimiento de estos derechos. Precisamente la justicia, como principio material, debe ser un parámetro permanente para cualquier defensoría.

Así las cosas, el progresivo envejecimiento, la superpoblación o una situación de crisis económica estructural alteran el contexto de reflexión sobre los derechos sociales. También la mayor concienciación en torno a los mismos es otro factor a tener en cuenta en este sentido, pues eleva el nivel de exigencia de los ciudadanos. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, en su observación general núm. 10, considera indispensable que las instituciones nacionales de derechos humanos presten plena atención a estos derechos en todas sus actividades. Y cita, en esta línea, actividades tales como el fomento de programas de educación e información sobre los derechos económicos, sociales y culturales; la realización de investigaciones sobre ellos; la vigilancia de su observancia; el examen de las reclamaciones referidas a su violación.

La práctica en las defensorías demuestra que las reclamaciones en el terreno de los derechos sociales asumen una creciente importancia. Estas reivindicaciones están presentes en múltiples áreas, que son objeto de atención habitual, como la salud, la dependencia, la vivienda, los servicios sociales, o la educación. Frente a ello, la situación de crisis provoca, de manera inevitable, la bajada de los presupuestos públicos y la posible afectación, por ello, de estos derechos. Esto obliga a buscar soluciones menos exigentes y más pragmáticas e imaginativas para intentar mantener la calidad de los servicios y prestaciones que afectan a estos derechos.

Un problema adicional, aunque tal vez previo, es la discusión que todavía se mantiene acerca de la naturaleza de los derechos sociales. Sin terciar ahora en ella, está claro que los derechos sociales, al menos en nuestro entorno cultural, son verdaderas normas jurídicas vinculantes, no meros principios programáticos, aunque a veces su efectividad real quede supeditada a cuestiones presupuestarias. Estos derechos imponen a los poderes públicos,

obligaciones relativas a la consecución de los fines perseguidos, pues su curso es necesario para dotarlos de efectividad.⁷

Asimismo, otro elemento a tener en cuenta son las nuevas modalidades de actuación administrativa, que suponen una gestión diferente de ciertos servicios públicos que afectan al orden social. Esto, en ocasiones, se ve acompañado de cierta opacidad y huidas del derecho administrativo que dificultan la labor de las defensorías. Sobre este aspecto volveremos más abajo.

Todo ello reclama un esfuerzo suplementario al *ombudsman* para la búsqueda de un renovado protagonismo en el campo de los derechos sociales. La normativa que regula estas instituciones no suele presentar problemas interpretativos que dificulten esta labor en este campo. Las trabas vienen por otras vías.

A mayor abundamiento, en situaciones de crisis cobra suma relevancia la actuación de un órgano como una defensoría, que puede privilegiar la búsqueda de la justicia material antes que cuestiones formales. Incluso suele ser posible hacer sugerencias de reforma normativa, que ayudan poderosamente a que los decisores públicos adapten las previsiones jurídicas para intentar que la crisis no se cebe en demasía con las capas sociales más necesitadas o más vulnerables ante dicha crisis. En este sentido, García Álvarez y García López apuntan que es conveniente que los defensores adopten una postura proactiva “orientada a detectar las exigencias derivadas de una efectiva realidad” de los derechos para todas las personas y colectivos, “acudiendo a la reforma normativa como vía especialmente apta para manifestar esta actitud”.⁸ La flexibilidad de los mecanismos de reacción del *ombudsperson* hace posible asumir este rol de defensa y promoción de los derechos sociales en contextos negativos para los mismos.

IV. EXIGENCIAS MEDIOAMBIENTALES

El siglo XXI, por desgracia, ha evidenciado con una fuerza inusitada las amenazas medioambientales que se ciernen sobre el planeta. El calentamiento global, la contaminación, la explotación desmedida y sus consecuencias, son difíciles de abordar por estructuras jurídicas más rígidas y tra-

⁷ A favor de esta concepción de los derechos sociales como verdaderos derechos exigibles, y un panorama de estrategias de exigibilidad, puede verse en Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

⁸ García Álvarez, Manuel y García López, Rubén, “El papel de los defensores del pueblo como impulsores de la modificación del ordenamiento jurídico: una garantía adicional del desarrollo del Estado social”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, 2010, p. 157.

dicionales. Esto provoca que la ya citada flexibilidad de los instrumentos de las defensorías les permita adaptarse mejor a tales problemas, consiguiendo una celeridad en la respuesta mayor que otras entidades más burocratizadas.

En efecto, grupos e intereses que son capaces de influir en el ámbito de la administración e, incluso, de determinar políticas públicas poco respetuosas con el medio ambiente, llegan con más dificultad al *ombudsman*, o, mejor dicho, debería llegar con más dificultad al mismo si se cumplen las habituales precauciones de nombramiento y funcionamiento de esta institución. Claro está, si ello no es así, y su independencia no es real, este razonamiento ya no sirve porque el órgano se encuentra pervertido. Por ello, es siempre relevante insistir en los elementos que permiten su independencia.

Asimismo, la defensoría tiene una creciente capacidad para ejercer funciones de pedagogía y educación medioambiental, que pueden subir las cotas de respeto de la sociedad en este ámbito dándole una fundamentación racional que va más allá de la mera funcionalidad proteccionista.

V. EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

El ciudadano ya no es un sujeto pasivo que recibe inerte las políticas públicas que elabora unilateralmente el poder. El derecho a la buena administración que se está asentando y difundiendo en el derecho comparado cambia esta visión, antigua y periclitada, para introducir la perspectiva del ciudadano. Este derecho se traduce en la obligación que pesa sobre los poderes públicos de actuar de forma eficaz, razonable, objetiva e imparcial.⁹ El plazo razonable y la equidad son notas también a tener en cuenta. La posición central del ciudadano es una consecuencia del Estado social y democrático de derecho. La concreción del interés general ya no puede ser hecha unilateralmente por la administración pública, sino que en tal proce-

⁹ Por ejemplo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dedica el artículo 41 a este derecho, *in verbis*: “1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: — el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente; — el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; — la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua”.

so deben intervenir también los agentes sociales, que definen y evalúan las políticas públicas.¹⁰

Este derecho hace surgir reflexiones sobre la ética administrativa y sobre la denominada gobernanza, un concepto que en fechas relativamente recientes ha matizado su antiguo sentido para aludir a la eficacia y calidad de una actuación pública integradora de los agentes político-sociales, lo que se considera que redundará en su legitimidad. Ya no basta para gobernar con cumplir meramente el principio de legalidad, hay que ir más allá para lograr el desarrollo social. Estamos ante un nuevo modelo de gestión y servicio público, derivado de la liberalización y privatización, que construye un sistema de redes y fiscalización cuyos referentes son la eficacia, la competencia y la calidad de los servicios. De todos modos, téngase en cuenta, como apunta Escobar Roca, que todavía es un reto importante y pendiente concretar el contenido como un derecho fundamental autónomo del derecho a la buena administración, lo cual “debería caminar de la mano de la dogmática de los derechos fundamentales”.¹¹ Esta indefinición actual es perjudicial, puesto que le otorga un perfil excesivo y difuso.

Las nuevas exigencias que se predicán de la actuación del aparato público deben ser garantizadas por las defensorías, que en su labor de fiscalización tienen que reclamar del funcionamiento administrativo esa calidad que se le debe al ciudadano del siglo XXI. Por lo tanto, semejante incremento del nivel de exigencia en la labor administrativa entra de lleno en el núcleo competencial de un *ombudsman*, encargado, de una forma u otra, de evaluar las políticas públicas, a lo que nos referimos *infra*. Esto redundará en la calidad de la acción pública, sometida a una mayor complejidad técnica y a entornos inciertos, heterogéneos y, en muchos supuestos, descentralizados y necesitados de gobernanza multinivel.

VI. GRUPOS NECESITADOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN: SU INCLUSIÓN

Decíamos que las características propias del *ombudsperson* le permiten enfrentarse mejor a los problemas de los derechos sociales en situaciones de

¹⁰ La jurisprudencia constitucional española ya anticipaba esta idea hace años. Así, en la sentencia del Tribunal Constitucional 18/1984 se puede leer que “la configuración del Estado como social de derecho, viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho público-privado” (fundamento jurídico 3o.).

¹¹ Escobar Roca, Guillermo, “Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el Defensor del Pueblo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, 2010, p. 252.

crisis. Una concreción de esa idea es la intensa atención que la defensoría debe prestar a los grupos necesitados de especial protección, más vulnerables por la naturaleza de las cosas y/o por la crisis que actualmente nos golpea. Más que nunca estos grupos tienen una fuerte visibilidad, que permite actuar sobre ellos mejor que en tiempos pasados.

Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a los menores y a las personas con necesidades especiales o diversidad funcional (ciegos, sordos, sordomudos, movilidad reducida). Se trata de que la interpretación efectuada por las defensorías, inspirada en la justicia material, busque favorecer la inclusión de tales grupos, tanto a nivel social como prestacional. Todo ello exige desplegar una postura proactiva y especialmente sensible a esta realidad. A partir de aquí podría efectuarse una construcción dogmática de un derecho al trato diferenciado, que justifique recomendaciones a la administración para que lleve a cabo políticas públicas de mejora de los colectivos desfavorecidos. En este sentido, el artículo 9.8 de la Ley del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos de Honduras le otorga la atribución de coordinar medidas para proteger “la seguridad alimentaria de las clases desposeídas y de los niños desprotegidos”. Sin duda, nuestra actitud con los más necesitados determinará la calidad de nuestros sistemas públicos.

VII. RIESGOS Y AMENAZAS EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD

Uno de los aspectos más relevantes de estos comienzos del siglo XXI es el conjunto de riesgos y amenazas emergentes referidos a las cuestiones de seguridad y defensa. El antecedente de ello fue el fin de la Guerra Fría, y la causa inmediata vino de la mano del 11-S. El escenario se ha vuelto multipolar y asimétrico, con estados fallidos, armas de destrucción masiva, terrorismo internacional y radical, inmigración descontrolada y crimen organizado transnacional, entre otros inquietantes fenómenos.

Así las cosas, muchos ordenamientos jurídicos se reformaron para enfrentarse a semejantes riesgos y amenazas, lo que en algunas ocasiones ha generado un coste para los derechos. Los gobiernos se ven tentados de introducir medidas restrictivas en exceso en aras a garantizar la seguridad de sus ciudadanos. La clave del problema es lograr un adecuado equilibrio entre seguridad y libertad. Tal vez hallar la correcta solución del conflicto entre seguridad y libertad sea el verdadero nudo gordiano de nuestro tiempo. En esta labor, las defensorías tienen que intentar incidir para lograr que se impongan las opciones adecuadas, actuando como caja de resonancia de soluciones razonables y proporcionadas.

Se trata de un debate del mayor calado. “El debate que se plantea entre seguridad y libertad es consecuencia de otro de mayor envergadura: es producto del debate central que se produce en la vida en comunidad desde el origen de la misma, un debate que enfrenta a los intereses colectivos frente a los intereses individuales”.¹² No está claro hasta dónde hemos de renunciar para garantizar nuestra seguridad. La respuesta a ello, en la búsqueda de un resultado equilibrado, exige tener en cuenta los principios de proporcionalidad y razonabilidad, tanto a la hora de precisar los límites a los derechos fundamentales como en el momento de fijar el nivel de seguridad que queremos alcanzar.¹³

Esta apelación a lo razonable y proporcionado, y al adecuado equilibrio, debe ser una de las ideas-fuerza que presidan la tarea del *ombudsperson*, que tiene que hacer un seguimiento de estas políticas de refuerzo de la seguridad, necesarias en sus justos términos, pero no más allá de los mismos. Sin embargo, en algún supuesto, se ha visto cierto temor de las defensorías a controlar a las fuerzas y cuerpos de seguridad, sobre todo en países de niveles complicados de criminalidad.

VIII. EL NUEVO ESCENARIO MULTICULTURAL

La problemática del multiculturalismo ha adquirido en las últimas décadas una dimensión constitucional, que afecta de manera directa a diversos derechos fundamentales. La causa de ello, en algunos lugares, se halla en los fenómenos migratorios; en cambio, en otros, las razones tienen que ver con una mayor concienciación y reivindicación de los derechos de los pueblos originarios o indígenas (sobre todo en el continente americano). He aquí otro ámbito que de manera insoslayable debe ser objeto de renovada atención por parte del *ombudsperson*, cuya faceta mediadora puede jugar un rol destacado.

En América Latina se está imponiendo la idea de que los denominados grupos originarios reciban un tratamiento jurídico específico, que parte de la propia regulación constitucional. Ello, *de lege ferenda*, puede considerarse

¹² Fernández Rodríguez, José Julio, “Seguridad y libertad: ¿equilibrio imposible? Un análisis ante la realidad de Internet”, en Fernández Rodríguez, José Julio y Sansó-Rubert Pascual, Daniel, *Internet: un nuevo horizonte para la seguridad y la defensa*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2010, p. 10.

¹³ Fernández Rodríguez, José Julio, “Espionaje en la Red: la amenaza fantasma”, en Fernández Rodríguez, José Julio (coord.), *Defensa e Internet. Actas del I Congreso sobre Seguridad, Defensa e Internet*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2006, pp. 96 y 97.

como correcto habida cuenta las especificidades de los mismos y sus peculiares necesidades. Incluso, también parece admisible incluir medidas de discriminación positiva que sirvan para paliar la situación desventajosa en la que se han visto sumidos. De este modo, se encuentra en la carta magna un reconocimiento de dichos pueblos, derechos específicos para los mismos, protección de sus tierras, justicia comunitaria, ciertas formas y modos de representación, y respeto idiomático. Sin embargo, toda esta labor debe llevarse a cabo de manera razonable y proporcionada para que las soluciones adoptadas no mengüen la defensa del núcleo básico irrenunciable para el Estado democrático, cifrado en la dignidad de la persona y el contenido esencial de los derechos fundamentales. Sea como fuere, en esta constitucionalización de los temas multiculturales quizá se ha fomentado más la separación que la integración, un valor de mayor densidad democrática. La defensoría también puede terciar en este debate para mostrar las bondades de tal integración frente al aislamiento, que ha ganado preocupantemente terreno en algunas recientes Constituciones.

IX. OTROS SUPUESTOS

Los apartados mostrados con anterioridad no agotan el tema que nos ocupa, que posee amplio calado. Por lo tanto, abordamos ahora algún otro aspecto adicional, también a tener muy en cuenta para adaptar a las defensorías a la realidad cambiante y dotarlas de proximidad a la ciudadanía.

1. *Evaluación de servicios públicos*

Una tarea pendiente, y que se conecta con la mejora democrática, es la supervisión de la calidad de los servicios públicos a través de valoraciones generales periódicas sobre el estado de los diferentes sectores. A ello deben aspirar las defensorías, al margen de las quejas que lleguen de la ciudadanía sobre el funcionamiento concreto de tales servicios. Esta labor beneficia a toda la colectividad. En esta línea, García Álvarez y García López apuntan que más allá de los casos concretos de las quejas, los defensores “deben extender su mirada también hacia todos aquellos ciudadanos que... se ven afectados en su estatus jurídico por una deficiencia genérica”.¹⁴ En algunos casos ya está previsto este tipo de actuación: por ejemplo, el artículo 9.4 de la Ley de la Defensoría del Pueblo de Colombia (Ley 24 de 1992) otorga a

¹⁴ García Álvarez, Manuel y García López, Rubén, *op. cit.*, p. 162.

tal Defensoría la atribución de “realizar diagnósticos de alcance general sobre situaciones económicas, sociales, culturales, jurídicas y políticas”.

Este tipo de evaluación exige la utilización de técnicas de investigación social para obtener los resultados que posteriormente se analizarán. Si se usan los instrumentos científicos adecuados se podrán formular soluciones y mejoras generales de verdadera utilidad para el funcionamiento público. Tal labor, a la postre, incide en la garantía objetiva de los derechos, complemento imprescindible a día de hoy de la garantía subjetiva. Señala Escobar Roca, al referirse a la garantía objetiva de los derechos, que “con poco personal bien capacitado pueden obtenerse logros importantes: la inversión en departamentos de análisis y estudio resulta muy rentable para las defensorías”.¹⁵ Muchas, sin embargo, todavía carecen de semejantes departamentos.

En este orden de cosas, hay que tener en cuenta que se ha asistido a fenómenos de desregulación, externalización y liberalización, que han dado lugar a la privatización de tareas estatales, a un desplazamiento genérico de las funciones clásicas del Estado y a la aparición de nuevas entidades. Surgen una suerte de administraciones independientes en el marco del proceso denominado “huida del derecho administrativo”. Afirma Dieter Grimm que “es posible registrar un desplazamiento de los planos sobre los cuales se desempeñan las tareas públicas, desplazamiento vinculado al desarrollo técnico-económico, que conduce progresivamente a la dependencia internacional”.¹⁶ Parece lógico que el *ombudsman* tenga competencia para controlar empresas concesionarias de servicios públicos o que presten servicios de interés general (como expresamente señala el artículo 218 de la Constitución de Bolivia o el artículo 215 de la carta magna de Ecuador).¹⁷ La denominación es variada en el derecho comparado,¹⁸ pero ello no debe introducir obstáculos formalistas a la actuación de la defensoría. La doctri-

¹⁵ Escobar Roca, Guillermo, “Introducción”, *cit.*, p. 27.

¹⁶ Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006, p. 189.

¹⁷ Especialmente detallado es el artículo 26 d) de la Ley que regula el Síndic de Greuges de Cataluña, en España, dado que permite a este la supervisión de “las empresas privadas que gestionen servicios públicos o lleven a cabo, mediante concierto o concesión, actividades de interés general o universal o actividades equivalentes, así como las demás personas vinculadas contractualmente con la Administración de la Generalitat o con las entidades públicas que dependen de esta”.

¹⁸ En España, el artículo 2o. de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado alude, junto a los órganos de la Administración General del Estado, a lo que llama “organismos públicos”, cuyo objeto es “la realización de actividades de ejecución o gestión tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico reservadas a la Administración General del Estado”. En el artículo 43 se esta-

na también es proclive a esta posición. Así, Aguiar de Luque, reflexionando sobre el caso español, se postula a favor de una interpretación que amplíe las competencias del Defensor de ese país

hacia aquellos sectores de la actuación de la administración que, sin constituir manifestaciones de la potestad de imperio en sentido estricto, afectan a facetas y dimensiones de una actividad administrativa que, privatizada o no, incide de modo determinante en el estatus de las personas y en el disfrute por éstas de determinados derechos.¹⁹

2. *Pedagogía de derechos*

También sería muy interesante que se avanzara en la labor de pedagogía de derechos y prospección de necesidades futuras. Las defensorías, como ya dijimos en el subepígrafe anterior, no pueden ser meras entidades que resuelvan quejas concretas presentadas por ciudadanos, sino que tienen que desplegar una virtualidad en el conjunto del sistema que vaya más allá de esta respuesta a las quejas. La labor de pedagogía de derechos es útil para la construcción de una sociedad democrática avanzada, sobre todo si el respectivo *ombudsman* goza de la autoridad moral suficiente. De esta forma se avanzará en la concienciación de la opinión pública en este campo, algo fundamental en la práctica diaria de los derechos, y en la difusión de una cultura democrática respetuosa con la convivencia.

De este modo, no se servirá únicamente al ciudadano que ha presentado la concreta reclamación, sino que se dará cobertura a todo el conjunto de la comunidad. Su paso de lo particular a lo general permitirá encauzar su estrategia pedagógica. Los instrumentos para ello pueden ser de lo más diverso: campañas informativas a través de trípticos o carteles, anuncios en medios de comunicación en cualquier soporte, presencia con este fin de miembros de la defensoría en congresos, jornadas o seminarios, introduc-

blece que estos organismos públicos son los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales y las agencias estatales.

¹⁹ Aguiar de Luque, Luis, en varios autores, “Encuesta sobre el Defensor del Pueblo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, 2010, p. 64. También afirma que “cerrar el paso a la posibilidad de que el Defensor controle la actuación de determinados servicios públicos privatizados podría dejar importantes ángulos muertos en el control de actividades en última instancia de responsabilidad pública y que se hallan estrechamente vinculados a la satisfacción de determinados derechos”. En cambio, en la misma encuesta, Bassols Coma tiene una posición más matizada al entender que “no parece adecuado trasladar globalmente” a los nuevos servicios y técnicas de gestión “los sistemas de supervisión del Defensor del Pueblo, a excepción de la verificación efectiva del cumplimiento de las obligaciones universales, o cargos de servicio público” (p. 65).

ción de esta óptica pedagógica en las resoluciones e informes ordinarios, adecuación de los informes extraordinarios a tal fin, empleo de las múltiples posibilidades de las nuevas tecnologías (web, redes sociales, rss), etcétera.

También hay ejemplos que expresamente aluden a esta labor. Así, el artículo 1o. de la ya citada Ley que regula la Defensoría colombiana, el artículo 1o. de la Ley de la Defensoría de Costa Rica, el artículo 6.IX de la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México y el artículo 10.10 de Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo de Paraguay, aluden a la divulgación de los derechos humanos; a su vez, el artículo 9.7 de la Ley Orgánica del Comisionado Nacional de los Derechos Humanos de Honduras hace referencia a la “difusión en materia de derechos humanos”.

3. *Internacionalización de los derechos*

Otro fenómeno experimentado en las últimas décadas en el predio de los derechos fundamentales y humanos es su internacionalización. Ello obliga a las defensorías a adecuar su trabajo a esta innegable realidad, y no solo en lo que respecta a los textos normativos del derecho internacional de los derechos humanos, sino también resulta conveniente seguir la labor de organismos que actúan en ese ámbito, tanto jurisdiccionales como de tipo administrativo-consultivo. Los propios responsables de estas entidades internacionales confían en la labor de las “instituciones nacionales de derechos humanos”, que deben “garantizar la adecuada aplicación de los instrumentos internacionales y dar seguimiento eficaz a las recomendaciones de los órganos de tratados y los mecanismos del Consejo de Derechos Humanos”.²⁰ La cita se refiere al entramado de Naciones Unidas, en el que destacan la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos o los órganos de derechos humanos del sistema de esa organización.²¹ A nivel regional se puede aludir a la Comisión Interameri-

²⁰ Son palabras de Carmen Rosa Villa Quintana, representante regional de la Oficina para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (“Prólogo”, en Escobar Roca, Guillermo (coord.), *El Ombudsman en el sistema internacional de derechos humanos: contribuciones al debate*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 13).

²¹ Entre los órganos basados en la Carta de las Naciones Unidas destaca el Consejo de Derechos Humanos. A su vez, los órganos creados en virtud de tratados internacionales de derechos humanos son el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el Comité contra la Tortura, el Comité de Derechos del Niño, el Comité para la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Comité contra las Desapariciones Forzadas.

cana de Derechos Humanos y, como órgano jurisdiccional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Precisamente, Louise Arbour, cuando era alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, también confiaba en las defensorías cuando aseveraba que las instituciones nacionales de derechos humanos “son el mejor mecanismo para asegurar la aplicación de las normas de Derecho Internacional a nivel nacional”, citando como ejemplo el monitoreo de la recomendaciones de los órganos internacionales.²²

En este orden de ideas, los que se han venido a llamar Principios de París, relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de derechos humanos (aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la resolución 48/134, del 20 de diciembre de 1993), inciden con claridad en esta cuestión. De esta forma, al aludir a las atribuciones de tales órganos se señalan, entre otras, estas cuatro: promover y asegurar que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte; alentar la ratificación de estos instrumentos y asegurar su aplicación; contribuir a la elaboración de los informes que los Estados deban presentar a los órganos y comités de las Naciones Unidas, así como a las instituciones regionales y, en su caso, emitir un dictamen a ese respecto; y cooperar con las Naciones Unidas y los demás organismos del sistema de las Naciones Unidas y las instituciones regionales en las esferas de la promoción y protección de los derechos humanos. La claridad de estos cuatro cometidos es, como se ve, meridiana, demostrando la importancia del rol que le corresponde al *ombudsman* en este sentido.

La doctrina también ha insistido en esta dirección. Así, García Ramírez afirma que el *ombudsman* “debe llevar el pulso de los movimientos internacionales en la protección de los derechos humanos, en forma sistemática, completa y plural”. E insiste: “El *ombudsman* tiene aquí una importante tarea de preparación normativa y orientación de políticas públicas, bajo el epígrafe del orden internacional”. Las referencias a los criterios internacionales sirven tanto para consolidar la fundamentación jurídica de los actos de la defensoría como para ampliar el conocimiento estatal y social del derecho internacional los derechos humanos.²³

²² Discurso inaugural en el Comité Internacional de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, el 21 de marzo de 2007.

²³ García Ramírez, Sergio, “*Ombudsman* y tutela interamericana de los derechos humanos”, en Escobar Roca, Guillermo (coord.), *El Ombudsman en el sistema internacional...*, cit., p. 93. En esta obra hay otras aportaciones que reflejan este papel de las defensorías en la internacionalización de los derechos.

4. *Vulneraciones de derechos por particulares*

La tradicional configuración de las defensorías ha provocado que su competencia se limite a enfrentarse a las vulneraciones de derechos originadas en el poder público, quedando por lo tanto los particulares fuera de su ámbito de actuación.

Bien es cierto que hay casos que aunque se originan en actuación de particulares acaban por “publicitarse”, por decirlo de algún modo, puesto que dan lugar a una actuación subsiguiente de un poder público que ya puede ser controlada por el *ombudsperson*.²⁴ No nos estamos refiriendo a esta cuestión, sino a la posibilidad de que las defensorías entren a examinar directamente vulneraciones de derechos provocadas por particulares.

Desde sus orígenes, las defensorías se han preocupado casi en exclusiva del correcto funcionamiento del poder público. Tal vez sea un cambio excesivo asumir competencias sobre vulneraciones de particulares, que puede afectar a la naturaleza jurídica de la institución y generar oscuridades disfuncionales sobre la misma. Además, la ausencia de capacidad jurisdiccional tampoco la hace recomendable.

Sin embargo, a nivel doctrinal, se ha dicho que algunas comisiones de derechos humanos ya tienen competencias ante particulares. De esta forma, Alexei Julio Estrada, al comentar las diferencias entre el *Ombudsman* y las comisiones de derechos humanos, indica (bien es cierto que sin demasiada precisión) que el primero “se ocupa primordialmente del control de la legalidad de la actuación de la administración pública, mientras que la competencia de las comisiones de derechos humanos se enfoca específicamente en los derechos fundamentales, aun en caso de que el responsable de la violación sea un particular”.²⁵ Al margen de esta afirmación, que no parece tener correlato en la práctica, sí es verdad que se puede citar algún ejemplo que afecta a las agresiones cometidas por los particulares. Así, el artículo 9.6 de la Ley del Comisionado hondureño le permite “conocer, a petición de parte, los casos de violencia que perjudiquen la integridad moral, psíquica y física

²⁴ Nos referimos, por ejemplo, a un problema entre particulares que, al no solucionarse, provoca que alguno de ellos acuda a un poder público en la búsqueda de tal solución (lo que “publicita” el caso). Si esta no se produce o no le satisface, entonces es cuando acude a la defensoría para protestar contra la actuación de dicho poder público (lo que implica que indirectamente se podría examinar el supuesto de base de naturaleza “privada”). En esta línea también podría hablarse de un deber genérico del Estado de proteger a los ciudadanos de las vulneraciones provenientes de otros particulares, un deber que si no se cumple genera tales vulneraciones y la posibilidad de acudir contra el poder público por tal incumplimiento.

²⁵ Estada, Alexei Julio, *El Ombudsman en Colombia y en México. Una perspectiva comparada*, México, UNAM, 1994, p. 10.

de los cónyuges, descendientes y demás miembros de la familia y evidencien infracción a la norma penal, denunciándolos ante la autoridad competente”. En este supuesto, por lo tanto, el Comisionado solo actúa de denunciante ante el órgano con capacidad para sustanciar infracciones penales.

De todos modos, creemos que esto supondría una afectación excesiva de la naturaleza de las defensorías, naturaleza decantada tras una larga y exitosa evolución, que aconseja permanecer en los márgenes de las actuaciones del poder público, interpretado, eso sí, en sentido amplio, como hemos hecho al referirnos antes a los fenómenos derivados de la huida del derecho administrativo.

X. ¿TRADUCCIÓN EN NUEVAS COMPETENCIAS?

Tras el recorrido efectuado por algunos de los ámbitos materiales que se abren a las actuaciones de las defensorías, se impone ahora plantearnos otra cuestión: ¿se hace necesario, entonces, ampliar las competencias de estos órganos para dar cabida específica a dichos ámbitos? El reconocimiento explícito en el elenco de competencias de dichos órganos aporta seguridad jurídica, pero no es una exigencia imprescindible desde la técnica legislativa. En efecto, una cláusula competencial de carácter general puede servir también, de manera adecuada, para posibilitar que los *ombudspersons* entren en los nuevos ámbitos.

En este sentido, resulta habitual en el derecho comparado que existan previsiones genéricas sobre las atribuciones de la Defensoría, que englobarían sin demasiada dificultad esas nuevas dimensiones materiales de los derechos que hemos comentado anteriormente. Por ejemplo, el artículo 282 de la Constitución de Colombia indica que “el Defensor del Pueblo velará por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos” (lo que se repite en el artículo 1o. de la Ley 24 de 1992); el artículo 71 de la Constitución de Francia le otorga al Defensor la vigilancia del cumplimiento de “los derechos y libertades”; el artículo 102 B de la Constitución de México alude a “organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano” (en el mismo sentido, el artículo 2o. de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, de 1992); según el artículo 162 de la Constitución de Perú, corresponde a la Defensoría “defender los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y de la comunidad” (también el artículo 1o. de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, Ley 26520); el artículo 280 de la Constitución de Venezuela encarga a su Defensoría “la promoción, defensa o vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y en los tratados internacionales

sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos o difusos de los ciudadanos y ciudadanas”.

Asimismo, los ya citados Principios de París, relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de derechos humanos, también presentan esta cláusula genérica. Así, se habla de competencia “en el ámbito de la promoción y protección de los derechos humanos” y de la presentación de “dictámenes, recomendaciones, propuestas e informes sobre todas las cuestiones relativas a la protección y promoción de los derechos humanos”. Concretando esto último, se alude, entre otras cosas, a “toda situación de violación de los derechos humanos”, a “informes sobre la situación nacional de derechos humanos en general o sobre cuestiones más específicas”, y a señalar “las situaciones de violación de los derechos humanos en cualquier parte del país”. Todo ello presenta esa dimensión genérica que estamos comentando.

Sin embargo, también en el derecho comparado es habitual que además de las cláusulas genéricas sobre las atribuciones existan previsiones específicas que siguen, por ejemplo, un criterio topológico, criterio que sirve para indicar la precisa ubicación normativa de los derechos protegidos (por ejemplo, en España los derechos del título I de la Constitución —artículo 54 de la norma básica—). Estimamos que ello no debe empecer el funcionamiento de las cláusulas genéricas para esta actualización de las defensorías con el objetivo de abarcar las nuevas dimensiones materiales de los derechos que estamos comentando en este trabajo.

Por lo tanto, entendemos que actualmente el *ombudsman* tiene habilitación normativa suficiente para enfrentarse a los nuevos retos apuntados. Otra cuestión será la concreción interpretativa de una expresión como “derechos humanos”, que puede referirse a la esfera interna y actuar como sinónimo de los derechos fundamentales constitucionalizados, o aludir al ámbito internacional y a los tratados que existen sobre el particular en tal ámbito. De una forma u otra, no debe ser problemática tal operación hermenéutica bajo el criterio interpretativo *favor libertatis*.

XI. CONCLUSIÓN

Tras el recorrido efectuado, entendemos que ha sido posible demostrar que las defensorías del pueblo son órganos especialmente adecuados para enfrentarse a los nuevos retos y necesidades que la actualidad plantea a los derechos fundamentales. Y no solo eso, sino que además tal misión semeja obligatoria, o sea, que dichos retos tienen que ser afrontados necesariamente por el *ombudsmen*. Algunos de los mismos se sitúan en la primera línea del

frente de las agresiones y presiones que reciben en la actualidad los derechos fundamentales. Por ello, la defensoría debe asumir el compromiso que se deriva de su posición en el sistema y actuar proactivamente, desde vertientes diversas, para corregir los desajustes y mejorar el futuro inmediato.

Como órganos de garantía no jurisdiccional de derechos y como instituciones basadas en la fuerza de la argumentación y disuasión, en la *auctoritas*, es razonable pensar que alcancen el éxito en su tarea de actualización. Pero para ello la defensoría debe ser dinámica, imbuirse de un modelo de gestión en permanente movimiento y de protocolos de actuación accesibles, ágiles y eficientes. La identificación y promoción de buenas prácticas coadyuvará en este empeño. Buenas prácticas como la innovación, la sostenibilidad, la adaptabilidad, la citada accesibilidad, la transparencia, la imparcialidad o la independencia.

En definitiva, la confianza que la ciudadanía le presta al *ombudsman* hace inevitable que aborde con fuerza estos desafíos del tiempo presente y que les dedique los esfuerzos necesarios para conseguir resultados plausibles en su labor. Este debe ser nuestro compromiso con una sociedad democrática avanzada y con las esperanzas que dicha ciudadanía deposita en nosotros.

XII. FUENTES

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

CARBALLO ARMAS, Pedro, *El Defensor del Pueblo*, Madrid, Tecnos, 2003.

ESCOBAR ROCA, Guillermo, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Madrid, Trama, 2005.

——— (coord.), *El Ombudsman en el sistema internacional de derechos humanos: contribuciones al debate*, Madrid, Dykinson, 2008.

———, “Introducción”, en ESCOBAR ROCA, Guillermo (dir.), *Defensorías del pueblo en Iberoamérica*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008.

———, “Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el Defensor del Pueblo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, 2010.

———, *La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo*, Madrid, Dykinson, 2013.

ESTRADA, Alexei Julio, *El Ombudsman en Colombia y en México. Una perspectiva comparada*, México, UNAM, 1994.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Lo público y lo privado en Internet. Intimidad y libertad de expresión en la Red*, México, UNAM, 2004.

- , *Secreto e intervención de las comunicaciones en Internet*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004.
- , “Espionaje en la Red: la amenaza fantasma”, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio (coord.), *Defensa e Internet. Actas del I Congreso sobre Seguridad, Defensa e Internet*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2006.
- , “Los nuevos retos para las defensorías del pueblo: bases para una reflexión”, *Memoria del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Lima, IDEMSA, t. 1, 2009.
- , “Seguridad y libertad: ¿equilibrio imposible? Un análisis ante la realidad de Internet”, en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio y SANSÓ-RUBERT PASCUAL, Daniel, *Internet: un nuevo horizonte para la seguridad y la defensa*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2010.
- , “Defensor del Pueblo y defensorías autonómicas: reflexiones sobre sus relaciones y posición recíproca”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, 2010.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Manuel y GARCÍA LÓPEZ, Rubén, “El papel de los defensores del pueblo como impulsores de la modificación del ordenamiento jurídico: una garantía adicional del desarrollo del Estado social”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, 2010.
- GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.
- VARIOS AUTORES, “Encuesta sobre el Defensor del Pueblo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 26, 2010.

REVISIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES: LA EJECUCIÓN POSITIVA Y LA REVISIÓN DE MEDIDAS DE AUSTERIDAD

Marcelo FIGUEIREDO*

SUMARIO: I. *Planificación presupuestaria*. II. *La noción moderna de gasto público dentro del presupuesto*. III. *La flexibilidad presupuestaria y la compresión indeseada en el goce de los derechos sociales*. IV. *El control jurisdiccional de constitucionalidad*. V. *Conclusiones*.

Le développement est un engagement
qui va de pair avec celui de la liberté
Amartya SEN

Ese fue el título del tercer panel de la mesa redonda internacional organizada por la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (IACL-AIDC) en la ciudad de Río de Janeiro, en colaboración con la Asociación Brasileña de Constitucionalistas Demócratas —ABCD, Fundación Getúlio Vargas— con la Escuela de Derecho Río y con demás colaboradores.

El mayor título del encuentro fue el siguiente: “Constitucionalismo y la crisis económica: reglamentación económica transnacional y nacional y los derechos sociales en el siglo XXI”.

El foco del panel 3 se refirió a los diversos métodos y patrones utilizados para la *protección constitucional de los derechos sociales en periodos llamados “normales” y en periodos de crisis, cuando es necesario tomar medidas de austeridad*.

* Abogado. Profesor asociado de derecho constitucional de la Pontificia Universidad Católica de San Pablo. Fue director reelecto de su Facultad de Derecho (2006-2013). Presidente de la Asociación Brasileña de Constitucionalistas Demócratas (ABCD) y miembro reelecto del Comité Ejecutivo de la IACL-AIDC. Artículo confeccionado a propósito del Encuentro de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional (IACL-AIDC) realizado en Río de Janeiro, en abril de 2013.

El panel también se propuso analizar la revisión de las reformas (enmiendas) constitucionales en el Estado social de derecho y cómo viene comportándose el Poder Judicial cuando enfrenta tales cuestiones.

Evidentemente, como fueron cinco los integrantes de este panel, incluyendo a su presidente, cada uno abordó un aspecto de esa temática y, en principio, aunque no necesariamente, enfocando la realidad de su país o región. En mi caso, luego de analizar la realidad brasileña, decidí destacar un aspecto polémico de los derechos sociales. El presente artículo puede ser resumido en las siguientes preguntas, focalizando la realidad brasileña, naturalmente:

- ¿Hasta qué punto es posible inmovilizar o flexibilizar los presupuestos públicos para garantizar la satisfacción adecuada de los derechos sociales? Podemos, también, formular otras preguntas intentando resumir nuestra preocupación:
- ¿Existen criterios o límites para manejar la actividad fiscal del Estado y así afectar la prestación de derechos sociales? ¿El poder constituyente o, incluso, el Poder Legislativo (de acuerdo con el caso), puede o debe flexibilizar esos derechos en tiempos de crisis? ¿En qué situaciones y con qué límites?

En una época en que se admite la escasez de recursos públicos para financiar los más diversos programas sociales, parece contradictoria la relación entre recaudación tributaria y gastos públicos.¹

La recaudación (por lo menos en Brasil) es cada vez mayor, con aumento de la carga tributaria y, aun así, esta se muestra insuficiente para cubrir satisfactoriamente las necesidades sociales del país.

Todos sabemos que la lógica económica y la lógica política, en el campo de reducción de gastos, tienden a ser conflictivas.

La lógica económica dice que la corrección del desequilibrio fiscal debe efectuarse por medio de cortes de gastos y no por el aumento de ingresos, dado que el aumento de la recaudación significa retirar ahorro de la economía. El recorte de gastos, cuando es necesario, debe incidir sobre los gastos corrientes para no limitar la capacidad de inversión del Estado.

Esta medida, aparentemente simple, no se ajusta a la lógica política, que tiende normalmente a actuar en el sentido de proponer recortes en los

¹ En Brasil, desde 2000, rige la llamada Ley de Responsabilidad Fiscal (Ley Complementaria núm. 101/2000) que tuvo como efecto mejorar la *political accountability* atribuyendo mayor responsabilidad y transparencia a los agentes públicos brasileños en relación con la gestión fiscal de sus presupuestos. Se inspiró en el *Fiscal Responsibility Act* de Nueva Zelanda y en el *The Code for Fiscal Stability* del Reino Unido.

recursos destinados a inversiones, porque estos, aparentemente, no afectan a los intereses políticos *inmediatos*.

Ocurre que los recortes en inversión, vitales para el desarrollo del país, son los preferidos por los políticos, y suelen ser forzados y no producto de negociaciones.

El recorte de esos recursos termina por inhibir el crecimiento, en la medida en que el país deja, por ejemplo, de construir fábricas, rutas; en fin, toda la infraestructura necesaria al desarrollo autosustentable.²

De cualquier modo, creemos que las dificultades presupuestarias deben ser estudiadas y examinadas completamente por el jurista y por el administrador público; en definitiva, por todos aquellos que tienen el deber de formular e implementar políticas públicas.

Por otro lado, la simple existencia de dificultades, tales como la ausencia o insuficiencia de recursos públicos o la existencia de crisis económicas o de políticas de austeridad, no deben inhibir el reconocimiento y la satisfacción de derechos sociales en todos los países democráticamente estructurados y socialmente justos, que tienen la pretensión de ser Estados sociales de derecho.

Sería absurdo que la ejecutabilidad plena de los derechos sociales fuera condición necesaria para que las personas tuvieran algún derecho, no solo derechos sociales y económicos, sino todos los derechos, incluso los clásicos (impropiamente llamados “de primera generación”), dada la imposibilidad de proteger la vida y la libertad de todos contra la transgresión.

Con razón afirma Amartya Sen:³

La no realización, por sí sola, no transforma un derecho reivindicado en un no-derecho. Al contrario, ésta motiva una mayor acción social. La exclusión de todos los derechos sociales y económicos del santuario interior de los derechos humanos, reservando un espacio sólo para las libertades formales y otros derechos de primera generación, busca trazar en la arena una línea difícil de mantener.

² Tiene razón José Matias Pereira, para quien es necesario conciliar las dos lógicas —la política y la económica—, pues dice que “cuando existe la preocupación tan sólo por el desarrollo, relegando a un segundo plano los llamados fundamentos de la economía, y de forma especial el ajuste fiscal, las bases del desarrollo serán inconsistentes, con poca posibilidad de éxito, por los efectos nocivos que de él surgirán, en particular la inflación. A su vez, promover solamente el ajuste fiscal, descuidando el desarrollo, permitirá que el Estado presente sus cuentas en orden, pero con costos económicos y sociales indeseables pues, con una economía paralizada, no habrá ninguna perspectiva de mejorar el bienestar de la población, especialmente en materia de educación, salud y generación de empleo e ingreso”. “Control de los gastos públicos, gastos públicos, crisis económica y gobernabilidad en Brasil”, *Revista de Información Legislativa*, Brasilia, Senado Federal, núm. 144, 1999, pp. 11 y ss.

³ Sen, Amartya, “La idea de justicia”, San Pablo, Companhia das Letras, 2009, p. 420.

También, podemos, tan solo, referir la idea de la *reserva de lo posible* para reconocer su importancia, pero de forma crítica, pues reconocer un derecho social solo cuando las cajas del Estado están llenas, en la práctica, equivale a casi nada, lo que también nos lleva a la idea del *mínimo existencial*.

Es cierto, inclusive, que el ofrecimiento de derechos sociales en toda Latinoamérica por parte del Poder Judicial recibe una crítica de parte de la doctrina constitucional.

Se afirma que las decisiones concesivas de prestaciones positivas (de derechos sociales, tales como salud, educación, medicamentos, etcétera) estarían interfiriendo “negativamente” en el plan gubernamental del Ejecutivo, en las acciones y servicios que se ofrecen a la población *como un todo*, retirando partidas presupuestarias, con diversos destinos, para atender a la orden de sentencias judiciales específicas.

O sea, quien tiene condiciones (incluso económicas) recurre al Poder Judicial y obtiene tales prestaciones. ¿Qué ocurre con quien no las tiene? ¿Es justo o eficiente ese sistema?

Sin pretender responder de forma profunda a todas estas cuestiones, es posible afirmar que el Supremo Tribunal Federal (STF) no es sensible a esa línea de argumentación. Tómese el ejemplo (entre tantos) del Recurso Extraordinario 384. 201-3/SP, que afirma que el Estado “debe prever lo necesario en pro de la observancia irrestricta de las normas constitucionales, no cabiendo al Estado desviar fondos mediante excusas relacionadas con el déficit de caja”.

Por otro lado, desde luego es preciso registrar que la Constitución de la República Federativa del Brasil contempla en su artículo 60⁴ un bloque de normas que pretenden proteger la Constitución exactamente de la acción del poder constituyente derivado.

Se trata del llamado núcleo intangible de la Constitución federal. Allí encontramos las llamadas “cláusulas pétreas”,⁵ limitaciones expresas e implícitas al poder de reforma de la Constitución.⁶

⁴ El artículo 60, § 4o. de la CF brasileña establece: “No será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir: I. la forma federativa de Estado; II. el voto directo, secreto, universal y periódico; III. la separación de los Poderes; IV. los derechos y garantías individuales”.

⁵ Cláusulas “pétreas” —pétreo— adviene de la palabra “piedra” (*stone clauses*), parte intangible de la Constitución, su núcleo duro.

⁶ El Supremo Tribunal Federal en la ADIN 939-7-DF consideró cláusula pétrea, inmodificable, la garantía constitucional asegurada al ciudadano en el artículo 150, III, b, de la Constitución (principio de anterioridad tributaria), entendiendo que sustraerla (incluso por enmienda constitucional) sería inconstitucional. En la misma acción, el ministro Carlos Velloso se refirió a los derechos y garantías sociales pertenecientes a la categoría de “derechos

Tal vez la discusión de la cuestión objeto de nuestra preocupación no sea tan intensa en Estados más desarrollados y vigorosos, económicamente dotados de programas sociales más activos,⁷ con recursos públicos garantizados y voluminosos destinados a sus beneficiarios, pero en Latinoamérica, este tema viene quitando el sueño a muchos constitucionalistas y administradores públicos y, claro está, a los beneficiarios de los derechos sociales.⁸

Para responder a estas preguntas, estamos obligados a recorrer un camino donde forzosamente tendremos que analizar los siguientes puntos: 1) cómo se da jurídicamente la planificación presupuestaria en Brasil; 2) cuál es la naturaleza jurídica del presupuesto según la realidad local; 3) cómo ocurre el control judicial de constitucionalidad de leyes presupuestarias.

y garantías individuales” como inmodificables. También, en la misma línea, se manifestó el ministro Marco Aurélio de Mello.

⁷ Sabemos también que ya hace un buen tiempo el tema viene siendo estudiado en la Unión Europea, donde la limitación constitucional del endeudamiento del Estado es pretensión no tan reciente. Paulo Ferreira da Cunha, en el artículo titulado “Constitución, política y derecho en la crisis europea: referendun, constitucionalización de límites al endeudamiento y fin de la soberanía presupuestaria de los parlamentos nacionales”, afirma: “La imposición de inclusión de norma sobre el límite al déficit presupuestario en la Constitución de los países miembros, o incluso en la legislación, será en sí misma grave. Peor será una imposición, que parece implícita, de que los presupuestos nacionales tengan que ser aprobados por Bruselas. Resultado: los parlamentos nacionales dejan de ser soberanos. Sin duda que ningún Estado, sobre todo el Estado de un país en mala situación económica y financiera, puede garantizar que en ningún año su déficit presupuestario excederá el 0,5% del PBI nacional. Ni siquiera Alemania. Pero realmente lo peor es la aceptación de la dependencia de órganos de la Unión Europea, que no fueron electos (el caso de la Comisión Europea) o se integran por los gobiernos formados a partir de los parlamentos nacionales (Comisión Europea)”. *Revista Interés Público, IP*, Belo Horizonte, año 14, pp. 123/133, 2012.

⁸ En Brasil, cuando hablamos de derechos sociales queremos significar una amplia gama de derechos garantizados en la Constitución federal. No hay tiempo aquí para profundizar el tema. Basta tan solo referir que según su artículo 6o. son derechos sociales “la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda, el esparcimiento, la seguridad, la previsión social, la protección a la maternidad y a la infancia, la asistencia a los desamparados, en la forma de esta Constitución”. Existen muchos otros esparcidos por el texto de la Constitución. José Afonso da Silva, por ejemplo, los clasifica en (a) derechos sociales relativos al trabajador; (b) derechos sociales relativos a la seguridad, comprendiendo la salud, la previsión social y la asistencia social; (c) derechos sociales relativos a la educación y la cultura; (d) derechos sociales relativos a la vivienda; (e) derechos sociales relativos a la familia, la niñez, la adolescencia y la vejez; (f) derechos sociales relativos al medio ambiente. *Curso de derecho constitucional positivo*, 32a. ed., San Pablo, Malheiros Editores, 2009, p. 289. Para un estudio de la Constitución brasileña y los derechos sociales es preciso también verificar los artículos 6o., 144, 196, 205, 225-227, respectivamente, derechos sociales, seguridad pública, salud, educación, medio ambiente ecológicamente equilibrado, amparo a la vejez, derecho a recursos educativos y tecnológicos necesarios a la planificación familiar; amparo a la niñez y al adolescente.

Estos puntos son premisas necesarias para la comprensión del problema. Luego de recorrerlas rápidamente pasaremos por los siguientes temas: 1) la discrecionalidad presupuestaria *versus* la vinculación de ingresos tributarios, y avanzaremos a continuación hacia las 2) conclusiones.

I. PLANIFICACIÓN PRESUPUESTARIA

El presupuesto público exige, en Brasil, la elaboración de tres leyes. La primera es la denominada Plan Plurianual (PPA), a través de la cual el presidente de la República, en el ámbito federal, establece “las directrices, objetivos y metas de la administración pública federal, para los gastos de capital y otros de éstos derivados y para los relativos a los programas de duración continua” (artículo 165, § 1o. de la CF).

Este instrumento presupuestario es un plan que deberá ser realizado en cuatro años de mandato del presidente electo. Es un plan de metas a ser alcanzadas. Es una guía, un vector que debe señalar la dirección de la administración federal.

Las demás leyes presupuestarias deben pautarse rigurosamente por las normas contenidas en el Plan Plurianual (PPA), según los parágrafos 4o. y 7o. del mismo artículo.

A continuación, tenemos la Ley de Directrices Presupuestarias (LDO) que comprenderá las metas y prioridades de la administración pública federal, incluyendo los gastos de capital para el ejercicio financiero subsecuente, orientará la elaboración de la ley presupuestaria anual, dispondrá sobre las alteraciones en la legislación tributaria y establecerá la política de aplicación de las agencias financieras oficiales de fomento (§ 2o. del artículo 165).

A diferencia del Plan Plurianual, que es uno solo y rige por cuatro años, la LDO es ley anual, teniendo vigencia temporaria. Tanto como el primero, la LDO establece metas y prioridades, pero para el ejercicio siguiente. Tiene contenido relativamente genérico, ya que estipula montos a invertir, sin definir dónde los recursos serán invertidos, finalidades a ser alcanzadas, sin especificar dónde se operará la inversión. Todo eso será explicitado y delineado en la LOA.

La Ley Presupuestaria Anual (LOA) estipulará, entonces, dónde los recursos serán invertidos, identificando región, ciudad, barrio, calle, etcétera. Contiene al presupuesto fiscal de todos los poderes, fondos, órganos y entidades públicas y equiparadas; el presupuesto de inversión de las empresas públicas y el presupuesto de la seguridad social.

La referida ley es, también, anual y discrimina, exhaustivamente, la previsión de ingresos y el destino de los gastos. Previsión porque puede reali-

zarse o no, mientras que el destino de los gastos es preciso. Es evidente que se sabe dónde se va a gastar. La realización dependerá de los ingresos que se produzcan durante el ejercicio.

Como puede verse, las leyes antes mencionadas están visceralmente imbricadas entre sí.

Las previsiones y disposiciones de la Ley Presupuestaria Anual deben atender a lo que está determinado por la Ley de Directrices Presupuestarias, que es anteriormente aprobada y, a su vez, ambas deben guardar sintonía y concordancia con el Plan Plurianual. Solo así las cosas pueden funcionar, o sea, “amarrando” las previsiones genéricas a las directrices y estas a las específicas contenidas en la ley presupuestaria anual.

A pesar de ser técnica en extremo, esta explicación era necesaria. Esperemos no tener que volver a ese nivel de detalle.

Hice esta explicación porque tantas y tan minuciosas leyes presupuestarias podrían dar la impresión de que en Brasil hay un control maravilloso de los gastos y los ingresos públicos y que todo sucede con “organización suiza”.

Lamentablemente no es así.

Pasemos ahora al tema de la dinámica presupuestaria, ejecución del presupuesto y algunos de sus condicionantes.

¿El presupuesto es un instrumento político libremente construido por el administrador público y por el Parlamento, por el Poder Legislativo? Desde hace algún tiempo, parece que no.

II. LA NOCIÓN MODERNA DE GASTO PÚBLICO DENTRO DEL PRESUPUESTO

El administrador público, en Brasil, gozaba de cierto margen de discrecionalidad para decidir cómo gastar un recurso público. Esto, en general. Sucede que más recientemente esa decisión viene siendo restringida de acuerdo con los valores que la Constitución brasileña y las leyes disponen.

Así, el artículo 212 de la CF dispone que “La Unión aplicará, anualmente, nunca menos del dieciocho, y los Estados, el Distrito Federal y los municipios veinticinco por ciento (25%), como mínimo, de los ingresos resultantes de impuestos, comprendidos los provenientes de transferencias, en el mantenimiento y en el desarrollo de la enseñanza”, haciendo clara opción por privilegiar la enseñanza como valor básico y pleno de consolidación democrática.

Por otra parte, la enmienda constitucional 29/2000 modificó los artículos 34, 35, 156, 167 y 198 para permitir y determinar que los recursos

puedan financiar “acciones y servicios públicos de salud”. Así, efectuó la *vinculación de recursos* destinados a la atención de la salud.

Es evidente que el legislador, al estructurar el instrumento presupuestario, no tiene más la libertad que tenía antes. Ya está parcialmente vinculado.

Es conveniente explicar qué es vinculación o afectación de ingresos. En Brasil, las vinculaciones de ingresos ocurren o por fuerza de la Constitución federal o por fuerza de ley. Son utilizadas para individualizar una fuente de ingresos y su destino, mediante el establecimiento de un eslabón jurídico entre el ingreso y su fin.

Como regla general, esas vinculaciones o afectaciones de ingresos suceden al margen de la dinámica presupuestaria.

En cambio, el gasto mínimo obligatorio no se confunde con la afectación de ingresos. El gasto obligatorio impone que un porcentaje determinado sea aplicado a una acción estatal específica. Hay varios casos de gastos mínimos obligatorios en la Constitución brasileña.⁹

Hay aun otro problema muy común que impide la satisfacción de los intereses públicos y el goce de derechos sociales, y que se sitúa en la “fase presupuestaria”.

El administrador público introduce en el presupuesto un ítem o valor totalmente alejado de la realidad para, aparentemente, hacer frente a un gasto que habría en el futuro.

Es muy común, en Brasil, que los municipios prevean en sus presupuestos ítems y rúbricas dando la impresión de que tienen recursos para enfrentar un programa vinculado a determinado derecho social. Sucede que cuando analizamos más detenidamente el valor, y lo comparamos con la realidad, verificamos que se trata de un verdadero *fraude* jurídico y presupuestario.

Digamos, para ejemplificar, que determinado programa social exija 10 millones de dólares para ser atendido en determinado año, y la previsión

⁹ No estamos sosteniendo que toda vinculación o gasto obligatorio posea más desventajas que ventajas. Como cualquier institución de características jurídicas que trae consigo un binomio, emerge un dilema (*trade-off*) en su aplicación. Ventajas y desventajas pueden ser descritas siempre, y no por ello se podrá arribar a la conclusión de si las vinculaciones o los gastos obligatorios son eficientes o ineficientes. Deberá ser una opción consciente de determinado pueblo, en determinado contexto político, siempre controlada racionalmente por el sistema jurídico y social y con posibilidad de ajustes debatidos por la sociedad alcanzada por los canales competentes. Un determinado gasto público social debe tener sus instrumentos reevaluados periódicamente, a fin de que haya un uso racional y eficiente de los recursos. Finalmente, es necesario registrar que la vinculación o el gasto obligatorio no es el único instrumento habilitado para promover la buena distribución y la adjudicación de recursos públicos en áreas sociales, como sabemos.

presupuestaria para aquel año contemple un valor de un millón. Por eso concordamos completamente con Regis Fernandes de Oliveira¹⁰ cuando nos enseña:

De esa forma, más convencidos estamos de que es inviable, ante las premisas asentadas en el presupuesto, que pueda el Jefe del Ejecutivo prever ingresos, para pago de servicios públicos esenciales, *menor que el valor sabidamente cierto que debe satisfacer*. Siendo así, el presupuesto se convierte en ley real y no de mera previsibilidad. Las entradas son previsibles, pero no exactas. La liquidación se operará en el curso del ejercicio financiero. No habiendo riesgos, tiene el acreedor razonable seguridad en recibir el monto previsto. No sólo eso, *pero no hay la opción del deudor* (Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios) *de no prever recursos para el pago de los servicios públicos que deba soportar*” [el énfasis es nuestro].

Este, por lo tanto, es uno de los claros obstáculos para el disfrute de los derechos sociales en Brasil; la falta de recursos, la previsión de menos o la malversación de recursos públicos, o incluso la corrupción incidente sobre los recursos, disminuyéndolos.

Ahora nos gustaría analizar los impactos de la reiterada prorrogación del dispositivo constitucional, de la Constitución brasileña (ADCT- Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias), de desvinculación de ingresos de la Unión (DRU, ingresos federales) sobre la garantía de derechos sociales fundamentales, que tienen algún nivel de vinculación constitucional para su consecución.

Al desvincular ingresos, se reducen (en principio, si no hubiera compensación futura) las disponibilidades presupuestarias y financieras que capacitan al Estado para garantizar derechos sociales. Siendo así, la pregunta que se coloca es la siguiente:

¿Hasta qué punto el poder constituyente derivado, de segundo grado, puede flexibilizar, mitigar, reducir las vinculaciones tributarias que garantizan un determinado nivel de recursos obligatoriamente acarreados en el presupuesto de los derechos sociales?

La llamada desvinculación de recursos de la Unión¹¹ (DRU) fue aprobada inicialmente para ser un mecanismo *provisorio*; sin embargo, ya cumple diecinueve años en vigor, y la discusión sobre su mantenimiento o disolu-

¹⁰ *Curso de derecho financiero*, 4a. ed., San Pablo, Editora Revista de los Tribunales, 2011, p. 376.

¹¹ La Unión es la persona jurídica de derecho internacional e interno brasileña, a la par de los estados miembros, del Distrito Federal y de los municipios. En el contexto que utilizamos el término puede también ser comprendido como “gobierno federal”.

ción necesita ser intensificada, implicando a la sociedad brasileña, que es afectada directamente por estas decisiones.

No queremos entrar en los meandros de esos números. Tan solo para simplificar la explicación a los colegas de otros países, diremos que por intermedio de varias reformas, la Constitución brasileña se desvinculó, por ejemplo, del 20% del producto de la recaudación de todos los impuestos y contribuciones federales para componer un fondo social de emergencia.

Es claro que esa medida afecta radicalmente a la financiación de políticas sociales como un todo, fundamentalmente las políticas de la seguridad social, ya que el objetivo es la generación de superávits primarios, liberando recursos para el gasto como pago de intereses de la deuda nacional.

En principio, la duración sería limitada al ejercicio de 1994 y 1995, y los recursos desvinculados serían dirigidos hacia acciones de salud y educación, beneficios previsionales y auxilios asistenciales. Pero, en la realidad, eso no ocurrió. Esos recursos fueron utilizados para equilibrar las finanzas nacionales y para obtener mayor flexibilidad en la elaboración y ejecución del presupuesto.

Luego de varias reformas que sucedieron se modificó el nombre de los fondos, pero la realidad permaneció igual. Los recursos desvinculados sirvieron para equilibrar o atender el superávit primario de Brasil en alrededor del 62.45%.

Quiere decir que los recursos salen del presupuesto previsional y social para entrar al presupuesto fiscal, tesoro federal, y vuelven muy dilapidados.

Entre 2000 y 2007, por intermedio de la DRU, fueron desviados hacia el presupuesto fiscal 278.4 mil millones de reales, de la seguridad social. En ese mismo periodo fueron traspasados para esa área solo 161.62 mil millones. O sea, retornó a las cajas de la seguridad social solo el 58% de lo que fue transferido al gobierno federal vía DRU.

III. LA FLEXIBILIDAD PRESUPUESTARIA Y LA COMPRESIÓN INDESEADA EN EL GOCE DE LOS DERECHOS SOCIALES

Se afirma que tales restricciones son o eran “transitorias”, pero la realidad no confirma la afirmación. Desde 1994 hasta hoy, las vinculaciones establecidas en la Constitución vienen siendo mitigadas mediante mecanismos de alegada naturaleza transitoria.

Es lo que establecen los artículos 71, 72 y 76 del Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias de la Constitución brasileña de 1988. Los mencionados dispositivos fueron modificados en su redacción original

por seis enmiendas constitucionales, a saber: núm. 1/1994 (de Revisión) y números 10/1996, 17/1997, 27/2000, 42/2003 y 57/2007.¹²

¿Qué significa eso en la práctica?

Significa que, al desvincular ingresos tributarios que estaban destinados obligatoriamente a atender derechos sociales, estamos reduciendo las disponibilidades presupuestarias que capacitan al Estado para garantizar tales derechos, los cuales, por su importancia, tuvieron previstos en el texto del constituyente originario una financiación especial, sea por intermedio de ingresos vinculados, sea por algún mecanismo de previsión de un piso mínimo de gasto.

Nuestra tesis es que bajo pretexto de legislar por un periodo transitorio, las enmiendas convierten lo transitorio en definitivo permanente, empujando hacia un estado de inconstitucionalidad indeseable, en un Estado que se dice “democrático y de derecho”, como enuncia la Constitución de Brasil.¹³

Hay un evidente retroceso social impedido o indeseado por la Constitución Federal brasileña y por toda jurisprudencia latinoamericana supranacional.¹⁴

El concepto de regresividad y progresividad, incluso de la realidad normativa, puede ser retirado de la Resolución AG/RES 2074, especialmente del artículo 5o.1, a partir de las deliberaciones de la Asamblea General de la OEA del 07/06/2005, que aprobó normas para la confección de los informes periódicos previstos en el artículo 19 del Protocolo de San Salvador.

¹² Para un análisis más detenido de todas esas normas se recomienda el excelente trabajo de Graziane Pinto, Élida, “Seis veces DRU: ¿flexibilidad presupuestaria o vaciamiento de derechos sociales?”, *Revista Jurídica del Ministerio Público de Minas Gerais*, Belo Horizonte, núm. 11, julio-diciembre de 2008, pp. 511 y ss.

¹³ El artículo 1o. de la Constitución brasileña afirma que Brasil es una República federativa formada por la unión indisoluble de los estados y municipios y el Distrito Federal, y que se constituye en un *Estado democrático de derecho* y tiene como fundamentos la soberanía, la ciudadanía, la dignidad de la persona humana, los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa y el pluralismo político.

¹⁴ Sobre el tema véase Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, CEDAL-Centro de Estudios Legales y Sociales, 2006; Zerbini Ribeiro Leão, Renato, *La construcción jurisprudencial de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*, Puerto Alegre, Nuria Fabris, 2009; Wandimara Pereira dos Santos Saes, *La judicialización de los derechos sociales en Brasil, un abordaje analítico, empírico y normativo*, PUC-SP, trabajo de doctorado, 2008, bajo nuestra orientación científica; Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *El umbral de la ciudadanía*, Buenos Aires, 2006; García Ramírez, Sergio (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, 2008, vol. IV.

Por progresividad se entiende el avance paulatino en el establecimiento de condiciones necesarias para garantizar el ejercicio de un derecho económico, social y cultural, a partir de los “indicadores de progresividad”.

En principio, hay “regresividad” cuando existan disposiciones normativas que impliquen un retroceso en la extensión concedida a un derecho o aun cuando la adopción de políticas públicas signifiquen un retroceso en los resultados mensurables a través de indicadores empíricos confiables.

De hecho, en este mismo momento los periódicos brasileños anuncian que la prioridad legislativa del Poder Ejecutivo federal, para el presente año, es exactamente renovar la desvinculación de ingresos de la Unión (DRU), mediante la aprobación de una nueva enmienda a la Constitución.

Pretenden desvincular los recursos provenientes de las contribuciones sociales e interventivas (tributos sociales) para su utilización con fines completamente ajenos a los que justificaron su institución y cobro.

Un quinto de los recursos utilizados para enfrentar los costos de la seguridad social, por ejemplo, podrá ser utilizado en la construcción de estadios de fútbol o con vistas a cumplir las metas para alcanzar el llamado “superávit primario”.

Por cierto, no soy yo quien afirma eso. Es la presidenta de la República que en la minuta de la PEC 61 y en la “EM Interministerial” núm. 00104/2011/MP/MF dice textualmente: “la coyuntura del País urge inversiones y respectivas fuentes de financiación, a fin de adecuar la infraestructura del País a las exigencias internacionales relacionadas con el Mundial de Fútbol de 2014 y las Olimpiadas de 2016”.

El informe del diputado Mario Quintella Lessa, presentado a la Comisión de Constitución y Justicia, es claro al afirmar que pretende desviar recursos de la seguridad social para el cumplimiento de metas de superávit primario. Afirma:

El mecanismo de la DRU tiene papel fundamental para que la meta de superávit primario sea alcanzada. Si no estuviesen desvinculados los ingresos de la seguridad social, el destino legal de las contribuciones sociales estaría mantenido y los recursos acabarían por ser aplicados en gastos de previsión social, salud y asistencia social. Aunque no hubiese aumento de gastos, esos recursos no podrían ser aplicados al servicio de la deuda pública federal, que constituyen gastos del presupuesto fiscal. Con la DRU, ingresos del presupuesto de la seguridad social dejan de ser vinculados, contribuyendo a dar viabilidad al superávit primario.

O sea, es el propio gobierno el que propone la reforma de la Constitución federal para atender a las presiones internacionales: ¿la salud econó-

mica del país, con el pago de intereses para mantener un superávit en las cuentas públicas, es más importante que el bienestar de sus habitantes?

Es evidente que existe una relación entre ambas pretensiones, y ambos lados alegan que defienden los intereses del pueblo brasileño.

Nadie puede estar en contra del buen equilibrio de las cuentas públicas nacionales, pero es preciso encontrar un punto “óptimo” que no sacrifique aquello que la Constitución del país entiende como elemental, básico, esencial para la buena calidad de vida de sus ciudadanos y de su población.

¿Cómo el Poder Judicial, al ser provocado, ha enfrentado problemas relacionados con esta temática?

Es muy difícil dar una respuesta lineal a esta cuestión.

En materia económica, por ejemplo, Brasil, para enfrentar las numerosas crisis internacionales y nacionales, en los últimos veinticinco años, formuló una serie de planes económicos; muchos de ellos, sin duda alguna, afectaron claramente los derechos individuales (fundamentales) de los brasileños.

No sería posible resumir todos esos problemas en este artículo. Sin embargo, lo que podemos hacer es mencionar algunos casos que dan una idea de cuál fue la respuesta del Poder Judicial en algunos casos más polémicos y significativos.¹⁵

El primero fue el llamado Plan Collor. El polémico presidente Collor de Mello (1990), que posteriormente sufrió un juicio político, decretó un

¹⁵ En muchos casos se reconoce la no retroactividad de la ley como principio constitucional importante. Por ejemplo, en el RE 180979 AGR/RS, Rel. Min. Francisco Rezek, el 19/12/1996, segunda sección del STF. “Negocios jurídicos definitivamente consolidados se vuelven inmunes al cuadro normativo que sobreviene, por fuerza de la cláusula constitucional de la irretroactividad de la ley”. En otros, que es posible alterar las reglas de la jubilación a los trabajadores y que ella solamente se adquiere en el momento de su formalización ante la previsión social. O sea, los que no habían cumplido los requisitos para la jubilación están sometidos al nuevo régimen, aunque sea más costoso para la persona (ADI 3104/0-DF), Rel. Min. Carmem Lúcia, el 26/09/2007. En otros procesos se afirma que “no hay derecho adquirido a régimen jurídico” para no reconocer como de naturaleza contractual un fondo constituido por recursos de los trabajadores (RE 226.855-7, RGS- Relator Min. Moreira Alves, 31/08/2000). En otros momentos se aceptan las razones y los fundamentos que inspiran el plan económico y, por eso, no se reconoce inconstitucionalidad ante el valor mayor de “neutralidad distributiva de choque de la economía”. Fue lo que ocurrió en el RE 141.190-2 SP, Relator Min. Ilmar Galvão, juzgado el 14/12/2005. En él, el Plenario del Supremo Tribunal Federal reconoció que el PLAN BRESSER representó una profunda modificación en los rumbos de la economía del país y cambio en el patrón monetario, y que el congelamiento significó la quiebra radical de las expectativas inflacionarias y, por eso, un desequilibrio económico financiero de los contratos pero, en compensación, que su instrumento era necesario. Para un amplio y competente análisis de la materia, véase Villard Duran, Camila, *Derecho y Moneda*, San Pablo, Editora Saraiva, 2010.

amplio plan de combate a la recesión y a la inflación económica, inmediatamente después de asumir el cargo, congelando activos financieros de la población en una medida en extremo osada y polémica desde todo punto de vista.

Con el tiempo, los tribunales brasileños, sobre todo los federales, fueron reconociendo una clara violación de los principios y derechos de la población afectada. Son históricas dos decisiones adoptadas por los tribunales federales de la 3a. y 5a. región, respectivamente San Pablo y Pernambuco, con referencia al aludido plan económico.

El Tribunal Federal de San Pablo consideró que el bloqueo de activos financieros (cuentas y recursos) de la población era inconstitucional, sea porque el acto normativo que aplicó la medida no admitía su edición, sea porque en relación a su contenido, el plan económico no se encajaba en ninguna figura jurídica permitida por la Constitución brasileña.

No era un “préstamo compulsivo”, una “requisa”, una “confiscación de bienes” o una “servidumbre de uso”.

La decisión reconoce amplia violación al derecho de propiedad, al debido proceso legal, a las garantías del contribuyente y al principio de la razonabilidad de las leyes, entre otros aspectos (Alegación de Inconstitucionalidad en la Apelación en Acción de Amparo núm. 36325- Reg. 90.03.32177-9, relator juez Américo Lacombe, juzgado el 04/04/1991, TRF-3a. Región, Tribunal Pleno, decisión unánime).

En el mismo sentido, el Tribunal Federal de Pernambuco, de la 5a. región, en la AI Apelación en Acción de Amparo núm. 2379-PE (reg. 9005071630), relator juez Lázaro Guimarães, juzgado el 20 de marzo de 1991, Tribunal Pleno.

Aunque el Tribunal de Pernambuco haya juzgado la materia en primer lugar, es preciso reconocer que los fundamentos jurídicos trabajados por el Tribunal Federal en San Pablo analizan la cuestión jurídica de forma bastante más amplia. Ambos, sin embargo, reconocieron la inconstitucionalidad del Plan Collor y de la Ley 8.024 de 1990 y la medida provisoria anterior que lo instituyó.

IV. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE CONSTITUCIONALIDAD

Si leemos la Constitución brasileña vamos a verificar la existencia de diversos derechos sociales, económicos y culturales en su texto. A continuación, también comprobaremos que, además del derecho consagrado, existen normas de derecho constitucional financiero que regulan y posibilitan,

de algún modo, que aquellos derechos puedan ser usufructuados por sus destinatarios.

Brasil está dotado de un sistema de control de la constitucionalidad considerado pluralista. Al menos, en materia de acceso a la justicia, son varias las personas y entidades que pueden tocar *directamente* las puertas del Supremo Tribunal Federal, cúpula del Poder Judicial incumbido de, principalmente, controlar la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos.¹⁶

También en el ámbito del control *difuso*, de inspiración norteamericana, Brasil tradicionalmente, desde la República, confiere el derecho de que las partes aleguen ante *cualquier juez o tribunal*, en materia constitucional. Siendo así, cualquier juez, en Brasil, puede también reconocer y no aplicar la ley considerada inconstitucional.¹⁷

No es nuestro objetivo discutir cómo se da el control judicial de constitucionalidad de las leyes en Brasil, sino solo situar al lector extranjero.

Tradicionalmente, la jurisprudencia brasileña, al contrario de la doctrina, entendía que las leyes presupuestarias son leyes meramente formales, como normas individuales de efectos concretos, con objeto determinado y destinatario cierto, siendo equiparadas a actos administrativos, ya que desprovistas de generalidad, impersonalidad y abstracción (densidad normativa), haría, en principio, imposible la concreción del control abstracto, ante el Supremo Tribunal Federal, al menos por la vía principal o acción directa de inconstitucionalidad (ADIn).

¹⁶ El artículo 103 de la CF, en su encabezamiento, establece: “Pueden proponer la acción directa de inconstitucionalidad y la acción declaratoria de constitucionalidad: I. el Presidente de la República; II. el Senado Federal; III. la Cámara de Diputados; IV. la Asamblea Legislativa o la Cámara Legislativa del Distrito Federal; V. el Gobernador de Estado o del Distrito Federal; VI. el Procurador General de la República; VII. el Consejo Federal de la Orden de los Abogados de Brasil; VIII. los partidos políticos con representación en el Congreso Nacional; IX. la confederación sindical o entidad de clase de ámbito nacional”.

¹⁷ Por lo tanto, no es novedad en Brasil la amplia posibilidad de, en el control difuso, que cualquier persona legitimada cuestione el rumbo de políticas públicas, incluso cuando impliquen una norma o prioridad presupuestaria (directa o indirectamente) cuestionada en virtud de prioridades constitucionales o legales. En ese sentido, *inter-plures*, ver el ARE 639337, AGR Relator Min. Celso de Mello, STF, juzgado el 23/08/2011. En este caso, el municipio de San Pablo fue obligado a atender y matricular en guarderías y jardines de infantes a niños de hasta cinco años en unidades de enseñanza infantil cercanas a su residencia o al lugar de trabajo de sus padres o responsables legales. El caso es particularmente interesante, porque en él el juez del Supremo Tribunal Federal levanta la discusión acerca de la necesidad de protección de los derechos sociales por el Poder Judicial brasileño e, incluso, el tema de la escasez de recursos públicos y la cuestión de lo que llama de “opciones trágicas” y la reserva de lo posible, y del mínimo existencial.

Esa tendencia es fuerte, pero comienza a ser modificada. Para algunos autores, la ruptura propiamente dicha de ese paradigma finalmente habría ocurrido en la Acción Directa 4048/2008.¹⁸ En ella, el Supremo Tribunal Federal reconoció ser posible el control concentrado de constitucionalidad *de leyes presupuestarias mediante la acción directa*, por lo tanto en el control abstracto de la constitucionalidad de las leyes.

A pesar de haber sido un innegable avance, hasta el momento, el Supremo Tribunal Federal, *en el control abstracto*, no llegó a discutir *directamente* el destino de recursos y contrastarlos con la Constitución federal. Quién sabe si en un futuro próximo podamos ver la modificación más profunda de esa jurisprudencia y también un control sustancial, material y de contenido de las normas presupuestarias, con todos los riesgos y problemas que ese control, sin duda, encierra.¹⁹

La conclusión a la que podemos llegar, desde luego, es exactamente esta: la de que los déficits o carencias presupuestarios en Latinoamérica no justifican, de manera simplista, la existencia de transgresiones a las normas constitucionales o a los principios jurídicos que consagran el goce de derechos sociales en su perspectiva más sustancial.

Esa, también, parece ser la tendencia y la realidad de nuestros colegas latinoamericanos. No analizaremos ese tema en nuestros países vecinos, dado que hay varios colegas de países latinoamericanos en este encuentro internacional.²⁰

Pero vale la pena referir algunos casos alusivos a derechos sociales y a la cuestión presupuestaria. Es decir, es interesante recordar que el Supre-

¹⁸ La acción fue propuesta por el PSDB, Partido de la Social Democracia Brasileña, contra la Medida Provisoria 405/2007 (un acto normativo del Ejecutivo), posteriormente, convertida en la Ley 11.658/2008, que abrió crédito extraordinario a favor de la justicia electoral y de diversos órganos del Poder Ejecutivo, por valor de 5,455.677.660,00 reales. El crédito extraordinario habría sido abierto fuera de las hipótesis autorizadas en la Constitución federal, violando el artículo 62 y diversos párrafos e incisos. El caso aún no tuvo juzgamiento final, pero la medida cautelar fue concedida, suspendiéndose la vigencia de la Ley en discusión desde su publicación. La decisión aparentemente supera los fundamentos tradicionales de la jurisprudencia anterior, para permitir el control abstracto de la constitucionalidad de las leyes presupuestarias en Brasil ante el Supremo Tribunal Federal.

¹⁹ Sobre el tema, véase el trabajo de Barros Correia Neto, Celso de, “El presupuesto público y el Supremo Tribunal Federal”, en Conti, José Mauricio y Facury Scaff, Fernando (coords.), *Presupuestos públicos y derecho financiero*, San Pablo, Editora Revista de los Tribunales, 2011, pp. 112-126.

²⁰ Para un panorama de la situación argentina, colombiana y española, véase el trabajo de G. Corti, Horacio, “Derechos fundamentales y presupuesto público: una renovada relación en el marco del neoconstitucionalismo periférico”, en Conti y Scaff, *op. cit.*, pp. 127 y ss.

mo Tribunal Federal, en algunos casos, y los tribunales del país, en muchos otros, han reconocido la existencia y el goce de los derechos sociales, en forma de “activismo judicial” latinoamericano, dadas las particularidades de nuestra región.

Veamos algunas de ellas.

- a) En el Recurso Extraordinario 195.192-3, de Rio Grande do Sul, en el Supremo Tribunal Federal, teniendo como relator al ministro Marco Aurélio de Mello, el 22 de setiembre de 2000, el STF reconoció que “incumbe al Estado (género) proporcionar medios con el objetivo de alcanzar la salud, especialmente cuando están involucrados niños y adolescentes”.

En este caso, se concedió amparo a un menor portador de una enfermedad rara para compeler al Estado a suministrar medicamento necesario con vistas al tratamiento médico que necesitaba. El medicamento era fabricado en Estados Unidos y en Suiza, exclusivamente. Se afirmó que “los problemas presupuestarios no pueden obstaculizar la implementación de lo que está previsto constitucionalmente”.

- b) En el AGRG, Recurso Extraordinario 271.286-8 RGSul, relator ministro Celso de Mello, juzgado el 12/09/2000, el Supremo Tribunal Federal reconoció que “el derecho a la salud representa consecuencia constitucional inseparable del derecho a la vida y que el reconocimiento judicial de la validez jurídica de programas de distribución gratuita de medicamentos a personas sin recursos, incluso aquéllas portadoras del virus HIV-SIDA, da concreción a preceptos de la Constitución brasileña, relativos al derecho a la vida y la salud”.

- c) En el Superior Tribunal de Justicia también son innumerables los casos de reconocimiento y adjudicación de derechos sociales referentes a la salud, la educación y otros programas y políticas públicas sociales. Se reconoce que “toda imposición jurisdiccional a la hacienda pública (al erario, al Estado), implica gasto y acción, sin que eso infrinja la armonía de los poderes, dado que en el régimen democrático y en el Estado de derecho el Estado soberano se somete a la propia justicia que instituyó” (RESP SP 753565-MS, relator Min. Luiz Fux, juzgado el 27/03/2007).

- d) En el mismo tribunal se reconoce, por ejemplo, “que hay un núcleo de derechos inviolables esenciales a la dignidad de la persona humana, que constituye fundamento del Estado Democrático de Derecho” (RESP 1309137/MG, relator Min. Herman Benjamin DJ de 22/05/2012) o, asimismo, que “tratándose de derecho fundamental, incluso en el con-

cepto de mínimo existencial,²¹ no habrá impedimento jurídico para que el Poder Judicial establezca la inclusión de determinada política pública en los planes presupuestarios del ente político, principalmente cuando no hubiere comprobación objetiva de la incapacidad económica y financiera de la persona estatal” (AGRg en el REsp 1136549/RS, relator Min. Humberto Martins, juzgado el 08/06/2010).

V. CONCLUSIONES

Busco ahora finalizar el presente artículo retomando la pregunta inicialmente formulada y ofreciendo, además de los argumentos hasta aquí expuestos, algunos más.

Recuerdo las preguntas iniciales:

- ¿Hasta qué punto es posible inmovilizar o flexibilizar los presupuestos públicos para garantizar la satisfacción adecuada de los derechos sociales? Podemos también formular otra pregunta intentando resumir nuestra preocupación:
- ¿Existen criterios o límites para manejar la actividad fiscal del Estado y así afectar la prestación de derechos sociales? ¿El poder constituyente o, incluso, el Poder Legislativo (de acuerdo con el caso), pueden o deben flexibilizar esos derechos en tiempos de crisis? ¿En qué situaciones límite?

Pues bien, quiero referirme, además y a título final, a dos cuestiones que afectan las respuestas posibles a esos interrogantes. La primera es acerca de los bloqueos y las contingenciones (contención de gastos en función de los ingresos) presupuestarias que afectan el goce de derechos sociales.

En Brasil, el Poder Legislativo, en materia presupuestaria, puede hacer muy poco. Quedan pocas alternativas, a los legisladores, en la adjudicación de recursos públicos.

También es importante recordar que existen bloqueos y contingenciones. El Poder Ejecutivo controla el presupuesto y su ejecución, pudiendo interrumpirla cuando lo entienda necesario o conveniente.

²¹ La materia fue apreciada por el Supremo Tribunal Federal. Al juzgar la ADPF número 45/DF se asentó que había la “no oposición del arbitrio estatal a la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales” y que había “necesidad de preservación, en favor de los individuos, de la integridad y de la intangibilidad del núcleo consustancial del mínimo existencial”.

Esa prerrogativa, evidentemente, afecta de forma directa el goce de derechos, incluso los sociales. Existe un control político del Ejecutivo sobre el presupuesto, que puede manifestarse a través del bloqueo total o parcial de recursos, o la liberación insuficiente de recursos públicos.

Hay una aparente falta de racionalidad en la mecánica de los *checks and balances* brasileños. El Ejecutivo elabora el instrumento presupuestario, el Legislativo lo aprueba y ratifica la propuesta. Aun así, es el Ejecutivo el que detenta el poder para reajustar como desee los recursos públicos en tiempos de crisis o de bonanza.

Con razón, Luiz Gustavo Bambini de Assis²² afirma: “La contingentación es la restricción a la liberación de recursos, basada en razones de política fiscal. Esa acción viene siendo utilizada para imponer limitaciones al cronograma de desembolso de ingresos, en caso de que la inversión no sea compatible con la política fiscal delimitada por la Ley de Responsabilidad Fiscal”.

Afirma que la adecuación del presupuesto a la política fiscal debería formar parte de la planificación presupuestaria, para que la contingentación de partidas ocurra solo en casos extremos, bajo pena de negar incluso la noción de planificación.

También, en ese aspecto, la democratización del acceso a la información sobre las cuentas públicas debe ser incrementada. Legislativo, Ejecutivo y sociedad deben participar de la formulación y gestión del presupuesto público, a pesar de las dificultades inherentes al tema.

Por último, podemos decir que la flexibilización de la actividad financiera del Estado, para propiciar la gobernabilidad y maleabilidad de la administración, no puede sobreponerse al principio de la supremacía de la Constitución y de sus valores más valiosos ni aniquilar principios fundamentales del sistema constitucional, principalmente cuando esos principios conforman y concretan los derechos fundamentales y sociales que están especialmente protegidos en Brasil.

El fracaso de los gobiernos, en general, para prevenir o remediar privaciones, que podrían ser evitadas, puede asumir muchas formas. En algunos casos pueden ser producto de decisiones políticas deliberadas de agentes del gobierno, como en el caso de corrupción, que reduce recursos disponibles para la implementación progresiva de derechos sociales o, incluso, pueden resultar de la distribución discriminatoria de recursos destinados a servicios sociales, por ejemplo mediante una menor asignación de recursos para aquellas áreas en las que la mayoría de la comunidad pertenece a un grupo

²² *Proceso legislativo y presupuesto público*, São Paulo, Editora Saraiva, 2012, p. 229.

étnico minoritario. En otros casos, grupos marginalizados son privados de programas y recursos de los cuales precisan, para disfrutar de sus derechos económicos y sociales, simplemente por indiferencia intencionada de elites políticas y económicas.²³

Con vistas a que los derechos económicos y sociales tengan alguna relevancia para las personas, en general, es crucial enfrentar las privaciones evitables con relación a seguridad alimentaria, tratamiento de salud, educación y vivienda.

El inmenso desafío es cómo distinguir entre privaciones resultantes de factores que escapan al control de los gobiernos nacionales y privaciones para las cuales las políticas gubernamentales colaboran o son su principal causa. O sea, se debe distinguir entre las situaciones en las que los gobiernos no son capaces de cumplir con sus deberes y otras en las que simplemente les falta voluntad para hacerlo.²⁴

Finalmente, podemos decir que el Poder Judicial en los países latinoamericanos (sobre todo) juega un papel importante, no solo para contener el vigor de un presidencialismo fuerte, como también para, de cierto modo, arbitrar los derechos económicos, sociales y culturales, sea juzgando inconstitucionales ciertas normas y políticas (directa o indirectamente), sea señalando cuál es el camino a seguir por el Ejecutivo e incluso el Legislativo. Se trata de la contemporánea misión de la justicia constitucional, con el color local característico de nuestra región y de nuestras necesidades y peculiaridades.²⁵

Es necesario comprender que la misión de la *justicia constitucional* no es tan solo la de ser “la legisladora negativa”, de la cual nos hablaba Kelsen. En tiempos normales y en tiempos de crisis es necesario reconocer y legiti-

²³ Según Felner, Eitan, “¿Nuevos límites para la lucha por los derechos económicos y sociales?”, *Revista SUR*, núm. 9, p. 127.

²⁴ *Idem.*

²⁵ El diario *El País* de España nos relata, en la edición del 10/03/2013, que en enero de 2011 el señor Mohammed Aziz es desalojado de su casa. En junio del 2012, el juez José María Fernández Seijo lleva la cuestión prejudicial a Luxemburgo. Propone que se discuta el sistema español de hipotecas, que limita las posibilidades de defensa y oposición a las ejecuciones hipotecarias realizadas por los bancos, y pide que se estudie la desproporción aparente que confiere a los bancos españoles la facultad de reclamar el valor total de las cuotas atrasadas por los clientes y la exorbitancia aparente de los intereses cobrados sobre el total de la deuda. El 08 /11/2012, la abogada general del Tribunal de Justicia, Julianne Kokott, emitió un informe crítico contra el sistema de “desahucios” (desalojos) español, acatando la cuestión del juez español e instando al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a una solución justa. El parámetro de discusión será la Directiva Europea 93/13/EEC: “Se considera abusivo el vencimiento anticipado de las deudas”. Estos movimientos nacionales y transnacionales, en pro de una sociedad más justa, deben ser estudiados y aplaudidos.

marla como un poder arbitral de “equidad creativa”, independientemente del sistema jurídico al que pertenezcan las viejas y tradicionales “familias jurídicas” que mencionaba René David.

Por último, me gustaría registrar que, independientemente de que podamos discutir el tema de la revisión judicial de derechos sociales en tiempos de crisis, no debemos olvidarnos de que la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales debe pautarse, más allá de una realización mínima, en los principios de progresividad y en la prohibición del retroceso social.

Además de esos marcos, debemos considerar la existencia actual de un *derecho al desarrollo*, que también apunta y refuerza el componente de la justicia social, de la igualdad material, deber de todos, de los Estados, de las sociedades interna e internacional.

El crecimiento económico es, sin duda, necesario al desarrollo. Sin embargo, debemos buscar un modelo de desarrollo económico y social en el cual los costos y beneficios deben ser proporcional y solidariamente repartidos.²⁶ Debemos buscar una globalización más ética y solidaria.

Luchemos para que haya igualdad de oportunidades para todos los seres humanos, garantía mínima de cobertura de las necesidades más básicas, compuestas por derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales.

²⁶ UNDP. Human Right Development Report 2010. La verdadera riqueza de las naciones: los caminos hacia el desarrollo humano, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2010. El desarrollo humano tiene tres componentes: bienestar: ampliar las libertades efectivas de la gente para que las personas puedan prosperar; empoderamiento y actuación: permitir que las personas y grupos actúen para impulsar resultados valiosos; justicia: ampliar la equidad, el mantenimiento de los resultados a través del tiempo y el respeto de los derechos humanos y otros objetivos de la sociedad.

LA DISCAPACIDAD COMO DERECHO HUMANO. PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL*

Ángela FIGUERUELO BURRIEZA

SUMARIO: I. *Planteamiento del tema.* II. *El ámbito constitucional de la discapacidad.* III. *¿La discapacidad en cuanto “nuevo derecho”?* IV. *La proyección normativa del modelo social de la discapacidad en el caso español.* V. *Algunos problemas para el debate desde el derecho constitucional.*

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Existen, a escala mundial, alrededor de mil millones de personas —el 15% de la población— con algún problema de discapacidad, ya sea de orden físico, sensorial o psíquico, y que, al margen del país en el que habitan, sus vidas se encuentran limitadas teniendo serias dificultades para superar los obstáculos a los que cada día deben enfrentarse: físicos, institucionales, jurídicos, políticos, económicos, sociales, culturales... La situación especialmente vulnerable en que se encuentran las personas con discapacidad es aún más preocupante en los países emergentes o en vías de desarrollo, en donde la discriminación que sufren es más perceptible a causa de prejuicios derivados de una cultura y educación donde los discapacitados deben superar serios problemas para ocupar el lugar que social y jurídicamente les corresponde.

El movimiento por los derechos de los discapacitados, encabezado por personas que sufrían alguna discapacidad, comenzó en la década de los años setenta y culminó el 13 de diciembre de 2006, fecha en la que las Naciones Unidas acordaron formalmente la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Se trata del primer tratado del sistema de derechos humanos del siglo XXI que tiene como objetivos proteger y reforzar

* El presente trabajo de investigación forma parte del Proyecto I + D + i del Ministerio de Ciencia e Innovación que lleva por título: “Discapacidad, dependencia y derecho: adaptación del ordenamiento jurídico en pro de una protección adecuada”. Referencia: DER 2009–13095. Años 2010-2012. Investigador principal: doctor D. J. A. Martín Pérez.

los derechos y la igualdad de oportunidades de todos los discapacitados. El interés de las Naciones Unidas por el bienestar y los derechos de las personas con discapacidad halla sus orígenes en los principios fundacionales de dicha organización internacional basados en los derechos humanos, las libertades fundamentales y la igual dignidad de todos los seres humanos. Por lo antes dicho los países firmantes de la citada Convención deberán adoptar nuevas leyes nacionales y derogar normas caducas para que las personas con discapacidad puedan gozar de los mismos derechos que los capaces en todos los ámbitos de la vida social, jurídica, política, económica, cultural... En el mismo sentido las Naciones Unidas en 1976 fijaron el año 1981 como Año Internacional para las personas con Discapacidad. La Década de las Personas con Discapacidad (ONU, 1983-1993) ofreció un Programa Mundial de Acción Referente a las Personas con Discapacidad.

El problema planteado en torno a la discapacidad es muy amplio e interdisciplinar y una aproximación a su conocimiento y situación actuales obliga a poner el acento en el tratamiento jurídico del tema. Pero este punto de vista, que es bastante reciente en el tiempo, no se comprende con precisión si previamente no se aportan más ideas básicas desde la perspectiva social y médica del problema y sus distintos enfoques. Desde el enfoque social la discapacidad se considera como un problema que debe ser solucionado mediante la completa integración de los individuos en la sociedad, incluyendo los derechos de la persona con discapacidad. Desde esta perspectiva, la discapacidad ha sido considerada como una “no cualidad” del ser humano, como un conjunto de las condiciones, creadas en su mayor parte por el ambiente social, siendo la acción de la sociedad la que debe dar una respuesta colectiva al problema, haciendo las modificaciones ambientales necesarias para que los discapacitados puedan lograr una participación completa, en cuanto personas, en todos los ámbitos de la vida social. Se requiere, por tanto, un cambio social en las actitudes y en las ideas que se consolidará en el nivel político como una cuestión de derechos humanos. La mayor desigualdad se aprecia en la desinformación sobre los problemas que afectan a las personas discapacitadas y que impiden que se aproximen y eliminen distancias con los no discapacitados. Las tecnologías de apoyo han de ser utilizadas para eliminar las barreras y lograr la igualdad de oportunidades entre personas con discapacidad y personas sin discapacidad.

Desde un punto de vista médico la discapacidad se ha visto como una enfermedad que causa una deficiencia, un trauma o una serie de limitaciones que impiden gozar de una salud plena y que por ello requiere de una asistencia médica sostenida que debe ser proporcionada por los profesionales del ramo bajo la forma de tratamiento individual. La discapacidad

es considerada, pues, como un problema individual que implica que quien la sufre es una persona minusválida. El objetivo médico persigue un ajuste y un cambio del comportamiento del individuo que trate de conseguir la curación eficaz. De este modo la asistencia médica es vista como el determinante principal que en el ámbito político conlleva una respuesta de modificación o reforma del sistema sanitario. En este sentido existen distintos tipos de discapacidad que requieren respuestas médicas y sociales diferenciadas: físicas, psíquica, sensorial e intelectual y mental.

El análisis jurídico de la discapacidad obliga a situarnos en el tiempo en el último tercio del siglo XX; fechas en las cuales cambiaron de enfoque los criterios jurídicos que regían la materia. Hasta ese momento el tratamiento del problema se fijaba en el derecho privado y quedaba enmarcado en la construcción civilista sobre la capacidad jurídica. Durante varios siglos el problema de la discapacidad carecía de entidad propia y era definido en sentido negativo, relacionándolo con la capacidad jurídica y la capacidad de obrar. Se trataba de un estatus jurídico caracterizado por la ausencia de plena autonomía de la voluntad. Jurídicamente el término utilizado era “incapacidad” por contraposición al de capacidad jurídica. Destaca el interés jurídico por garantizar el tráfico jurídico civil y mercantil en el cual solo podían participar personas que fuesen plenamente capaces para intervenir en dicho ámbito. El resto, si carecían de la precitada capacidad, actuarían por personas interpuestas, es decir, por medio de representantes. Lo demás era un problema que no se encuadraba en los parámetros de la actuación estatal; no se trataba el tema desde el enfoque de los derechos y libertades y en las relaciones sociedad-Estado no tenían cabida los discapacitados. Al organizarse el sector público con parámetros esencialmente liberales decimonónicos, se creó una política de exclusión del tráfico jurídico de aquellas personas que, desde un punto de vista médico, pudieran ser consideradas incapaces psíquicamente. De este modo se fue estableciendo una política de creación jurídico formal de incapaces (como, por ejemplo, los menores de edad o las mujeres casadas) que carecía de justificación desde un punto de vista físico o psíquico.¹

Así las cosas cuando la discapacidad era objeto de atención pública se ubicaba en una política paternalista del Estado, era una cuestión de buena voluntad. Los poderes públicos creaban centros e instituciones para atender a las situaciones de una mayor necesidad que encajaban en el ámbito de la “beneficencia” percibida como algo excepcional y voluntario al margen de

¹ Presno Linera, M. A. y Gang Sarlet, I. (eds.), *Los derechos sociales como instrumento de emancipación*, principiado de Asturias, Aranzadi, Thomson Reuters, 2010, pp. 81 y 82.

las políticas públicas de prestaciones sociales para atender las situaciones de discapacidad. Es en el último tercio del siglo XX cuando se produce un cambio de percepción en el problema de la discapacidad; así se pasa del entendimiento civilista del problema a una comprensión constitucional del mismo. Por ello surge la pretensión de que la salud es un problema público que debe ser tratado en el ámbito de actuación estatal. En democracia el tema de la salud exige que todos, al margen de la salud personal, formemos parte, en cuanto ciudadanos, de la cosa pública organizados en un Estado social y democrático de derecho (artículo 1.1 de la CE), en el cual nada de lo humano debe ser analizado fuera de la cosa pública. Los basamentos de nuestro modelo estatal se tambalearían si no se da la necesaria preocupación y atención a los ciudadanos que se encuentran en condiciones menos favorables para ejercer los derechos que le otorga su ciudadanía.

No podemos menos que hacer hincapié en que la discapacidad es una de las situaciones que limitan esos derechos, y por ello exige la intervención del sector público, que no debe limitarse a suministrar protección, sino que debe articularse como el cumplimiento de los derechos que le corresponden al discapaz, de cara a su integración. Solo así serán erradicados el aislamiento y la discriminación social.²

II. EL ÁMBITO CONSTITUCIONAL DE LA DISCAPACIDAD

Las Constituciones, en cuanto normas supremas del ordenamiento jurídico y estatuto jurídico de lo político, encierran, en la actualidad, una pretensión de estabilidad al mismo tiempo que un anhelo de dinamicidad para proporcionar cambios en el seno de lo político. Al ser, pues, un orden abierto, nos encontramos ante un código que es ley fundamental del Estado, y también lo es de la sociedad, fijando las bases esenciales del Estado y los principios más relevantes de una sociedad abierta y bien ordenada en el marco del pluralismo social, de los fenómenos organizativos supranacionales o de la globalización económica.

Ante tan importantes retos constitucionales es necesario preguntarnos por las herramientas que aporta y las soluciones que ofrece la fase evolutiva de la forma política estatal que denominamos Estado social. En dicho modelo, antes que respuestas, hallamos objetivos y técnicas que nos encaminan a la consecución de la finalidad última de la acción política, la cual podría ser calificada como “calidad de vida”; término éste acuñado en el Preámbulo constitucional y en los artículos 45 y 129 de dicha norma suprema del

² Bastida Freijedo, F. J., *op. cit.*, pp. 84 y ss.

ordenamiento jurídico. El carácter abierto de nuestra Constitución de 1978 se aprecia en que reconoce y garantiza los derechos humanos y regula los procesos políticos entre el Estado y la sociedad civil, coadyuvando a conseguir una sociedad democrática avanzada. Se trataría de conseguir un progreso equilibrado en el cual se optimizarían los distintos valores tratando de perjudicar lo menos posible la totalidad de los contenidos constitucionales.³ Dicha apertura hacia dentro supone la receptividad de otros ordenamientos diferenciados, como el derecho natural (artículo 10.1 de la CE) o el derecho internacional (artículos 10.2 y 93 y ss. de la CE). La apertura hacia fuera viene exigida por el reconocimiento de los valores superiores del ordenamiento jurídico: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político (artículo 1.1 de la CE) y de la dignidad de la persona humana, así como de los derechos inviolables que le son inherentes (artículo 10.1 de la CE). Este mismo precepto eleva la dignidad de la persona a la categoría de fundamento del orden político y de la paz social, precisando su rango de principio rector supremo del ordenamiento jurídico. La dignidad debe ser traducida como la libre capacidad de autodeterminación personal impidiendo hacer del ser humano un objeto de la acción estatal. Además, en el supuesto español es la fuente de todos los derechos, que son limitados, a diferencia de la dignidad, que es un valor absoluto proyectado sobre los derechos constitucionalizados, configurando así un contenido mínimo invulnerable que todo estatus jurídico debe asegurar. Esto es así porque los derechos fundamentales siempre se han mostrado refractarios a la ley y a su propio reconocimiento por parte de instrumentos jurídico-positivos. Quizá esto sea debido a la fuerte impronta iusnaturalista que está en su origen o quizá por la función política que están llamados a desempeñar como límites a todo poder. De ahí el deseo persistente de los derechos por ser mantenidos al margen y por encima de toda legislación y a veces hasta de la propia Constitución.⁴

También, entre los valores vigentes en la sociedad actual y presentes en los nuevos textos constitucionales, merece especial mención el valor de la igualdad que en el supuesto español no destaca únicamente en el plano axiológico

³ En este sentido, son de obligada lectura las ideas que expone Torres del Moral, A., *Estado de derecho y democracia de partidos*, 3a. ed., Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2010, pp. 84-86.

⁴ *Cfr.* entre otros trabajos interesantes sobre el tema a Fernández Segado, F., “La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 43, 1995, pp. 49-80. Del mismo autor “La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico español y como fuente de todos los derechos”, *Jus. Rivista di Scienze Giuridiche*, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, núm. 2, mayo de 2003, pp. 201 y ss. En un sentido similar véase Prieto Sanchís, L., *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, en especial las pp. 214 y ss.

(artículo 1o. de la CE) sino también en su dimensión material (artículo 9.2 de la CE) y en su aspecto formal (artículo 14 de la CE) y territorial (artículos 138.2 y 139 de la CE). Para alcanzar el equilibrio que requiere el objetivo de la igualdad, como valor, principio o derecho, se debe poner el acento en la interdicción de la arbitrariedad en cuanto núcleo esencial del Estado social.⁵ Por ello, el título I de nuestra carta magna reconoció con carácter exhaustivo gran número de derechos con sus garantías correspondientes y estableció un catálogo determinado de obligaciones jurídicas dirigidas a los poderes públicos y a los ciudadanos. Se trata de obligaciones superiores del ordenamiento jurídico español que se desarrollan en una serie de obligaciones constitucionales. En dicho ámbito ubicamos las disposiciones contenidas en el capítulo III del título I de la CE, que regula *los principios rectores de la política social y económica* considerados como fines del Estado social y democrático de derecho; por todo ello están en estrecha conexión con el significado final de las obligaciones promocionales que encuentran su formulación expresa en el artículo 9.2 de la CE. Los derechos sociales o principios rectores de la política social y económica son una concreción de este precepto, constituyendo un conjunto de obligaciones constitucionales reconducibles a tres categorías de obligaciones promocionales: de promover, de remover y de facilitar. Entre las obligaciones constitucionales de promover se encuentra el artículo 49 que establece lo siguiente:

Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos.

No existen precedentes directos de esta norma en nuestro derecho histórico constitucional, y se aprecia la influencia del derecho comparado, en especial el artículo 38 de la Constitución Italiana de 1947, del Preámbulo de la Constitución de la IV República francesa declarado en vigor por la Constitución de 1958, y del artículo 71 de la Constitución portuguesa de 1976. Observamos que en todos los textos precitados se utilizan los términos “incapacitado” e “incapacidad”, así como el de “deficientes”. El precepto apareció ya recogido en el Anteproyecto de Constitución (*BOC* del 5 de enero de 1978) con la numeración de artículo 42, y su contenido fue ampliado por las enmiendas aceptadas en sede de la Ponencia. La Comisión en su Dictamen mantiene el texto de la Ponencia y la misma numeración. También el

⁵ Ampliamente desarrolla este tema Balaguer Callejón, M. L., *Igualdad y Constitución Española*, Madrid, Tecnos, 2010, pp. 191 y ss.

Pleno del Congreso aprobó el precepto tal y como le llegó de la Comisión y lo remitió a la Cámara alta. Fue la Comisión de Constitución del Senado la que cambió la numeración del artículo, pasando a ser el artículo 49, introduciendo también algunas enmiendas. El Pleno del Senado mantuvo la numeración y el texto del Dictamen de la Comisión de Constitución y fue la Comisión Mixta Congreso-Senado (*BOC* del 28 de octubre de 1978), la que acordó la redacción definitiva del precepto.⁶

Así pues, salvo concretas modificaciones introducidas con posterioridad, el contenido del artículo en cuestión quedó fijado por la Ponencia del Congreso de los Diputados que aceptó ciertas enmiendas formuladas al texto que figuraba en el Anteproyecto de Constitución. No abundan los debates sobre este tema, ni en el Congreso ni en Senado, pero ello no fue debido a una falta de interés por el problema de los disminuidos, sino como una manifestación de la solidaridad de nuestros parlamentarios con la Ponencia del Congreso de los Diputados. Destaca la enmienda num. 4, presentada por el Señor De Mendizábal y Uriarte, que añadía una referencia a *disminuidos sensoriales*, precisando que se perseguía la finalidad de “lograr su más efectiva participación posible en la vida política, económica, cultural y social”.⁷

El artículo 49 de la CE delimita el elemento subjetivo y el imperativo de la norma a desarrollar. Los destinatarios son los poderes públicos que deben realizar tres modalidades de actuación en beneficio de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos: especial protección, medidas de integración y amparo para el disfrute de los derechos. El primer objetivo pretende reconocer a los disminuidos como beneficiarios de un conjunto de medidas asistenciales en sentido estricto. El segundo de los objetivos persigue su inserción práctica en el medio social. Y el tercer objetivo requiere el establecimiento de las condiciones necesarias para que los disminuidos puedan disfrutar de los derechos contenidos en el título I y de los que son titulares en igualdad con el resto de los ciudadanos.

La Constitución ordena a los poderes públicos una determinada política social que ha de tener por objeto la previsión, el tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. Así, se establecen los medios y las finalidades de la política a realizar; los medios se traducen en medidas asistenciales, sanitarias y educativas. Las finalidades se cifran en prevenir, tratar y rehabilitar a los disminuidos. Pero también

⁶ Gálvez Montes, F. J., “Comentario al artículo 49 de la Constitución Española”, en Garrido Falla, F. (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 1980, pp. 935 y ss.

⁷ Vida Soria, J., “Artículo 49. Protección de los disminuidos físicos”, en Garrido Falla, F. I. (dir.), obra colectiva dirigida por Alzaga Villaamil O., *Comentarios a las leyes políticas*, Editorial Revista de Derecho Privado, Edersa, 1984, t. IV, pp. 366 y ss.

deben prestar a los titulares de estos derechos la atención especializada que requieran. Ello obliga a delimitar el elemento subjetivo y objetivo de la atención especializada; así, los beneficiarios de las políticas públicas son quienes sufren disminución en las capacidades físicas, sensoriales o psíquicas. Basta la concurrencia de uno de los supuestos para ser beneficiario de la acción pública. Pero las acciones protectoras a favor de los disminuidos no deberán traducirse en perjuicios para las personas que no encajan en los supuestos del artículo 49 de la CE.⁸

Las garantías de los principios rectores de la política social y económica (artículos 39-52 de la CE), entre los que se encuentra el artículo 49, están debilitadas frente al resto de los derechos y libertades fundamentales (artículo 53 de la CE) y pueden a veces resultar insuficientes. En sede de la Ponencia del Congreso fueron rechazadas las enmiendas que proponían reforzar las garantías para el disfrute de los derechos de los disminuidos. La Ponencia las rechazó alegando el carácter general y de norma marco del precepto constitucional, que debería ser posteriormente desarrollado y concretado en disposiciones normativas de rango inferior. Ahí es donde caben las acciones positivas que otorguen la igualdad niveladora entre los ciudadanos capacitados y los que sufren alguna discapacidad.

Apreciamos, pues, gracias al marco normativo constitucional que hemos expuesto, que de la exclusión social de los discapacitados que se correspondía con la visión liberal decimonónica de un ser humano con taras, se pasa a la visión democrática que considera al discapaz como una persona/ciudadano al cual los poderes públicos están obligados a preservar el ejercicio de sus derechos. Por ello, desde la situación jurídica creada por el derecho privado para las situaciones de incapacidad pasamos a la identificación de situaciones incapacitantes que el Estado debe necesariamente remover o solventar. De este modo del ocultamiento o desconocimiento legal de los incapacitados pasamos a establecer su visibilidad social y a garantizar su estatus de sujetos titulares de derechos a nivel constitucional.⁹

La defensa de los valores que hallan su protección en el ámbito de los derechos y libertades debe contemplarse desde una óptica multidisciplinar, aunque necesariamente el punto de partida adopte una perspectiva constitucional, porque las posibles vulneraciones de un derecho encuentran en nuestra disciplina el grado más elevado de protección. Por ello, la protección constitucional de la discapacidad, más allá de los esquemas clásicos que

⁸ Pulido Quevedo, M., *La Constitución Española. Con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 1993. Y, en concreto el comentario a los artículos 49 y 50, pp. 925 y ss.

⁹ Bastida Freijedo, F. J., *op. cit.*, pp. 89 y ss.

se utilizan en el ámbito jurídico, obliga a introducir en su estudio elementos sociales y humanísticos que le doten del impulso necesario para lograr una mejor calidad de vida y de la convivencia social y política. Ello se puede conseguir desde una doble perspectiva integradora: la importancia equiparable de todos los derechos y la protección integral de la persona que supera el ámbito de la garantía jurisdiccional de sus derechos. Solo así se logrará hacer efectiva la protección específica de los colectivos especialmente vulnerables en nuestra realidad social y jurídica.¹⁰

III. ¿LA DISCAPACIDAD EN CUANTO “NUEVO DERECHO”?

Si defendemos el principio de la misma importancia de todos los derechos y libertades evitaríamos su división en distintas categorías de derechos y ganaríamos al optimizar sus instrumentos de protección y garantías. Nuestra Constitución y la realidad social y política que vivimos ponen de manifiesto la menor relevancia de los derechos sociales en cuanto a su reconocimiento y mecanismos garantizadores. Aceptando el principio de indivisibilidad de los derechos, que proporciona una visión global de los mismos, si fallasen los mecanismos particulares de protección se resentiría el sistema. Pero si los ligamos por medio del nexo de unión, que consiste en lograr el equilibrio al servicio de la igualdad, la debida protección y sus garantías estarán aseguradas en el sistema general de protección. El principio de la igualdad material obliga a que el carácter prestacional de los derechos sociales se aprecie con mayor intensidad en relación con quienes son considerados más vulnerables. Además, la protección integral de la persona, exigida por el objetivo constitucional del libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la CE), obliga a otorgarle una dimensión más amplia que el contenido de sus propios derechos; estos cobran vida autónoma gracias a su titular.¹¹

Y, aunque el derecho por sí mismo no pueda solventar todos los problemas en que se encuentran los colectivos en situaciones de especial vulnerabilidad, sí contribuye a sentar las bases que generen un cierto clima de seguridad. En estas situaciones, el derecho constitucional es necesario, aunque no sea suficiente. Basta con observar el capítulo III del título I de la CE,

¹⁰ Al respecto puede consultarse el trabajo de Alegre Martínez, M. A., “Protección constitucional a las personas vulnerables y nuevos derechos”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 80, enero-abril de 2011, pp. 62 y 63.

¹¹ Es de obligada consulta por sus agudas apreciaciones el trabajo de García Herrera, M. A., “Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española”, *Revista de Derecho Político*, núms. 58 y 59. Monográfico sobre *Balace de la Constitución en su XXV Aniversario*, Madrid, UNED, 2003-2004, pp. 303 y ss.

dedicado a regular los *principios rectores de la política social y económica*. En estos fines del Estado social halla su traducción jurídica y su proyección práctica *la consecución de un orden económico y social justo* y el *aseguramiento a todos de una digna calidad de vida*; estos son objetivos que el Preámbulo constitucional encomienda a la actuación de los poderes públicos. La referencia constitucional dentro de este capítulo, entre otros colectivos, a las personas con discapacidad (artículo 49 de la CE) es buena prueba del interés del constituyente por encontrar un lugar en el marco de la norma suprema a las distintas situaciones de desprotección y vulnerabilidad, incluyendo respecto de ellas las garantías previstas en el artículo 53.3 de la CE: *informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos*.¹²

Lo expuesto hasta ahora, en las páginas precedentes, alude a la persona individual y a la necesidad de garantizar las situaciones de vulnerabilidad en que pueda hallarse. Pero los colectivos en situaciones de riesgo son plurales, están compuestos por personas; de ahí que la alusión a los derechos de los más vulnerables nos lleve necesariamente al tema de los derechos colectivos, categoría asociada a la materialización de un supuesto derecho a la diferencia o a la consideración de los mismos como derechos contrapuestos a los derechos individuales. Se trata de una técnica elaborada y puesta en funcionamiento para una mayor eficacia de los derechos fundamentales de carácter individual. El tema ha suscitado el debate de la doctrina y ha obtenido pronunciamientos puntuales del Tribunal Constitucional; deduciendo en general que la atribución de derechos fundamentales a entes colectivos no busca otra cosa que la mayor efectividad de los derechos individuales ejercidos a través de los grupos en los que nos integramos (artículo 9.2 de la CE).¹³

Así pues, la discusión sobre las nuevas generaciones de derechos, que arrancan de las ya existentes, conduce al problema de los derechos colectivos que comprenden tanto los derechos sociales como los derechos de los grupos, en especial los de las minorías. El respeto a los grupos queda reducido al respeto del derecho individual a la pertenencia a un grupo. Destaca-

¹² Tajadura Tejada, J., “Los principios rectores de la política social y económica”, Madrid, Biblioteca Nueva, 2004, pp. 32 y ss.

¹³ Entre otros Solozábal Echavarría, J. J., “Los derechos colectivos desde la perspectiva constitucional española”, *Cuadernos de Derecho Público*, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas INAP, núm. 12, 2001, pp. 99 y ss. También el trabajo de Ansuátegui Roig, F. J. (coord.), *Una discusión sobre derechos colectivos*, Madrid, Dykinson, 2001. En nuestra Constitución no existe una cláusula general de atribución de derechos fundamentales a las personas jurídicas pero el Tribunal Constitucional en alguna sentencia sí ha admitido esa posibilidad (por ejemplo, en la STC 64/88 del 12 de abril), y la CE, como sucede en el artículo 16, reconoce explícitamente derechos de titularidad colectiva a las confesiones religiosas o a las personas jurídicas que fundan un centro educativo...

mos, pues, el carácter individual de los derechos humanos que se fundamentan en la dignidad de la persona. Esta consideración puede ser aplicada a la protección de los colectivos en situaciones de especial vulnerabilidad, pues si el objetivo consiste en corregir desigualdades, no podemos proclamar la materialización de un derecho a la diferencia.¹⁴

Pero, no deja de ser cierto que es creciente el número de derechos y libertades que las Constituciones han ido reconociendo como consecuencia de un proceso cada vez más exigente de la individualidad y de los derechos y libertades de la persona. La expresión “generaciones de derechos” obedece a que la plasmación normativa de los derechos y libertades es fruto de un proceso evolutivo a lo largo del tiempo para dar solución a nuevas necesidades y aspiraciones que van surgiendo y que se van planteando una vez que han sido resueltas las anteriores. También la constitucionalización de los derechos demuestra el deseo de elevar al máximo rango normativo su reconocimiento y garantías y expresa la insuficiencia del enfoque iusprivatista para la comprensión de los denominados derechos de la personalidad. Por ello, si se trata de garantizar una verdadera protección constitucional de los nuevos derechos, quienes los proponen deben apostar por la reforma constitucional, y si dichos derechos ya están incluidos en una carta de derechos hay que convencer a los operadores jurídicos para que los reconozcan bajo el enunciado de alguno de los ya previstos explícitamente. Las dificultades políticas son considerables, pues los proponentes de un nuevo derecho suelen pensar que el proceso garantizador a nivel constitucional sería largo en el tiempo y conllevaría más esfuerzos que introducir esa disposición jurídica en el texto constitucional con el rango y el nivel que se pretende.¹⁵

¹⁴ Alegre Martínez, M.A., *op. cit.*, p. 71; el autor se hace eco de las opiniones de J. A. Marina y M. de la Válgoma en su trabajo: *La lucha por la dignidad (teoría de la felicidad política)*, Barcelona, Anagrama, 2000, pp. 145 y ss. Se afirma, por parte de los autores citados, que “la lucha por la no discriminación es más universal y está mejor fundada que la reivindicación de la diferencia. Puesto que los derechos fundamentales se poseen por participar de la naturaleza humana. Ésta es la gran percha, el gancho trascendental del que dependen los derechos a la diferencia. No al revés. Las otras alternativas son peligrosas. Si se poseen derechos por poseer un rasgo no universal —el sexo, el color, la raza, la clase, la religión— estamos sometidos irremediabilmente al dominio de la fuerza. Siempre es la fuerza la que impone la discriminación injusta”.

¹⁵ Sobre el tema Prieto Sanchís, L., “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, núm. 22, 1995, pp. 9 y ss. También Gavara de Cara, J. C., *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, Barcelona, Librería Bosch, 2010, pp. 129 y ss. En un sentido similar puede consultarse el trabajo de Waldron, J., *Derecho y desacuerdos*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2005, pp. 261 y ss.

Debemos estar, pues, atentos ante la evidente proliferación de nuevos derechos proclamados en los textos constitucionales y en los documentos internacionales producidos por nuevas situaciones que generan nuevas expectativas. Estos derechos cuyo fin último se halla en la satisfacción de necesidades básicas son derechos sociales que tienen en su dimensión prestacional una de sus características principales. Ahora bien, ello debe ser separado, necesariamente, de la satisfacción de cualquier expectativa que se califica como nuevo derecho, y lo único que persigue es extender el concepto de derecho más allá de lo razonable. La universalización o expansión incontrolada de la noción de derecho genera un vacío conceptual que termina devaluando los derechos y convirtiéndolos en conceptos vacíos que acabarán afectando a todo el edificio constitucional. Por ello, se deben eludir los reconocimientos a nivel legislativo o incluso constitucional de nuevas aspiraciones, reivindicaciones o deseos de las personas que desean recuperar el protagonismo perdido a nivel democrático por causa de la globalización. Esos contenidos retóricos se convertirán en algo irrealizable, y los ciudadanos se desmotivarán perdiendo su confianza en los fundamentos constitucionales.¹⁶

Tratando de evitar el peligro de la hipertrofia a la que puede conducirnos lo excesivo, señalamos que una línea divisoria que permite concluir que estamos ante un “verdadero nuevo derecho” será aquella que fije que la lesión de los mismos afecta al libre desarrollo de la personalidad como exigencia de la dignidad humana. Aquí encaja perfectamente el derecho social que a los discapacitados se reconoce en el artículo 49 constitucional. Además, la relación entre la igualdad, el principio de indivisibilidad de los derechos y el de la universalidad de los mismos actúan como punto de referencia para sostener la existencia de derechos específicos de determinados sectores de la población. Así, cuando se habla de derechos de un colectivo concreto no se están formulando nuevos derechos de los cuales solo serían titulares los sujetos que pertenecen a esa categoría: en este caso las personas discapacitadas. Porque los derechos son universales e iguales para todos los seres humanos y teniendo en cuenta que determinados colectivos, por diversas razones, se hallan en una peculiar situación de desprotección e indefensión, se hace necesario poner el acento en el reconocimiento de sus derechos, en las peculiares circunstancias y en el establecimiento de garantías específicas para lograr su eficaz protección. Esto entra en relación con el contenido material de la igualdad y el concepto de acción positiva, que se dirige a la consecución de la igualdad real y efectiva, incluso admitiendo la posibilidad de la existencia

¹⁶ Revenga Sánchez, M., “Cinco grandes retos (y otras tantas amenazas) para la democracia constitucional del siglo XXI”, *Parlamento y Constitución, Anuario*, Cortes de Castilla-La Mancha y Universidad de Castilla-La Mancha, núm. 12, 2009, pp. 33 y ss.

de las desigualdades de derecho para corregir las desigualdades de hecho (artículo 9.2 de la CE).¹⁷

Por ello, la protección constitucional de la discapacidad está estructurada como una relación jurídica, ya que reúne los requisitos que deben concurrir para encontrarnos ante un verdadero derecho de carácter social: *a)* los sujetos a los que se atribuye la situación de poder en que el derecho consiste (disminuidos psíquicos, sensoriales y físicos —según el artículo 49 de la CE—); *b)* el objeto o ámbito de actuación soberana que queda sometido al poder del titular (los poderes públicos, artículo 49 de la CE); *c)* la delimitación del contenido, incluyendo la posibilidad de exigir el cumplimiento de ciertos deberes (realizar una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los titulares del derecho a los que prestarán la atención especializada que requieran); *d)* las garantías jurídicas imprescindibles para su exigibilidad. Al respecto, el artículo 49 de la CE prescribe la obligación de los poderes públicos de amparar especialmente a los discapacitados para el disfrute de los derechos reconocidos en el título I de la CE. Y en el artículo 53.3 de la CE, con carácter general, se señala que los derechos sociales podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen.¹⁸

IV. LA PROYECCIÓN NORMATIVA DEL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD EN EL CASO ESPAÑOL

A tenor de lo precisado en los apartados anteriores es ahora el momento de determinar si los principios previamente enunciados encuentran el correspondiente reflejo en la normativa ordinaria que se ocupa de regular la protección de las personas con discapacidad. Así las cosas, en el derecho español la evolución del tratamiento de la discapacidad hacia un modelo social se había producido ya antes de la aprobación y entrada en vigor, el 3 de mayo de 2008, de la Convención Internacional sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad. Esta norma y su protocolo facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de la ONU. Ambas normas son tratados internacionales que recogen los derechos de las personas con discapacidad, así como las obligaciones de los Esta-

¹⁷ Alegre Martínez, M. A., *op. cit.*, p. 77.

¹⁸ Sobre este punto véase el trabajo de Sánchez González, S., “¿Todavía más derechos? ¿De qué derechos hablamos?”, *Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, UNED, núm. 25, 2010, pp. 314 y ss. También Cartabia M., “La edad de los ‘nuevos derechos’”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, UNED, núm. 81, 2011, pp. 63 y ss.

dos partes, de promover, proteger y asegurar esos derechos. España ratificó la Convención y su protocolo Facultativo por instrumento de ratificación de la Jefatura del Estado, publicado en el *BOE* el 21 de abril de 2008, entrando en vigor el 3 de mayo del mismo año. A partir de ese momento forma parte del ordenamiento interno, siendo norma de obligado cumplimiento (artículo 96.1 de la CE).

De la lectura de este texto normativo se deduce que dicho tratado se ocupa de la discapacidad desde muy diversas facetas y perspectivas, procurando una protección integral y completa de quienes se encuentren por ella afectados. Los derechos y libertades reconocidos a las personas con discapacidad no difieren de los que con carácter general se proclaman en otros textos internacionales; pero en su origen subyace la idea de abordar la realidad comprobada de que este reconocimiento general podría no ser suficiente para la protección de los derechos y libertades de un colectivo especialmente vulnerable que puede sufrir los efectos derivados de un posible desconocimiento. Por ello, en el Preámbulo se insiste en que la discapacidad es un concepto que evoluciona, siendo actualmente el resultado de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actividad y al entorno, las cuales impiden su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que el resto de las personas.

La entrada en vigor de esta Convención internacional coincide, además, en el tiempo con un momento en el que se da una creciente y justificada preocupación social por las demandas y necesidades específicas de las personas con discapacidad; en el plano normativo se aprecia una amplia actividad legislativa. Con la entrada en vigor de la Constitución de 1978 fue necesario adaptar a sus contenidos las normas del ordenamiento jurídico que así lo requerían quedando inicialmente plasmadas en la Ley 13/1983, del 24 de octubre, por la que se modifica el Código Civil y se regula el nuevo régimen jurídico de la incapacitación. También son buena prueba de lo antes dicho la Ley 41/2003, de Protección patrimonial de las personas con discapacidad; la Ley 51/2003, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad; la Ley 39/2006, del 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia; la Ley 1/2009, del 25 de marzo, de reforma de la Ley del Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios especialmente protegidos; la Ley 41/2003, del 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad. En todas estas normas se contemplan medidas legislativas concretas de cara a la protección de las personas con discapacidad. Junto a ellas existen otras normas generales que contienen preceptos

donde se alude a la peculiar situación de los discapacitados ante los diferentes aspectos de la realidad social. También debe ser tomada en cuenta la legislación aprobada al efecto por las comunidades autónomas. Toda la normativa citada ha coadyuvado a que se produzca un cambio sustancial en el concepto y desarrollo de la discapacidad, ampliando su ámbito y el abanico de las políticas sociales sobre la materia.¹⁹

En el desarrollo legislativo del tema son tres las normas básicas que ponen de relieve el cambio conceptual de la discapacidad: la Ley 13/1982, del 7 de abril, de integración social de los minusválidos; la Ley 51/2003, del 2 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Acceso Universal para Personas con Discapacidad; y la Ley 39/2006, del 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a Personas en situación de Dependencia.

La primera de las tres normas citadas no habla de discapacidad, sino que se preocupa de la integración social de quienes padecen algún tipo de minusvalía, utilizando una terminología que obedece a criterios médicos. Así entiende por “minusválidos toda persona cuyas posibilidades de integración educativa, laboral o social se hallen disminuidas como consecuencia de una deficiencia, previsiblemente permanente, de carácter congénito o no, en sus capacidades físicas, psíquicas o sensoriales”. No cabe duda de que el contenido de la Ley 13/1982 se vio influenciado por la “Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías” que realizó la Organización Mundial de la Salud en 1980. En dicho documento se contienen, definen y diferencian las situaciones de deficiencia, discapacidad y minusvalía. El modelo médico de la discapacidad contenido en dicha norma actualmente es inadecuado por su contenido peyorativo, pero significó el comienzo de una política intervencionista de cara a la integración social.

Por su parte, la Ley 51/2003, de Igualdad de Oportunidades, no Discriminación y Acceso Universal para Personas con Discapacidad, a pesar del tiempo transcurrido desde la aprobación de la Ley de 1982, no la derogó, sino que la completó con nuevas políticas y cambió la idea de la discapacidad al utilizar un modelo de contenido social. Esta norma es consecuencia de las modificaciones operadas por la Organización Mundial de la Salud

¹⁹ *Cfr.* al respecto el trabajo de Pérez de Ontiveros Baquero, C., “La Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y el sistema español de modificación de la capacidad de obrar”, *Revista Derecho Privado y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm 23, 2009, pp. 335 y ss. La autora se preocupa del análisis exhaustivo del modelo propuesto en la Convención para la protección de los discapacitados en el ejercicio de sus derechos y el reflejo que ello ha tenido en todos los ámbitos del derecho español.

en la nueva “Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad” realizada en el año 2001. También influyeron las Directivas de la Unión Europea sobre la materia, especialmente la Directiva 2000/78/CE y la Directiva 2002/73/CE, donde se regulan la discriminación indirecta y la transversalidad normativa de la discapacidad en lo referente a los temas de salud, trabajo, vivienda, ocio o deporte. La justificación de esta norma que nos proporciona su Preámbulo se encuentra en los cambios producidos a la hora de entender el significado de la discapacidad y la necesidad de proporcionar nuevos enfoques y estrategias, pues la situación de desventaja en la que se encuentra una persona con discapacidad tiene su causa no solo en sus dificultades personales, sino también en los obstáculos y limitaciones que se dan en la sociedad. Por ello, las nuevas estrategias de intervención deben operar sobre las situaciones personales y sobre los condicionantes ambientales: lucha contra la discriminación y la accesibilidad universal. Solo si estos principios se consolidan y desarrollan los discapacitados podrán actuar en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos y se evitarán las posibles discriminaciones.²⁰

La Ley 39/2006, del 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a Personas en situación de Dependencia, trae su razón de ser del propio concepto del derecho a la salud como fin de Estado (artículo 50 de la CE), que vincula el problema de las situaciones de dependencia con el de las condiciones para el ejercicio efectivo de los derechos. Con ello se pretende favorecer a todas aquellas personas faltas de autonomía personal o en situación de dependencia. En el preámbulo de la Ley se hace alusión a que dicho colectivo, hasta esos momentos, había sido objeto de un apoyo informal, no regulado, que procedía de las familias, y dentro de éstas el mayor aporte procedía de la mujer. Ese apoyo informal cada vez se ve más dificultado por los cambios originados en los últimos tiempos en el modelo de familia. También pretende la Ley sustituir la atención familiar por ayudas del sector público para favorecer la autonomía de los miembros de las familias con personas dependientes.²¹

En el ámbito de las comunidades autónomas también se han ocupado de este tema diversas normas, que van desde los estatutos de autonomía hasta leyes o decretos que persiguen buscar soluciones a los problemas suscitados

²⁰ Bastida Freijedo F. J., *op. cit.*, p. 86.

²¹ Un comentario a este tema, desde los parámetros de la igualdad sustantiva, puede consultarse en Vivancos Comes, M., “Promoción a la igualdad y atención a la dependencia”, en Álvarez, Figueruelo y Nuño (dir.) y Cancio (coord.), *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad*, 2a. ed., Madrid, Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos y editorial Iustel, 2011, pp. 207 y ss.

en torno a la discapacidad. Los nuevos estatutos de autonomía recogen en sus declaraciones de derechos el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de discapacidad. Se persigue su integración y el establecimiento de ayudas procedentes del sector público para su desarrollo personal y social. Destacan también la Ley 11/2003, del 10 de abril, de la Comunidad Valenciana y la Ley Aragonesa 13/2006, del 27 de diciembre. Estas normas consagran un verdadero estatuto de las personas con discapacidad, al reconocer los principios rectores de actuación de la correspondiente autonomía de cara a la prevención, tratamiento e integración de las personas con discapacidad y el reconocimiento de verdaderos derechos subjetivos de este colectivo.

El marco normativo europeo e internacional insiste en la idea de definir a la discapacidad en el sentido en que actualmente lo hace la Organización Mundial de la Salud, como un problema complejo en el que interactúan las características del organismo humano junto con las de la sociedad en la que vive, y que comprende las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación. Se trata de un modelo social y no biosanitario, en el cual la discapacidad no afecta a una minoría, sino que es universal, porque todas las personas tendencialmente somos discapaces. La discriminación directa e indirecta de los discapacitados están prohibidas en el marco de las políticas, tanto privadas como públicas. Y la jurisprudencia internacional avala las políticas de acción positiva, incluida la discriminación positiva a favor de las personas en situación de discapacidad para lograr una ciudadanía incluyente.²²

En la misma línea la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada en Niza el 7 de diciembre de 2000, y con valor jurídico concedido por el artículo 6 del Tratado de Lisboa —vigente desde el 1o. de diciembre de 2009— prohíbe, en su artículo 21, todo tipo de discriminación (entre otras causas la ejercida por razón de discapacidad), y en el artículo 26 proclama que “*la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad*”.²³

²² El trabajo de Álvarez Lata, N. y Seoane, J. A., “El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, *Revista Derecho Privado y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 24, 2010, pp. 11 y ss. Los autores analizan la evolución del tratamiento jurídico de la discapacidad y sus consecuencias en la vida de la persona. La evolución de la normativa en el caso español ha discurrido en paralelo a la transformación de los modelos explicativos de la discapacidad.

²³ Sobre el contenido, significado y funciones de la Carta de Niza puede consultarse nuestro trabajo Figueruelo Burrieza, A., “La protección de los derechos fundamentales en

Esta norma adquiere el rango de derecho originario y es de obligado cumplimiento tanto para la Unión Europea como para los Estados partes de esa organización supranacional. Por ello, deberá ser cumplida tanto por las instituciones europeas como por las autoridades nacionales cuando en sus actuaciones se trate de aplicar el derecho de la Unión. El Tribunal de Luxemburgo y los jueces y tribunales ordinarios de cada país son los poderes públicos encargados de velar por su correcta aplicación y del respeto de su contenido esencial. También ha aprobado la Unión Europea por Decisión del Consejo del 26 de noviembre de 2009, la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Su importancia se halla en que se trata de la primera convención de derechos humanos de la ONU que la Unión Europea ratifica en su calidad de organización internacional con personalidad jurídica propia, aunque todavía es precisa aun la aprobación de un código de conducta entre el Consejo, los Estados miembros y la Comisión, que establezca los acuerdos internos necesarios para la aplicación y la representación de la Unión Europea en las reuniones de los órganos creados por la propia Convención. Por ello, la Reunión Informal de Ministros de la Unión Europea del ámbito de la discapacidad (Zaragoza, 19 de mayo de 2010) instó a los Estados miembros que aún no habían ratificado la Convención ni su Protocolo Facultativo, a hacerlo. Y la resolución del 8 de junio de 2010, aprobada por el Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores, sobre un Nuevo Marco Europeo de Discapacidad, invita a los Estados miembros y a la Comisión a promover la ratificación y aprobación de la Convención, también a continuar los esfuerzos para aprobar el Código de Conducta y para adoptar las legislaciones nacionales y de la Unión Europea al contenido de la Convención.

Destaca de dicho contenido el concepto de universalidad de la discapacidad, que conduce al desarrollo de políticas de diseño universal de aplicación a todas las personas, sin que sea preciso hacer adaptaciones o diseños especializados, sin perjuicio de medidas concretas para determinados colectivos. Los principios que deben ser desarrollados cuando sean adaptadas las correspondientes legislaciones son los imprescindibles para poder relacionar la discapacidad con la autonomía personal y con la organización y el funcionamiento de la comunidad política y social: respeto a la dignidad humana, prohibición de discriminación, participación efectiva en la realidad social y política, respeto a la diferencia, libre accesibilidad, igualdad de oportunidades, igualdad entre mujeres y hombres y derecho a preservar la identidad.

el marco de la Unión Europea”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Coruña*, núm. 5, 2001, pp. 315 y ss.

V. ALGUNOS PROBLEMAS PARA EL DEBATE DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL

La evolución histórica de los derechos se percibe en su aparición paulatina y escalonada. Cada generación de derechos, una vez evolucionados, supera a los de la etapa anterior. Actualmente se aprecia una transformación en dos sentidos contrapuestos; pues, por un lado retroceden algunos derechos básicos, y por otro asistimos a la aparición de nuevos derechos, que distorsionan la visión de los clásicos derechos de libertad, y que no pueden ser entendidos al margen de éstos. La mayor parte de estos “nuevos derechos” provienen de un proceso de fragmentación de los denominados derechos clásicos. Es el caso de todos los derechos que se derivan del principio de no discriminación; el énfasis puesto en este principio, en las últimas décadas en Europa, ha hecho reconocer un gran número de derechos nuevos cuyos titulares son colectivos en situaciones de especial vulnerabilidad: mujeres, personas mayores, inmigrantes, infancia, lesbianas, gays, transexuales y bisexuales, y por supuesto personas con discapacidad... A veces esta saturación de derechos obliga a las instituciones públicas a escoger y prelación entre ellos, pues es evidente que el ejercicio de los derechos tiene un coste. Los recursos institucionales, legales y financieros son escasos —más aún en esta época de crisis desoladora— y los poderes públicos se verán obligados a priorizar unos derechos sobre otros, quedando bastantes expectativas sin satisfacer.²⁴

Los derechos enfocan al individuo desde un ángulo determinado y centrándose solo en algunos aspectos. El hombre-mujer titular de derechos aparece siempre como víctima potencial o posible demandante; desgraciadamente, los derechos no pueden abarcar todas las filiaciones de la experiencia humana: necesidades, deseos, responsabilidades, virtudes, carencias... En la era de la proliferación de los derechos es precisa una “aproximación atemperada”²⁵ a los derechos humanos basada en la presunción de que mientras sean herramientas útiles para ayudar a disminuir la injusticia y faciliten la mejora de las condiciones de vida de la gente se habrá conseguido que se realice su objetivo (que nunca será la justicia perfecta) y los derechos habrán obtenido el lugar que les corresponde.

Aplicando las previas reflexiones al caso de los discapacitados, estamos obligados, desde el modelo social predominante, a entender la discapacidad

²⁴ *Cfr.* sobre este tema Cartabia, M., “La edad de los nuevos derechos”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, UNED, núm. 81, 2011. De interés especial las pp. 92 y ss.

²⁵ Expresión que ha sido tomada del trabajo de Cartabia, M., *op. cit.*, p. 92.

como un conjunto complejo de situaciones causantes de esa disminución de autonomía plena para poder interactuar socialmente. Pero, una vez reconocidas esas situaciones y aprobadas las políticas necesarias para superarlas o paliarlas, desde la perspectiva de los discapacitados se plantea el derecho a la no intervención del Estado en el ámbito de su propia intimidad. Causa de problemas es conocer lo más adecuado para garantizar los derechos ciudadanos de los discapaces —sobre todo de los psíquicos—, dado el conflicto entre distintas normativas. Entran derechos en colisión, y es necesario prelación de bienes y valores y ponderar los resultados (aborto, derecho a la vida, esterilización, protección de la integridad física y mental,...). Tema sobre el que tienen mucho que decir todavía los tribunales nacionales e internacionales.

También se ha creado una amplia jurisprudencia sobre el derecho a la igualdad y la no discriminación propiciando políticas de inclusión social de los discapaces para lograr la efectividad de sus derechos. De ahí que, ante situaciones con diferencias objetivas y razonables, podrán los poderes públicos realizar tratos desiguales, porque el contenido actual del derecho a la igualdad admite un trato desigual ante situaciones desiguales. Esto ha acarreado la modificación del criterio de la discriminación, incluyendo en su contenido el supuesto de la discapacidad, admitiendo la constitucionalidad de las discriminaciones positivas y regulando la discriminación indirecta a nivel legal.²⁶

El contenido prestacional de los derechos que asisten a los discapacitados forma parte de la naturaleza social de los mismos. Pero no solo se requieren prestaciones de carácter económico, sino que son imprescindibles cambios normativos de carácter procesal, organizativo o institucional. De ahí que además de las correspondientes prestaciones sanitarias se requieran normas sobre accesibilidad, libertad de circulación, derecho a proteger su imagen, no discriminación, derecho a recibir información. Derechos que pueden hacerse extensivos a quienes cuidan de los discapacitados que ven afectada su calidad de vida por esta situación de entrega para atender al discapaz a plena dedicación.

Las políticas prestacionales que los poderes públicos deben llevar a cabo en un Estado social, para dar contenido a ciertos derechos tienen, en el caso de los discapacitados, un carácter transversal y no son actos de beneficencia: salud, vivienda, educación, deporte... pueden ser reclamados en el ejercicio de un verdadero derecho. El discapaz no es un deficiente; solo es el entorno que le rodea. Por ello las dificultades del entorno personal y social deberán ser eliminadas para que la discapacidad sea una situación dinámica y cir-

²⁶ Cfr. al respecto Bastida Freijedo, F. J., *op. cit.*, pp. 90 y ss.

cunstantial. El artículo 9.2 de la CE obliga a los poderes públicos a remover los obstáculos para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas (principio de la igualdad material).

Pero, además, en el Estado social y democrático de derecho, donde su carácter prestacional encuentra su fundamento en la fusión entre el sector público y el sector privado, el tema de los discapacitados no puede quedar reducido a una relación bilateral entre el individuo y el Estado. Es necesaria una relación a tres bandas donde entra a participar la sociedad y los particulares que en ella habitan y se relacionan. El tema de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros particulares, impensable en el modelo decimonónico del Estado liberal, permite entender que éstos vinculan, con mayor fuerza, al Estado, pero también se dan relaciones en el sector privado, relaciones que deben ser entendidas en el marco del derecho constitucional. El mandato de no discriminación directa o indirecta se da también en las relaciones sociales, sobre todo en las relaciones laborales y en el tema educativo.

Entre los deberes del sector público se halla la obligación de propiciar la igualdad social aprobando normas que aludan a esas obligaciones sociales y desarrollando políticas de acción positiva para incentivar al sector privado a favorecer la integración social de las personas con discapacidad.²⁷

El colectivo de la discapacidad no escapa tampoco a la gran discriminación mundial: la desigualdad entre mujeres y hombres. Si la discapacidad tiene que ver con la pobreza, también puede decirse que las mujeres están más afectadas por los ingresos económicos que los hombres. Pero hay además un elemento agravante: las mujeres cuidan, pero no reciben cuidados. Por ello, a partir de cierta edad hay una mayor prevalencia de morbilidad entre las mujeres y más discapacidad. Esto no es debido a que su esperanza de vida sea mayor, sino que la explicación se encuentra en la sobrecarga de trabajo que acumulan las mujeres: trabajo doméstico más trabajo fuera de casa. Si a ello le sumamos que son las mujeres las cuidadoras principales, pero que no reciben la ayuda que necesitan, cuando llega el caso, no es de extrañar que un 66% de los discapacitados en nuestro país necesitados de ayuda pertenezcan al sexo femenino.²⁸

²⁷ Un desarrollo más amplio de la eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros particulares puede consultarse en nuestro trabajo Figueruelo Burrieza, A., “Los derechos fundamentales en el Estado social y su eficacia en las relaciones privadas”, en las *Memorias del Congreso Internacional sobre Derecho Público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Santafé de Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho-Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, 1996, pp. 239 y ss.

²⁸ Es ilustrador el artículo del diario *El País* del 13 de enero de 2012, que se titula “La pobreza lleva a la discapacidad, y la discapacidad a la pobreza”. Se analizan los factores de

En esa misma línea, en el artículo 14 de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, del 26 de marzo de 2007, cuando se fijan los criterios generales de actuación de los poderes públicos, para conseguir la igualdad real y efectiva, se ordena tener en consideración las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos en situación de especial vulnerabilidad; entre ellos se encuentran las mujeres con discapacidad, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva. Las mujeres con discapacidad, hasta épocas muy recientes, han experimentado múltiples desventajas y han sido objeto de una doble exclusión, tanto por su género como por la discapacidad sufrida. Es preciso desterrar roles tradicionales y culturales impuestos en la sociedad, y que los poderes públicos tomen conciencia del problema y desarrollen las políticas adecuadas en materias como la educación, o la capacitación laboral y el empleo, el derecho a la salud y a formar una familia... para lograr así una plena integración social.

Todas esas medidas, que han de ser tomadas desde el sector público e implementadas como consecuencia del postulado del Estado social de derecho, deben estar relacionadas con la posibilidad de influir definitivamente en la toma de decisiones que atañen a la sociedad y la convierten en inaccesible para las mujeres que pertenecen al colectivo de los discapacitados.²⁹

la discapacidad y se pone el acento de que estos problemas “en femenino, peor”, porque si la discapacidad tiene que ver con la pobreza, también las mujeres están más afectadas por los ingresos económicos que los hombres.

²⁹ Sobre las políticas públicas para la igualdad real y efectiva —igualdad material o sustantiva— recogidas en el artículo 14 de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, puede consultarse el comentario a dicho precepto realizado por Marrades Puig, A., en García Ninet, J. I. (dir.) y Garrigues Giménez, A. (coord.), *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Valencia, CISS, Grupo Wolters Kluwer, 2007, pp. 199 y ss.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL CONTEXTO DE UN ESTADO (DEMOCRÁTICO) DE DERECHO: UNA APROXIMACIÓN*

Imer B. FLORES**

A Jorge Carpizo

El pueblo de México ama y desea tenazmente la libertad; pero por ciertas contradicciones e inconsecuencias que se advierten en su carácter nacional, está tenazmente adherido a instituciones y prácticas esencialmente incompatibles con ella.

José María Luis MORA¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Consideraciones analíticas y conceptuales*. III. *Consideraciones dialécticas y funcionales: la libertad de expresión, la reforma electoral y el modelo de comunicación política*. IV. *Conclusión*.

* Versión extensa del primer punto homónimo incluido en el artículo colectivo de Astudillo, César *et al.*, “La libertad de expresión y sus principales manifestaciones en el contexto de la democracia electoral mexicana”, *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, núm. 4, 2013, pp. 175-224. Dicho artículo corresponde a la síntesis del proyecto colectivo de investigación “La libertad de expresión y sus principales manifestaciones en el contexto de la democracia mexicana”, desarrollado por el área de Derecho Electoral del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), y patrocinado por el Fondo de Apoyo a la Observación Electoral 2012 del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD).

** Investigador, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Pride D y SNI III. Correo electrónico imer@unam.mx y Twitter @imerbflores. El autor agradece a Arnulfo Daniel Mateos Durán y Alberto Abad Suárez Ávila su apoyo en la compilación de fuentes de información para la realización de este proyecto de investigación, y, por supuesto, al financiamiento del PNUD para participar en el mismo.

¹ Citado por Arnáiz y Freg, Arturo, “Prólogo”, en Mora, José María Luis, *Ensayos, ideas y retratos*, México, UNAM, 1941, p. XVII.

I. INTRODUCCIÓN

Reflexionar sobre la pertinencia de las palabras de José María Luis Mora me ofreció una aproximación introductoria al problema que nos ocupó en un proyecto colectivo de investigación sobre la constitucionalidad del modelo de comunicación política que adoptó la reforma a la Constitución en materia electoral, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 13 de noviembre de 2007. En aquel entonces, después de una década de haber nacido México a la vida como nación independiente, Mora adelantaba que el pueblo mexicano, a pesar de amar y desear tenazmente la libertad, estaba adherido a instituciones y prácticas esencialmente incompatibles con ella, tales como el clero y la milicia,² con lo cual advertía que no bastaba con “Tener el aparato y las formas exteriores de un gobierno libre y constitucional sin la realidad de sus principios y garantías”.³ Así, dejaba entrever que el problema no era nada más reconocer constitucionalmente ciertos derechos y sus garantías, sino que además era necesario erradicar las prácticas e instituciones incompatibles con los mismos.

De forma análoga, y en el contexto actual, ante los llamados poderes fácticos, tales como los medios de comunicación y el clamor reciente, sobre todo en redes sociales y el movimiento #132, por su mayor democratización, debemos preguntarnos si la reforma a la Constitución en materia electoral, en general, y el modelo de comunicación política que la misma consagró, en particular, son compatibles o no con la libertad de expresión y su ejercicio en condiciones de equidad. Lo anterior, sobre todo en el marco de un Estado de derecho, mismo que fue caracterizado originalmente como liberal, y que ahora recharacterizamos no solamente como democrático, sino además como constitucional, en el cual tanto la libertad, en general, como la libertad de expresión, en particular, admiten límites, ya sean negativos; es decir, evitar dañar a otros, y positivos; esto es, facilitar la participación de todos en condiciones de equidad. Para tal efecto, comenzamos —a partir de contrastar dos modelos— con algunas consideraciones analíticas y conceptuales sobre “estado de derecho”, “libertad”, y “libertad de expresión”; continuamos con las consideraciones dialécticas y funcionales sobre los alcances y las limitaciones de la libertad de expresión, a partir de su relación con la reforma

² Flores, Imer B., “Las proezas de la libertad en el Bicentenario de la Independencia y en el Centenario de la Revolución”, en Sarmiento, Sergio (coord.), *Quinto concurso de ensayo “Caminos de la Libertad”. Memorias*, México, Grupo Salinas, Fomento Cultural Grupo Salinas y Caminos de la Libertad, 2011, pp. 129-148.

³ José María Luis Mora citado por Krauze, Enrique, *Siglo de caudillos. Biografía política de México 1810-1910*, México, Fábula Tusquets, 2002, p. 86.

electoral y el modelo de comunicación política; y, finalmente, concluimos con las reflexiones de rigor.

II. CONSIDERACIONES ANALÍTICAS Y CONCEPTUALES

1. *Estado de derecho*

Consideramos que es imperativo comenzar este apartado por recordar que el concepto de “Estado de derecho”⁴ está asociado con el “gobierno de (las) leyes”, el “Estado de (la) razón” y el *rechtstaat*, en contraposición al “gobierno de (los) hombres”, al “Estado de (la) pasión” y al *machtstaat*, bajo la forma de “Estados autoritarios” o “totalitarios”, respectivamente; con el “imperio del derecho”, identificado con la expresión en inglés *rule of law*, y con las caracterizaciones, ya sea como “estado liberal de derecho”, al cual se le puede contraponer en el pasado el “estado social de derecho”, y en la actualidad el “estado democrático de derecho”, o bien como “estado legislativo de derecho”, al cual se le ha contrapuesto recientemente el “estado constitucional de derecho”.⁵

Así, es conveniente anotar, como lo hace Norberto Bobbio, que ya desde los antiguos griegos y romanos es un lugar común cuestionar qué es mejor: el “gobierno de los hombres” o el “gobierno de las leyes”.⁶ Al respecto, Aristóteles parte por inquirir “si acaso conviene más ser gobernados por el mejor hombre que por las mejores leyes”. Ciertamente, se pronuncia por el gobierno de las mejores leyes, sobre todo para regular los casos abstractos o generales, a partir de la *razón*. Sin embargo, no deja de identificar alguna

⁴ Cabe adelantar que en algún otro lugar hemos tratado de denunciar dos errores comunes en torno al concepto de “Estado de derecho”: por un lado, identificar “Estado y derecho”, al grado que la expresión “Estado de derecho” sería una perogrullada o un pleonismo: ya sea que todo estado es de derecho y todo derecho es de estado, o bien que todo estado es un estado de derecho y todo derecho es un derecho de estado; y, por otro, derivar las características de un “Estado de derecho” a partir de las características resultantes de conjugar las de “Estado y derecho”. Véase Flores, Imer B., “Estado de derecho y legislación: el problema de la regla de la mayoría”, en Labastida, Jaime y Aréchiga, Violeta (eds.), *Identidad y diferencia*, México, Siglo XXI, 2010, vol. I: *La política y la cultura*, pp. 148-163.

⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 2a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 1997, pp. 21-45, y Ferrajoli, Luigi, “Jueces y política”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año IV, núm. 7, enero de 1999, pp. 63-79. Véase también Flores, Imer B., “Constitución, democracia y derecho: teoría constitucional y valores constitucionales”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 13, 2003, pp. 145-159.

⁶ Bobbio, Norberto, “Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes”, *El futuro de la democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 120-136.

ventaja del gobierno del mejor hombre para resolver casos concretos o particulares, a través de la *pasión*: “es mejor aquello a lo que no se asocia lo pasional que aquello a que le es algo connatural. Efectivamente, en la ley esto no se encuentra, mientras que toda alma humana lo tiene necesariamente. Pero tal vez alguno diría que, a cambio de eso, un hombre decidirá mejor en los casos concretos”.⁷

Sin embargo, el estagirita concluye: “Pero tanto queda claro que es preciso que haya un legislador y existan las leyes; pero que no deben ser soberanas donde se salgan de sus límites, aunque deben tener autoridad en todo lo demás”.⁸ Es más, en su *Ética nicomaquea* instruye: “Por este motivo no permitimos que gobierne el hombre, sino la ley, porque el hombre ejerce el poder para sí mismo y acaba por hacerse tirano”.⁹ En este sentido, el gobierno de las leyes, en contraste al de los hombres, implica el gobierno de la razón por encima de la pasión: “Cada uno de ellos [*i. e.* de los ciudadanos] ciertamente, tomado como un individuo cualquiera, es seguramente inferior al mejor; pero la ciudad se compone de muchos, lo mismo que un banquete al que contribuyen todos es mejor que el de una sola persona; por eso juzga mejor muchas veces una multitud que un individuo cualquiera”.¹⁰

En este mismo orden de ideas, cabe recordar a Cicerón, cuando cita a Catón el viejo:

[L]a organización política de nuestro Estado [el romano] supera a la de los demás Estados [los cretenses, los lacedemonios, los atenienses]... porque en ellos fueron por lo común individuos quienes establecieron, cada uno, su constitución...; en cambio, nuestra constitución [la romana] no fue establecida por el ingenio de uno sólo, sino por el de muchos, y no en una sola vida de un hombre sino en algunos siglos y edades; pues... ni había surgido un genio tan grande como para que alguna vez hubiera existido alguien a quien ninguna cosa se le escapara, ni todos los genios aplicados a una sola época como para que lo abarcaran todo sin la experiencia de las cosas y una larga duración.¹¹

Por su parte, sir Edward Coke, a partir de su concepción del derecho como “razón artificial” y a través del proverbio legal *per varios usus experientia legem fecit*, arriba a una conclusión muy parecida:

⁷ Aristóteles, *Política*, trad. de Carlos García Gual y Aurelio Pérez Jiménez, Barcelona, Altaya, 1993, p. 139.

⁸ *Idem.*

⁹ Aristóteles, *Ética nicomaquea*, trad. de Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, 1983, p. 119.

¹⁰ Aristóteles, *Política*, *cit.*, p. 139.

¹¹ Cicerón, Marco Tulio, *De re publica*, trad. de Julio Pimentel Álvarez, México, UNAM, 1984, p. 39.

Nuestros días sobre la tierra no son más que una sombra respecto a los días y épocas pasados. De donde se infiere que *las leyes han sido hechas por la sabiduría de los hombres más excelentes*, en muchas edades sucesivas, mediante dilatadas y continuadas experiencias (la prueba de la luz y de la verdad), acabadas y refinadas, lo cual ningún hombre (disponiendo de tan poco tiempo), aunque tuviese la sabiduría de todos los humanos, en ningún período podría haber obtenido.¹²

El “Estado de derecho” como “gobierno de (las) leyes” o “imperio del derecho” implica que de la misma manera en que nadie, incluido el monarca o soberano, puede estar arriba de la ley, ningún ser humano, inclusive los más ricos o los mejores, pueda pasar por encima de ésta. En resumen, el “Estado de derecho” se equipara no solo con el gobierno de las leyes, sino también con el respeto a las libertades públicas: *non sub homine sed sub Deo et lege*. En otras palabras, se identifica con el principio de que efectivamente la ley gobierna a través del tiempo, ya sea *nómos basileus* para los griegos o *lex rex* para los romanos.

Por su parte, Friedrich August von Hayek reconoce que las formulaciones más efectivas del “estado de derecho” se le pueden atribuir a Cicerón:¹³

- 1) La conveniencia de las reglas generales —*leges legum*—;¹⁴
- 2) La obediencia a las leyes si queremos ser libres —*omnes legum servi sumus ut liberi esse possimus*—;¹⁵ y
- 3) La presencia del juez como la ley con voz —*magistratum legem esse loquentem, legem autem mutum magistratum*—.¹⁶

Sin duda, estas tres máximas que caracterizaron al “Estado de derecho” como “Estado liberal de derecho” han llegado hasta nosotros, al ser recibidas y reproducidas, entre otros, por Montesquieu, quien reitera la importancia de las leyes generales y retoma los pensamientos de Cicerón, por un lado, para redefinir a la libertad como la obediencia a las leyes civiles: “[L]

¹² Citado por von Hayek, Friedrich August, *The Constitution of Liberty*, Chicago, The Chicago University Press, 1960, p. 433, p. 20 (hay versión en español: *Los fundamentos de la libertad*, trad. de José Vicente Torrente, Madrid, Unión Editorial, 1998, p. 88, np 20).

¹³ Hayek, *The Constitution of Liberty*, cit., pp. 166 y 167 (*Los fundamentos de la libertad*, cit., pp. 223 y 224).

¹⁴ Cicerón, Marco Tulio, *Las leyes*, trad. de Álvaro d’Ors, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1953, p. 131.

¹⁵ Cicerón, Marco Tulio, “Discurso en defensa de Cluencio Avito”, trad. de Díaz Tintero y Fernández Llera y Calvo, *Obras completas*, Madrid, Librería de Perlado, 1917, t. XIII, p. 319.

¹⁶ Cicerón, *Las leyes*, cit., pp. 192-195.

a libertad consiste principalmente en la imposibilidad de verse forzado a hacer una cosa que la ley no ordena; sólo se alcanza este estado cuando se está gobernado por las leyes civiles: así, pues, somos libres porque vivimos sujetos a leyes civiles”.¹⁷

Y, por otro, para reducir el papel del juez a ser la mera boca de la ley: “Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes”.¹⁸ De esta forma, en un contexto caracterizado además por las doctrinas tanto de la división y separación de poderes como de la soberanía popular encarnada en la supremacía —y hasta omnipotencia— del Poder Legislativo, el “estado de derecho” se ha equiparado a un “Estado legislativo de derecho”, al resolver en automático un eventual conflicto entre el juzgador y el legislador; al requerir una absoluta deferencia del primero al segundo. En cambio, el “estado constitucional de derecho” no se caracteriza por la competencia entre los poderes Judicial y Legislativo, ni mucho menos por la subordinación de uno al otro, sino por la colaboración, complementación y coordinación de ambos como poderes constituidos y subordinados a la Constitución conforme al principio de supremacía constitucional. Al respecto, Wilfrid J. Waluchow ha afirmado:

Visto con estos ojos, los juzgadores y los legisladores no necesitan ser caracterizados por estar en *competencia* unos y otros acerca de cuál tiene mayor valentía o una mejor visión moral. Por el contrario, cada uno puede ser considerado por contribuir, en sus formas únicas, desde sus perspectivas únicas, y dentro de contextos de decisión únicos, a la consecución de un Estado de derecho moralmente sensible e ilustrado... la revisión de la constitucionalidad de leyes prepara el escenario para un “diálogo” entre las cortes y la legislatura... no como una imposición que amenace la voluntad democrática sino como un paso más en el proceso democrático.¹⁹

Además de los tres apotegmas anteriores, es común encontrar varios axiomas del “estado de derecho”, los cuales, al insistir en la generalidad de

¹⁷ Montesquieu, Charles Louis, *El espíritu de las leyes*, trad. de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Barcelona, Altaya, 1993, p. 344.

¹⁸ *Ibidem*, p. 120. Cabe recordar que sir Edward Coke, en *Calvin's Case*, asegura *Judex est lex loquens*: “el juez es una ley con voz”, y John Marshall, en *Osborn v. Bank of United States*, asevera “Los jueces son las meras bocas por las que habla el derecho” e “incapaces de querer algo”. Véase, Hayek, *The Constitution of Liberty*, *cit.*, p. 462, p. 37 (*Los fundamentos de la libertad*, *cit.*, p. 223, np 37).

¹⁹ Waluchow, Wilfrid J., *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 269 y 270.

la ley y su obediencia, refuerzan su naturaleza liberal, entre los cuales sobresalen: 1) “la igualdad ante la ley”, la cual se desdobra a su vez: A) en la “igual aplicación de la ley” a todos por igual o isonomía; y B) en el proverbio de que “casos iguales deben ser tratados de igual manera” o *ubi eadem ratio ibi eadem iuris dispositio*; 2) “la vinculatoriedad de todos ante la ley”, incluidos los gobernados y los gobernantes; 3) “la prohibición a la creación de tribunales especiales” —o *ad hoc*; y a la “proscripción de la aplicación retroactiva de la ley” —o *ex post facto*; 4) “la certeza o seguridad de la ley”, la cual recuerda preceptos como *nulla poena sine lege* y *nullum crimen sine lege*; y 5) “el debido proceso de ley”, el que refresca principios como que “nadie puede ser juez de su propia causa” y “nadie puede hacerse justicia por su propia mano”.

No obstante, como es fácil advertir, ante los extremos formales de los ideales que inspiraron el “Estado liberal de derecho” aparece primero el “Estado social de derecho” con su clamor por la igualdad, la justicia y hasta la equidad social,²⁰ y después el “Estado democrático de derecho”, el cual aspira a que la igualdad no sea meramente formal *ante* la ley, sino también material *en* la ley, al garantizar la igualdad de *todos* los seres humanos en *todos* los derechos humanos, sin importar su condición económica, política o social, edad, género, origen étnico, racial o nacional.²¹ En este sentido, las garantías de una igualdad material de condiciones o de oportunidades, a partir del mismo respeto o *isotimia*, así como la igualdad en el ágora o isegoría, son algunos elementos que caracterizan a un verdadero estado democrático de derecho. Además, lo distingue de otros tipos de estados, tanto autocráticos, despóticos y tiránicos como arbitrarios, autoritarios y totalitarios cuyos gobiernos (y hasta sus sociedades) pretenden cancelar y menoscabar los derechos o el ejercicio de los mismos, ya sea de forma parcial o total, a ciertos grupos minoritarios, e inclusive a amplios sectores de la sociedad. Ahora bien, está claro que el respeto a la totalidad de los derechos de todos los seres humanos implica que el ejercicio de los derechos de cada uno sea compatible con el de los demás. Así, toda limitación o restricción al ejercicio de los derechos o libertades debe estar justificada o legitimada, pero en ningún momento puede cancelar o menoscabar el derecho mismo, como veremos más adelante.

²⁰ Flores, Imer B., “Equidad social”, en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (eds.), *Instituciones sociales en el constitucionalismo contemporáneo*, 2a. ed., México, El Colegio Nacional-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 137-165.

²¹ Flores, Imer B., “Igualdad, no discriminación (y políticas públicas): a propósito de la constitucionalidad o no del artículo 68 de la Ley General de Población”, en Torre Martínez, Carlos de la (coord.), *El derecho a la no discriminación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 263-306.

2. *Libertad*

La palabra “libertad”, *i. e. libertatem*, deriva del latín *libertas, -atis*, y denota la condición del ser humano que no está sujeto a ninguna forma de esclavitud o de servidumbre y como consecuencia a la condición de ser libre, *i. e. libero*, y tener la capacidad para realizar toda una serie de actividades. Asimismo, es representada por una mujer que ha roto las cadenas que la mantenían subyugada y connota la lucha tanto en contra de cualquier forma de opresión como a favor de su liberación en busca de su independencia y de la posibilidad de realizarse a sí misma, *i. e.* de su autorrealización.

De esta manera, la libertad es la capacidad de una persona para querer hacer o no algo, para hacerlo de una forma o de otra, sin restricciones que le impidan su autodefinición, autodeterminación o autolimitación, más allá de no dañar a otros o impedirles su autorrealización. En este orden de ideas, la libertad implica, por un lado, la ausencia de coerción como fuerza o potestad que lo sujeta ante un querer ajeno, y por otro la presencia de autonomía como poder o facultad que lo suelta a su querer propio (para darse sus propias normas y participar en el autogobierno).

Como ya mencionamos, para Montesquieu la libertad consiste en la obediencia a las leyes civiles y a hacer lo que éstas permiten. De modo similar, tanto Jean Jacques Rousseau como Immanuel Kant coincidieron que la obediencia a la ley era esencial a la libertad. Lo anterior es posible solamente porque el ser humano es gobernado por las leyes que se da a sí mismo y que le permiten participar en el autogobierno al estar unido a los demás, pero donde “no obedece a los otros sino a sí mismo y permanece tan libre como antes”;²² o, como dicta el imperativo categórico kantiano: “obra externamente de tal modo que el uso de tu libre arbitrio pueda coexistir con la libertad de cada uno según una ley universal”.²³

Al respecto, consideramos oportuno traer a colación la distinción entre la libertad de los antiguos y de los modernos de Henri Benjamin Constant de Rebeque.²⁴ Así, para Constant, la libertad de los modernos

[N]o es... otra cosa que el derecho de no estar sometido sino á las leyes, no poder ser ni detenido, ni preso, ni muerto, ni maltratado de manera alguna por el

²² Rousseau, Jean Jacques, *El contrato social o principios de derecho político*, trad. de Everardo Velarde, México, UNAM, 1962, p. 20.

²³ Kant, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, trad. de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Barcelona, Altaya, 1993, *passim*.

²⁴ Constant, Benjamin, “De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos”, *Curso de política constitucional*, trad. de Marcial Antonio López, Madrid, Imprenta de Lavalle, 1821, t. III, pp. 155-205.

efecto de la voluntad arbitraria de uno ó de muchos individuos: es el derecho de decir su opinión, de escoger su industria, de ejercerla, y de disponer de su propiedad, y aun de abusar si se quiere, de ir y venir á cualquier parte sin necesidad de obtener permiso, ni de dar cuenta á nadie de sus motivos ó sus pasos: es el derecho de reunirse á otros individuos, sea para conferir sobre sus intereses, sea para llenar los días ó las horas de una manera la mas conforme á sus inclinaciones y caprichos: es en fin para todos el derecho de influir ó en la administración del gobierno, ó en el nombramiento de algunos ó de todos los funcionarios, sea por representaciones, por peticiones ó por consultas, que la autoridad está mas o menos obligada á tomar en consideración (*sic*).²⁵

En cambio, los antiguos:

[A]dmitían como compatible con esta libertad colectiva la sujeción completa del individuo á la autoridad de la multitud reunida. No encontrareis en ellos casi ninguno de los beneficios y goces que hemos hecho ver... Todas las acciones privadas estaban sometidas á una severa vigilancia: nada se concedía a la independencia individual ni bajo el concepto de opiniones, ni del de industria, ni de los otros bienes que hemos indicado. En las cosas que nos parecen las mas útiles, la autoridad del cuerpo social se interponía, y mortificaba la voluntad de los particulares (*sic*).²⁶

Como es sabido, la distinción anterior ha dado lugar —como lo advirtió Isaiah Berlin— a dos conceptos de libertad: uno positivo y otro negativo.²⁷ Cabe recordar que los antiguos aprecian su participación en el poder público, en contraposición a los modernos, que estiman su independencia privada, con lo cual hay en principio dos grandes modelos para organizar la vida humana: 1) el de la antigüedad o republicano, donde se privilegia la libertad colectiva o política y, por ello, a la igualdad y a la comunidad, y 2) el de la modernidad o liberal, donde se privilegia la libertad individual o civil y, por ende, a la libertad y a la individualidad. En otras palabras, al igual que como vimos en el caso del estado de derecho, hay una cierta tensión

²⁵ *Ibidem*, pp. 161 y 162.

²⁶ *Ibidem*, pp. 162 y 163.

²⁷ Berlin, Isaiah, “Two Concepts of Liberty”, *Four Essays on Liberty*, London, Oxford University Press, 1969, pp. 118-172 (hay versión en español: “Dos conceptos de libertad”, trad. de Julio Bayón, en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1988, pp. 215-280). Véase también Flores, Imer B., “Las andanzas y las hazañas de la libertad”, en Sarmiento, Sergio (coord.), *Primer concurso de ensayo “Camino de la Libertad”. Memorias*, México, Grupo Salinas y Fundación Azteca, 2007, pp. 129-152, y “Los dos conceptos de libertad: ¿competición o colaboración?”, en Sarmiento, Sergio (coord.), *Tercer concurso de ensayo “Camino de la Libertad”. Memorias*, México, Grupo Salinas y Fundación Azteca, 2009, pp. 199-213.

entre dos modelos y sus respectivas condiciones: una positiva como autode-terminación, y otra negativa, como ausencia de coerción. La primera, equi-parada con una libertad “para” comunitaria, democrática o republicana, y la segunda, identificada con una libertad “de” propiamente liberal.²⁸ Lo anterior, como se puede apreciar, da lugar a que existan en la actualidad dos modelos no solo de estado de derecho, sino también de libertad: uno liberal y otro democrático.

Así, parece que para el modelo liberal la libertad consiste en garantizar, en primerísimo lugar, la totalidad de los derechos fundamentales, incluidas la vida, la salud, y la propiedad —como había adelantado John Locke—,²⁹ y, en consecuencia, la autorrealización de todos y de cada uno sin la interfe-rencia estatal, en tanto que para el modelo democrático consiste en garan-tizar la libertad colectiva o política de todos precisamente mediante dicha intervención. En palabras de John Stuart Mill:³⁰

No es libre ninguna sociedad, cualquiera que sea su forma de gobierno, en la cual las libertades fundamentales no estén respetadas en su totalidad; y ningun-a es libre por completo si no están en ella absoluta y plenamente garantiza-das. La única libertad que merece este nombre es la de buscar nuestro propio bien, por nuestro camino propio, en tanto no privemos a los demás del suyo o les impidamos esforzarse por conseguirlo.

Es conveniente recordar que las formas de intervención que degeneran en opresión pueden provenir no sólo del gobierno sino también de la socie-dad o al menos de la clase dominante, como el mismo Mill denunció:³¹

Por esto no basta la protección contra la tiranía del magistrado. Se necesita también protección contra la tiranía de la opinión y sentimiento prevalecien-tes; contra la tendencia de la sociedad a imponer, por medios distintos de las

²⁸ Bobbio, Norberto, *Liberalismo y democracia*, trad. de José F. Fernández Santillán, Méxi-co, Fondo de Cultura Económica, 1989; e *Igualdad y libertad*, trad. de Pedro Aragón Rincón, Barcelona, Paidós, 1993.

²⁹ Locke, John, *A Letter Concerning Toleration*, New York, Prometheus Books, 1990 (hay versión en español: “Carta sobre la tolerancia”, en *Carta sobre la tolerancia y otros escritos*, trad. de Alfredo Juan Álvarez, México, Grijalbo, 1970, pp. 17-60.) Véase también *Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988 (hay versión en español del segundo tratado: *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de Amando Lázaro Ros, Buenos Aires, Aguilar, 1955.)

³⁰ Stuart Mill, John, “On Liberty”, *On Liberty and Other Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 16 (hay versión en español: *Sobre la libertad*, trad. de Pablo de Azcá-rate, Madrid, Alianza Editorial, 1970, p. 69).

³¹ *Ibidem*, pp. 8 y 9 (pp. 59 y 60).

penas civiles, sus propias ideas y prácticas como reglas de conducta a aquellos que disientan de ellas; a ahogar el desenvolvimiento y, si posible fuera, a impedir la formación de individualidades originales y a obligar a todos los caracteres a moldearse sobre el suyo propio.

Hay un límite a la intervención legítima de la opinión colectiva en la independencia individual: encontrarle y defenderle contra toda invasión es tan indispensable a una buena condición de los asuntos humanos, como la protección contra el despotismo político.

Así, no basta con controlar el poder (político) y sus instrumentos formales, sino además hay que vigilar una serie de mecanismos informales —y hasta sutiles— que facilitan la imposición de una concepción de las cosas a los demás, ya sea por los medios de la coacción, tanto legal como moral, incluidos los llamados poderes fácticos, tales como los medios de comunicación, con lo cual la sociedad o el sector dominante podrían llegar a cancelar o impedir que algunos individuos —ya sea una minoría significativa e inclusive una mayoría numérica— estén en libertad de concebir un plan de vida propio y llevarlo a cabo con responsabilidad, en la medida en que no impidan a los demás trazar y realizar el suyo.

El propio Mill clarifica: “el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de uno cualquiera de sus miembros... es evitar que perjudique a los demás”.³² De lo anterior resulta que la única ocasión en la cual es posible interferir con la realización del plan de alguien es para evitar que pueda dañar a otros, lo cual constituye un límite muy claro al ejercicio de su *libertad*, pues ésta debe ser ejercida siempre con *responsabilidad* para no interferir en la búsqueda del propio plan con el de los demás y, por supuesto, sin dañar a otros.

Ahora bien, Mill reconoce que la libertad humana³³

Comprende, primero, el dominio interno de la conciencia; exigiendo la libertad de conciencia en el más comprensivo de sus sentidos; la libertad de pensar y de sentir; la más absoluta libertad de pensamiento y sentimiento sobre todas las materias, prácticas o especulativas, científicas, morales o teológicas. La libertad de expresar y publicar las opiniones puede parecer que cae bajo un principio diferente por pertenecer a esa parte de la conducta de un individuo que se relaciona con los demás; pero teniendo casi tanta importancia como la misma libertad de pensamiento y descansando en gran parte sobre las mismas razones, es prácticamente inseparable de ella. En segundo lugar,

³² *Ibidem*, p. 13 (p. 65).

³³ *Ibidem*, pp. 15-16 (pp. 68 y 69).

la libertad humana exige libertad en nuestros gustos y en la determinación de nuestros propios fines; libertad para trazar el plan de nuestra vida según nuestro propio carácter para obrar como queramos, sujetos a las consecuencias de nuestros actos, sin que nos lo impidan nuestros semejantes en tanto no les perjudiquemos, aun cuando ellos puedan pensar que nuestra conducta es loca, perversa o equivocada. En tercer lugar, de esta libertad de cada individuo se desprende la libertad, dentro de los mismos límites, de asociación entre individuos: libertad de reunirse para todos los fines que no sean perjudicar a los demás; y en el supuesto de que las personas que se asocian sean mayores de edad, y no vayan forzadas ni engañadas.

Como se puede percibir, para Mill hay una estrecha relación entre la libertad humana fundamental para buscar un camino propio y las demás libertades humanas, en general, y las libertades de pensamiento y de expresión, en especial. Así, para él “debe existir la más completa libertad para profesar y discutir, como materia de convicción ética, toda doctrina, por inmoral que pueda ser considerada”.³⁴

3. *Libertad de expresión*

La libertad de expresión consagra la posibilidad de manifestar creencias, opiniones o pensamientos sin limitaciones de ningún tipo, salvo aquellas que estén expresamente consagradas y como tales justificadas o legitimadas en el principio de no dañar a otros. Aun cuando algunos autores identifican a la libertad de expresión con la libertad de palabra, resulta que la libertad de expresión se puede ejercer tanto de manera oral como escrita, por lo cual también implica la libertad de imprenta. Así, resulta clara la existencia de un hilo conductor, no solo entre la libertad de opinión y de pensamiento, la libertad de expresión y la libertad de imprenta, sino también entre otros derechos y libertades, tales como el derecho —o libertad— de información y el derecho de réplica.

Por lo tanto, el derecho a la información presupone la existencia de la libertad de expresión, y ésta la de la libertad de opinión y de pensamiento.³⁵ En otras palabras, la libertad de opinión y de pensamiento constituye

³⁴ *Ibidem*, p. 19, np 1 (p. 76, p. 1).

³⁵ Haba, Pedro Enrique, *Tratado básico de derechos humanos*, San José, Juricentro, 1986, t. II, p. 778. Véase también Flores, Imer B., “Sobre el derecho a la información (y sus colisiones)”, en Carpizo, Jorge y Arriaga, Carol B. (coords.), *Homenaje al doctor Emilio O. Rabasa*, México, UNAM, Facultad de Derecho e Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 797-824.

el fundamento de la libertad de expresión, y ésta a su vez del derecho a la información, e incluso del derecho de réplica. Así, el primer párrafo del artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra de manera explícita la libertad de expresión, al garantizar la manifestación libre de las ideas, el derecho de réplica y el derecho a la información, por un lado, y de modo implícito la libertad de opinión o pensamiento, por otro:

Artículo 6o.- La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

Cabe advertir —como lo ha hecho Sergio López Ayllón— que la prohibición comprende no solo a los órganos administrativos y judiciales, sino de modo implícito también a los legislativos, los cuales no podrían “expedir leyes que contravinieran el texto constitucional”³⁶ —y agregaríamos, aunque es una cuestión disputada que tampoco el órgano reformador o revisor de la constitución podría contravenirla—. ³⁷

De igual forma, la Constitución, en el numeral 7o., que no había sido reformado en los poco más de noventa y seis años de vigencia de la Constitución de 1917, sino hasta el decreto de reforma publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de junio de 2013, consagraba —antes de la citada reforma— la libertad de escribir y de publicar en forma escrita, así como la libertad de imprenta, al tiempo de prohibir la censura previa y el secuestro de la imprenta como instrumento del delito, por un lado, y reforzar que los

³⁶ López Ayllón, Sergio, “De la libertad de expresión al derecho a la información: crónica de un derecho en construcción”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (eds.), *El Estado constitucional contemporáneo. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. I, p. 512.

³⁷ Véase Flores, Imer B., “Sobre las formas y los límites de la legislación: A propósito de la constitucionalidad de una reforma constitucional”, en Valadés, Diego y Carbonell, Miguel (eds.), *cit.* en la nota 36, pp. 271-292; “Sobre los límites de las reformas constitucionales: A propósito de tres acciones de inconstitucionalidad recientes”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (eds.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, t. VIII, “Procesos constitucionales orgánicos”, pp. 831-856; y “Sobre la reforma a la Constitución y su control: a propósito de las implicaciones y limitaciones del amparo 186/2008”, en Astudillo, César y Córdova, Lorenzo (coords.), *Reforma y control de la constitución. Implicaciones y límites*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 127-143.

límites son “el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública”, por el otro:

Artículo 7o. Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.

De conformidad con el texto vigente —después de dicha reforma— consagra la libertad de difusión de opiniones, informaciones e ideas por cualquier medio, con lo cual pretende ampliar los alcances de las libertades tanto de escribir y de publicar como de imprenta, además de mantener la prohibición de la censura previa y actualizar los términos de la prohibición del secuestro de los bienes utilizados para la difusión de información, opiniones e ideas como instrumento del delito:

Artículo 7o. Es inviolable la libertad de difundir opiniones, informaciones e ideas, a través de cualquier medio. No se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones.

Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni coartarla libertad de difusión, que no tiene más límites que los previstos en el primer párrafo del artículo 6o. de esta Constitución. En ningún caso podrán secuestrarse los bienes utilizados para la difusión de información, opiniones e ideas, como instrumento del delito.

Asimismo, estrechamente relacionados con estos derechos y libertades se encuentran tanto la libertad de cátedra e investigación como el libre examen y discusión de las ideas (artículo 3o., fracción VII), así como la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión (artículo 24). En este sentido, el derecho de información no solo está fundamentado de manera inmediata en la libertad de expresión y de modo mediato en la libertad de opinión y pensamiento, sino también está relacionado con otras libertades. Desde la de difundir opiniones, información e ideas y la prohibición de censura previa hasta las libertades de cátedra y de investigación, sin olvidar que está ligada con los derechos de petición (artículo 8o.) y de asociación o reunión (artículo 9o.), entre otros.

Si bien el derecho a la información está estrechamente vinculado a otras libertades, en términos generales se le considera como una especie dentro del género de la libertad de expresión, en la que se puede considerar incluidas las libertades de opinión y de pensamiento. Sin embargo, por la creciente importancia que ha adquirido su desarrollo requiere de observaciones particulares que indican su trascendencia. De esta guisa, Pedro Enrique Haba sostiene que “Solamente después de consolidada la libertad de expresión puede llegarse a una libertad de información, la cual agrega, a la libertad de exteriorizar el pensamiento, la de difundirlo masivamente, de manera que llegue al conocimiento simultáneo de muchos seres humanos”.³⁸

En este sentido, el derecho a la información comprende la existencia de los medios para su ejercicio, los llamados medios de comunicación. Dichos medios pueden orientar fines no solo formativos e informativos, sino también creativos y recreativos —artísticos, de entretenimiento, educativos o culturales—. Así, al garantizar el derecho a la información no se garantizan nada más los medios para buscar o investigar información, sino además para dar o difundir, así como recibir información, y como tal es necesario garantizar los medios para su transmisión, en este caso, la existencia de los medios de comunicación. Por tanto, el derecho a la información abarca de alguna forma un derecho a la comunicación. Es más, en los últimos años, una gran cantidad de ordenamientos nacionales e internacionales han incorporado a sus textos el derecho a la información sin precisar ni distinguir sobre su contenido. Generalmente se reconoce como si solamente tuviera un aspecto, pero el derecho a la información comprende al menos dos derechos: el derecho a dar y a recibir información.

Asimismo, este derecho —según Haba— presenta una ambivalencia, al comprender al mismo tiempo un derecho a dar información que teóricamente corresponde a cualquiera, pero que en la práctica por razones de índole económica es ejercido por un reducido número de grandes empresas dedicadas a los medios de comunicación masiva, y otro derecho a recibir información del cual son titulares también todos los seres humanos. Por consiguiente, el derecho a la información se expresa en dos vertientes distintas e inconfundibles: el derecho a dar y a recibir información.³⁹ Ahora bien, no basta con dar y recibir información, sino que además ésta debe ser en principio veraz o verdadera, o al menos no abiertamente falaz o falsa, y como tal implica un derecho a la verdad.⁴⁰

³⁸ Haba, Pedro Enrique, *Tratado básico de derechos humanos*, cit. en la nota 35, p. 794.

³⁹ *Ibidem*, p. 795.

⁴⁰ Häberle, Peter, *Verdad y Estado constitucional*, trad. de Guillermo José Mañón Garibay, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

Al respecto, habría que recordar que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en ejercicio de la facultad de investigación prevista en el artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y a petición del presidente de la República, en 1996 procedió a averiguar si en el caso de Aguas Blancas (Guerrero) había “algún hecho o hechos que constituyeran una grave violación de alguna garantía individual” y en su momento estableció una relación directa entre el derecho a la información y el derecho a la verdad:⁴¹

GARANTÍAS INDIVIDUALES (DERECHO A LA INFORMACIÓN). VIOLACIÓN GRAVE PREVISTA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 97 CONSTITUCIONAL. LA CONFIGURA EL INTENTO DE LOGRAR LA IMPUNIDAD DE LAS AUTORIDADES QUE ACTÚAN DENTRO DE UNA CULTURA DEL ENGAÑO, DE LA MAQUINACIÓN Y DEL OCULTAMIENTO, POR INFRINGIR EL ARTÍCULO 60. TAMBIÉN CONSTITUCIONAL.

El artículo 60. constitucional, in fine, establece que “el derecho a la información será garantizado por el Estado”. Del análisis de los diversos elementos que concurrieron en su creación se deduce que esa garantía se encuentra estrechamente vinculada con el respeto de la verdad. Tal derecho es, por tanto, básico para el mejoramiento de una conciencia ciudadana que contribuirá a que ésta sea más enterada, lo cual es esencial para el progreso de nuestra sociedad. Si las autoridades públicas, elegidas o designadas para servir y defender a la sociedad, asumen ante ésta actitudes que permitan atribuirles conductas faltas de ética, al entregar a la comunidad una información manipulada, incompleta, condicionada a intereses de grupos o personas, que le vede la posibilidad de conocer la verdad para poder participar libremente en la formación de la voluntad general, incurren en violación grave a las garantías individuales en términos del artículo 97 constitucional, segundo párrafo, pues su proceder conlleva a considerar que existe en ellas la propensión de incorporar a nuestra vida política, lo que podríamos llamar la cultura del engaño, de la maquinación y de la ocultación, en lugar de enfrentar la verdad y tomar acciones rápidas y eficaces para llegar a ésta y hacerla del conocimiento de los gobernados.

No obstante, aunque esta relación resulta ser muy relevante, el derecho a la información se ha identificado principalmente con la libertad de expresión o manifestación libre de las ideas u opiniones. Por ello, es un lugar común pensar en el derecho a la información como una especie de la libertad de expresión, porque consiste en proporcionar cualquier tipo de comu-

⁴¹ Tesis P. LXXXIX/96, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, t. III, junio de 1996, p. 513.

nificación a los demás. Sin embargo, la mayoría de los autores identifican el derecho a la información exclusivamente con buscar o investigar, dar o difundir información, y se olvidan por completo de recibir información. Tan importante es el derecho de todo ser humano a emitir su información como el derecho a recibir información apropiada para el integral desarrollo de su vida, para satisfacer sus necesidades y alcanzar sus más altas aspiraciones, al reducir la incertidumbre y estar en posibilidad de tomar decisiones razonadas e informadas. Lo anterior abarca ciertamente los procesos electorales, incluidas las precampañas y campañas electorales.

De la misma manera en la cual vimos que existen al menos dos modelos doctrinales no solo de estado de derecho —uno liberal y otro democrático—, sino también de libertad —uno liberal y otro democrático—, resulta que también hay al menos dos modelos para explicar la libertad de expresión: uno liberal y otro democrático.⁴² Así, por un lado, en el liberal: la libertad de expresión es una libertad civil e individual; el beneficiario de su protección es el individuo, en especial el crítico o disidente,⁴³ el cual como emisor tiene el beneficio de poder expresar sus opiniones y pensamientos, y el estado no debe intervenir, salvo en el caso de que en el ejercicio de su libertad de expresión pueda dañar a otros individuos.

⁴² En los últimos años ha sido Owen Fiss quien ha desarrollado dos modelos doctrinales respecto a la libertad de expresión, mismos que caracterizó como “libertario” y “democrático”. Véase Fiss, Owen, *The Irony of Free Speech*, Cambridge, Harvard University Press, 1996 (hay versión en español: *La ironía de la libertad de expresión: un análisis de usos y abusos de un derecho fundamental*, trad. de Víctor Ferreres y Jorge Malem, Barcelona, Gedisa, 1999). Al respecto, coincidimos con Alejandro Madrazo Lajous, en el sentido de que usar la etiqueta “libertario” no es del todo afortunada ni correcta, porque parece sugerir que no hay límites y en lugar de utilizar la de “clásico” o “liberal clásico” hemos optado por la de “liberal”. Véase Madrazo Lajous, Alejandro, *Libertad de expresión y equidad. La reforma electoral de 2007 ante el Tribunal Electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011, pp. 15-30.

⁴³ Al respecto, cabe recordar que dos ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su voto de minoría en el Amparo en Revisión 2676/2003, conocido como el caso... “bandera”, “del poeta maldito”, “de Sergio Hernán Witz Rodríguez”, y fallado por la Primera Sala el 5 de octubre de 2005, afirmaron que la libertad de expresión protege “no solamente la manifestación de ideas que comparte con la gran mayoría de sus conciudadanos, sino también de ideas impopulares, provocativas o, incluso, aquellas que ciertos sectores de la ciudadanía considera ofensivas. La libertad de expresión es, en muchos sentidos, un derecho al disenso”. Citado por Cruz Parceró, Juan Antonio, “La libertad de expresión y los límites impuestos por la reforma del artículo 41 constitucional. Aspectos problemáticos”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *Estudios sobre la reforma electoral 2007. Hacia un nuevo modelo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009, II ts., p. 283.

Por otro lado, en el democrático, la libertad de expresión es una libertad política y colectiva; el beneficiario de su protección no es el individuo en sí, sino la comunidad, la cual como receptora tiene el beneficio de una diversidad y hasta pluralidad de opiniones y pensamientos, y el Estado debe intervenir para garantizar no solo dicha diversidad y hasta pluralidad de opiniones y pensamientos, sino también la equidad, a las que concibe como necesarias para la deliberación pública.

III. CONSIDERACIONES DIALÉCTICAS Y FUNCIONALES: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, LA REFORMA ELECTORAL Y EL MODELO DE COMUNICACIÓN POLÍTICA

Como ya sugerimos, ambos modelos —tanto el liberal como el democrático— admiten la posibilidad de establecer limitaciones a la libertad de expresión. No obstante, dichas restricciones para estar justificadas deben ser coherentes con el modelo mismo. Así, en principio, en el liberal es posible limitar la libertad de expresión de un individuo para evitar que pueda dañar a otro(s) individuo(s); en cambio, en el modelo democrático es posible limitar la libertad de expresión para fomentar mediante el ejercicio de otros derechos no solo la diversidad y hasta la pluralidad de opiniones y pensamientos al interior de la comunidad, sino también su equidad, para que el individuo pueda estar en condiciones de tomar decisiones razonadas e informadas.

De tal suerte, como se puede apreciar, la Constitución mexicana combina en la actualidad elementos de ambos modelos, tanto del liberal como del democrático. Si bien la Constitución de 1917, al igual de la de 1857, consagró la libertad de expresión como un derecho *erga omnes*, desde un principio reconoció que no se trataba de un derecho absoluto e ilimitado, sino que —al igual que todos los demás derechos y libertades— admitía ciertos límites, que deben estar justificados o legitimados a partir del principio de no dañar a otros. Al respecto, baste citar una tesis jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:⁴⁴

LIBERTAD DE EXPRESIÓN. SUS LÍMITES.

El primer párrafo del artículo 7o. de la Constitución Federal establece que “Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir

⁴⁴ Tesis P./J. 26/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Pleno, t. XXV, mayo de 2007, p. 1523. Sobre los desarrollos teóricos de tales límites, véase por ejemplo, Faúndez Ledesma, Héctor, *Los límites de la libertad de expresión*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, y Madrazo Lajous, Alejandro, *Los límites de la libertad de expresión*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008.

fianza a los autores o impresores, ni coartar la *libertad* de imprenta”; esto es, la prohibición de la censura previa implica que el Estado no puede someter las actividades expresivas o comunicativas de los particulares a la necesidad de solicitar previamente un permiso a la autoridad que, por razones de contenido, tenga el poder de impedir su desarrollo. Sin embargo, la prohibición de la censura no significa que la *libertad de expresión* no tenga límites, o que el legislador no esté legitimado para emitir normas sobre el modo de su ejercicio. Lo anterior significa que estos límites no pueden hacerse valer mediante un mecanismo por el cual una autoridad excluya sin más la entrada de un determinado mensaje al debate público por estar en desacuerdo con su contenido, sino a través de la atribución de responsabilidades —civiles, penales, administrativas— posteriores a la difusión del mensaje; además, el indicado artículo 7o. constitucional evidencia con claridad la intención de contener dentro de parámetros estrictos las limitaciones a la *libertad de expresión* al establecer que ésta “... no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento de delito.”. Por su parte, el artículo 6o. constitucional destaca la imposibilidad de someter la manifestación de las ideas a inquisiciones de los poderes públicos al señalar que “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa”, a excepción de aquellos casos en que se ataque la moral, los derechos de tercero, se provoque algún delito o se perturbe el orden público. Se trata, por tanto, de límites tasados y directamente especificados en la Constitución Federal.

De igual forma, en el marco de la reforma a la Constitución, en materia política y electoral, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 6 de diciembre de 1977, y con objeto de que los partidos políticos —sobre todo los minoritarios— pudieran difundir sus idearios y plataformas políticas, se estableció que el derecho a la información sería garantizado por el Estado. Es innegable que con el reconocimiento del derecho tanto a dar como a recibir información amplios sectores de la sociedad y la comunidad en su conjunto se vería doblemente beneficiada. Por un lado, al facilitar y hasta posibilitar que algunos sectores de la sociedad misma, *i. e.* los partidos políticos, puedan dar a conocer sus idearios y plataformas políticas; y, por el otro, al fomentar y hasta propiciar que la comunidad en su conjunto pueda recibir una diversidad y hasta pluralidad de opiniones y pensamientos, así como estar mejor informada y en consecuencia tomar decisiones razonadas. De esta forma, el Estado mexicano procedió a destinar parte de los tiempos oficiales en radio y televisión a los partidos políticos para garantizar el derecho a la información. Ciertamente, con lo anterior de alguna forma interfiere en el ejercicio de la libertad de expresión, pero lo hace en beneficio de

toda la comunidad y no en su perjuicio, además de que al hacerlo no daña a ningún individuo, con lo cual refuerza por un lado al modelo democrático y por el otro al liberal.

Como es sabido, la reforma a la Constitución en materia electoral, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 13 de noviembre de 2007, en respuesta ya sea a los excesos o defectos tanto del marco jurídico anterior como de su aplicación, sobre todo en el proceso electoral de 2006, en general, y de la elección presidencial, en particular, estableció un “nuevo” modelo de comunicación política,⁴⁵ caracterizado entre otras cosas por:

- 1) Elevación a rango constitucional del derecho de réplica;
- 2) Inclusión de la prohibición de la difamación y las calumnias, e
- 3) Incorporación de la prohibición para la contratación de publicidad y tiempo en radio y televisión.

Claro está que la elevación a rango constitucional en el primer párrafo del artículo 6o. constitucional del derecho de réplica (mismo que había sido reconocido en un criterio del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación)⁴⁶ viene a complementar tanto a la libertad de expresión como al derecho a la información, al garantizar que quien cuente con motivos para considerarse afectado por las expresiones de algún otro individuo e informaciones de un medio de comunicación, pueda responder a las mismas en condiciones equivalentes y por el mismo medio. Como se puede advertir, su justificación obedece a la lógica del modelo liberal y al principio de no dañar a otros.

De tal modo que la reforma se caracterizó por introducir una serie de prohibiciones. Por un lado, en el apartado C del artículo 41 se estableció que en la propaganda política o electoral está prohibida la denigración y la calumnia:

Apartado C. En la propaganda política o electoral que difundan los partidos políticos deberán abstenerse de expresiones que denigren a las instituciones y a los partidos políticos, o que calumnien a las personas.

⁴⁵ Astudillo, César, “El nuevo sistema de comunicación política en la reforma electoral de 2007”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *Estudios sobre la reforma electoral 2007. Hacia un nuevo modelo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009, t. I, pp. 175-251. Véase también Carpizo, Jorge, “Los medios de comunicación masiva y el Estado de derecho, la democracia, la política y la ética”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXII, núm. 96, septiembre-diciembre de 1999.

⁴⁶ Sentencia del 7 de noviembre de 2007 del juicio ciudadano SUP-JDC-1514/2007.

Coincido con quienes, como Juan Antonio Cruz Parceró, consideran no por la inclusión en sí de la prohibición tanto de la denigración como de la calumnia a nivel constitucional, pues la prohibición ya estaba contemplada en el artículo 186 del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, sino por las dificultades en su instrumentación que ambas resultan ser aspectos problemáticos de la reforma.⁴⁷ Lo anterior, sobre todo porque ambas palabras están afectadas por la llamada “textura abierta del lenguaje”, en general, y la “vaguedad”, en particular, y en consecuencia no cuentan con un criterio claro y preciso para su aplicación.⁴⁸ Sin embargo, la tutela —con independencia de su eficacia o no— en contra tanto de la difamación como de la calumnia, también encuentra su justificación en el modelo liberal y en el principio de no dañar a otros.

Del otro lado, en los tres últimos párrafos del apartado A de la fracción III del artículo 41 constitucional, el órgano revisor de la Constitución general de la República estableció una serie de prohibiciones relativas a la compra y/o contratación de tiempos y publicidad en radio y televisión por parte no solo de los partidos políticos, por sí o por otros, sino también por parte de los particulares, ya sean personas físicas o morales, así como a la transmisión de mensajes contratados en el extranjero:

Los partidos políticos en ningún momento podrán contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión.

Ninguna otra persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular. Queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de mensajes contratados en el extranjero.

Las disposiciones contenidas en los dos párrafos anteriores deberán ser cumplidas en el *ámbito* de los estados y el Distrito Federal conforme a la legislación aplicable.

⁴⁷ Cruz Parceró, José Antonio, “La libertad de expresión y los límites impuestos por la reforma del artículo 41 constitucional. Aspectos problemáticos”, *cit.*, pp. 279 y 294-297.

⁴⁸ Sobre los problemas de la “textura abierta del lenguaje” y de la “vaguedad en el derecho”, véase Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 124-136 (hay versión en español: *El concepto del derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, pp. 155-168). Véase también Timothy A. O. Endicott, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000 (hay versión en español: *La vaguedad en el derecho*, trad. de Alberto del Real *et al.*, Madrid, Dykinson, 2007).

En lo referente a la prohibición a los partidos políticos para contratar tiempos en radio y televisión, habría que aclarar que no se canceló la contratación de tiempos, sino que se limita que los partidos hicieran la contratación con los medios de comunicación masiva, y en cambio se requirió que fuera el Instituto Federal Electoral el que administrara las pautas para su contratación y transmisión. Lo anterior, con la idea de evitar la posibilidad de un trato diferenciado o preferencial, y de garantizar la equidad en el acceso a los medios de comunicación, así como en su transmisión, con lo cual ciertamente su justificación obedece a los principios contemplados por el modelo democrático.

En lo relativo a la prohibición a particulares para contratar publicidad, habría que precisar que el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales contemplaba que los particulares solamente podían contratar publicidad para la promoción del voto, pero no para hacer campaña a favor ni en contra de los partidos y de sus candidatos. Sin embargo, ante los excesos de quienes abiertamente hicieron campaña a favor de un candidato y/o en contra del otro, así como los defectos de las autoridades electorales, el órgano o poder revisor de la Constitución optó por ampliar los alcances de la prohibición y elevar la misma a rango constitucional. Aun cuando la medida puede parecer un tanto paternalista, y como tal se suma a los aspectos controvertidos de la reforma, resulta que el objeto, además de evitar la campaña negativa, era mantener la equidad en la contienda electoral, y como tal su justificación obedece al modelo democrático más que al liberal.

Aunado a los tres aspectos anteriores, la reforma contemplaba mayores espacios a la autoridad electoral para interferir, ya sea al autorizar los contenidos de la propaganda político-electoral o al elaborar los lineamientos generales que deben observar los concesionarios de los medios de comunicación. Por una parte, tangente a la revisión por parte del Instituto Federal Electoral de los contenidos de la propaganda político-electoral de los partidos políticos, y como tal de la también problemática distinción entre contenidos válidos y vedados que apunta César Astudillo,⁴⁹ habría que decir que aunque la medida resulta un tanto paternalista y hasta retrógrada, viene a estar justificada tanto en el modelo liberal como en el democrático, al evitar que la propaganda sirva para dañar a otros, *i. e.* ciudadanos o partidos, así como al evitar contenidos que nada aportan a la formación de una opinión libre e informada.

⁴⁹ Astudillo, César, “El nuevo sistema de comunicación política en la reforma electoral de 2007”, *cit.*, pp. 242-244.

Por otra parte, respecto a la elaboración por parte del Instituto Federal Electoral de unos “lineamientos generales” aplicables al seguimiento de las precampañas y de las campañas en los noticieros, mismo que éste presentaría a la Cámara Nacional de la Industria de la Radio y la Televisión, habría que recordar —como lo hace José Woldenberg— que desde 1993 el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales contemplaba la realización de lineamientos generales y su instrumentación, lo cual se había dado siempre en un marco de cooperación, sin coacción ni sanciones de ningún tipo, y cuyo objetivo era que la cobertura tanto de las precampañas como de las campañas fuera objetiva, profesional, imparcial, respetuosa de la vida privada de los candidatos, entre otros criterios, todos ellos, generales. Lo anterior ciertamente no obedecía a los principios del modelo liberal, sino del modelo democrático y a su interés en garantizar la equidad en la contienda.⁵⁰

Como fue de conocimiento público, hubo quienes —sobre todo los concesionarios de la radio y televisión, un grupo de “intelectuales”, y los representantes de algunos partidos políticos— estimaron que la reforma había sido excesiva al restringir entre otras cosas la libertad de expresión, y que como tal debería ser declarada inconstitucional.⁵¹ Al respecto, me gustaría enfatizar que somos de la opinión de que la reforma en ningún momento restringió indebidamente la libertad de expresión, puesto que los límites impuestos al derecho a contratar tiempos y publicidad en radio y televisión, así como la regulación de los contenidos de la propaganda electoral con el ánimo de no dañar a nadie y de contribuir a la formación de una opinión libre e informada en ningún momento cancelaron la libertad de expresión ni constituyeron una forma de censura previa. Me permito insistir en que la

⁵⁰ Woldenberg, José, “Estampas de la reforma”, en Córdova Vianello, Lorenzo y Salazar Ugarte, Pedro (coords.), *Estudios sobre la reforma electoral 2007. Hacia un nuevo modelo*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009, t. I, pp. 46-48. Véase también Carbonell, Miguel, *La libertad de expresión en materia electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008, y Carbonell, Miguel y Vado Grajales, Luis Octavio, *Libertad de expresión, partidos políticos y democracia*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2008; Hurtado Gómez, Ignacio, *Libertad de expresión y equidad electoral. El caso Iridia Salazar*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011; Roldán Xopa, José, *Libertad de expresión y equidad. ¿La Constitución contra sí misma?*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2011, y Minutti Zanatta, Rubén, *Valores encontrados. Información, libertad de expresión y propaganda electoral*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012.

⁵¹ Véanse las acciones de inconstitucionalidad 168/2007 y acumulada 169/2007 promovidas por los partidos Convergencia y Nueva Alianza, respectivamente, así como los amparos en revisión 186/2008 y 2021/2009 promovidos por un grupo de empresarios de la industria de la radio y televisión y por un grupo de intelectuales, respectivamente.

prohibición de contratación a los particulares en medios de comunicación masiva en nada afecta la libertad de expresión, y para muestra de ello me permito mencionar que a través de la diferentes redes, sobre todo las sociales, en el pasado proceso electoral de 2012 fue posible expresar en todo momento y con toda libertad sus opiniones y pensamientos.

IV. CONCLUSIÓN

Si bien el modelo de comunicación política adoptado por la reforma constitucional y legal en materia electoral de 2007-2008 tiene aspectos controvertidos y hasta problemáticos, como vimos, es constitucional, al estar justificado en parte en el modelo liberal, al evitar dañar a otros, por un lado, y en parte en el democrático, al facilitar la participación de todos en condiciones de equidad en el debate y la deliberación, así como en la toma de decisiones razonadas e informadas, por el otro. Por supuesto que dicho sistema es perfectible, pero como hemos afirmado no es en sí inconstitucional, tal y como lo han dejado entrever nuestras máximas autoridades jurisdiccionales en la materia. En lo personal, consideramos que un modelo adecuado debe, por una parte, ampliar y no restringir los espacios para el ejercicio de la libertad de expresión, y, en consecuencia, no creemos que sea congruente prohibir las expresiones en cualquier medio, incluidas las diferentes redes sociales, salvo cuando dañe a otros; y, por otra parte, propiciar una opinión libre e informada, acerca de los candidatos y de los partidos, sobre todo a partir de la realización de debates y de la promoción de un voto razonado.

Para finalizar y reforzar la doble necesidad de garantizar la libertad de expresión y la participación de todos en condiciones no solo de igualdad en el ágora (o isegoria), sino también de equidad, termino con las palabras de John Stuart Mill: “El hábito constante de corregir y completar su propia opinión comparándola con la de los demás, lejos de causar duda y vacilación al aplicarla en la práctica, es el único fundamento sólido de una justa confianza en ella”.⁵²

⁵² Stuart Mill, John, “On Liberty”, *cit.*, p. 24 (p. 81).

LA EVOLUCIÓN EUROPEA DEL *OMBUDSMAN*

SUMARIO: I. *Los orígenes.* II. *La expansión y decadencia.* III. *Los rasgos identificativos.* IV. *El precio de la expansión: decadencia y recuperación.* V. *Una institución útil y aceptada.*

Fernando Álvaro GIL-ROBLES Y GIL-DELGADO

Es para mí un gran honor aceptar la invitación para participar en este libro homenaje al doctor Jorge Carpizo, amigo de tantos años, ejemplo de integridad política, jurista admirado por sus discípulos y amigos, universitario de vocación, hasta el punto de llegar a ser rector de la Universidad Nacional Autónoma de México. Pero sobre todo, luchador infatigable en la defensa de los derechos humanos y la legalidad constitucional.

Desde que le conocí admiré profundamente el coraje y la energía con la que afrontaba cada reto que asumió en el terreno de la política institucional. La coherencia nunca falseada entre lo que pensaba y pregonaba y sus obras y conducta pública y privada. Es muy difícil encontrar un ser humano tan grande y al tiempo tan sencillo y humilde a la hora de ordenar su vida.

Yo tuve la inmensa suerte de compartir con él experiencias en el terreno de la defensa de los derechos humanos, y muy especialmente durante su etapa como presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, y en mi caso como Defensor del Pueblo en España.

Pienso que la mejor contribución que hoy pueda hacer en su memoria es poner negro sobre blanco lo que bien pudiera haber sido el contenido de una de aquellas conversaciones que teníamos sobre la vida política mexicana del momento (sobre todo en su etapa de procurador general de la República y luego secretario de Gobernación), y especialmente sobre los avatares del *Ombudsman*.

No soy quién para adentrarme en los arcanos de la política mexicana, así que me centraré en el *ombudsman*. En las líneas que siguen no busque el lector más profundidades que una simple reflexión sobre el camino recorri-

do por esta querida institución, sus avatares y evolución en Europa, cuna de su nacimiento y puente para su expansión en América Latina y en el mundo entero.

Precisamente fue Jorge Carpizo quien puso en marcha y pilotó la primera fase de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, siempre fiel a sus particulares tradiciones, prefirió sumarse a la iniciativa de Naciones Unidas de crear comisiones de derechos humanos en todos los países. Una iniciativa que aún hoy sigue impulsando, incluso en aquellos países en que existe un auténtico y eficaz *ombudsman*, respondiendo solo a sus propias iniciativas políticas, aunque el resultado sea duplicar lo ya existente, en vez de procurar mejorarlo, si fuera necesario.

El caso mexicano ha sido diferente. La CNDH ha venido a desempeñar la labor de un verdadero *Ombudsman*, y así ha sido reconocido por el conjunto de los *Ombudsmen*, reunidos a escala mundial en el IOI, aunque haya seguido manteniendo esa doble faceta y vinculación.

El doctor Jorge Carpizo, con el ejemplo de su buen hacer, tuvo mucho que ver con este reconocimiento internacional.

Fue también un referente extremadamente valioso para el resto de los *ombudsmen* latinoamericanos, que paulatinamente se fueron poniendo en marcha. No se puede ignorar aquí lo que supuso de decisivo para esta institución en estos primeros pasos, el ejemplo de personas como Jorge Carpizo, Luis Maiorano en Argentina, Leo Valladares en Honduras, entre otros.

Todos ellos profundamente comprometidos con la institución y lo que representaba, independientes y llenos de coraje a la hora de afrontar los problemas que se les presentaban y responder a la confianza de los ciudadanos que les solicitaban. ¡Qué diferencia con cuanto ha acontecido después!

Pero no es mi intención extenderme sobre el *Ombudsman* en América Latina. No es el momento ni el objeto de estas breves líneas.

Solo quiero plasmar unas breves consideraciones sobre la experiencia europea de una institución a la que he dedicado académica y políticamente muchos años de mi vida, y sigue siendo para mí un apasionante mundo de reflexión, aun cuando ya esté muy lejos de las responsabilidades del día a día de su dirección.

Porque el Defensor del Pueblo, el *Ombudsman* en adelante, ha sido y es una institución que suscita tantos afectos como recelos, por no decir abierta hostilidad en algunos casos, tanto en medios académicos como políticos de todos aquellos países en los que existe, y más aun en aquellos en que de tiempo en tiempo se presentan iniciativas para su instauración.

No es una institución que deje indiferente.

I. LOS ORÍGENES

Quién iba a decirles a los revolucionarios suecos que redactaron la *Regeringsform* (Constitución) de 1809, que aquel parágrafo núm. 96 por el que instituían un mandatario del Parlamento (el *Justitieombudsman*) para controlar la justicia y posteriormente la administración, sería el germen de una institución universal que terminaría por expandirse no solo a casi toda Europa, que la vio nacer, sino por el mundo entero.

En su evolución ha demostrado su enorme capacidad de adaptación a los más diferentes sistemas políticos y jurídicos, salvo las dictaduras, pues solo puede haber un verdadero *ombudsman* en una democracia. Ha demostrado que puede aparecer con carácter nacional, regional, local o sectorial, e incluso a escala supranacional. En algunos supuestos ha sobrepasado el marco de lo público para ser instrumentalizado por entidades privadas, medios de comunicación, etcétera.

En todo caso su origen revolucionario o su nacimiento de la mano de una situación de crisis institucional nacional la ha marcado profundamente y ha sido un signo, más o menos atenuado, de su incorporación a los distintos sistemas jurídicos.

II. LA EXPANSIÓN Y DECADENCIA

No obstante, desde la iniciativa sueca, tiene que pasar casi un siglo para que un país vecino, Finlandia, la adopte en 1919, y será solo después del cataclismo de la Segunda Guerra Mundial y la potenciación de las modernas administraciones interventoras y reguladoras de la vida social cuando distintos países (Dinamarca 1953, Noruega 1962 o Reino Unido en 1967, por solo citar los más precoces) la van incorporando a sus sistemas jurídicos como una institución de fiscalización de esas poderosas administraciones públicas, y con carácter complementario a los medios tradicionales, ya existentes, como el control interno de la propia administración, el jurisdiccional, o el parlamentario directo, insuficientes para atender pronta y eficazmente a las necesidades ciudadanas.

Con los años, terminaría por incorporarse a los más diversos países, en todos los continentes, sufriendo modificaciones y adaptaciones, que en ocasiones parecía explicar más su existencia al seguimiento de la moda de la ombudsmanía, como predicen sus detractores, que a una verdadera y rigurosa voluntad de instaurar un verdadero *ombudsman*. El oportunismo, la manipulación y el fraude político también han estado presentes a lo largo del extenso periplo intercontinental realizado por esta institución.

Sin entrar aquí en detalles, no debemos sin embargo perder de vista que no toda institución que dice ser un *ombudsman*, o lo pretende, responde a las características básicas originales, sin cumplir las cuales difícilmente puede considerársele como tal. El referente escandinavo, y en gran medida también el español, son un recuerdo de la exigencia del respeto de algunos signos de identidad que no pueden ignorarse.

III. LOS RASGOS IDENTIFICATIVOS

¿Cuáles podríamos considerar que son esas características de base que identifican a un *ombudsman*, tal y como se concibió originalmente la institución?

Sin entrar en mayores especificidades, creo que se pueden identificar algunos rasgos fundamentales, sin perjuicio de que respetados estos, cada una de las diferentes opciones nacionales haya introducido o añadido otras complementarias, que responden al deseo de facilitar un mejor encaje del *Ombudsman* en su ordenamiento jurídico, pero sin alterar o desfigurar el contenido esencial de la institución.

Así, y en primer lugar, su naturaleza netamente parlamentaria, tanto por su elección como por responder únicamente ante el órgano legislativo, al que dirige sus informes anuales de gestión, y que aprueba autónomamente su presupuesto; un ámbito de competencia que incluye todas las administraciones y servicios públicos sin excepciones; actuar de oficio o a solicitud de cualquier persona física o jurídica; la gratuidad y la independencia política de su titular, así como su inmunidad e inviolabilidad para los actos y decisiones que adopte en el ejercicio de sus funciones.

A este núcleo básico se puede añadir, en algunos casos, la posibilidad de disponer de una legitimación activa para actuar ante los tribunales ordinarios, e incluso ante la jurisdicción constitucional. Durante muchos años los *ombudsman* escandinavos fueron casi los únicos que gozaron de esta competencia.

En el caso español, la Constitución quiso ser sumamente generosa en cuanto a la naturaleza, competencias y poderes que otorgaba al defensor del pueblo. En primer lugar, porque lo elevó al rango constitucional, y segundo, porque su regulación concreta queda encomendada a una ley orgánica, que exige mayoría cualificada para aprobarse y modificarse. Ello evita posibles veleidades políticas de sus detractores, siempre dispuestos a eliminar un molesto control del poder, como ha ocurrido recientemente en España y a lo que me referiré más adelante.

Pero también porque se le encomienda no solo la tarea de mediar en la resolución de quejas individuales contra la administración, fiscalizando la

legalidad de sus resoluciones, sino también permite que a través de sus recomendaciones pueda incidir en el conjunto normativo sugiriendo su modificación.

Añádase a ello su legitimación para recurrir en amparo o en inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, o la de solicitar un hábeas corpus ante un tribunal ordinario, para comprobar que estamos ante una institución muy singular y con potestades nada desdeñables.

IV. EL PRECIO DE LA EXPANSIÓN: DECADENCIA Y RECUPERACIÓN

Establecidas estas pautas de identidad, el observador interesado por ver la evolución y expansión de la institución podrá comprobar hasta qué punto el choque entre quienes la han considerado necesaria y útil, y quienes han defendido la suficiencia de los medios tradicionales de control; es decir, los recursos administrativos y, en su caso, los jurisdiccionales, o prioritariamente el control parlamentario directo, ha sido determinante para que en la Europa continental se desvirtuasen algunas de aquellas características fundamentales a la hora de introducir el *ombudsman* en los diferentes ordenamientos nacionales.

En algunos casos el miedo a lo desconocido, y en otros el conocimiento profundo de la figura del *ombudsman*, han sido la causa de esta degradación.

De esta forma, vemos que desde que el Reino Unido dio un tímido paso para su incorporación en 1967, pero situándolo siempre en el terreno de la pura “maladministration” hasta el momento en que Portugal, después de la caída del dictador lo incorpora a su Constitución, otros países lo han aceptado, pero casi siempre pagando el precio de su desnaturalización. Así en unos casos será porque el *Ombudsman* no es elegido por el Parlamento, sino nombrado por la reina o por el presidente de la República.

En otros casos no tendrá competencia para conocer de las quejas contra todas las administraciones públicas, y en todo caso nunca con respecto a la administración de justicia o el ejército; o porque sus informes no van al Parlamento, sino al presidente de la República, o porque no puede recibir quejas de oficio, sino solo transmitidas por los parlamentarios, aunque en el caso francés se han producido últimamente modificaciones sustanciales, que eliminan este requisito, pero lo desdibujan en otros aspectos. Casi en ningún supuesto se le reconoce legitimación para recurrir ante los tribunales.

En unos casos es demasiado fuerte el recelo de los parlamentarios a perder su hegemonía en el ejercicio del control directo sobre las administraciones públicas; en otros, es la resistencia del aparato tecnócrata de estas, los

llamados altos cuerpos de la administración, sobre todo en los sistemas de *droit administatif*, que se oponen radicalmente y lo consideran un “gadget”.

Esta resistencia numantina de los sectores más tradicionales de la administración estatal y del mundo político ha hecho que veamos aparecer en algunos países solo *ombudsmen* regionales, de Estados federados, municipales, e incluso sectoriales, antes que el nacional, que en algunos supuestos sigue sin existir.

Esa expansión del *ombudsman* bajo la fórmula regional o municipal, me parece que ha sido extremadamente positiva. Es cierto que allí donde existe un *ombudsman* nacional con competencia universal; es decir, sobre todas las administraciones públicas, como es el caso español, se genera un inevitable problema de coordinación, que solo se puede resolver en el marco de los acuerdos de cooperación interinstitucional, además de con buena fe y espíritu de colaboración de todas las partes implicadas. Curiosamente, este mismo problema competencial se puede observar en algunos casos, entre los *ombudsmen* regionales y los municipales.

Deben por tanto buscarse las fórmulas más eficaces de atender al ciudadano, sin superposiciones ineficaces de fiscalizaciones. Es una verdadera desgracia que una de las primeras consecuencias de la crisis económica en España haya sido la desaparición de algún defensor regional y el anuncio de otros posibles. Los ciudadanos han perdido una institución de proximidad, aun cuando no la protección, pues el defensor del pueblo sigue actuando. Esperemos que no sea un signo de los tiempos que se avecinan.

En todo caso, el proceso de expansión sigue adelante. No tengo tiempo de analizar este fenómeno en los distintos continentes, pero en lo que al europeo se refiere, la recuperación de los signos de identidad del verdadero *ombudsman* se produce con la llegada de la democracia a la península ibérica.

Como ya he comentado, Portugal primero y España después, darán rango constitucional al *ombudsman*, recuperarán su amplísimo campo de competencias, sin excepciones inadmisibles en el control de las administraciones públicas en una democracia y Estado de derecho; universalizando el derecho de queja de todas las personas, y no solo de los ciudadanos; introduciendo la posibilidad de actuar de oficio; eligiéndolos por mayorías cualificadas de los respectivos parlamentos, y reconociéndoles la legitimación para acudir ante el Tribunal Constitucional.

Dos instituciones que nacieron también como consecuencia de una revolución institucional, como es el paso de la dictadura a la democracia, con mucha pujanza y que muy pronto pudieron demostrar su eficacia y su aceptación por la ciudadanía. Pero ambas instituciones entre sus competencias recuperaron una extraordinariamente importante, como es la de controlar

las violaciones de los derechos humanos (fundamentales) por parte de las administraciones y poderes públicos. Frente a otros *ombudsmen* a los que se había limitado su competencia al control del funcionamiento ordinario de la administración, la famosa “maladministration” (dejando para los tribunales las violaciones de derechos fundamentales y libertades públicas), el defensor del pueblo asume una competencia plena, sin exclusiones.

Esta misma experiencia positiva es la que posibilitó que el entonces presidente del gobierno español, Felipe González, propusiera la incorporación del *ombudsman* a escala comunitaria, proponiendo su inclusión en el Tratado de Maastricht (artículos 80 y 138E), que le dio vida, con acceso de todos los ciudadanos de la Unión Europea con quejas contra el funcionamiento de la administración comunitaria.

La experiencia ibérica, y en especial la española, tendrá igualmente mucha importancia a la hora de poner en marcha el proceso de expansión del *ombudsman* por América Latina, pues ambos ejemplos estarán muy presentes en el momento de desarrollar los diferentes proyectos de ley.

Y en este contexto de versatilidad institucional, no me resisto a recordar lo que tal vez haya sido el ejemplo más extremo de la evolución de esta institución, aparte de la experiencia en Bosnia Herzegovina como consecuencia de los acuerdos de Dayton. Me refiero a la puesta en marcha de un *Ombudsman* durante la guerra de Chechenia, que, actuando *in situ*, recogía las quejas de la población chechena por las violaciones de los derechos humanos cometidas por parte del ejército y fuerzas de seguridad rusas.

Esta experiencia excepcional, propuesta y sufragada por el Consejo de Europa, en el marco de la acción de su Comisario para los Derechos Humanos y con el acuerdo del gobierno de la Federación de Rusia, permitió frenar no pocos abusos y crímenes, al tiempo que constituir un valiosísimo archivo o historial de las más graves violaciones sufridas por el pueblo checheno durante aquel terrible periodo.

En suma, una fenomenal expansión, que no siempre ha respondido a la verdadera naturaleza de la institución original, sino en algunos casos a una urgencia instrumental y también en otros al simple deseo de responder en sus mínimos a una exigencia social, a una moda o a lo que yo llamaría en algunos casos a una estética institucional.

V. UNA INSTITUCIÓN ÚTIL Y ACEPTADA

Pese a todas estas dificultades, hemos de reconocer que el *Ombudsman*, bajo diferentes nombres, hoy ya no es discutido en cuanto a su eficacia y oportunidad.

En nuestro país haN dado pruebas más que suficientes de ello, y sinceramente creo que el recelo que la doctrina administrativista manifestaba en un primer momento con respecto a la iniciativa constitucional ha desaparecido.

Es de justicia reconocer aquí el mérito de quienes tuvieron la visión y el acierto de impulsar la incorporación del Defensor del Pueblo a la Constitución, y en especial a don Gregorio Peces Barba, a quien quisiera recordar aquí con inmenso afecto y reconocimiento, con su iniciativa de proposición de ley en nombre del partido socialista, y a doctor Manuel Fraga Iribarne que le dio nombre.

Pero los peligros están siempre latentes sobre esta institución constitucional.

Hemos visto a lo largo de estos años cómo en no pocos países lo que fueron pujantes e independientes instituciones respetadas por la ciudadanía se han ido diluyendo de la mano de la intervención del Poder Ejecutivo, conector del peligro de una institución verdaderamente independiente y procediendo en consecuencia a favorecer la designación de *Ombudsmen* más acomodaticios con el poder, por decirlo en términos diplomáticos.

Lo que no entienden los que así actúan es que en nada favorecen el orden constitucional democrático en el que un buen *Ombudsman* puede llegar a ser pieza clave para resolver problemas en el interés de todos.

Pero para ello hace falta que el *ombudsman* goce de credibilidad, y esto solo puede ser así si se garantiza su absoluta independencia, que no su apoliticidad; si se renuncia a incluir al *ombudsman* en el tablero de instituciones a repartir entre las diferentes fuerzas políticas en juego y se busca conformar un consenso parlamentario en torno a la persona más competente y capaz, sea cual fuere su orientación política. La elección de todo *ombudsman* debe quedar fuera y permanecer al margen del combate político partidario. Lo contrario, y en el mejor de los casos, es ignorar el verdadero sentido de la institución. En el peor, sería el simple deseo de convertirlo en un codiciado botín de las mayorías parlamentarias, desnaturalizándolo.

Como toda institución unipersonal— al igual que en el supuesto de los colegiados— debe estar preparado o preparada para sufrir todo tipo de presiones, del gobierno, de la sociedad, de los medios, de los grupos políticos y, naturalmente, de sus propios ex correligionarios.

Solo la fuerza moral que le otorga el consenso sobre su elección y su independencia serán la garantía de que cumpla sus funciones tal como lo dispone la Constitución y la ley. Muchas veces he dicho que el verdadero *ombudsman* es aquel que al terminar su mandato puede contar sus amigos en el mundo político con los dedos de una mano, y es posible que le sobren dedos.

Dos últimas reflexiones que me parecen de interés.

La verdadera eficacia del *ombudsman* no depende solo de la bondad de su gestión, sino también de la naturaleza de su relación con los otros poderes del Estado.

En concreto, es muy importante que el Parlamento no se limite a tener una exquisita relación formal con el *ombudsman*. En el caso español así ha sido siempre, respetando las fuerzas parlamentarias la independencia del Defensor del Pueblo una vez elegido, incluso cuando este ha interpuesto recursos de inconstitucionalidad contra leyes aprobadas por el Parlamento que lo eligió.

Esa exquisita cortesía parlamentaria y ejemplo de respeto a la independencia institucional solo se ha roto en una ocasión y con motivo de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad, en que hubo grupos políticos que pidieron su dimisión o incluso interpelaron al defensor sobre el ejercicio de una competencia que le reconoce la Constitución.

Esperemos que no se vuelva a repetir una presión de esa naturaleza, pues pudiera interpretarse como un inaceptable intento de coacción sobre el defensor del pueblo. Exigencia de explicaciones en sede parlamentaria se entiende, y es normal, reprobaciones y exigencias de dimisión porque se ejerzan competencias constitucionales que disgustan a unos grupos parlamentarios, me parece inadmisibles.

En cuanto a las administraciones públicas, deben asumir la cultura de la colaboración con el defensor del pueblo, que no es un fiscal ni un juez, sino un mediador que solo busca la defensa de la legalidad y de los derechos fundamentales de los ciudadanos, al igual que ellas, pues como decía Rivero, “obedecer a la Administración, es obedecer a la ley, es decir al pueblo soberano”. Para velar que las cosas sean realmente así, esta también el *Ombudsman*.

Una institución con dos siglos de vida, pero que en solo sesenta años ha conseguido convertirse en universal, insertada en todos los continentes y adoptada por países con culturas y tradiciones radicalmente diferentes, demuestra que es una institución viva y en una constante evolución, que, aún hoy continúa pese a todas las dificultades que ha tenido que superar y las que aún tendrá que superar.

LA RENDICIÓN DE CUENTAS Y LA DEFENSA DEL EJERCICIO RESPONSABLE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

(Dos aspectos que con congruencia y pasión llevó
a cabo Jorge Carpizo)

Perla GÓMEZ GALLARDO*

Ya que todo juez se convierte algún día en penitente, habrá que recorrer el camino en sentido inverso y profesar la penitencia para poder terminar siendo juez.

Albert CAMUS, *La caída*¹

SUMARIO: I. *Introducción y reflexiones iniciales.* II. *La rendición de cuentas como forma de vida.* III. *Defensa del ejercicio responsable de la libertad de expresión.* IV. *A manera de conclusión.* V. *Fuentes de consulta.*

I. INTRODUCCIÓN Y REFLEXIONES INICIALES

La vida y obra de Jorge Carpizo da cuenta de su congruencia en la exigencia de la decencia de la actuación en la vida pública, así como de la rendición de cuentas y la defensa del ejercicio responsable de la libertad de expresión. En

* Profesora-investigadora en la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Cuajimalpa; maestra por oposición de la asignatura derecho a la información en la Facultad de Derecho, UNAM.

¹ En una de las amenas pláticas que tuve con el doctor Carpizo, le pregunté cuáles eran los libros que habían marcado su vida. Sin titubear, me dijo que uno de los principales fue el de *La caída* de Albert Camus. Al leerlo, comprendí mejor al ser humano y jurista que fue don Jorge. Permítanse los epígrafes que pondré al inicio de cada subtema, que son por demás pertinentes y arrojan luz sobre el pensamiento de nuestro homenajeado.

todos y cada uno de los importantes cargos que desempeñó se distinguió por rendir de manera espontánea los informes y documentar su paso por cada uno de ellos, así como defender de manera férrea su imagen y reputación contra los embates infundados de aquellos que lo intentaron infructuosamente, esto último sin negar el derecho al ejercicio, eso sí, responsable, de la libertad de expresión.

Se destacarán estos grandes temas que, como parte de sus múltiples facetas de universitario y servidor público, llevó a cabo, reconociendo que estos y otros legados los hizo siempre mostrando sus dos grandes amores: por México y por la UNAM.

La obra de Jorge Carpizo marcó frontera en temas que en su momento pocos se atrevían a escribir, como su libro *El presidencialismo mexicano* y sus múltiples aportes en materia de derecho constitucional, que quedarán para los estudios y referencias obligadas en el análisis y propuestas en construcción de la disciplina jurídica.

Otra faceta que para fines de este texto interesa destacar en la vida de Jorge Carpizo fue su convicción fehaciente de rendir cuentas a la sociedad sobre los resultados de sus actividades en los cargos públicos que ocupó. Lo hacía como un deber insoslayable, del cual no hubiera podido tolerar verse ajeno a realizar. La labor como autoridad debe escrutarse, y qué mejor que a través de lo que documenta y presenta de manera espontánea (no como una dádiva o favor, sino como una obligación). En reiteradas reuniones de trabajo que sostuvimos para elaborar la última demanda en defensa del ejercicio responsable de la libertad de expresión por la publicación del temerario libro *Los señores del narco*, siempre destacó la importancia de generar los informes y rendirlos con claridad y autocrítica, a la vez que repudiaba las prácticas mezquinas de descalificación del encargo público, más cuando con toda su experiencia sabía de la importancia que tenía el mismo.

Bien decía en las pláticas que sostuvimos, que vivíamos en un país en donde no se le podía dejar solo al servidor público, que era necesario reconocer sus resultados y compromiso y, sobre todo, defender su honor y reputación frente a los embates de aquellos “sicarios periodísticos” que vendían su pluma al mejor postor para denostar sin fundamento a aquellos que les fueran incómodos al sistema de corrupción y tratar de descalificar a aquel que les pudiera encarecer sus costos por exhibirlos.

Esta doble función de rendir cuentas como funcionario y al mismo tiempo defenderse de los abusos de quienes con la frivolidad y la indecencia se atrevían a descalificar lo que en resultados y evidencia estaba a la vista por la propia iniciativa del escrutado. El propio Jorge lo vivió, y asumió con entereza las críticas sobre su gestión, pero también defendió con dig-

nidad su reputación en los casos en que infructuosamente se intentó poner su nombre en entredicho. Hasta el final esta fue su vocación: la rendición de cuentas y la defensa del ejercicio responsable de la libertad de expresión.

II. LA RENDICIÓN DE CUENTAS COMO FORMA DE VIDA

Cierta persona de mi entorno... dividía a los individuos en tres categorías: los que prefieren no tener nada que ocultar antes que verse obligados a mentir; los que prefieren mentir antes que no tener nada que ocultar, y finalmente los que aman a la vez la mentira y el secreto.

Albert CAMUS, *La caída*

Acorde a lo que se destaca en el epígrafe, Jorge Carpizo nunca tuvo nada que ocultar. Así no se vio obligado a mentir. Si en algo se le crítico fue con base en la información que él mismo puso a disposición de la sociedad y de cualquier interesado. Destaca en su propio *curriculum*, consultable en la página del Instituto de Investigaciones Jurídicas:²

En la UNAM, entre algunos de los varios cargos que ocupó destacan los siguientes: rector, abogado general, coordinador de humanidades, director del Instituto de Investigaciones Jurídicas y presidente de la Comisión Editorial.

Desempeñó la presidencia del Consejo Ejecutivo de la Unión de Universidades de América Latina, la vicepresidencia de la Asociación Iberoamericana del *Ombudsman*, la Secretaría General Ejecutiva del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y la presidencia del Bhavan de la India en México.

Ocupó los cargos de ministro numerario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, presidente fundador de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, procurador general de la República, secretario de gobernación y embajador de México en Francia.

En todos los cargos generó información, que plasmó en informes y aportes importantes en libros, que no solo daban cuenta de los diagnósticos y resultados, sino además agregaba la versión crítica y doctrinaria que enri-

² <http://www.juridicas.unam.mx/invest/directorio/autor.htm?p=jcarpizo>.

quece el debate y fortalece a las instituciones. Esta actitud lo blindó frente a las críticas sin sustento. En la transparencia y rendición de cuentas su enfoque de defensa por excelencia, difícilmente se podía argumentar siquiera con suspicacia el manejo indebido del cargo o los recursos cuando era notorio y público el desempeño ejemplar que tuvo en cada responsabilidad.

El término “rendición de cuentas” es entendido como la obligación de todos los servidores públicos de justificar o explicar su actuar ante el público o la conducta del funcionario público de dar cuenta del quehacer público.

Jorge Carpizo es un referente de la rendición de cuentas como servidor público; legó una serie de documentos, sistematizó información, no dudó en documentar incluso los casos más controvertidos que le tocó conocer. Así, nos deja una forma de vida en congruencia con la presentación de datos.

Como pionero en las reflexiones en torno a la transparencia, el acceso a la información pública y la rendición de cuentas, señaló que

Este derecho es parte del contenido material de la democracia; en ésta existe publicidad de los actos de autoridades y funcionarios. La secrecía es propia de la autocracia. La democracia implica transparencia en la información y la rendición de cuentas. Estos aspectos, asimismo, se encuentran íntimamente relacionados. En una democracia nadie puede ser irresponsable, menos quienes manejan recursos públicos.³

Así, en convicción y congruencia, sus diversos informes y libros documentaron su actuación. Jamás tuvo reparo en aceptar las críticas que sobre su gestión en los encargos públicos se hicieran, pero a la vez tampoco aceptó la descalificación gratuita y sin fundamento. Su actuación en diversos momentos los hizo no solo en un interés individual, sobre todo quería dejar el precedente que permitiera reconocer el esfuerzo que se hace desde el lado de la autoridad y la exigencia a quien vive de la pluma, de ser serio y responsable en el ejercicio de tan importante labor.

III. DEFENSA DEL EJERCICIO RESPONSABLE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Soy como ellos, por supuesto, estamos en la misma sopa. Sin embargo yo tengo una superioridad, la de saberlo, lo cual me otorga

³ Carpizo, Jorge, “Transparencia, acceso a la información y universidad pública autónoma”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 21, julio-diciembre de 2009, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/21/ard/ard3.htm>.

el derecho a hablar... Cuanto más me acuso, más derecho tengo a juzgarle. Más le desafío a que se juzgue a sí mismo, lo cual me alivia otro tanto.

Albert CAMUS, *La caída*

Don Jorge, en su generosidad, siempre compartió su sabiduría. Él se entendía a sí mismo como un juzgador, porque previamente se había juzgado a sí mismo. Sin reparo ni clemencia, su exigencia personal no daba cabida a reclamo alguno. Como el juez penitente de Camus, él podía exigir lo que en conciencia ya se había exigido él mismo, siempre al límite o más allá de sus habilidades y capacidades: su forma de vida con vocación y espíritu no podía ser más que inspiradora.

Cuando me buscó por segunda ocasión para que valorara la viabilidad de un caso,⁴ al darme los argumentos, no pude más que decirle “cuando empezamos”. Así comenzó la última cruzada en defensa del ejercicio responsable de la libertad de expresión que llevó a cabo: la demanda contra la señora Anabel Hernández y la editorial Random House Mondadori. Como lo expresó claramente en la demanda que elaboramos:

Para su servidor esta demanda es importante, porque además de defender mi honor y mi imagen a lo que tengo todo el derecho, significa la continuación de mi lucha por los derechos humanos, por la libertad de expresión y por el derecho a la información, temas a los que he dedicado varios estudios que se han publicado, así como diversas actividades que he realizado. Para mí esta demanda implica la verdadera defensa de la libertad de expresión, del derecho a la información y de la ética en los medios de comunicación.

Al respecto y como un referente de mi lucha por los derechos humanos, acompaño a la presente, como Anexo VIII, el libro cuyos datos de identificación son: Carpizo, Jorge, *Derechos humanos y ombudsman*, Editorial Porrúa, México, 2008, 277 pp. Esta obra recoge ensayos, discursos, declaraciones y pronunciamientos realizados en los dos años y medio que duró mi gestión como primer presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, a excepción de los derechos de la tercera generación: paz y desarrollo, que

⁴ Pocos saben que previamente el doctor me había solicitado una asesoría para una posible demanda de daño moral contra cierto personaje molesto y recurrente en críticas soeces contra él. En su momento le hice ver la innecesaria presentación de la acción jurisdiccional, que en nada ameritaba ante el inocuo intento de denostar. La prudencia e inteligencia que le caracterizaba lo frenó frente a los argumentos que le expuse y aceptó que por el momento esa demanda no era necesaria.

fue escrito después de haber dejado dicha presidencia. Asimismo, en esta edición se agregan dos ensayos, uno sobre el inquietante tema del Derecho a la información, Derechos Humanos y marco jurídico. El otro, es el análisis de dos propuestas para reformar el artículo 102, apartado B, constitucional.

Siempre he sostenido que entre los derechos humanos no pueden haber contradicciones ni enfrentamientos, sino que hay que armonizarlos; en consecuencia, he puesto como ejemplo que no existe ningún enfrentamiento entre el derecho a la información y la vida privada, lo que se encuentra en el ensayo “Derecho a la información, derechos humanos y marco jurídico”, ensayo que se integró al libro cuyos datos de identificación son: Carpizo, Jorge, *Temas constitucionales*, Editorial Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, 574 pp. (que se acompaña como Anexo IX). En dicho libro, asimismo, señalo qué es la libertad de expresión y qué no es, en las páginas 237 a 243.

En el libro referido en el párrafo anterior doy cuenta de otro tema del cual me he ocupado y que me preocupa: la ética en los medios de comunicación, páginas 368 a 371.

El ejercicio responsable de la libertad de expresión tiene una de sus manifestaciones en el periodismo de investigación, México necesita de este tipo de periodismo, el cual sólo puede basarse en la verdad, a la que se llega con una verdadera investigación, y no que “se insinúa”, o “se dice”, más cuando existen múltiples elementos probatorios públicos y accesibles a cualquier personas, más a un supuesto investigador. Es válido objetar y señalar por qué no se está de acuerdo con dichas pruebas públicas, pero no ignorarlas, afirmando situaciones que no son acordes a la realidad, basada en pruebas y más pruebas.

La mentira es una de las grandes enemigas del periodismo de investigación y del derecho a la información. La mentira es una de las lacras que más ha dañado la moral pública en México. En el ensayo “La moral pública en México” que es parte del libro cuyos datos de identificación son: Villanueva, Ernesto, Perla Gómez y Jorge Carpizo, *Moral pública y libertad de expresión*, Editorial Jus, México, 2009, 192 pp. (que se acompaña como Anexo X), sostengo que la quinteta de la muerte en y para México son: poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras:

Bien sabido es que las instituciones las hacen funcionar y las actualizan las personas, éstas son la sangre y la energía de aquéllas. Las instituciones correctamente estructuradas no funcionan adecuadamente si en los cargos directivos no se encuentran las personas idóneas. Cuando los servidores públicos son incompetentes, irresponsables, no comprometidos con su labor o corruptos, o una combinación de algunos o de todos estos aspectos, las mejores instituciones se encaminan ineluctablemente al fracaso, el cual puede ser de proporciones mayores, si además se añan estructuras mal o débilmente concebidas.

La situación anterior resulta más grave si se inscribe en un clima social de desprecio a la ley, de tolerancia a la corrupción, de impunidad, de pérdida de valores morales laicos y de mentiras.

....

En mayo del año 2000 dibujé, a grandes trazos, algunos aspectos del sistema político mexicano y el panorama moral del país determinado por una quinteta de graves problemas: poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras.

Entonces afirmé que:

Durante la Segunda Guerra Mundial y los tres decenios siguientes, México vivió un trascendente crecimiento económico —el desarrollo estabilizador— en el cual el aumento del producto nacional bruto alcanzó porcentajes muy importantes. La inflación estuvo bajo control; en algunas épocas el salario de los trabajadores aumentó realmente; se creó y fortaleció una clase media y la educación pública —principalmente la universitaria— propició la movilidad social. Fueron, en varios aspectos, años dorados. La esperanza de mejores niveles económicos y sociales para gran parte de la población conformaba un ambiente estable, tanto en lo político como en lo social, aunque surgieron algunas inconformidades, muchas de ellas de especial gravedad.

...

El sistema político era examinado con curiosidad e interés por propios y extraños. Se vivía un remanso de estabilidad, aunque los gérmenes del deterioro ya estaban contenidos en una América Latina convulsionada por frecuentes golpes de Estado. Este sistema político giraba alrededor de dos ejes complementarios: un partido político hegemónico, cuyo jefe real era el presidente de la República, quien podía designar a gobernadores, legisladores federales y principales presidentes municipales. En esta forma, tenía en sus manos al Congreso de la Unión, en donde su partido, por décadas, controló en la Cámara de Diputados más del noventa por ciento de las curules, y en la de Senadores, el cien por ciento. El sistema federal se deterioraba porque los gobernadores eran casi funcionarios de confianza del presidente.

...

El partido hegemónico se integraba —y se integra— por sectores, y las principales organizaciones laborales, campesinas y populares pertenecían a él; sus líderes eran parte de la élite política, en virtud de que se les premiaba primordialmente con gubernaturas, diputaciones, senadurías y magistraturas. Sólo existía un partido de oposición con alguna fuerza política; los otros, muy pequeños, eran satélites del hegemónico; postulaban como candidato a la Presidencia de la República a la misma persona que el partido hegemónico. La vida política estaba cercana a la paz de los sepulcros, salvo cuando surgían fuertes disputas por el poder al interior del partido hegemónico, las cuales en varios sexenios pudieron

casí diluirse, especialmente en los años que alcanzó su máximo esplendor el presidencialismo mexicano.

...

Una peculiaridad consistió en que el sistema político fue mayormente aceptado —con sus honrosas excepciones—, y las críticas en esos años fueron muy escasas. Líderes intelectuales, religiosos, sociales, políticos de oposición con prestigio y fuerza constituyeron sus soportes. Las críticas, cuando las había, eran débiles. Incluso, muchos de los políticos que posteriormente han sido importantes en el proceso de la democratización del país, en esos años formaban parte de este sistema.

...

La permanencia en el poder de un solo partido y el hecho de que la alternancia política no era una posibilidad cercana trajeron consigo corrupción e impunidad, enfermedades que, como no fueron detenidas, crecieron e invadieron todos los rincones del país. Desde el presidente de un municipio pequeño hasta el de la República, sabían que su sucesor —salvo pocas y no importantes excepciones— los protegería como salvaguarda del sistema del partido político hegemónico: ésta era una de las reglas de oro.

La corrupción tenía un amplio margen de tolerancia social. Se robaba del presupuesto, pero más común era la realización de negocios aprovechándose del cargo; al dejar éste se tenía una fortuna chica, mediana o inmensa, según fuera el caso, pero no lícita; y quien lo hacía seguía siendo aceptado socialmente, incluso más, con la adición y prestigio que otorga el dinero.

Hubo, y no hay duda alguna de ello, políticos honestos dentro del partido hegemónico; a quienes se solía considerar tontos, ya que no aprovechaban la oportunidad que se les presentaba. La corrupción fue permeando a otras capas sociales: los empresarios que hacían negocios con el gobierno; los dueños de los medios de comunicación que recibían “prebendas” y exención de obligaciones fiscales; los comunicadores que se beneficiaban con los conocidos “chayotes”; los ministros de iglesias que recibían “limosnas” de origen dudoso, pero especialmente la no aplicación de la ley.

...

Como bien se ha dicho el poder corrompe y el poder absoluto corrompe totalmente; el partido hegemónico y su jefe —el presidente de la República— tenían un poder casi absoluto, con pocos límites, sin el equilibrio real de los otros dos poderes, del sistema federal ni la posibilidad de la alternancia en el poder.

La corrupción y la impunidad continuaron avanzando; fueron invadiendo algunos de los estratos más altos de la política, del empresariado, de las finanzas, de los medios de comunicación, e incluso el estrato de los líderes religiosos.

...

Los niños y jóvenes nacieron y crecieron en este ambiente político y social, en el cual los dos valores más importantes y relacionados entre sí fueron y son: poder y dinero a como dé lugar y sin importar cómo se obtenga; lo único valioso es poseerlos, ya que ellos atraen todos los demás aspectos positivos de la existencia: felicidad, prestigio, reconocimiento.

Poder y dinero fueron y son compañeros de un tercer factor: la impunidad. Se podía hacer casi de todo para adquirir poder y dinero y las posibilidades de que nada adverso aconteciera eran muy altas; en lugar de castigos, se obtendrían premios. Peor ejemplo no podía existir para niños y jóvenes.*

...

Los niños y los jóvenes veían y vivían en tal atmósfera social y política. Corrupción, simulación, mentiras, engaños e impunidad, eran temas que no se ocultaban, estaban presentes en la conversación cotidiana de los mayores: Nunca será acertado generalizar, pero la corrupción permeó y se apoderó de gran parte del sistema. Siempre hubo y hay gente honesta, pero el sistema propició la compra de jueces y magistrados. Los líderes sindicales obtuvieron grandes fortunas por contratos de obras o por un porcentaje de ellas; las empresas proveedoras del gobierno vendieron, a precios altos, productos de baja calidad, e incluso inservibles o echados a perder; los líderes sociales y políticos de “izquierda” vivieron como millonarios norteamericanos. Se decía: piensan como Carlos Marx y viven como Carlos Trouyet, uno de los hombres más ricos del país en aquel entonces. Los funcionarios-empresarios hicieron negocios jugosos y, cuando se podía, daban mordidas al presupuesto.

...

El dinero y el poder se establecieron como valores supremos; la mentira, el engaño, la simulación, como sus parientes cercanos o instrumentos necesarios para su obtención, y la impunidad como el manto protector de esos valores: éstos eran y son los que han permeado a grandes sectores sociales; éstos son los valores que han sido sembrados en muchos niños y jóvenes, quienes anhelan poseerlos. El éxito reflejado en quienes han obtenido poder y dinero sin importar los medios que han empleado; consideración y prestigio sociales para quienes escalaron la pirámide social y política, y representan esas desvergüenzas, sin importar sus biografías y sus ilícitos. Se podía y se puede ser un gran ladrón, un gran delincuente, pero, con poder y dinero, se era y se es un gran señor. Los niños y los jóvenes contemplaban esta situación, y muchos de ellos querían ser como esos grandes señores.

Esta atmósfera moral se vino a agravar por dos factores: por la impunidad que hizo cada vez más audaces a los delincuentes de cuello blanco —¡al fin nada le pasa a nadie!— y por el narcotráfico, el cual implicó que pasaran ríos de oro

* Me refiero a niños, dependiendo de su madurez intelectual, entre once a catorce años.

—decenas y cientos de millones de dólares— cerca o muy cerca de funcionarios públicos, empresarios, banqueros, comunicadores, jueces, sacerdotes, policías, y ya la opinión pública sabe —los casos aumentan— que muchos no resisten la tentación. A veces la liebre salta en donde menos se espera; el narcotráfico ha sido un factor multiplicador de la corrupción en nuestro país, porque los valores morales ya habían sido lesionados por el sistema descrito y en el cual hemos vivido.

...

La regla del narcotráfico: plata o plomo, llegó primero a policías y fue subiendo de nivel: jefes, políticos de rango mediano, agentes del ministerio público, comunicadores de poco prestigio, jueces federales, soldados; poco a poco los niveles fueron subiendo hasta alcanzar a algunos de los más altos. Nunca hay que generalizar porque no corresponde a la realidad, pero...

Existía en México —¿existe todavía?—, una regla no escrita según la cual si una persona pertenecía a cierta dependencia y delinquiría, había que ocultar el hecho para no desprestigiar a la institución; se le podía hasta separar del cargo, pero nada más; había que alejar a la dependencia del escándalo. Se pensaba que juzgar a un juez desprestigiaba al Poder Judicial; juzgar a un agente del ministerio público deterioraba a la Procuraduría; juzgar a un sacerdote, lesionaba a su iglesia; juzgar a un comunicador erosionaba a toda la profesión y así hasta el infinito. La cultura de la impunidad y de las complicidades en todo su esplendor. Antes que nada, el prestigio de la institución, el prestigio muy mal entendido, y los pretextos para seguir reforzando la impunidad.

...

La mentira y el disimulo —¿cinismo?— como parte del sistema. ¡Todos somos inocentes!: políticos, empresarios, banqueros, comunicadores, sacerdotes, líderes sindicales y sociales. ¡Todos somos inocentes! Todos lo pregonan y cada quien defiende su caso. Todos dicen que pueden justificar las mansiones en que viven —muchos de los millonarios estadounidenses y europeos no las tienen—, su colección de carros, sus casas de campo aquí y en el extranjero, su esposa e hijas adornadas con las alhajas más caras; todo ese dinero proviene de fuentes lícitas, sostienen. Poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras: la quinteta de la muerte para México.

...

Actualmente, todo el país es suspicacia y rumores; todos somos inocentes y para probar esa inocencia se miente con desenfado y con cinismo; al fin que nada va a pasar, ya que la mentira no tiene un costo. A veces es difícil probar la existencia de esas fortunas enormes, y más, si la mayor parte de ellas se encuentra en países pequeños que se han convertido en paraísos fiscales y encubridores de grandes delincuentes. Si alguien fuera un pequeño defraudador o delincuente, que no se acerque a aquéllos; no le harán caso, pero a quienes llevan decenas y

centenas de millones de dólares a depositar, les tenderán alfombras rojas y no les preguntarán sobre el origen de esas fortunas.

... El ladrón gritando “agarren al ladrón”, y lo vocifera con tal seguridad, sangre fría y cinismo, que la sociedad ya no sabe a quién creer. Esta situación me recuerda una escena semejante en varias películas, en la cual una tercera persona se encuentra entre el asesino y el protector; ambos le juran que son el protector y sólo uno lo es; si se equivoca, en ello le va la propia existencia. ¡Qué momentos más difíciles! Así se encuentra la sociedad mexicana en nuestros días, y para no dejarse engañar tiene que informarse, pensar y reflexionar; no creer a nadie, sino llegar a sus propias conclusiones.

...

Poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras es el ambiente moral dentro del cual han crecido nuestros niños y jóvenes; es el ejemplo que generaciones y generaciones de mexicanos les han dado, y —éstos niños y jóvenes— es lo que han querido y quieren alcanzar en su existencia: poder y dinero a como dé lugar; además, si es hábil, inteligente y bien relacionado, se gozará de impunidad. ¿Se puede querer o desear algo más? Empero, no todos sucumbieron a ese canto de sirenas y se estrellaron contra las rocas de la indecencia y de la inmoralidad.

...

En julio del año 2000, el Partido Acción Nacional ganó las elecciones presidenciales. Las expectativas fueron enormes desde los más diversos ángulos; la campaña del candidato presidencial ganador se había basado, en gran parte, en un discurso sobre la honestidad y la lucha frontal contra la corrupción y la impunidad.

Debe asentarse, que en ese momento, los entonces partidos políticos de oposición a nivel federal ya gobernaban casi la mitad de la población de las entidades federativas, el Distrito Federal y los municipios. Es verdad que se escuchaban rumores de corrupción en algunos de esos gobiernos, pero no se presentaban pruebas, lo cual se hizo pasados los años. Además, nos resistíamos a admitir que los gobiernos locales y municipales de los partidos de oposición, estuvieran incurriendo en los mismos vicios que el partido hegemónico, debido a que por decenios sus banderas habían sido la honestidad y la lucha contra la corrupción. Parecía inconcebible que al llegar al poder, incurrieran en los vicios que tanto habían criticado.

No obstante, se pensaba que la situación cambiaría cuando el partido hegemónico perdiera la presidencia de la República y, desde esa posición de poder, se lucharía por extirpar los cánceres que corroen la moral pública del país y que lo han conducido a crisis de proporciones mayores; una de las últimas fue la devaluación del peso en diciembre de 1994, la que se avisó con anterioridad a impor-

tantes banqueros y empresarios, quienes sacaron miles de millones de dólares del país —los extranjeros retiraron sus fondos hasta febrero de 1995—, y que trajo como consecuencia bancos en bancarrota técnica y banqueros que multiplicaron sus fortunas personales.

...

Es decir, en la última etapa del partido hegemónico, y cuando los partidos de oposición gobernaban estados y municipios, la quinteta apuntada continuaba estableciendo sus fueros como si la realidad política no hubiera cambiado: poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras seguían tan poderosos y fuertes como siempre.

Como ya dije, las esperanzas de que ¡al fin! la presidencia de la República la ganara un partido de oposición se convirtió en realidad. Además, en 2000, en las dos cámaras legislativas federales, ninguno de los tres grandes partidos políticos obtuvo la mayoría de los asientos. El sistema tripartito de partidos políticos se había consolidado en el país, cuando menos para los años próximos. Los pesos y contrapesos constitucionales, en un contexto como éste, podrían funcionar y, ahora sí, era posible comenzar a combatir la corrupción, la impunidad, los desvíos de poder y el ambiente lleno de mentiras en el que el país había vivido.

El gobierno federal 2000-2006 poco hizo al respecto, y en varios renglones se retrocedió en relación a los efectos de la mencionada quinteta mortal. Unos cuantos ejemplos dan idea de lo acontecido, los casos de: Amigos de Fox, Pemexgate, los supuestos negocios ilícitos de los hijastros de Fox, el aumento del narcotráfico y la impunidad de que gozaron algunos de los carteles de ese flagelo, el contubernio de sectores del gobierno con algunos empresarios para realizar inmensos negocios.

...

La primera conclusión que se deriva de la anterior afirmación es preocupante: la raíz de esa quinteta no responde sólo o predominantemente a factores políticos. La enfermedad es más profunda y extendida de lo que parecía, y de lo que yo mismo consideraba.

...

Los poderes públicos y los poderes de hecho se encuentran en una connivencia de beneficios mutuos, vista en pocas ocasiones, aunque existen excepciones. El Estado debilitándose. Pocas son las voces que dan la alarma.

La sociedad continúa sin reaccionar como debiera. Existe un alto grado de tolerancia social a la corrupción y a la impunidad. Una oración resume lo acontecido en esos seis años —de 2000 a 2006—, y tiene décadas de antecedentes, aunque no tan burdos ni cínicos. Ante la repentina y exhibida riqueza de los hijastros del presidente, el padre de éstos declaró: mal harían en no aprovechar la

oportunidad que se les presenta. La reacción social ante tal descaro fue mínima, más bien se prestó a bromas.

...

La moral pública en México se encuentra enferma, y es un estado difícil de superar, debido a que su saneamiento implica un cambio de mentalidad, y ello es lo más difícil y lejano de alcanzar, pero es posible y debe ser posible por el bien del país.

Enuncio algunas acciones que serían efectivas para combatir la quinteta de la muerte: poder, dinero, corrupción, impunidad y mentiras, que asuela y denigra a nuestra nación:

a) Establecer una lucha frontal y sin cuartel en contra de la corrupción por parte del gobierno. Tolerancia cero. No más discursos, sino acciones y más acciones.

b) Simplificar los trámites administrativos para que el ciudadano cumpla en forma sencilla con sus obligaciones, y el margen discrecional del servidor público sea mínimo para evitar posibles corruptelas.

c) Realizar campañas de concientización en los medios de comunicación para que la sociedad se involucre en la lucha contra la corrupción, para ir desterrando la cultura de la “mordida”, gratificaciones, pago de porcentajes, regalos a los servidores públicos. Sensibilizar a la población a que debe respetar la ley, porque además de los beneficios que implica para la sociedad, es lo más conveniente para las personas y sus familias. Un ejemplo: la corrupción aleja, entre otros factores, la inversión extranjera, lo que trae como consecuencia menor creación de empleos. Cuando tenemos un déficit de los mismos, si no es uno quien sufre el problema del desempleo, lo es probablemente un familiar o un ser cercano.

d) Hacer efectivo el principio democrático de que nadie se encuentra por encima de la ley, y nadie debe solicitar excepciones a su aplicación. Es decir, impunidad cero. Se debe comenzar con la aplicación de la ley en casos paradigmáticos para que la sociedad comprenda que no es una campaña más, que no son simples palabras; sino la manifestación de real voluntad política de aplicar la ley y de que se fortalezca el Estado de Derecho.

...

e) Propiciar cambios en las actitudes mentales: que los niños y jóvenes comprendan que los dos valores más importantes no son el poder y el dinero.

...

f) Abrir, con toda seriedad, el debate social sobre la quinteta de la muerte que aflige a nuestra sociedad.

...

g) Convertir a los órganos fiscalizadores, como la Auditoría Superior de la Federación y sus análogas en las entidades federativas y en el Distrito Federal,

en verdaderos órganos constitucionales autónomos; es decir, que no dependan de ninguno de los tres poderes, pero que sí sean responsables de sus actos. Asimismo, hay que revisar sus facultades para fortalecerlas con la finalidad de que cumplan ejemplarmente con las funciones que les corresponden.

h) Hacer funcionar mejor los poderes judiciales, desligándolos del poder político, donde aún esto no ha ocurrido. Reforzar su independencia, preparación y remuneración en las entidades federativas que todavía presentan déficits en estos aspectos. Y en todos los casos es necesario alcanzar el principio constitucional de que la justicia sea rápida y expedita.

i) En sectores sensibles a la corrupción como son, entre otros, los ministerios públicos, policías y servidores aduanales, así como, en las grandes empresas públicas, fortalecer el sistema de responsabilidades, al mismo tiempo que se creen estímulos sociales y económicos para los buenos servidores, que sí existen. O sea, aplicar la muy antigua ley de “la zanahoria y el garrote”, que sí funciona y que, además, es justa y legal.

En un Estado de derecho todos estamos sujetos a la ley, nadie puede solicitar excepciones, no pueden existir fueros. Un comunicador no puede alegar libertad de expresión como justificación para calumniar, mentir o para cometer un ilícito. Eso es un abuso a este derecho, que, como todos los demás, no es absoluto. Existen algunos comunicadores que en la realidad mexicana conciben su profesión como un fuero, que la ley no les alcanza, porque si se les quiere aplicar, se refugian en el argumento falaz de que se trata de desprestigiar al gremio, coartar la libertad de expresión o perseguirlos por ejercer dicha libertad.

El ejercicio responsable de la libertad de expresión y de la dignidad, que en apego a la verdad blinda a aquellos periodistas que hacen de ese ejercicio su forma de vida y cumplen a cabalidad la función de informar, no debe confundirse con ese otro tipo de supuesto ejercicio periodístico basado en el abuso y un falso ejercicio de la libertad de expresión.

El doctor era un convencido defensor del uso responsable de la libertad de expresión, pero la libertad de expresión no es equivalente a mentir ni calumniar, mucho menos de abusar del privilegio de comunicar que da la pluma.

En su momento celebró la existencia de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección de la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen, que deja de ponerle un precio al honor, que siendo patrimonio moral es difícil de cuantificar, y coincidió en que era necesario que se pudiera llevar a cabo un escrutinio público de las actividades desarrolladas por los servidores públicos. Su pretensión fue que se aclararan en sus términos las calumnias e

imprecisiones que de su persona refirieron los ahora demandados; que la principal sanción fuera la exhibición de su temeridad al afirmar lo que no se obligan a probar. Finalmente, el patrimonio del periodista es su credibilidad, y los que defendemos la libertad de expresión no podemos permitir que aquellos que hacen de su labor la difusión de información a la sociedad lo hagan de manera irresponsable y calumniosa.

Es muy difícil construir una reputación y demasiado fácil ponerla en entredicho; afortunadamente, lo que blindo es la congruencia en el trabajo y los resultados manifiestos y constatables que permiten confrontar a quienes pretenden dañar el honor e imagen pública.

En la defensa de su caso persiguió dejar un precedente de la importancia de defender el ejercicio responsable de la libertad de expresión y fomentar el periodismo de investigación serio, que realmente informe con verdad. Este derecho humano no debe convertirse en la excusa para ataques calumniosos sin prueba alguna. Por el contrario, existen pruebas de que esos dichos fueron mentiras y calumnias; además, se demostró la negligencia inexcusable en la búsqueda de información que siempre ha sido pública, de fácil acceso y consulta.

Sometió ante las instancias jurisdiccionales los hechos, el derecho y los elementos probatorios con la convicción de que la razón le asistía y que el fallo favorable que, previos los trámites procesales se hubiera dictado, podía servir no solo a su persona, sino como académico y estudioso del tema continuar aportando en la necesaria reflexión de los alcances y límites de la libertad de expresión, así como de la responsabilidad que genera el abuso de este derecho frente a los derechos de la personalidad, aunque se trate de figuras públicas. Lo anterior, por la defensa del periodismo de investigación serio que requiere nuestro país.

Su sensible fallecimiento impidió la conclusión del caso que con su ausencia no se pudo llevar en las condiciones que se estableció; no obstante, quedó constancia y, de nueva cuenta, muestra palpable de la convicción del jurista y académico que siempre defendió (y ganó) sus batallas en beneficio no individual, sino de abrir frontera en los precedentes tan necesarios en este país.

Su visión siempre la plasmó por escrito, no evadió su responsabilidad de rendir cuentas, aunque claramente precisó los límites de la siguiente forma:

En lo que concierne específicamente al servidor público y su derecho a la vida privada e intimidad, la sociedad tiene el derecho a conocer un acto de ese ámbito aunque no constituya delito, cuando el mismo pueda incidir en la función pública que ese funcionario tiene encargada.

En este sentido se puede citar a:

- a. Los romanos conocieron ya la máxima *publica publice tractanda sunt; privata private*, que implica que únicamente lo que concierne al ámbito público, o si siendo privado tiene conexión con aquél, puede ser tratado públicamente.
- b. Ferreira Rubio afirma que la sociedad tiene el derecho de conocer los actos de la vida privada del funcionario público —el hombre de Estado—, que de un modo u otro puedan afectar a la colectividad, lo cual se justifica por el interés general o por la trascendencia que ese acto puede tener en el destino común.
- c. Quiroga Lavié sostiene que los hombres públicos también tienen vida privada pero el interés serio y justificado de la sociedad —no la indiscreción ni la curiosidad— es causa para el conocimiento de este ámbito privado.
- d. Novoa Monreal escribió que cuando el derecho a la información se ejerce, cuidando el derecho a la vida privada y no obstante ello, subsiste un interés general de la sociedad respecto a actos de la vida privada, llega el momento en que el derecho a la vida privada debe ser subordinado en aras del interés general, en virtud de que existe una “causa de justificación”. Un ejemplo famoso en este aspecto y que él nos recuerda fue el caso Profumo, el cual involucró la turbulenta vida privada del secretario inglés de guerra. Esa importante discusión aconteció en Gran Bretaña a principios de los años sesenta. Parece que ya va siendo costumbre que México se rezague décadas en la discusión de principios jurídicos y en la aceptación de instituciones que los países democráticos comenzaron a crear después de la Segunda Guerra Mundial.⁵

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Entonces comprendí, a fuerza de hurgar en
mi memoria, que la modestia me ayudaba
a brillar, la humildad a vencer y la virtud a
oprimir.

Albert CAMUS, *La caída*

⁵ Carpizo, Jorge, “Vida privada y función pública”, *Revista Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 3, enero-junio de 2004.

Duele y doble, el saberse sin la presencia de quien supo convertirse en una conciencia moral con sus atinadas críticas, siempre acompañadas de propuestas. Son las ausencias que duelen, no solo por el duelo de perder al ser humano, sino sobre todo al guía que con solvencia podía dar puntos de vista enriquecedores al debate nacional. Era un ser inspirador, obligaba a uno a ser mejor y a estudiar y laborar con tesón como él mismo lo hacía, predicando con el ejemplo.

Escribir en su memoria evoca los momentos de convivencia donde escucharlo era aprender, seguirlo era un honor y continuar con su legado será un compromiso. Pocos como él, genio y maestro. Siempre estará en el lugar que solo se ganan quienes viven con pasión, congruencia, dignidad e incluso sacrificio por las mejores causas, la suya: el derecho.

Retomo las palabras, que como buen previsor, nos dejó a manera de testamento ideológico:

Con la alegría de haber existido durante 68 años, me despido de mis familiares y amigos.

Traté de vivir lo mejor que pude dentro de mis circunstancias, y de servir con devoción a México y a su Universidad Nacional.

En los cargos que ocupé siempre rendí informes públicos, presenté evaluaciones y dejé constancia de lo realizado en múltiples libros y artículos. El mejor homenaje que puedo recibir consiste en que se lean y reflexionen.

Nunca menté ni cometí delito alguno. Cumpí con mis responsabilidades al máximo de mi capacidad y voluntad.

En mis libros y artículos tanto los académicos y los testimoniales, dejo constancia del país que me tocó vivir, servir, gozar y sufrir.

Mil y mil gracias a aquellos que colaboraron lealmente conmigo y con los valores que rigieron todas mis actividades.

Me voy amando, con todas mis fuerzas, convicciones y emociones, a nuestro gran país y a su, y mía también, Universidad Nacional.

Jorge CARPIZO MCGREGOR

V. FUENTES DE CONSULTA

CARPIZO, Jorge, “Transparencia, acceso a la información y universidad pública autónoma”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 21, julio-diciembre de 2009, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/21/ard/ard3.htm>.

———, “Vida privada y función pública”, *Revista Derecho Comparado de la Información*, México, núm. 3, enero-junio de 2004.

SORIA, Carlos, *Derecho a la información y derecho a la honra*, Barcelona, ATE, 1981.

VILLANUEVA, Ernesto *et al.*, *Moral pública y libertad de expresión*, México, Jus, 2009.

LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Mara GÓMEZ

SUMARIO: I. *Los jueces constitucionales y la protección de los derechos humanos.* II. *El diálogo judicial interamericano y el “caso Rosendo Radilla” en la Suprema Corte de Justicia de México.* III. *El control de convencionalidad.* IV. *La doctrina del bloque de constitucionalidad.*

I. LOS JUECES CONSTITUCIONALES Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

La jurisdicción constitucional suele ser la jurisdicción nacional que se considera más vinculada a la protección de los derechos fundamentales del individuo y a las normas internacionales en materia de derechos humanos. Pero ¿por qué es así? ¿Por qué es la jurisdicción constitucional la que se estima como aquella que, por definición, se encarga de la protección de los derechos humanos en el ámbito nacional?

El juez Eduardo Ferrer explica en su interesante voto razonado al caso Cabrera y Montiel, que existe “una asimilación de conceptos del Derecho Constitucional” al derecho internacional, “lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, y puntualiza que, en la actualidad, “Se advierte claramente una internacionalización del Derecho Constitucional”.¹

Para este autor, la relación entre el derecho constitucional y el derecho internacional es tan clara y tan importante que, incluso, apunta que

¹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Voto razonado en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, de 26 de noviembre de 2010; Corte IDH, serie C, núm. 220, p. 8. Este voto fue publicado bajo el título “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, núm. 131, mayo-agosto de 2011, pp. 917- 967.

“Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas”.²

En efecto, en esta región hoy día se avanza hacia la internacionalización del derecho constitucional, y al mismo tiempo hacia la constitucionalización del derecho internacional,³ lo que quizá constituye la razón principal para considerar al derecho constitucional como el más vinculado con la protección de los derechos humanos en Latinoamérica.

Esto explica también la instalación dentro del sistema regional interamericano, tanto de formas constitucionales de funcionar como de instituciones provenientes del constitucionalismo doméstico.

Lo cierto es que la Corte Interamericana funciona, en varios sentidos, como un “verdadero Tribunal Constitucional nacional”,⁴ llevando a cabo una especie de control de constitucionalidad de los actos públicos de los Estados sometidos a su jurisdicción (el *control de convencionalidad*, que veremos adelante), revisando sentencias de los tribunales nacionales,⁵ y, asimismo, anulando leyes nacionales de amnistía y condenando a los Estados a modificar sus textos constitucionales cuando resultan contrarios a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁶

² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Voto razonado...*, cit., p. 33. Véase también, Bogdandy, Armin von et al. (coords), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional-Max Planck Institute, 2 ts., 2010. En un sentido similar se pronuncia Néstor Pedro Sagüés, quien habla de la construcción de un “*ius commune* interamericano, en materia de derechos personales y constitucionales”. Véase Sagüés, Néstor P., “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, *Rev. Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 1, 2010, pp. 117-136.

³ Véase Albanese, Susana, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, en Albanese, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Buenos Aires, Ediar, 2008.

⁴ Sagüés, Néstor P., “Obligaciones internacionales...”, cit., p. 133.

⁵ “...la jurisdicción interamericana será competente, en determinados casos, para revisar las actuaciones de los jueces nacionales, incluido el correcto ejercicio del ‘control de convencionalidad’...; sin que ello implique convertir al Tribunal Interamericano en un ‘tribunal de alzada’ o de ‘cuarta instancia’, ya que su actuación se limitará al análisis de determinadas violaciones de los compromisos internacionales asumidos por el Estado demandado en el caso particular, y no de todas y cada una de las actuaciones de los órganos jurisdiccionales domésticos”. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Voto razonado...*, cit., p. 4.

⁶ Nos referimos al ya citado caso *Barrios Altos vs. Perú* (sentencia del 14 de marzo de 2001, Corte IDH, serie C, núm. 75), y al caso de “*La Última Tentación de Cristo*” (*Omedo Bustos y otros vs. Chile*, sentencia del 5 de febrero de 2001, Corte IDH, serie C, núm. 73). Más información en Gómez Pérez, Mara, *La protección internacional de los derechos humanos y la soberanía nacional*, México, Porrúa, 2003, 70 pp. Estos fueron los primeros casos en que la Corte

Pero hay por lo menos un par de razones más para considerar al orden constitucional como uno de los más vinculados con la protección de los derechos fundamentales de los individuos.

Por regla general toda Constitución, y sobre todo las Constituciones escritas, cuentan con una parte dogmática; esto es, con un catálogo más o menos bien definido de derechos de los individuos frente al poder público. En ese sentido, si la función de un Tribunal constitucional es velar por que la Constitución se cumpla, uno de sus propósitos esenciales será, consecuentemente, vigilar que no se trasgreden esos derechos en el ámbito nacional, además de interpretarlos y definir sus límites, lo que convierte a estos órganos (y al derecho constitucional) en un factor decisivo en la protección de los derechos fundamentales de los individuos.

Pero quizá la función más importante de los órganos jurisdiccionales encargados en última instancia de la interpretación constitucional sea aquella que los instituye en *celadores* del orden jurídico nacional.

Dado que son precisamente los tribunales constitucionales, cortes supremas, salas constitucionales o “altas jurisdicciones” latinoamericanas, como las denomina la Corte Interamericana, quienes se encargan de interpretar en última instancia la Constitución de toda una nación, de igual manera son los órganos que pueden abrir —ya sea total o parcialmente— y también cerrar, el acceso de las normas, los principios, la jurisprudencia y en general, los estándares internacionales protectores de derechos humanos, al orden jurídico nacional.

Cierto es que tanto el Poder Legislativo como el Poder Constituyente de un país pueden ejercer de igual manera esta función, a través de la *armonización* de las leyes nacionales a los tratados y estándares internacionales, y mediante la reforma de la Constitución en ese mismo sentido, pero sin la anuencia y la permanente colaboración del órgano encargado de la interpretación constitucional y, en general, de todo el Poder Judicial, ese acceso puede dificultarse, entorpecerse, o incluso vedarse.

Por el contrario, aun cuando el Poder Legislativo constituido o el Constituyente Permanente no adviertan la importancia para la ciudadanía de abrir el orden jurídico nacional a esas normas y estándares internacionales, o lo hagan de manera imperfecta, el Poder Judicial y, sobre todo, las altas jurisdicciones constitucionales, pueden ir abriendo, caso por caso, ese acceso, y a través de ello ir construyendo un orden jurídico nacional más acorde con la protección y la defensa de los derechos humanos.

Interamericana resolvió anulando una ley nacional y condenando a un país a reformar su Constitución, pero ahora ya hay otros precedentes.

Esta función de celador o de guardián del orden jurídico nacional justifica plenamente la vinculación de la jurisdicción constitucional con la protección de los derechos fundamentales de los individuos.⁷

II. EL DIÁLOGO JUDICIAL INTERAMERICANO Y EL “CASO ROSENDO RADILLA” EN LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MÉXICO

Resulta interesante analizar ahora cómo es que las altas jurisdicciones llevan a cabo esta labor; esto es, cómo se relacionan con la Corte Interamericana y, en general, cómo actúan frente al derecho internacional de los derechos humanos.

Existen en Latinoamérica muchos ejemplos de ello, algunos más célebres que otros. *Verbi gratia*, los casos Jorge Rafael Videla (sentencia del 21 de agosto de 2003), y Simón, Julio Héctor y otros (sentencia del 14 de junio de 2005), resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la República de Argentina, en los cuales esta alta jurisdicción declaró que la jurisprudencia de la Corte Interamericana (específicamente la sentencia del caso Barrios Altos *vs.* Perú) constituye una “pauta imprescindible de interpretación” cuya aplicación resulta “imperativa”.

Asimismo, la sentencia del 19 de junio de 2007, dictada por el Tribunal Constitucional de Perú en el caso Colegio de Abogados del Callao *vs.* Congreso de la República (00007-2007-PI/TC), en la que el Tribunal peruano desarrolló con gran amplitud y profundidad el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

La famosa Corte Constitucional de Colombia, por su parte, ha declarado la naturaleza vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, por lo menos, en las sentencias T-568, del 10 de agosto de 1999; C-010 del 19 de enero de 2000, y C-200, del 19 de marzo de 2002; y recientemente ha llegado a establecer que —incluso— es posible desconocer el efecto de la *cosa juzgada nacional* cuando las sentencias internacionales determinan que ha habido impunidad en la violación a los derechos humanos, razonamiento que plasmó en la sentencia C-004/03 del 20 de enero de 2003 (caso Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 220, numeral 3 parcial, de la Ley 600 de 2000. Código de Procedimiento Penal).

⁷ Un claro ejemplo del ejercicio de esta función de *celador* lo encontramos en la discusión que se dio en la Suprema Corte de Justicia de México en torno al caso Rosendo Radilla, que veremos ahora.

Por último, la Corte Suprema de Justicia de Chile —aunque sin invocar un precedente específico de la Corte Interamericana—, al resolver el caso Manuel Tomás Rojas Fuentes, calificó de aplicación obligatoria el derecho internacional de los derechos humanos en ese país (sentencia del 13 de marzo de 2007, Recurso de Casación).⁸

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, en los párrafos 226 a 232 de la sentencia del caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México,⁹ alude al menos a cinco resoluciones dictadas por igual número de altas jurisdicciones nacionales, en las que se acepta, de una forma u otra, la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito nacional, a saber: 1) la sentencia del 10 de mayo de 2010 en el expediente 2006-13381-27-RAC (apartado III.3 sobre “El sistema interamericano de derechos humanos. Fundamentos y efectos de las sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”) dictada por el Tribunal Constitucional de Bolivia; 2) la resolución 1920-2003 emitida el 13 de noviembre de 2003 por la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, 3) la sentencia dictada el 21 de julio de 2009 en el expediente 2730/2006-PA/TC (fundamento 12), por el Tribunal Constitucional de Perú; 4) la sentencia del famoso “caso Mazzeo”, dictada el 13 de julio de 2007 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, y 5) por último, la sentencia C-010/00 (párrafo 6), emitida el 19 de enero de 2000 por la Corte Constitucional de Colombia.¹⁰

Mención especial merece el llamado “caso Mazzeo”, en el que la Corte Suprema de Argentina declaró inconstitucional el Decreto del Poder Ejecutivo 1002/89 que indultaba a responsables de graves violaciones a los derechos humanos en Argentina (homicidio, privación ilegítima de la libertad, tortura, lesiones, violación al domicilio, etcétera, con la concurrencia de miembros de las fuerzas armadas y de la seguridad pública del Estado), por transgredir la Constitución argentina, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este relevante fallo, la Corte Suprema argentina puntualizó que “el Poder Judicial [argentino] debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos

⁸ Todos estos casos y sus razonamientos han sido extraídos del discurso de incorporación del doctor Carlos Ayala Corao como miembro de número de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela. Este interesante texto, todavía inédito, está ya próximo a publicarse en Venezuela.

⁹ Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México, del 26 de noviembre de 2010; Corte IDH, serie C, núm. 220.

¹⁰ Esta última sentencia también la cita el profesor Carlos Ayala Corao.

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, interprete última de la Convención Americana”.¹¹

No está por demás señalar que en esta interacción judicial nacional e internacional destacan dos jurisdicciones latinoamericanas que

desde principios de la década de los noventa, han adoptado interpretaciones sobresalientes para favorecer la aplicabilidad de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, son la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica y la Corte Constitucional de Colombia. La primera otorgó carácter supraconstitucional a los tratados internacionales de derechos humanos en la medida en que éstos sean más favorables a los previstos a nivel constitucional. La segunda, al reconocer dentro del ‘bloque de constitucionalidad’ a dichos tratados. Ambas jurisdicciones han tenido importantes desarrollos posteriores en esta materia.¹²

Parece que el diálogo judicial entre la Corte Interamericana y los tribunales constitucionales, cortes supremas, salas constitucionales y, en general, altas jurisdicciones latinoamericanas, ha dado lugar a efectos muy interesantes. Independientemente de que se trate o no de un diálogo consciente, ha generado la progresiva convergencia de todas estas jurisdicciones en un mismo objetivo: la protección judicial de los derechos humanos. Pero, además, ha generado que ciertas instituciones constitucionales nacionales se trasladen al orden regional internacional; y más interesante todavía, ha provocado que esas mismas instituciones, ya transformadas y convertidas en instituciones internacionales, regresen al ámbito nacional, como sucede con lo que recientemente se ha bautizado como *control difuso de convencionalidad*, que también veremos adelante. Algo relativamente similar parece haber ocurrido en Europa durante las primeras etapas de conformación del derecho comunitario.¹³

¹¹ Caso Mazzeo, Lulio y otros s/Recurso de Casación e Inconstitucionalidad, del 13 de julio de 2007. Se puede ver la sentencia completa en <http://www.dipublico.com.ar/juris/mazzeo.pdf> [consultada el 5 de junio del 2012].

¹² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Voto razonado...*, cit., nota 43 de la p. 10.

¹³ Fue el profesor emérito Eduardo García de Enterría quien expuso estas nociones en una de sus clases de doctorado en la Universidad Complutense de Madrid, a principios de 1995. En ese entonces, en que se discutían abundantemente en España los efectos que iba a tener para ese país la reciente creación de la Unión Europea, el doctor García de Enterría sostenía que el derecho comunitario se estaba nutriendo de las normas e instituciones nacionales de los diversos países europeos, y que después, estas instituciones domésticas volvían en forma de derecho comunitario a sus naciones de origen, y se instalaban también en otras naciones de Europa; con lo cual, en su opinión, las normas comunitarias estaban actuando

A manera de caso paradigmático, resulta de interés exponer aquí la reciente reacción de la Suprema Corte de Justicia de México frente a dos acontecimientos sumamente trascendentes en el orden jurídico de este país: por un lado, la primera condena proveniente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Poder Judicial de la Federación mexicana, y por el otro, la reforma del 10 de junio de 2011 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de derechos humanos. Detengámonos brevemente en estos dos sucesos.

El 23 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*,¹⁴ estableciendo diversas condenas, pero algunas de ellas específicamente dirigidas al Poder Judicial Federal.¹⁵ No era la primera condena para México, pero sí la primera que expresamente le imponía obligaciones concretas *de hacer* al Poder Judicial Federal. Dicha sentencia fue notificada al Estado mexicano el 15 de diciembre de ese mismo año, y publicada de manera extractada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de febrero siguiente. Ante ello, el 26 del mayo de 2010, el entonces presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación formuló una consulta al Pleno de la propia Suprema Corte a fin de que este, en su conjunto, determinara el trámite que debía corresponderle a la sentencia de la Corte Interamericana.

La consulta del presidente de la Corte dio lugar a dos breves, pero complejas resoluciones (sobre todo la segunda de ellas), que fueron discutidas en múltiples sesiones del tribunal reunido en Pleno, tanto de manera pública como privada,¹⁶ y que produjeron más de quince páginas de votaciones, en las que se detallaron con toda minucia las anuencias y discordancias de cada miembro del tribunal, con cada uno de los puntos decididos, y que además, generaron seis votos particulares de igual número de miembros del tribunal.¹⁷ Estos datos quizá puedan dar una idea de lo complicado que le resultó a la alta jurisdicción mexicana pronunciarse sobre el tema.

como una especie de “vasos comunicantes” entre los diversos órdenes jurídicos nacionales de Europa, con efectos homogeneizadores.

¹⁴ Corte IDH, serie C, núm. 209, ya citado.

¹⁵ No hay que olvidar que México ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 24 de marzo de 1981, y reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 16 de diciembre de 1998.

¹⁶ De acuerdo con los datos consignados en ambas sentencias, estas sesiones tuvieron lugar desde el 31 de agosto de 2010, hasta el 20 de septiembre de 2011; es decir, que se prolongaron por más de un año. El presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en ese entonces, era el ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia.

¹⁷ De los ministros Margarita Luna Ramos, Arturo Zaldívar, Luis María Aguilar Morales, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Jorge Pardo Rebolledo y Sergio Valls Hernández.

La primera de estas resoluciones fue emitida el 7 de septiembre de 2010 en el expediente “Varios 912/2010”. En ella, al cabo de extensas discusiones y tras desechar el proyecto originalmente presentado,¹⁸ la Corte Suprema resolvió propiamente sin resolver; esto es, se limitó a decir “este Tribunal Pleno considera que [sí] debe emitirse una declaración acerca de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, tras lo cual se turnó nuevamente el asunto a otro ministro.¹⁹

Ahora bien, el 10 de junio del 2011 fue publicada oficialmente una reforma en materia de derechos humanos a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que modificó sustancialmente once artículos constitucionales, e introdujo ocho disposiciones transitorias, y que, de alguna manera, tuvo por objeto poner a México en sintonía con el derecho internacional de los derechos humanos. Además, el 6 de junio del 2011 también se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* otra importante reforma a la Constitución, a través de la cual se dispuso, entre otras cosas, que en adelante el juicio de amparo procedería por violación a los derechos humanos contenidos en “*los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte*”.

En su conjunto —consideran Miguel Carbonell y Pedro Salazar—, las normas reformadas delimitan un nuevo paradigma en el constitucionalismo mexicano, porque, por un lado, introducen al concepto de los derechos humanos como eje central de la articulación estatal (sustituyendo la figura arcaica de las ‘garantías individuales’) y, por el otro, incorporan como normas de máximo rango en el ordenamiento jurídico mexicano las disposiciones en materia de derechos de origen internacional.²⁰

La segunda resolución fue emitida en el diverso expediente “Varios 489/2010”, el 14 de julio de 2011, o sea, más de diez meses después de la

Los miembros de este tribunal son 11, lo que quiere decir que en este asunto más de la mayoría de ellos emitió su voto de manera diferenciada.

¹⁸ Este primer proyecto fue elaborado por el ministro José Ramón Cossío Díaz. En esencia se pronunciaba a favor del acatamiento de la sentencia interamericana, y precisaba con todo detalle cómo debía llevarse a cabo este cumplimiento.

¹⁹ Tanto esta resolución como la dictada el 14 de julio de 2011, así como todos los votos particulares de esta última, pueden ser consultados en la página de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: www.scjn.gob.mx.

²⁰ Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, presentación a la obra, p. IX. Véase también García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, 294 pp. (y un CD con anexos).

primera, pero a pocas semanas de que fueran oficialmente publicadas estas importantes reformas constitucionales en materia de derechos humanos.

Si bien esta segunda resolución adolece de severas fallas, debidas probablemente a las complejas discusiones que antecedieron su emisión y a la necesidad de llegar a acuerdos, lo cierto es que también contiene declaraciones sumamente relevantes sobre el comportamiento que deberán observar en adelante todos los juzgadores mexicanos frente a las normas internacionales en materia de derechos humanos.

Los puntos de decisión más relevantes de esa resolución, a nuestro juicio, son los cinco siguientes:

1o. Se reconoce la sujeción de México a la jurisdicción interamericana. La Suprema Corte de Justicia de la Nación calificó como un “hecho inobjetable” la sujeción del Estado mexicano a la jurisdicción de la Corte Interamericana, y señaló que siempre que México sea parte en una controversia ante dicho tribunal internacional, la sentencia que se dicte constituye “cosa juzgada”, lo que implica que la Suprema Corte, pese a su carácter de máxima autoridad judicial del país, “no puede evaluar ese litigio ni cuestionar la Competencia de la Corte [Interamericana], sino sólo limitarse a su cumplimiento en la parte en que le corresponde y en sus términos”.

2o. Se determinan los alcances nacionales de la sujeción a esta jurisdicción internacional. La Corte mexicana, asimismo, manifestó expresamente que las sentencias pronunciadas por la Corte Interamericana son “obligatorias para todos los órganos” del Estado mexicano “en sus respectivas competencias”, y también precisó que “para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia”.²¹

3o. Se admite el control de convencionalidad en México. De igual manera, la Suprema Corte confirmó que todos los jueces mexicanos deben ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, y precisó que dicho control debe ser *ex officio* (de oficio), y ejercerse “en un modelo de control difuso de constitucionalidad”, es decir, que no queda solo a cargo de los jueces constitucionales, sino que debe ser

²¹ En este punto, la Suprema Corte también señaló que “...el resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que deriva de las sentencias en donde el Estado Mexicano no figura como parte, tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorecedor a la persona”. Este pronunciamiento resulta muy poco esclarecedor y considerablemente discutible, entre otras, por la razón que expresamos en el apartado 1.1.2 de este trabajo, pero no nos detendremos aquí en las críticas que se pueden formular en torno a este importante fallo constitucional. Vale solo señalar que al menos dos ministros se pronunciaron en sus votos particulares en contra de estas afirmaciones: el ministro Sergio Valls y el ministro Arturo Zaldívar.

ejercido por todos y cada uno de los jueces del país. En ese sentido, la Corte Suprema de México manifestó que “...los jueces [mexicanos] están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario establecidas en cualquier norma inferior”. Y precisó que “Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados..., sí están obligados a dejar de aplicar estas normas inferiores dando preferencia a los contenidos de la Constitución y de los tratados en esta materia”.

4o. Se fijan algunos parámetros del control de convencionalidad. En virtud de lo anterior, el alto tribunal mexicano precisó que a fin de determinar si un acto o una norma son contrarios a los derechos humanos, los jueces mexicanos deberán compararlo: primero, con los derechos humanos contenidos en la Constitución mexicana; en segundo término, con los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte (no solo los pertenecientes a la jurisdicción interamericana, sino todos los tratados suscritos por México en materia de derechos humanos), y en tercer lugar, con los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, además de los *criterios orientadores* de la jurisprudencia interamericana (esto es, los criterios jurisprudenciales emitidos en juicios en los que México no ha sido parte). Sin perjuicio de ello, la Corte mexicana también apuntó que todo “esto no prejuzga sobre la posibilidad de que sean los criterios internos los que cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución..., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos”.²²

5o. Se establecen los pasos a seguir para llevar a cabo el control de convencionalidad. Por último, la Corte mexicana precisó que los jueces mexicanos, al conocer de un asunto relacionado con la protección a los derechos fundamentales del individuo, deben tratar de realizar primero una *interpretación conforme* de las disposiciones internas que se consideraran violatorias de

²² Sobre este particular, Eduardo Ferrer precisa que el control difuso de la convencionalidad conlleva un “*estandar mínimo*” para los Estados, de manera tal que “la circunstancia de no aplicar el ‘estandar mínimo’ creado por la Corte IDH por considerar aplicable otra disposición o criterio más favorable (sea de fuente nacional o internacional), implica, en el fondo, aplicar el estándar interamericano”. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords), *La reforma constitucional...*, cit., pp. 339-429, específicamente p. 340.

los derechos humanos, a fin de hacerlas compatibles con las normas constitucionales o internacionales conducentes, y cuando ello no sea posible —y solo en ese caso—, podrán entonces *inaplicar* la ley interna violatoria de tales derechos. En concreto, la alta jurisdicción mexicana expresó que

...este tipo de interpretación por parte de los jueces supone realizar tres pasos: A) Interpretación conforme en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. B) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos. C) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, por último, reiteró que “todos los jueces del Estado mexicano..., están facultados para inaplicar las normas generales que, a su juicio, consideren transgresoras de los derechos humanos contenidos en la propia Constitución Federal y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano es parte”.

Aunado a estos cinco puntos generales, la Corte Suprema formuló diversos pronunciamientos, no menos importantes, en torno a la utilización en México del llamado “fuero militar”, y además, respecto del cumplimiento concreto que debería dársele a las condenas establecidas en la sentencia interamericana a cargo del Poder Judicial Federal.

Como puede verse, se trata a todas luces de un complejo y polémico fallo constitucional, pero sin duda trascendente para México, pues establece las primeras reglas sobre la manera en que los jueces mexicanos deberán aplicar el derecho interamericano, y en general el derecho internacional de los derechos humanos, y asimismo, precisa algunas pautas sobre la forma en que se deberán articular y coordinar, a partir de ahora, los tribunales mexicanos dentro de lo que aquí hemos denominado el sistema transnacional de protección judicial de los derechos humanos.

III. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La *Enciclopedia jurídica latinoamericana* define al control de constitucionalidad como el “Mecanismo que, confrontando normas y actos con la Constitución, verifica si están de acuerdo con ella y, en caso de no estarlo, los declara inconstitucionales, privándolos de eficacia por falta de validez”.²³ El recién nombrado juez interamericano Eduardo Ferrer, por su parte, precisa que el control de convencionalidad “Consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos...”.²⁴ Asimismo, Néstor Pedro Sagüés, al comparar el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, señala que en tanto “uno intenta afirmar la supremacía de la constitución nacional; el otro, [afirma] la del Pacto de San José de Costa Rica”, y aclara que “Tienen en común manejar —en el fondo— un mismo argumento: la invalidez de la norma inferior opuesta a la superior”.²⁵ El control de convencionalidad es, tal vez, la expresión más clara del fenómeno de la internacionalización del derecho constitucional en la región.

No hay duda de que el autor de esta importante figura jurídica interamericana es el doctor Sergio García Ramírez, quien se refirió a ella por primera vez en su voto concurrente razonado relativo al caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* en 2003,²⁶ para volverla a citar en sus votos particulares de los casos *Tibi vs. Ecuador*, de 2004²⁷ y *Vargas Areco vs. Paraguay*, de 2006.²⁸

Pero no fue sino hasta 2006, año en el que el doctor García Ramírez era presidente de este tribunal internacional, cuando al resolver el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, la Corte Interamericana por fin hizo suya esta institución. A este respecto, la Corte Interamericana señaló que

...el Poder Judicial [chileno] debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también

²³ *Enciclopedia jurídica latinoamericana*, Buenos Aires, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, t. III, p. 333.

²⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad...”, *cit.*, p. 340.

²⁵ Sagüés, Néstor P., “Obligaciones internacionales...”, *cit.*, p. 128.

²⁶ Sentencia del 25 de noviembre de 2003, Corte IDH, serie C, núm. 101, pr. 27.

²⁷ Sentencia del 7 de septiembre de 2004, Corte IDH, serie C, núm. 114, pr. 3.

²⁸ Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Corte IDH, serie C, núm. 155, prs. 6 y 12. Después de este caso, el doctor García Ramírez se ha vuelto a hacer cargo de esta institución en otros votos particulares.

la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.²⁹

Es justo aquí en donde se originó la doctrina del control de convencionalidad.³⁰

Esta doctrina fue reiterada por la Corte Interamericana solo dos meses después, en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros *vs.* Perú),³¹ y a partir de entonces ha sido constantemente citada, y ha sido empleada para resolver numerosos casos contenciosos: La Cantuta *vs.* Perú del 2006;³² Boyce y otros *vs.* Barbados, del 2007;³³ Heliodoro Portugal *vs.* Panamá, del 2008;³⁴ Radilla Pacheco *vs.* México, del 2009;³⁵ Manuel Cepeda Vargas *vs.* Colombia, del 2010;³⁶ Comunidad Indígena Xákmoc Kásek *vs.* Paraguay, del 2010;³⁷ Fernández Ortega y otros *vs.* México, del 2010;³⁸ Rosendo Cantú y otra *vs.* México, del 2010;³⁹ Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña *vs.* Bolivia, del 2010,⁴⁰ así como en el caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México, del 2010.⁴¹ Aunado a ello, el control de convencionalidad ha sido aplicado también en las resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia relativas a los casos Fermín Ramírez *vs.* Guatemala⁴² y Raxcacó Reyes *vs.* Guatemala.⁴³

Cabe precisar que a partir del caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros *vs.* Perú), la Corte Interamericana pasó de hablar de

²⁹ Sentencia del 26 de septiembre de 2006, Corte IDH, serie C, núm. 154, prs. 123 a 125, específicamente pr. 124.

³⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Voto razonado...*, *cit.*, p. 5.

³¹ Sentencia del 24 de noviembre de 2006, Corte IDH, serie C, núm. 158.

³² Sentencia del 29 de noviembre de 2006, Corte IDH, serie C, núm. 162.

³³ Sentencia del 20 de noviembre de 2007, Corte IDH, serie C, núm. 169.

³⁴ Sentencia del 12 de agosto de 2008, Corte IDH, serie C, núm. 186.

³⁵ Sentencia del 23 de noviembre de 2009, Corte IDH, serie C, núm. 209.

³⁶ Sentencia del 26 de mayo de 2010, Corte IDH, serie C, núm. 213.

³⁷ Sentencia del 24 de agosto de 2010, Corte IDH, serie C, núm. 214.

³⁸ Sentencia del 30 de agosto de 2010, Corte IDH, serie C, núm. 215.

³⁹ Sentencia del 31 de agosto de 2010, Corte IDH, serie C, núm. 216.

⁴⁰ Sentencia del 1o. de septiembre de 2010, Corte IDH, serie C, núm. 217.

⁴¹ Como lo señalamos antes, se trata de la sentencia del 26 de noviembre de 2010, Corte IDH, serie C, núm. 220.

⁴² Corte IDH, caso Fermín Ramírez *vs.* Guatemala. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28 marzo de 2008.

⁴³ Corte IDH, caso Raxcacó Reyes *vs.* Guatemala. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28 marzo de 2008.

“una especie de control” de convencionalidad, a referirse a un “control liso y llano” de convencionalidad,⁴⁴ y fue también desde esta segunda sentencia cuando la Corte especificó que el control de convencionalidad procedía de oficio, es decir, sin necesidad de que las partes tuvieran que invocarlo.⁴⁵

Ahora bien, como ya lo señalábamos antes, a la par del control de constitucionalidad ha surgido otra figura hermana a la que se le han asignado diversas denominaciones. Se le ha llamado *control judicial interno de convencionalidad*;⁴⁶ *control de convencionalidad en sede nacional*;⁴⁷ y también *control difuso de la convencionalidad*.⁴⁸ Como bien lo apunta el doctor García Ramírez, el “control propio, original o externo de convencionalidad” le corresponde a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tanto que este otro control alude a la potestad conferida y reconocida a los órganos judiciales nacionales, para verificar la congruencia entre los actos internos y las disposiciones internacionales interamericanas.⁴⁹ El control interno, difuso o nacional de convencionalidad es, pues, un nuevo paradigma para todos los jueces nacionales de la región, que les confiere la facultad de examinar la compatibilidad entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además de sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁵⁰ Esta es, quizá, la expresión más clara de la constitucionalización del derecho internacional regional; o, dicho con más propiedad, de la recepción a nivel nacional, de instituciones provenientes del orden internacional interamericano.

Los teóricos del control de convencionalidad plantean una gran cantidad de dudas e inquietudes, sobre todo respecto de *quién* debe practicar el control de convencionalidad, *sobre qué* debe practicarse y *cuáles* son los efectos del ejercicio de esta atribución.⁵¹ Se trata de complejas y muy importan-

⁴⁴ Sagüés, Néstor P., “Obligaciones internacionales...”, *cit.*, p. 120.

⁴⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Voto razonado...*, *cit.*, p. 6.

⁴⁶ García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno de convencionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, 27 pp.

⁴⁷ Sagüés, Néstor P., “Obligaciones internacionales...”, *cit.*, p. 121. No obstante, este autor también llega a utilizar la denominación de control difuso.

⁴⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad...”, *cit.*

⁴⁹ García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno...*, *cit.*, p. 2.

⁵⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad...”, *cit.*, p. 340.

⁵¹ Además de los ya citados: Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Porrúa, 2008, 205 pp. Cienfuegos Salgado, David, “El control de convencionalidad en México”, *Lex. Difusión y Análisis*, México, cuarta época, año XV, núm. 187, enero de 2011, pp. 71-79;

tes interrogantes cuya respuesta quizá no llegue en un futuro cercano, pero respecto de las cuales conviene formular algunos comentarios, aun sin la intención de agotar la discusión.

En países como el nuestro, como Uruguay y como Costa Rica, que aunque con variantes cuentan con un control de constitucionalidad total o parcialmente concentrado,⁵² a nuestro juicio hay por lo menos tres *dimensiones* del control de convencionalidad (como de alguna manera las llama el doctor García Ramírez):⁵³ la primera es la que este tratadista denomina “control propio, original o externo de convencionalidad”, y se refiere al control que le corresponde ejercer, única y exclusivamente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos; la segunda es aquella que tienen a su cargo las altas jurisdicciones nacionales que cuentan con atribuciones para declarar la invalidez de una norma general con efectos *erga omnes*, y la tercera es la que deben ejercer todos los demás jueces del país, que por regla general no realizan funciones de constitucionalidad, no suelen verificar si los actos nacionales se apegan o no a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, no tienen facultades originarias para inaplicar una norma, y mucho menos cuentan con atribuciones para anular una ley con efectos *erga omnes*.

Dependiendo del tribunal que realice el control de convencionalidad, su extensión y sus efectos pueden ser diversos, y no exactamente de mayor o de menor jerarquía, sino diversos.

Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, año 7, núm. 2, 2009; Hitters, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, año VIII, núm. 13, 2009; Castilla, Karlos, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XI, 2011, pp. 593-624; Herreras Cuevas, Ignacio Francisco, *Control de convencionalidad y efectos de las sentencias*, Ubijus, 2011, 143 pp.; Londoño Lázaro, María Carmelina, “El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 128, nueva serie, año XLIII, mayo-agosto de 2010, pp. 761-814; Pastor de Peirotti, Irma y Ortiz de Gallardo, María Ines del C., “El debido proceso adjetivo y el control de convencionalidad”, *Anuario IX 2008*, Universidad Nacional de Córdoba, pp. 105-120; Carpizo, Enrique, “Algunas reflexiones sobre el control de convencionalidad y su relación con el control de constitucionalidad difuso en México”, artículo inédito, próximo a publicarse.

⁵² Sagüés, Néstor P., “Obligaciones internacionales...”, *cit.*, p. 121.

⁵³ García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno...*, *cit.*, p. 1. Vale aclarar, sin embargo, que este autor solo se refiere a dos dimensiones.

Así, mientras que la Corte Interamericana puede ejercer esta facultad sobre cualquier ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución administrativa o sentencia nacional e, incluso, sobre la Constitución de todo un país, quizá las altas jurisdicciones nacionales no estén facultadas para esto último; es decir, para declarar la inconstitucionalidad de su Constitución nacional,⁵⁴ pero sí para anular, con cierta libertad, cualquier acto, norma general interna, e incluso, cualquier Constitución local (estadual) que vaya en contra de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y para hacerlo con efectos *erga omnes*. Cabe decir que esto último, en ocasiones, ha constituido un problema para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha sido considerablemente cauta para declarar la nulidad con efectos *erga omnes* de una ley, y que cuando ha determinado la incompatibilidad de una norma de rango constitucional con la Convención Americana, en realidad se ha limitado a *inaplicar* el precepto constitucional en el caso concreto, y a condenar al Estado a que reforme dicho texto constitucional. Vemos pues, que no se trata propiamente de facultades de mayor o menor jerarquía, sino diferentes.

Lo cierto es que resulta difícil decir que un tribunal tiene mayor o menor “jerarquía” que otro, pues a diferencia de lo que sucede entre los órganos administrativos, entre los judiciales no hay propiamente relaciones de jerarquía, y tampoco debe haberlas. A nuestro juicio, se trata simplemente de competencias distintas, las que, en todo caso, se ejercen de mejor manera cuando hay una adecuada coordinación entre los órganos judiciales.

La problemática mayor, sin embargo, se da respecto de los tribunales que no tienen asignada función alguna de constitucionalidad, y que, desde luego, no pueden dejar de aplicar una ley, ni mucho menos declarar su nulidad; es decir, los correspondientes a la tercera dimensión. Es aquí en donde es necesario poner más atención.

A raíz de la resolución que dictó la Suprema Corte de Justicia de México en relación con el caso Rosendo Radilla, no hay duda de que todos los juzgadores mexicanos deben ejercer el control de convencionalidad; que lo

⁵⁴ Este tema ha sido objeto de múltiples discusiones en la Suprema Corte de Justicia de México. *Vr. gr.*, “CONSTITUCIÓN, TODAS SUS NORMAS TIENEN LA MISMA JERARQUÍA Y NINGUNA DE ELLAS PUEDE DECLARARSE INCONSTITUCIONAL. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución de la República todos sus preceptos son de igual jerarquía y ninguno de ellos prevalece sobre los demás, por lo que no puede aceptarse que algunas de sus normas no deban observarse por ser contrarias a lo dispuesto por otras. De ahí que ninguna de sus disposiciones pueda ser considerada inconstitucional. Por otro lado, la Constitución únicamente puede ser modificada o adicionada de acuerdo con los procedimientos que ella misma establece” [TA; 8a. Época; Pleno; S.J.F.; V, Primera parte, enero a junio de 1990; p. 17].

deben hacer de manera oficiosa, y que, con base en ello, pueden declarar la inaplicabilidad de una ley. Sin embargo, quizá no sea lo mismo que esta función la lleve a cabo un tribunal constitucional, que un órgano judicial que no está acostumbrado a realizar análisis de constitucionalidad, y que no suele declarar la inaplicabilidad de normas generales.⁵⁵

Hasta el momento, la Corte Interamericana no se ha pronunciado por la preferencia de un sistema de control difuso o por uno concentrado de la convencionalidad a nivel nacional. Hasta ahora, lo importante para la Corte ha sido que se implante el control de convencionalidad en todos los Estados sujetos al sistema interamericano y, en ese sentido,

Resulta secundario y opinable —y en todo caso depende de las circunstancias nacionales— el método que se elija, mientras no excluya el cumplimiento del deber de control que atañe a los depositarios de la función judicial pública. Nos encontramos, pues, ante una decisión de método que compete a los Estados, soberanamente, y que éstos debieran adoptar previo cuidadoso examen de sus condiciones específicas y de la forma que mejor se acomode a la obtención de los fines perseguidos mediante la figura del control.⁵⁶

En la posición contraria, con el fin de comenzar a establecer algunas pautas y, sobre todo, con la intención de dejar claro que independientemente del sistema de control de constitucionalidad con que cuente un país —difuso o concentrado—, todos los jueces de la región están obligados a ejercer el control de convencionalidad, el juez Ferrer ha hablado de distintas “intensidades” del control difuso de convencionalidad, que a su juicio pueden ser de mayor grado, cuando el juez nacional tiene competencia para inaplicar o declarar la invalidez de una norma general, y de menor intensidad, cuando no cuenta con tales facultades.⁵⁷

Sin embargo, específicamente sobre esta posibilidad de establecer distintas “intensidades” en el ejercicio del control de convencionalidad en Mé-

⁵⁵ El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM se ha dado a la tarea de compilar y reseñar algunas sentencias importantes en esta materia dictadas por tribunales colegiados de circuito en México; por ejemplo: la sentencia dictada en el Amparo directo 505/2009 el 21 de enero del 2010, por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito; así como la sentencia dictada el 2 de julio de 2009 por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y del Trabajo del Décimo Primer Circuito.

⁵⁶ García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno...*, cit., p. 21.

⁵⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad...”, cit., pp. 386 y ss., y 361 y ss. Asimismo, ha puntualizado que antes de declarar inaplicable una disposición legal, los jueces deben intentar siempre la *interpretación conforme* de la norma, a fin de descubrir en ella el sentido que resulte más acorde con la Convención Americana.

xico, el doctor García Ramírez ha opinado que “es preferible organizar el control de convencionalidad a través de consultas sobre las disposiciones que se pretende aplicar, sobre todo en un medio donde hay ‘costumbre de control concentrado’ y escaso manejo del Derecho internacional, además de ‘vientos de fronda’ que pudieran agitar las aguas de la jurisprudencia”.⁵⁸

Independientemente de que se prefiera una postura u otra, dadas las resoluciones adoptadas por la Suprema Corte de Justicia de México al conocer del “caso Rosendo Radilla”, a nuestro entender, lo importante ahora es concentrar los esfuerzos en ordenar el control de convencionalidad correspondiente a la tercera dimensión, pues las otras dos, de momento, no suscitan tantas inquietudes. En ese sentido, estimamos que resulta apremiante que la alta jurisdicción mexicana establezca algunas reglas básicas que eviten el desconcierto de los órganos judiciales nacionales frente a esta nueva facultad, y que permitan un sano ejercicio de ella.

También podrían emitir algunas de estas reglas el Poder Legislativo e, incluso, la propia Corte Interamericana, dentro de sus facultades, pero estimamos que lo más conveniente es que la Suprema Corte de Justicia de México se avoque, tan pronto como le sea posible, a contestar, por ejemplo, algunas de las siguientes dudas:

¿Cómo se activa el control difuso de la convencionalidad?; esto es, ¿qué tan *ex officio* debe ser este control difuso de la convencionalidad? Por otro lado, ¿qué requisitos debe cumplir el razonamiento de un juez ordinario para declarar la “inaplicabilidad” de una ley en un caso concreto? Y entonces, ¿qué efectos puede tener el que un juez ordinario decida “inaplicar” una ley en un caso concreto? ¿El control de convencionalidad funciona solo respecto de leyes y normas generales, o también respecto de actos? ¿Actos públicos de todo tipo? ¿Sobre un decreto presidencial, por ejemplo? ¿En qué tipo de resoluciones se puede hacer una declaración de “inaplicabilidad” de una ley (en sentencias definitivas, en sentencias interlocutorias, en un acuerdo)? ¿Y en qué instancia (primera instancia, apelación)? ¿También en amparo? En este último caso, ¿hay alguna regla especial que tenga que seguir un juez o tribunal de amparo ante el que es impugnada una determinación de “inaplicabilidad” de una ley, por un tercero interesado? Y por ello mismo, ¿qué sucede con los efectos frente a terceros de una ley declarada “inaplicable”? ¿Podrán ser escuchados en juicio? ¿Y tendrá algún tipo de defensa la autoridad que emitió la norma que se pretende “inaplicar”? En resumen, ¿qué mecanismos deben preverse a fin de que esta nueva facultad

⁵⁸ García Ramírez, Sergio, *El control judicial interno...*, cit., p. 22.

no genere inseguridad jurídica ni descrédito de los órganos judiciales del país?

Pero más allá de la necesidad de progresar en todas estas construcciones jurídicas, o quizá, hasta de transformar nuestro sistema de control de constitucionalidad, lo más importante es que “El ‘control difuso de convencionalidad’ convierte al juez nacional en un juez interamericano”. Ahora,

Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales, la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Los jueces nacionales se convierten —así— en los primeros intérpretes de la normativa internacional.⁵⁹

IV. LA DOCTRINA DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El primer tribunal que utilizó la denominación “bloc de constitutionnalité” (bloque de constitucionalidad) fue el Consejo Constitucional francés para referirse a un conjunto de normas a las que debería asignársele rango constitucional en el ordenamiento jurídico interno.⁶⁰

En la decisión *núm. 71-44 DC*, del 16 de julio de 1971, relativa a la libertad de asociación, el Consejo Constitucional francés argumentó que el control de constitucionalidad de las leyes no solo operaba respecto de la Constitución *stricto sensu*, sino también en relación con el preámbulo de la misma, de manera tal que este último no solo debía tener significación moral (como probablemente lo querían los constituyentes), sino también un poder vinculante como parte de un “bloque de constitucionalidad”.

El preámbulo de la Constitución francesa de 1958 es muy breve, pero alude a dos textos fundamentales de la historia constitucional de Francia: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el

⁵⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad...”, *cit.*, p. 379; “Mexican courts need to more seriously and systematically reflect upon the comparative international approach”. *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, “Foreign Precedents in Mexican Constitutional Adjudication”, *Mexican Law Review*, México, vol. IV, núm. 2, enero-junio de 2012, pp. 293-307, específicamente, p. 295.

⁶⁰ En esta sección nos apoyaremos del magnífico texto del profesor colombiano Manuel Góngora-Mera. *Cfr.* Góngora-Mera, Manuel Eduardo, *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)-Deutsche Forschungsgemeinschaft (DFG), 2011, p. 302.

preámbulo de la anterior Constitución francesa de 1946. En ese sentido, con la inclusión del preámbulo de 1958 en el bloque, varias normas se incluyeron simultáneamente al control de constitucionalidad: 1) la Constitución *stricto sensu* (89 artículos); 2) la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1789 (17 artículos); 3) el preámbulo a la Constitución de 1946 (*principes particulièrement nécessaires à notre temps*), y 4) los principios fundamentales de las leyes de la República. Cabe decir que esta multiplicidad de fuentes dentro del bloque de constitucionalidad no conllevó ningún tipo de jerarquía formal entre ellas.

Como la Constitución francesa de 1958 no tenía una declaración de derechos humanos, esta decisión judicial de 1971 significó una verdadera revolución jurídica. Por un lado, implicó la inclusión de los derechos humanos desarrollados desde la Declaración de 1789, pero, por la otra, amplió de manera muy importante el parámetro de control de constitucionalidad de las leyes del Parlamento y, como resultado, expandió el poder del Consejo Constitucional francés frente a los poderes Legislativo y Ejecutivo de esa nación.⁶¹

Diez años más tarde, este concepto fue adoptado por el Tribunal Constitucional de España, pero con un sentido sensiblemente distinto, pues en contraste con la situación en Francia, donde se desarrolló como respuesta a la falta de una declaración de derechos humanos en la Constitución, en España más bien fue un instrumento para resolver los conflictos de competencias entre el Estado central y las comunidades autónomas en que se divide el país.

En la nación ibérica, la doctrina del bloque de constitucionalidad también se utilizó como parámetro para el ejercicio del control de constitucionalidad, pero su contenido se limitó a normas nacionales con rango legal; en ese sentido, en España el bloque de constitucionalidad se formó, junto con la Constitución española, con los estatutos de las autonomías y con las leyes orgánicas que definen los límites en el poder de las instituciones generales y autonómicas, en virtud de que la Constitución no determina las competencias de las comunidades autónomas (como sí suele hacerlo en los sistemas federales), sino que remite esta distribución a los estatutos de autonomía y a las demás leyes del Estado.

A la par de España, la doctrina del bloque de constitucionalidad fue adoptada por la Corte Constitucional italiana a través de la noción de la *nor-*

⁶¹ Hay que decir que aunque el bloque de constitucionalidad fue una creación del Consejo Constitucional francés, la doctrina fue desarrollada en el ámbito del derecho administrativo de este mismo país, como reflejo de un concepto administrativo análogo denominado “*bloc de legalité*” (Maurice Hauriou, Louis Favoreu y George Vedel). *Cfr.* Góngora-Mera, Manuel Eduardo, *op. cit.*, p. 166.

me interposte (normas interpuestas), que se define como el conjunto de normas ordinarias con rango de ley, que por disposición expresa de la Constitución obligan o limitan a otras normas, como parámetro de control constitucional. En este caso, al igual que en España, la doctrina se adoptó para resolver los conflictos de competencia entre el poder central del Estado y los entes regionales italianos.

La doctrina europea del bloque de constitucionalidad migró a América Latina en la década de los noventa pero con un sentido, una finalidad y un contenido sumamente distintos al europeo, lo que probablemente fue producto de la tendencia global de democratización, de respeto a los derechos humanos y de fortalecimiento de los tribunales constitucionales en el mundo, a raíz de la caída del Muro de Berlín.

Mientras que en Francia, España e Italia el bloque integra principalmente un conjunto de normas nacionales que son utilizadas por la Corte Constitucional como parámetro para el control de constitucionalidad, el bloque de constitucionalidad en América Latina se centra en la colocación de las normas internacionales de derechos humanos al mismo nivel que la Constitución.

En esta región, la noción del bloque de constitucionalidad se adoptó sobre todo con la intención de introducir al orden jurídico nacional los tratados internacionales en materia de derechos humanos, junto con otras normas internacionales y principios en esta misma materia. En términos generales, la adopción de esta doctrina está vinculada a la percepción regional de que la ley nacional constitucional sola es insuficiente para la promoción de la justicia y para la realización efectiva de los derechos fundamentales ya reconocidos en el texto constitucional.⁶²

Así, con el fin de compensar las deficiencias (o la falta de voluntad) en el cumplimiento de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos por parte de los poderes Legislativo y Ejecutivo, algunos tribunales constitucionales de la región favorecieron esta tendencia, que a su vez aumenta la influencia de la Corte respecto de los otros poderes (aunque con

⁶² Esta idea no es nueva. En un documento presentado ante la Asociación de Derecho Constitucional Alemán en 1977, el famoso profesor alemán Christian Tomuschat formuló el concepto de *völkerrechtliche Nebenverfassung* (Constitución Internacional Complementaria), para referirse a las varias maneras en que los tratados de derechos humanos influyen en el orden constitucional de la República Federal de Alemania y al carácter complementario de la protección internacional de los derechos humanos (haciendo hincapié en que los tratados de derechos humanos establecen un mínimo). En este sentido, los tratados de derechos humanos que son elevados a la categoría de Constitución devienen en “Constitución Internacional Complementaria”. Cfr. Góngora-Mera, Manuel Eduardo, *op. cit.*, p. 161.

diferente intensidad e impacto según las condiciones particulares de cada país).

De esta forma, en Latinoamérica el bloque de constitucionalidad se integra por las Constituciones domésticas, por los tratados internacionales en derechos humanos y, dependiendo de cada país, por un conjunto de declaraciones, normas y/o principios internacionales diversos, todos ellos con rango constitucional, susceptibles de ser invocados en los juicios de control de constitucionalidad como parámetro de constitucionalidad. Por lo general, este conjunto de normas incluyen la Constitución *stricto sensu*, las declaraciones internacionales de derechos humanos, como la Declaración Universal y la Declaración Americana, y los tratados de derechos humanos regionales y universales ratificados por los Estados.

Al día de hoy han adoptado la doctrina del bloque de constitucionalidad en esta región: Panamá (que fue el primero, 1990), Costa Rica (1993); Colombia (1995); Perú (1996); Venezuela (1999); Ecuador (en 1998 y posteriormente en 2008); Bolivia (en 2009); Argentina (doctrinalmente, sobre todo); República Dominicana; Ecuador; Honduras; Nicaragua y Brasil.

Así pues, si bien el concepto fue desarrollado en Francia, España e Italia, ha tenido una amplia aceptación en Latinoamérica, aunque con un significado e implicaciones diversas. Cabe decir, asimismo, que la expansión de la doctrina del bloque de constitucionalidad no ha sido vertical sino horizontal; es decir, en contraste con la expansión “de arriba hacia abajo” del control de convencionalidad, que ha sido promovido e impulsado directamente por la Corte Interamericana, cada país latinoamericano ha adoptado la doctrina del bloque de constitucionalidad en diferentes momentos y bajo diversos patrones de construcción, por lo que es posible hablar de una expansión horizontal y no jerárquica de esta doctrina en la región.

APUNTES SOBRE LAICIDAD Y LAICISMO

Alonso GÓMEZ-ROBLEDO

Nobody, therefore, in fine, neither single persons nor churches, nay, nor even commonwealths, have any just title to invade the civil rights and worldly goods of each other upon pretence of religion.¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El pensamiento liberal*. III. *“La laicidad” y la colectividad internacional*. IV. *Principios primordiales*. V. *Posible injerencia en los derechos garantizados*. VI. *Portación de símbolos religiosos*. VII. *Informe Stassi*. VIII. *Mundo laboral*. IX. *Hospitales*. X. *Ambito carcelario*. XI. *“Aparentes sofismas”*. XII. *Epílogo*.

I. INTRODUCCIÓN

La laicidad no es ni un contrato ni una corriente de pensamiento en el sentido ordinario del término, ni tampoco una “excepción cultural”. Es más bien un concepto filosófico que, a diferencia de la simple idea de tolerancia, no tiene por objeto hacer coexistir las diversas libertades tal y como se presentan dentro de una sociedad dada, sino como dice la profesora Catherine Kirtzler, de lo que verdaderamente se trata es de construir un espacio a priori que sea la condición de posibilidad de una coexistencia de esta naturaleza.

De entrada, la laicidad puede definirse como la neutralidad del Estado *vis-à-vis* la sociedad en su conjunto y la multiplicidad de sus creencias. Pero esta neutralidad no se limita a la simple organización de la coexistencia pacífica de las diversas comunidades.

Significa, antes que nada, que el Estado rehúsa referir su poder a una instancia fundamental, cualquiera que ésta sea; se libera así de todo fundamento teológico-religioso.

¹ Locke, John, *A letter Concerning Toleration*, trad. de William Popple, 1689.

No está por demás dejar asentado que en este breve artículo hemos preferido enfocarnos, con mayor o menor ventura, en los aspectos más recientes y acuciantes en torno a los debates sobre laicismo y laicidad. Lo anterior, está por demás decirlo, va en detrimento del “tema” en la historia de nuestro país, por ser de todos conocido que dichos problemas han sido de sobra analizados, estudiados y explorados por intelectuales de primera línea, ya sean juristas, como sociólogos, historiadores o politólogos, en el terreno patrio.

No obstante, lo anterior no impide que recordemos que con las Leyes de Reforma el problema nodal en su tiempo quedó zanjado de una vez y para siempre.

Son las leyes de Reforma que ordenaron, entre otras cosas, la supresión de los fueros eclesiástico y militar, la supresión de la coacción civil para el pago de los diezmos y el cumplimiento de los votos religiosos, la desamortización y luego la nacionalización de bienes eclesiásticos ante la rebeldía del clero, el matrimonio civil y el registro ídem de los demás actos de la vida, la secularización de los cementerios, y por último pero no por cierto lo menor, la absoluta separación entre la Iglesia y el Estado. De herética tacharon los reaccionarios estas disposiciones...²

² Gómez-Robledo, Antonio, “México a vuelapluma o México en miniatura”, en Gómez-Robledo V., Alonso (coord.), *Homenaje a don César Sepúlveda*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 145-160.

En otra lúcida investigación, don Antonio Gómez-Robledo nos relata cómo desde la Independencia el clero mexicano “...salvaguardó la enorme riqueza que adquirió en el siglo pasado (XIX), y cuyo monto total sobrepasó la mitad de la riqueza nacional. Nunca se apeó la jerarquía mexicana de esta posición, antes por lo contrario, mediante sublevaciones instigadas por ella misma, hizo caer a los gobiernos mexicanos que en una forma o en otra, intentaron el uso del patronato como regalía inherente a la soberanía del Estado”.

Gómez-Robledo, Antonio, *Oratio Doctoralis: ensayos jaliscienses*, México, Colegio de Jalisco, Conaculta, 1994, pp. 29-37; Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, 15a. ed., México, Porrúa, 2009. En particular, pp. 72-81, 93-98 y 244-255; Fix-Zamudio, Héctor, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 2a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2001, en particular, pp. 542-560; Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México. 1808-1957*, México, Porrúa, 1957, en particular, pp. 630-667; varios autores, *El Estado laico y los derechos humanos en México: 1810-2010*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, ts. I y II; Torre Villar, Ernesto de la et al., *Historia documental de México*, México, UNAM, 1964; Alamán, Lucas, *Historia de México*, México, Ediciones Victoriano Agüeros y Comp., 1885, t. V; varios autores, *Nueva historia mínima de México*, México, Colmex, 2009; González, Luis, “El liberalismo triunfante”, *Historia general de México*, México, Colmex, 2000, pp. 633-706; Mora, José María Luis, *México y sus revoluciones*, México, Instituto de Cultura Helénico-Fondo de Cultura Económica, edición facsimilar (1836), t. I, pp. 260-289; Blancarte, Roberto, *Hacia un Estado laico*, México, Editorial Nuevas Ediciones, 2008; Cossío, José Ramón, “Laicidad del Estado y libertad religiosa: cómo armonizarlas”, *Letras Libres*, México, núm. 112, abril de 2008, p. 64.

II. EL PENSAMIENTO LIBERAL

No parece que pueda haber duda alguna en el hecho de que exista un vínculo poderoso entre la idea de la laicidad y la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789; ambas proceden de la corriente liberal aparecida como reacción contra el fanatismo y la intolerancia.

La persona de pensamiento liberal acepta al otro y lo trata en pie de igualdad; es por ello que el “liberal” proclama dicha igualdad en declaraciones varias, tendentes a exentar al hombre de todo sojuzgamiento a un absolutismo, generador de discriminaciones vejatorias o infamantes.

El resultado de este movimiento libertador se fue desarrollando esencialmente contra la Iglesia católica por su inmenso poder, tanto en la esfera espiritual como temporal. Dicha Iglesia católica, al ocupar una posición universal, se manifiesta en el orden internacional, incluso antes de intervenir al interior de las fronteras estatales.

En efecto, el mundo conoció un periodo de unidad que, a pesar de buen número de vicisitudes, conoció un periodo de unidad en el medievo; esto es, la *civitas christiana* bajo el inmenso y desmedido poder del papa.

Como se sabe, durante todo este largo y oscuro periodo de la historia el poder de los monarcas y príncipes estaba sometido a la autoridad pontificia, que podía, mediante la excomunión, liberar a los ciudadanos de su deber de obediencia al monarca.³

Después vendrían el Protestantismo, la Reforma y el Renacimiento, que poco a poco volverían a situar al hombre en el centro del universo.

Pero siempre será delicado, incluso en los casos más favorables, llegar a un consenso sobre los derechos que habrán de ser protegidos, a los términos y vocablos se van a adjudicar significados diversos dependiendo de los regímenes políticos que los proclaman, los problemas que tocan las relaciones del Estado y de la religión, de los poderes y la conciencia de cada persona, son estos últimos, sin duda alguna, aquellos en donde encontramos las más diversas soluciones entre Estados independientes.

III. “LA LAICIDAD” Y LA COLECTIVIDAD INTERNACIONAL

Ya sea que se tome la expresión de “laicidad” en su acepción más rigurosa; en decir, en donde se refiera a la independencia del Estado en relación con el hecho religioso, o en su sentido más amplio, o sea, como suponiendo

³ *La laïcité*, París, Centre de Sciences Politiques de l’Institut d’Etudes Juridiques de Nice-Presses Universitaires de France, 1960.

“la tolerancia” a cargo de los gobernantes y ciudadanos, siempre se podrá constatar (J. R. Dupuy) que la colectividad internacional, cuenta habida de los Estados laicos y teocráticos, así como de aquellos que se adhieren sin reservas a la doctrina de los derechos humanos, sin embargo seguirán subsistiendo divergencias radicales en cuanto a su fundamento, situándolos algunos de ellos entre dioses y dogmas, según la bien cimentada tradición estadounidense, en tanto que los demás (como en 1789) defendiendo su fundamento en el individuo, el cual los adquiere ya sea por naturaleza o mediante la razón y el discernimiento humanos.

No es casual que desde el Preámbulo de la Carta de las Naciones Unidas, a la Organización que se creaba bajo la égida de los derechos humanos (segundo párrafo), como tampoco es casual que la Asamblea General haya adoptado, el 10 de diciembre de 1948, la Declaración Universal de Derechos Humanos (Res. A.G. 217 A (III)), proclamando, entre otros, el que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión...” (artículo 18).

Igualmente, en este mismo año, pero con meses de antelación, la IX Conferencia Internacional Americana adoptaría la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y consagraría el derecho de la libertad religiosa y del culto (artículo III) (OEA. /Ser. 1/V/1.4).

A diferencia de las anteriores declaraciones, de una importancia considerable desde el punto de vista de la historia de la filosofía política, comenzarán a adoptarse convenciones internacionales con vinculación jurídica para las partes contratantes.

Así, la Convención Europea de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales será adoptada por los miembros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 en la ciudad de Roma, Italia, plasmando en su artículo 9o. el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, implicando este derecho la libertad de manifestar la religión o convicción individual o colectivamente, en público o en privado. Estas libertades no pueden ser objeto de restricciones, salvo aquellas que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la protección de seguridad pública o para la protección de los derechos y libertades de terceros (artículo 9o., párrs. 1 y 2).

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en vigor hasta el 18 de julio de 1978 (retraso increíble respecto de la CEDH), postula en su artículo 12 la libertad de conciencia y de religión, en términos muy semejantes (cuasi-idénticos) a los consagrados en 1950 (*sic*) por la Convención Europea de los Derechos del Hombre.

I. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias..., así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

II. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta y únicamente a las limitaciones prescritas por la legislación pertinente.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 (Resolución 2200 A (XXI), y vinculante para México desde el 23 de marzo de 1981, establece en su artículo 18 el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Hay que subrayar que el principio de laicidad es garante de la libertad de conciencia, ya que el Estado desde el momento que proclama la separación Estado/Iglesia no debe, en principio, intervenir en la esfera de lo espiritual, de la libertad de conciencia; pero hay que recalcar que una libertad de conciencia que no es absoluta en su forma y modo de expresión tiene que permanecer bajo un riguroso escrutinio.

IV. PRINCIPIOS PRIMORDIALES

Si nos adentramos en los textos de los tratados y convenciones internacionales, no hay duda, como lo asienta Jean R. Dupuy,⁴ de que históricamente las líneas fundamentales del laicismo se han trazado alrededor de tres principios primordiales.

1. La neutralidad del poder, el cual supone que el Estado, en la definición de su orden político y jurídico, obedece únicamente a criterios libres de toda referencia religiosa.
2. La libertad religiosa, fundamentada en la tolerancia. Este principio no se confunde con el principio anterior: un Estado puede ser teocrático si su Constitución impone al jefe de Estado la adhesión a tal o cual religión, y sin embargo se acepta el ejercicio sobre su territorio de varios cultos religiosos.
3. La laicidad al esforzarse de poner a los hombres al abrigo de toda captura impuesta por el Estado o las Iglesias, será la niñez la que, obviamente, va a parecer como particularmente amenazada: es por

⁴ Dupuy R., Jean, *La laïcité dans les Déclarations Internationales de Droits de l'Homme*, Université d'Aix-Marseille, Faculté de Droit et Sciences Economiques, PUF, 1960, pp. 105-178.

ello por lo que se plantea indefectiblemente el principio de la libertad de enseñanza.⁵

La instrucción pública es laica, y esto no podría ser de otra manera. El fundamento de esta laicidad viene a ser exactamente igual que aquel de la laicidad del mismo Estado: una escuela abierta a todos y en la cual todos pueden impartir sus enseñanzas dentro del marco definido por las leyes y reglamentos.

Lo anterior implica la exclusión de toda enseñanza dogmática, directa o indirectamente, y más ampliamente aun de todos aquellos temas tratados por el instructor que pudieran herir las convicciones de los alumnos; “los hechos religiosos”, en tanto que estos puedan ser el objeto de un conocimiento profano, evidentemente podrán ser abordados en cualquier institución de enseñanza pública.⁶

V. POSIBLE INJERENCIA EN LOS DERECHOS GARANTIZADOS

Si tomamos como ejemplo un país como Francia, donde se ha discutido y debatido a lo largo y ancho del país el problema de la laicidad y el laicismo, podría parecer evidente que este país, mediante la expedición de la Ley del 15 de marzo de 2004 (Ley 2004-2008), que restringe la portación de signos y símbolos religiosos, infrinja de cierta forma el derecho de la libertad religiosa que proclama.

En el caso *Kokkinakis* (condena de un testigo de Jehová por proselitismo), del 25 de mayo de 1993, la Corte Europea de Derechos Humanos sostuvo que, de conformidad con una jurisprudencia constante de la Corte, se debía reconocer a los Estados contratantes un cierto margen de apreciación para juzgar sobre la existencia y la extensión de la necesidad de una injerencia estatal.

Se deben colocar sobre la balanza, dijo la Corte, las exigencias de la protección de los derechos y libertades de terceros, con el comportamiento que pueda reprocharse a uno u otro ciudadano.

⁵ Dupuy R., Jean, *op. cit.*, p. 150.

⁶ Rémond, René, *La laïcité de l'Etat et l'enseignement confessionnel*, Institut Catholique de Toulouse, *op. cit.*, pp. 361-380.

En los Estados Unidos de América, al nivel de la razón de Estado, la religión tiene una función especial en lo concerniente al *mythos* norteamericano. La participación a una actividad religiosa, ya sea protestante o judía, sincera o ritual, es un distintivo del buen ciudadano, un acto de afirmación social y político (J. P. Roche).

La Corte subraya que la Convención Europea de Derechos Humanos no se limita a prohibir la aplicación retroactiva del derecho penal en detrimento del acusado, sino que también consagra, de manera más general, el principio de la legalidad de los delitos y las penas, así como aquel que contempla la no aplicación de la ley penal de manera extensiva en detrimento del imputado, particularmente por aplicación analógica. La condición de que una infracción deba claramente estar definida por la ley se encuentra satisfecha cuando el individuo puede tener pleno conocimiento a partir del texto de la cláusula pertinente, y si fuera el caso, mediante el auxilio de su interpretación por la jurisprudencia de los tribunales.

En el *cas d'espice*, la Corte sentenció en el sentido de que no habría existido violación a los artículos pertinentes de la Convención Europea.⁷

VI. PORTACIÓN DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS

La portación de símbolos religiosos, como el velo islámico, la cruz católica u ortodoxa, la “kippa” del judío practicante, en las grandes religiones monoteístas, constituye, sin duda, una práctica religiosa, aun cuando los expertos sigan discutiendo sobre su carácter verdaderamente prescriptivo.

Lo que se intenta prohibir son los símbolos, distintivos o imágenes que sean abierta y manifiestamente ostensibles o reivindicativos, constituyendo ya sea actos de provocación, de proselitismo o de propaganda, actitudes que parezcan ser intencionalmente perturbadoras en contra del ambiente de tolerancia y armonía que se supone debe privar en las instituciones de enseñanza laica.

Evidentemente, una de las primeras dificultades que se presentan consiste en la correcta determinación de la línea de demarcación entre los símbolos juzgados como discretos; esto es, no ostentarios, y aquellos otros que sí lo son, por juzgarse proselitistas o de propaganda.

Este difícil equilibrio entre aquello que puede pertenecer a la esfera de la libertad del alumno en relación con su pertenencia y vestimentas, y aquello que puede ser incompatible con el principio de laicidad, debe, de alguna manera, plasmarse en los reglamentos interiores de las instituciones escolares para asegurar, así sea una mínima, previsibilidad en la aplicación de la ley.⁸

⁷ *Caso Kokkinakis c/ Grèce*, serie A, núm. 260-A, 25 de mayo de 1993.

⁸ Blondel, Philippe, “Quelle jurisprudence pour la nouvelle loi sur les signes religieux?”, *La Laïcité*, París, C.N.R.S., Dalloz, 2005 pp. 197-219; Debray, Régis, *L'enseignement du fait religieux dans l'école laïque*, París, Odile Jacob, 2002.

VII. INFORME STASSI

En el importante Informe Stassi se puede leer que la dificultad de la traducción jurídica del principio de laicidad se explica por la tensión entre esos dos polos, en forma alguna incompatibles, pero potencialmente contradictorios: la neutralidad del Estado laico y la libertad religiosa.

La articulación es particularmente delicada cuando los beneficiarios del servicio público o los agentes públicos se encuentran confrontados a situaciones susceptibles de afectar sus convicciones religiosas.

Esto deviene más acuciante en el caso de los universos cerrados (*univers-clos*), en donde la vida en común puede jugar un papel importante.

La tensión en estos casos llega a ser más fuerte, entre las exigencias de un servicio público que supuestamente debe permanecer neutro y la voluntad de cada uno de afirmar en plena libertad sus convicciones religiosas.⁹

En Francia, el problema entre libertad de conciencia y exigencia de neutralidad del servicio público se presentó con más agudeza a propósito de la portación del velo islámico, la burka y otros símbolos y manifestaciones musulmanes.

En este contexto, la Asamblea General del Consejo de Estado planteó cuatro bloques de obligaciones:

1. Quedan prohibidos los actos de presión, provocación, proselitismo o propaganda.
2. Se rechaza cualquier comportamiento que pueda llegar a vulnerar la dignidad, el pluralismo o la libertad del alumno, o de todo otro miembro de la comunidad educativa, así como aquellos actos que pongan en riesgo su salud o su seguridad.
3. Queda prohibida toda perturbación al buen desempeño de las actividades de enseñanza, del papel educativo de los profesores y todo disturbio que afecte el orden del establecimiento del servicio prestado.
4. Todas las labores destinadas al servicio público de la educación no pueden ser vulneradas por los comportamientos de los alumnos, y principalmente el contenido de los programas, así como las obligaciones de asiduidad.¹⁰

⁹ *Commission de Réflexion sur l'Application du Principe de Laïcité dans la République*. La integración de esta Comisión fue solicitada por el presidente de la República francesa el 3 de julio de 2003, y el Informe se terminó el 11 de diciembre de 2003.

¹⁰ Avis du 27 novembre 1989 rendu par l'assemblée générale du Conseil d'Etat.

Más adelante, el Informe Stassi advierte que la laicidad es el producto de una suerte de mixtura entre una historia, una filosofía política y una ética personal, fundamentada en un delicado equilibrio de derechos y exigencias u obligaciones.

El principio laico está concebido como la garantía de la autonomía y la libertad de cada uno de escogerse a sí mismo.

Por ello, presume una actitud intelectual dinámica en contraste a la postura un tanto indolente que encontramos en la simple neutralidad. Por ende, es un problema que va más allá de la cuestión espiritual y religiosa de cada persona; concierne en realidad a la sociedad entera en todos sus componentes, a la cohesión del cuerpo social.

El principio de la laicidad está muy lejos de ser obsoleto; al contrario, es imperioso su esclarecimiento en un contexto radicalmente diverso.¹¹

VIII. MUNDO LABORAL

Basta pensar en el mundo laboral y en el mercado de trabajo para darse cuenta de lo dicho anteriormente.

Los responsables de fábricas o empresas deben hacer frente, por ejemplo, a mujeres asalariadas que no solo portan el “velo islámico”, sino que además rechazan categóricamente saludar de mano a sus colegas varones, o inversamente, empleados que están impedidos de reconocer la autoridad jerárquica cuando se trata de persona del sexo femenino.

De esta suerte, se va fragmentando el ambiente de concordia que se supone debe existir entre los trabajadores, independientemente de su sexo, de sus convicciones religiosas o de sus ideologías filosóficas.

Por desgracia, dichos comportamientos se vuelven en contra de aquellos mismos que los adoptan. Muchas veces, prácticas como las anteriores, como la del “velo islámico” y sus reivindicaciones, generan que dichas mujeres no sean contratadas, o bien que no lleguen a ser promovidas.

Varias de ellas rechazan acceder a puestos de mando para no verse obligadas a organizar el trabajo de colaboradores de sexo masculino; así se van confinando sobre ellas mismas en puestos subalternos.

Estas conductas y comportamientos han llegado a ser conocidos y calificados como una verdadera “autodiscriminación”.¹²

¹¹ *Commission de Réflexion...*, cit., p. 36. A esta investigación se le conoce comúnmente como Informe Stassi por el nombre del presidente de la Comisión, Bernard Stassi.

¹² *Ibidem*, pp. 44 y 45.

IX. HOSPITALES

Los centros de salud y las clínicas hospitalarias no son tampoco dispensados de estos nuevos contextos vinculados, de una manera u otra, al ejercicio del laicismo y la laicidad.

Sectas como los llamados “testigos de Jehovah” se han opuesto, frecuentemente, a transfusiones sanguíneas de urgencia de algún familiar.

Igualmente, y cada vez con mayor reiteración, se multiplican las objeciones categóricas, por parte de maridos o padres de familia, de permitir, por motivos religiosos, el que sus esposas o sus hijas sean atendidas, particularmente en los alumbramientos, por médicos del sexo masculino.

Gran número de casos se presentan también en lo tocante a enfermos que son rechazados por los familiares, simple y sencillamente bajo la suposición, verdadera o falsa, de profesar una religión no acorde con las creencias de los familiares en cuestión.¹³

X. ÁMBITO CARCELARIO

Por último, podemos referirnos a las prisiones, en donde cada día se aprecian más un gran número de dificultades en función de las exigencias espirituales y religiosas de los detenidos.

En un medio en donde la presión colectiva llega a ser muy fuerte, se vienen ejerciendo influencias impositivas sobre buen número de detenidos a fin de que se sometan a una variedad de prescripciones religiosas, distintas a las propias.

En el marco de las visitas, las familias y amigos de los prisioneros son enfáticamente incitados a adoptar una vestimenta religiosamente correcta.

En este contexto de tensión, la administración penitenciaria puede estar impulsada, a fin de mantener el orden en el seno de la prisión, a proceder a una especie de reagrupamientos comunitarios.

Una solución como esta corre el gran riesgo de encerrar el problema en un círculo vicioso al reforzar al grupo de mayor poder sobre los individuos o pequeños grupos de mucho menor poder.¹⁴

XI. “APARENTES SOFISMAS”

Finalmente, señalemos que si la idea de laicismo ha llegado a ser para muchos una idea confusa y un tanto opaca, es en virtud de lo que Charles

¹³ *Ibidem*, pp. 42-61.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 42 (3.2.1.3) y 61.

Coutel ha identificado como una serie de “sofismas” que han contribuido a desnaturalizar la idea misma de laicidad.

El problema radica en que una concepción semejante conllevaría el inconveniente de abrir la escuela y la República a toda clase de relativismos, terminando con romper el entramado del espacio público.

Primeramente se puede mencionar el “sofisma” de la mundialización, que lleva a hacer creer que aquello que es globalizado sobre el plano planetario debe ser tomado como verdad por la simple y sencilla razón de que planetariamente ha sido totalmente difundido y divulgado. Sin embargo, no por ser aparentemente globalizado querrá implicar que es también universal. Lo globalizado no es sino una forma muy degradada de lo universal.

El siguiente sofisma, que puede caracterizarse como “sofisma de comunicación”, y que procede en parte del anterior, se puede definir como aquello que hace creer que la comunicación de una información o una creencia está per se dotado de un contenido de valor intrínseco.

Es así que poco a poco se instala el reino del “pensamiento único”, el cual aísla al individuo sin que éste pueda darse cuenta de ello.

El denominado “sofisma culturalista” llega a confundir “contra-cultura y subcultura”, y conduce principalmente a sacralizar todas las formas de expresión masiva.

Por último, Charles Coutel, especialista del tema, se refiere al “sofisma comunitarista”, que se traduciría en mantener la ilusión de que el vínculo social podría instaurarse por él mismo sin el menor recurso a la garantía del derecho.¹⁵

De hecho, la realidad que traducen estos sofismas es la de una tendencia a la ruptura del espacio público bajo la presión de las diferentes culturas, en lucha por su propio y único reconocimiento, en detrimento de la idea de civilización que supone la instauración de una distancia crítica, la cual, precisamente, tomará la forma jurídica y política de la laicidad.

Por último, hay que recordar que el ideal de lo laico solo puede ser entendido bajo condición de comprender cabalmente que la cultura general es, en el seno de una sociedad, el arma racional más poderosa que se puede oponer a los más graves y diversos oscurantismos, prejuicios y fanatismos.¹⁶

¹⁵ Coutel, Charles, *A l'école de Condorcet*, París, Ellipses, 1996.

¹⁶ “Le neutre a l'épreuve de la puissance”, en Caye, Pierre et Terré, Dominique, *Archives de Philosophie du Droit*, París, 2005, t. 48, pp. 27-42; Baubérot, Jean, *Vers un nouveau pacte laïque?*, París, Editions La Seuil, 1990.

XII. EPÍLOGO

El concepto de “Estado de derecho” refiere, como se sabe, no únicamente a la existencia de un orden jurídico jerarquizado, sino también a una serie o conjunto de derechos y libertades; partiendo de la premisa de la existencia de un cierto “Estado de derecho”, este tiende a adquirir un carácter sustantivo que lo aproxima de la *Rule of Law* del derecho anglosajón.

Así pues, más allá de la jerarquía de las normas, el “Estado de derecho” estaría implicando la adhesión a un conjunto de principios y valores, beneficiando todos estos a una consagración jurídica explícita. De esto se desprende que la norma o regla jurídica deberá presentar ciertos atributos intrínsecos que sean susceptibles de responder al imperativo de la seguridad y certeza jurídica.

A la par de lo anterior, el concepto de “Estado de derecho” deberá incluir necesariamente (J. Chevalier) el reconocimiento de una relación de “derechos fundamentales” inferidos de los textos vinculantes de valor jurídico superior. En esta gama de “derechos fundamentales” deberá estar contemplado el muy importante concepto de “laicidad”, tal y como ha quedado definido y delimitado en el presente artículo.

Ahora bien, si nos referimos al plano internacional, el principio de “Estado de derecho en derecho internacional” —y no la inversa, pues carecería de significado lógico-jurídico, o como apunta Yves Morin, sería una “contradictio in terminis”—, comprendería, de manera global y sucinta, los siguientes principios:

- a) Los principios generales de justiciabilidad de los derechos y el acceso a la justicia;
- b) El principio general de un proceso equitativo;
- c) El principio general del respeto de los derechos de la defensa;
- d) El principio general de la reparación de las violaciones cometidas;
- e) El principio fundamental de la preeminencia del derecho;
- f) El principio del Estado de emergencia y la eventual suspensión del “Estado de derecho” (J. Y. Morin).

No hay que olvidar que el derecho internacional desarrolla una gran influencia sobre las normas constitucionales en su conjunto por el simple hecho de que la Constitución misma reconoce su importancia —no podría ser de otra manera— consagrándole disposiciones cada vez más numerosas. Así, el derecho internacional penetra en el derecho constitucional a través de las disposiciones constitucionales relativas a las relaciones del Estado con el derecho internacional, llegando a ejercer su predominio sobre el conjunto de otras normas constitucionales.

OBLIGACIÓN DE LOS JUECES NACIONALES DE ACATAR LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA, FUNDAMENTO JURÍDICO, CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

Héctor GONZÁLEZ CHÉVEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Consideraciones previas*. III. *Fundamento jurídico de la obligación de los jueces nacionales, de cumplir la jurisprudencia de la Corte Interamericana*. IV. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

El control difuso de convencionalidad en México, derivado de la última reforma constitucional en materia de derechos humanos, requiere para su implementación de una teoría general, que permita ilustrar la interpretación jurídica de algunos de sus conceptos, así como explicar cuáles son los principios que regulan el debido proceso en esta materia.

Además de los elementos teóricos, se precisa implementar una especie de *manual práctico o prontuario* que sirva de guía a los jueces y al foro jurídico en general, aportando pautas que permitan precisar algunas cuestiones, tales como cuál es la competencia del juez en materia de control difuso de convencionalidad; cuáles son los parámetros válidos de control de convencionalidad; de qué forma se interpretan, en forma práctica, las normas del derechos internacional de los derechos humanos; en qué su fundamenta el control difuso de convencionalidad; cómo utilizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hasta la forma en que debe sustanciarse el proceso.

Es por ello que en el presente artículo se pone énfasis en la obligación que tienen los jueces nacionales de acatar los criterios de la jurisprudencia

* Profesor-investigador en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos; doctor en derechos fundamentales por la Universidad Carlos III de Madrid.

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en caso de una posible violación a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS

La recepción en México del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente el control difuso de convencionalidad a cargo de todos los jueces nacionales, ha planteado varias incógnitas para su implementación, tanto para los órganos jurisdiccionales como para los litigantes a la hora de ejercitar una acción para que un juez, sea de la jerarquía que fuere, conozca de una posible violación a los derechos humanos previstos en los tratados internacionales.

Dicha problemática se presenta en diversos aspectos procesales, tales como la dificultad del juez para fijar su competencia; la determinación de cuáles deben ser los parámetros del control de convencionalidad; la forma en que se deberán interpretar las normas convencionales; el dominio de la jurisprudencia obligatoria de los organismos internacionales, el alcance y contenido de los conceptos que se manejan actualmente en la Constitución derivado de sus reformas; la posibilidad de aplicación directa de los preceptos constitucionales y convencionales, hasta la forma de sustanciar el proceso.

Por ello, coincidimos con el doctor Ferrer Mac-Gregor en el sentido de que es necesario elaborar una teoría general del control difuso de convencionalidad que permita determinar el alcance y contenido de los conceptos en la materia; la delimitación de funciones y competencias de los órganos jurisdiccionales responsables del control; las pautas para sustanciar el proceso, así como los criterios de interpretación adecuados al campo del derecho internacional de los derechos humanos.

Con las recientes reformas constitucionales en México del 10 de junio de 2011 se identifica al ciudadano mexicano en su condición de ser humano como *titular* de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales, así como también se fortalece su *capacidad procesal* para hacerlos valer.

Sin embargo, la implementación de tales reformas no ha resultado fácil, por lo que surge la necesidad de puntualizar el contenido de algunos conceptos y su fundamento jurídico para facilitar el procedimiento jurisdiccional y hacer valer en juicio los preceptos de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Consideramos que ello es posible

mediante el diseño de una especie de *manual práctico o prontuario* dirigido a los jueces nacionales y litigantes para el ejercicio jurisdiccional del control difuso de convencionalidad.

Mediante el método analítico descriptivo, en el presente artículo se pone énfasis en la obligación de los jueces nacionales, de observar en los casos puestos a su consideración la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, ya que, como se observa en algunas tesis y jurisprudencia definida de los tribunales federales, cuando dichos criterios de interpretación se pronuncian en un caso en el que el Estado mexicano es parte, resulta dicha jurisprudencia obligatoria para todos los jueces nacionales, lo cual se traduce, por supuesto, en “la posibilidad de que tales criterios puedan ser invocados como derechos de los ciudadanos nacionales, al tener el juez y demás autoridades del país el deber de cumplirlos”.

El examen de la obligación de observar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también es importante para los jueces nacionales, principalmente porque en esta se encuentra uno de los “fundamentos jurídicos para fijar su competencia” y ejercer control difuso de convencionalidad.

III. FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA OBLIGACIÓN DE LOS JUECES NACIONALES, DE CUMPLIR LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA

En virtud de que en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH en adelante) se contemplan una serie de atribuciones y obligaciones para todos los jueces nacionales, es importante destacar cuál es el fundamento jurídico en que se sustentan tales obligaciones, de tal forma que permita tanto al juzgador como a quienes demandan su actuación en un caso concreto, contar con los elementos para fundamentar jurídicamente su actuación.

En el sistema internacional de protección de los derechos humanos se han establecido numerosos tratados internacionales, en los cuales, por regla general, se determina cuáles serán los “órganos encargados del control y vigilancia de su cumplimiento”, que se identifican con diferentes denominaciones, como comités, consejos, comisiones cortes o tribunales. El mecanismo para que las normas de los tratados internacionales sean oponible a un Estado se basa en que este los haya ratificado; adicionalmente, dicho Estado deberá efectuar un reconocimiento de la competencia del órgano encargado del control y supervisión del tratado, para que este pueda requerirle informes o hacer recomendaciones y, en su caso, para iniciar un

procedimiento de quejas individuales cuando se considere que un Estado ha vulnerado los derechos humanos consagrados en determinado tratado internacional.

En el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Estado mexicano ha ratificado su adhesión a la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Convención ADH en adelante), así como también ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH, por lo cual las sentencias que este organismo supranacional pronuncie en contra del Estado mexicano serán de cumplimiento obligatorio, así como su jurisprudencia, como veremos a continuación.

Con carácter previo se señala que cuando se hace referencia a que “son obligatorias para el Estado mexicano las sentencias y la jurisprudencia de la Corte IDH”, se debe entender que son vinculantes para todos los poderes y órganos que conforman el Estado, sin importar la jerarquía en que se encuentren, lo cual contempla, desde luego, a las entidades federativas y a los jueces del orden común, toda vez que las acciones u omisiones de cualquier autoridad pública constituyen un hecho imputable al Estado; de esta forma, cualquier violación a los derechos humanos por cualquier órgano del Estado hace incurrir a este en responsabilidad internacional, así como también justifica plenamente el acceso directo de la persona a la jurisdicción tanto nacional como internacional.

1. *Convención de Viena*

El cumplimiento de las normas contenidas en un tratado internacional no es dispositivo para un Estado, pues su observancia obligatoria deviene de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de la cual México es parte, y que establece que los Estados miembros están vinculados a cumplir el derecho de los tratados internacionales que han ratificado. Ello se desprende de lo dispuesto en su artículo 26, el cual refiere: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y deberá de ser cumplido de buena fe, principio este también conocido en el Derecho Internacional como *Pacta sunt servanda*”.

Dicho precepto se complementa con lo dispuesto en el artículo 27 de la misma Convención de Viena, que establece el deber de no invocar las normas de derecho interno para incumplir lo dispuesto en un tratado internacional, al señalar:

Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado.

Desde luego, debe entender que cuando tal precepto impone el deber del Estado de no invocar las normas de derecho interno para incumplir un tratado, comprende también la jurisprudencia emitida por el máximo órgano jurisdiccional, por lo que tampoco se podrá invocar la jurisprudencia emitida por los Tribunales internos, para incumplir el derecho de los Tratados.

2. *Convención Interamericana de Derechos Humanos*

Asimismo, al Estado mexicano le resultan de observancia obligatoria y le son oponibles las normas contenidas en la Convención ADH, en virtud de que México se adhirió a dicha Convención, según consta en el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de enero de 1981.

Por su parte, el reconocimiento del Estado mexicano de la competencia contenciosa de la Corte IDH se hace constar en el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de febrero de 1999.

Una vez que se ha dejado claro que las normas de la Convención son vinculantes para México en virtud de haberlo ratificado, este instrumento internacional de protección de los derechos humanos especifica desde su inicio en su artículo 1o. la obligatoriedad para los Estados de su estricta observancia, al referir: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...”.

La misma Convención ADH establece lo vinculante no solo respecto de sus normas, sino a las resoluciones que pronuncie la Corte IDH, pues dispone en su artículo 68: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Dicho precepto se complementa con lo dispuesto en el artículo 62 de la propia Convención, en que se surte a favor de la Corte IDH la competencia para interpretarla.

Al respecto, Ernesto Rey Cantor refiere:

En el artículo 62.1 se destacó con subrayados los vocablos la interpretación o aplicación de la Convención, porque el Estado Parte que además ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte, acepta también la interpretación que este tribunal haga de una norma convencional, al igual que su aplicación para ejercer sus competencias.¹

En el mismo sentido, Antônio Cançado Trindade, expresidente de la Corte IDH, señala que

¹ Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008, p. 16.

Los Estados Partes asumen, cada uno individualmente, el deber de cumplir las decisiones de la Corte, como lo establece el Artículo 68 de la Convención, en la aplicación del principio *pacta sunt servanda*, y por tratarse además, de una obligación de su derecho interno. Los Estados Partes igualmente asumen, en conjunto, la obligación de velar por la integridad de la Convención Americana, como garantes de la misma...²

De lo antes expuesto se advierte que tanto las normas de la Convención ADH como las sentencias de la Corte IDH son vinculantes para el Estado mexicano y para todas sus autoridades públicas.

3. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

La misma jurisprudencia de la Corte IDH establece el deber de los Estados partes de la Convención, que hayan reconocido su competencia contenciosa, de observar en forma obligatoria la interpretación que aquella hace de esta.

Al igual que lo hacen la mayoría de los tribunales constitucionales y la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, en las resoluciones de los asuntos puestos a su consideración, paulatinamente va definiendo el alcance de su competencia, así como disposiciones específicas en cuanto al cumplimiento de sus sentencias y de lo vinculatorio de su jurisprudencia.

Desde el primer precedente del control difuso de convencionalidad emitido por la jurisprudencia de la Corte IDH en el *caso Almonacid Arellano vs. Chile* del 26 de septiembre de 2006 ya se hacía referencia al *deber* del Poder Judicial de los Estados partes, no solo de observar lo dispuesto en la Convención Interamericana, sino además de acatar los criterios jurisprudenciales de la Corte.³

Desde entonces la Corte Interamericana ha venido reiterando tal criterio, como en el *caso Rosendo Radilla vs. El Estado mexicano*, en que se hace referencia expresa al carácter vinculante para México de la jurisprudencia de la Corte IDH. Ello se desprende de lo dispuesto en el punto 339 de la referida resolución, que señala:

² Cançado Trindade, Antônio, “El nuevo reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: la emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional”, *El futuro de la Corte Interamericana*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, p. 104, en <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/3879.pdf?view=1>.

³ Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *caso Almonacid Arellano vs. Chile*, del 26 de septiembre de 2006, punto 124, en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf.

...En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, *sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana*, intérprete última de la Convención Americana (énfasis añadido).

Cabe precisar que el concepto *jurisprudencia* de la Corte IDH es distinto al que se maneja en el derecho interno mexicano, pues al escuchar el término *jurisprudencia*, lo primero que se viene a la mente es que está referido a la reiteración de tesis, como la que efectúan los tribunales federales, o aquellos criterios que devienen de las resoluciones pronunciadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando se aprueba por cuando menos ocho votos a favor. Sin embargo, cuando se hace referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH debe entenderse que es a los criterios sustentados por este alto tribunal, tanto en sus resoluciones como en la parte considerativa de sus sentencias, sin importar si dicho criterio es reiterado en determinadas ocasiones.

4. *La jurisprudencia de los tribunales federales*

La obligación de los jueces nacionales de acatar la jurisprudencia de la Corte IDH también se fundamenta en los criterios de interpretación efectuados por los tribunales federales en México, como se advierte en la jurisprudencia definida sustentada por los tribunales colegiados de circuito, que se transcribe a continuación en su parte conducente:

SUPLENCIA DE LA QUEJA EN LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO EN EL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA PENAL. OPERA CONFORME AL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD (INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO Y DE LAS TESIS 2A. CXXXVII/2002 Y 1A./J. 26/2003). De conformidad con los artículos 1o. y 133, ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (el primero en su texto vigente a partir del 11 de junio de 2011), los Jueces nacionales deben inicialmente respetar los derechos humanos establecidos en la Constitución Federal y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte. Asimismo, *deben acudir tanto a los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación como a los establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos* para evaluar si existe algún derecho que resulte más favorable y procure una protección más amplia del que se pretende pro-

teger... (énfasis añadido). Jurisprudencia, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Tribunal Colegiado de Circuito, Libro V, febrero de 2012, t. 3, p. 2218.

En el mismo sentido, la tesis sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en su parte conducente refiere:

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. EFECTOS DE SUS SENTENCIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO. El Estado Mexicano se adhirió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 24 de marzo de 1981 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 16 de diciembre de 1998, mediante declaración unilateral de voluntad que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1999. En ese sentido, los artículos 133 y 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconocen la vigencia de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico interno y establecen la obligación de las autoridades nacionales de aplicar los derechos humanos de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales vigentes en nuestro país. Por lo anterior, la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, generan como una consecuencia ineludible que las sentencias emitidas por dicho tribunal internacional, en aquellos casos en los cuales México haya sido parte en el juicio, *resulten obligatorias para el Estado mexicano, incluidos todos los jueces y tribunales que lleven a cabo funciones materialmente jurisdiccionales. Esta obligatoriedad alcanza no sólo a los puntos resolutivos de las sentencias en comento, sino a todos los criterios interpretativos contenidos en las mismas* (énfasis añadido). Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Primera Sala, Libro V, febrero de 2012, t. 1, p. 650.

Se debe señalar aquí que los tribunales federales han establecido reiteradamente, como se advierte de la tesis antes transcrita, el criterio de que la jurisprudencia de la Corte IDH es obligatorio para todas las autoridades nacionales, “en los casos en que el Estado mexicano haya sido parte en el juicio, y en los demás casos, dicha jurisprudencia sólo tendrá el carácter de un criterio orientador”.

Lo anterior ha generado un gran debate no solo en la doctrina, sino también al interior de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues algunos ministros y magistrados, como también parte de la doctrina, consideran que la jurisprudencia de la Corte IDH pronunciada en los casos en que México “no figuró como parte” también se le debe considerar como vinculante.

Por ejemplo, tal es el criterio de Salvador Mondragón Reyes, magistrado del Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, quien al respecto refiere:

Como ya he mencionado, la Corte es la intérprete final y suprema de la Convención cuando los Estados le reconocen la competencia para conocer de casos contenciosos relativos a su interpretación y aplicación. La interpretación que realiza la Corte en un caso contencioso se convierte en un argumento de autoridad, sienta las bases normativas generales en materia de derechos humanos a nivel regional, y ello torna obligatoria esa interpretación para los demás Estados que, aun cuando no fueron partes en el proceso, si han aceptado la competencia contenciosa de la misma.

La aplicación de la jurisprudencia de la Corte no puede quedar supeditada a la discrecionalidad de los Estados, ni a la de sus tribunales nacionales, ya que ello generaría inseguridad jurídica...⁴

En nuestro criterio, consideramos que la jurisprudencia de la Corte IDH, “en general”, resulta vinculante para México, y no solo en los casos en que el Estado mexicano haya sido parte. Esto es así, pues si se considera que la jurisprudencia no es más que una interpretación de normas, y en el caso de la Corte Interamericana, las normas que interpreta son las de la Convención ADH, entonces, si las normas de dicha Convención versan precisamente sobre el derecho internacional de los derechos humanos y los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales “forman parte del patrimonio jurídico de los mexicanos”, en virtud de que el artículo 1o. de la Constitución así lo dispone, en consecuencia, la jurisprudencia de la Corte IDH, “que no es otra cosa que las mismas normas de la Convención pero con un mayor desarrollo en cuanto a su alcance y contenido”, forma parte de la esfera jurídica de protección de las personas sujetas a la jurisdicción del Estado mexicano, en virtud de que este ha ratificado dicha Convención y reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH.

5. *La Constitución federal*

Por su parte, la Constitución federal, reformada el 10 de junio de 2011, no hace alusión *expresa* a la obligación de acatar la jurisprudencia de la Corte IDH, pero derivado del deber de los jueces nacionales de observar en los asuntos puestos a su consideración los derechos humanos contenidos en

⁴ Mondragón Reyes, Salvador, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 29, p. 148, en <http://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/29/Salvador%20Mondrag%C3%B3n%20Reyes.pdf>.

los tratados internacionales, según se establece en sus artículos 1o. y 133, necesariamente tendrán que acudir como fuente de interpretación de tales derechos a la jurisprudencia de la Corte IDH, intérprete autorizado y último de la Convención.

En el mismo sentido, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera que el efecto vinculante de su jurisprudencia encuentra fundamento en la Constitución federal, al señalar:

La expresión tratados internacionales (contenido en la Constitución mexicana), debe comprender también la interpretación que establezcan los órganos que el propio tratado autoriza para su interpretación (órganos de supervisión, cumplimiento e interpretación, como comités, comisiones, tribunales, etc.); con mayor intensidad si existen órganos jurisdiccionales cuya misión es la aplicación e interpretación del tratado; como por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones “del Pacto de San José”.⁵

Agrega el referido juez:

De ahí que la norma interpretada por dicho Tribunal adquiere el mismo grado de eficacia que el texto convencional..., especialmente por tratarse del único órgano jurisdiccional previsto en el Sistema Interamericano, con competencia última y definitiva en la interpretación de la Convención ADH (y sus protocolos adicionales), de donde deriva la obligatoriedad de sus interpretaciones.

6. *La interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la sentencia Radilla*

Por otra parte, los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la interpretación de la sentencia de condena en contra del Estado mexicano en el caso *Rosendo Radilla*, publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 4 de octubre de 2011, si bien no tienen “efectos vinculantes” cual si se tratara de un jurisprudencia definida de la Corte, en virtud de que dichos criterios fueron emitidos en una “consulta” planteada por el Poder Ejecutivo dirigida a la Corte, y no en la resolución de un caso concreto, sin

⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad”, *Estudios Constitucionales*, año 9, núm. 2, 2011, pp. 531-622, en http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-52002011000200014&script=sci_arttext&tlng=pt.

embargo, dichos criterios son orientados y susceptibles de invocar como fundamento de una pretensión procesal o de una resolución jurisdiccional.

Respecto a la obligatoriedad de los jueces nacionales de acatar la jurisprudencia de la Corte IDH, el más alto tribunal del país, en la citada interpretación de la sentencia Radilla, dispuso en su apartado séptimo:

El parámetro de análisis de este tipo de control (de convencionalidad) que deberán ejercer todos los jueces del país, se integra de la manera siguiente:

Todos los derechos humanos contenidos en la Constitución federal (con fundamento en los artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;

Todos los derechos humanos contenidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.

Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.

Se debe puntualizar que para la misma Suprema Corte, el concepto *criterio obligatorio* es aquel que no se puede soslayar en el dictado de otra resolución, ya que de hacerlo se incurre en responsabilidad.

7. El abandono de los criterios interpretativos de los tribunales federales del artículo 133

Así también, y esto es muy importante, en el antepenúltimo párrafo del apartado 8o. de los criterios interpretativos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del *caso Radilla* antes referido, se destaca lo siguiente:

Además para concretar el efecto anterior, resulta necesario que un ministro de este Tribunal Pleno solicite, con fundamento en el párrafo cuarto del artículo 197 de la Ley de Amparo, la modificación de la jurisprudencia P./J. 74/1999 en la que se interpretó el artículo 133 de la Constitución Federal en el sentido de que el control difuso de la constitucionalidad de normas generales no está autorizado para todos los jueces del Estado mexicano.

En efecto, sabido es por todos los jueces nacionales que existía una jurisprudencia definida de los tribunales federales que imposibilitaba a los jueces del orden común entrar al estudio de la constitucionalidad de actos y leyes eventualmente puestos a su consideración, pues el control de constitucionalidad estaba reservado a los tribunales federales; sin embargo, con la entrada

en vigor de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y la nueva interpretación de la Corte del artículo 133 constitucional, dicho criterio jurisprudencial “ha quedado superado”, pues ahora se faculta a los jueces del orden común no solo a efectuar control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad; el anterior criterio se puede sustentar en la tesis emitida por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aprobada por nueve votos a favor, que se transcribe a continuación:

CONTROL DIFUSO. Con motivo de la entrada en vigor de los párrafos segundo y tercero del artículo 1o. constitucional modificados mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, debe estimarse que han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales P./J. 73/99 y P./J. 74/99, de rubros: “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN” y “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”. Tesis P. I/2011 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Pleno, Libro III, diciembre de 2011, t. 1, p. 549.

IV. CONCLUSIONES

La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en México no ha resultado pacífica, pues ciertos sectores de la judicatura y de la doctrina “pugnan por una interpretación restrictiva” del alcance y contenido del artículo 1o. constitucional, así como de la obligación de acatar en su conjunto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es por ello que hoy se hace necesario precisar su fundamento jurídico, de tal forma que permita a los jueces nacionales y a los litigantes del foro en general, invocar dicho fundamento en los asuntos que se pongan a consideración de una instancia jurisdiccional y versen sobre la protección de derechos fundamentales.

La “titularidad” de los derechos previstos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos y su interpretación efectuada por el órgano competente, la tiene “toda persona” sujeta a la jurisdicción del Estado mexicano, según lo dispuesto por el artículo 1o. de la Constitución, y todas las autoridades públicas están obligadas a protegerlos y garantizarlos; luego, el derecho internacional de los tratados en la materia “forman parte de la esfera jurídica de protección de la persona humana”, quien en todo momento tiene la potestad de acudir ante los órganos jurisdiccionales nacionales e internacionales para demandar su actuación cuando sus derechos humanos hayan sido violados o se pretendan vulnerar.

EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES*

Mónica GONZÁLEZ CONTRÓ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La evolución del concepto de niño en la historia de Occidente.* III. *Los modelos de tratamiento jurídico a la infancia en Latinoamérica.* IV. *Derechos civiles y políticos y el derecho a la participación de niñas, niños y adolescentes.* V. *El derecho a ser escuchado desde la perspectiva del Comité de Derechos del Niño: Observación General 12 (2009).* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, el 20 de noviembre de 1989, supuso un gran paso en el reconocimiento y protección de los derechos de niñas y niños; sin embargo, las evidencias son claras respecto de que aún hacen falta grandes transformaciones para lograr la vigencia plena de estos derechos. Del reconocimiento formal a la eficacia plena hay una gran distancia, que se explica no solo por las dificultades vinculadas al cumplimiento de ciertos derechos,¹ sino que, en el caso de niñas y niños, tiene que ver con la concepción liberal de los derechos y la representación social de la infancia y la adolescencia. Estos dos elementos y las múltiples consecuencias derivadas de los mismos son claves para comprender —cuestionar y formular soluciones— algunos de los problemas fundamentales en el cumplimiento de los derechos reconocidos en la Convención.

No son pocos los especialistas en derechos humanos que niegan la importancia de la reflexión teórica sobre la titularidad de los derechos durante

* Este texto fue previamente publicado con el título “Hacia una concepción dinámica de la Convención sobre los derechos del niño: el derecho a la participación”, en *Los derechos de niños, niñas y adolescentes en México a 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Save the Children, 2011, pp. 241-272.

¹ Sobre todo los llamados derechos *económicos, sociales y culturales*, que requieren de una inversión por parte del Estado.

la infancia y la adolescencia.² De hecho, niñas y niños han permanecido excluidos e invisibilizados en el discurso democrático y de los derechos humanos, como si esto fuera una situación natural e inevitable. Y es esta una de las principales dificultades para lograr el reconocimiento y la eficacia de los derechos. No se trata ni siquiera de un tema que se considere relevante para la teoría y la filosofía del derecho, pese a que implica a una parte muy representativa de la población mundial y de cada país. Podemos formular varias explicaciones a este fenómeno:

a) En primer lugar, el paradigma liberal del titular de derechos, lo que llamo el “agente autónomo”. Este se basa en una visión muy restringida de quién puede detentar un derecho y hacerlo efectivo, pues se reduce a aquellos que se presume son capaces de actuar de manera independiente. Este modelo surge con las primeras declaraciones de derechos en el siglo XVIII, y ha permanecido inflexible. Durante algunos años, algunos otros actores, originalmente excluidos, como mujeres o minorías raciales, se han incorporado sobre el supuesto de la posibilidad de ser “agentes autónomos”. En otras palabras, el modelo no ha cambiado para incluir a los nuevos titulares, sino que son estos quienes han reivindicado y demostrado que pueden encajar en el patrón rígido.

Desde luego, este esquema se sustenta en la categórica valoración de cierto tipo de autonomía como cualidad y objetivo de los individuos dentro del sistema liberal, lo que tiene como consecuencia la exclusión de quienes se presume no poseen esta característica. No son los niños y niñas los únicos afectados, sino todos aquellos a quienes de alguna manera se les atribuye la incapacidad, como pueden ser las personas con discapacidad física o intelectual. Esta “incapacidad” se traduce en incapacidad jurídica, que deriva en dependencia.

b) La incapacidad atribuida a ciertos miembros que carecen de la autonomía valorada por el Estado liberal tiene como consecuencia el considerar necesario poner al “incapaz” bajo el resguardo de un “agente autónomo” pleno. Esta idea ha tenido como resultado una visión patrimonialista de la familia, en la que el “agente autónomo” tiene a su cargo a quienes no

² Bobbio cuestiona incluso la utilidad de intentar encontrar una justificación común a todos los derechos humanos, pues en su opinión este ha quedado resuelto con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de Naciones Unidas, de modo que el problema actual de los derechos humanos no es su justificación sino su protección: “... hoy se puede decir que el problema del fundamento de los derechos humanos ha tenido su solución en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por la Asamblea general de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948” (Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 64).

comparten esta característica. Así, en un inicio se incluía a mujeres y niños, mientras que hoy solo quedan dentro del ámbito de la protección patriarcal las personas menores de edad. Niñas y niños son vistos como sujetos del derecho privado.³

En el caso de niñas y niños privados de su medio familiar; es decir, excluidos de la potestad parental, la custodia pasa a otro tipo de “agente autónomo”: las instituciones, el Estado, el sistema de justicia para adolescentes, etcétera.

c) Otra de las posibles causas de la casi nula importancia que se concede a los derechos durante la minoría de edad es la idea de que se trata de una condición transitoria. Esto significa que, en virtud de que tarde o temprano niñas y niños serán titulares de derechos plenos o “agentes autónomos”, se minimiza la falta de reconocimiento y ejercicio durante este periodo de la vida humana. Esta idea refleja una visión utilitarista de la infancia como un periodo cuyo fin es la consecución de la autonomía en la edad adulta, ignorando las condiciones presentes y la importancia del respeto de los derechos humanos para las personas que “son” y no las que “llegarán a ser”.⁴

Las anteriores afirmaciones se encuentran sustentadas en premisas implícitas, sobre las que se ha fundado el tratamiento jurídico a la infancia y adolescencia, que ni siquiera han sido cuestionadas abiertamente desde la teoría del derecho. Así, la condición de limitación en la titularidad y ejercicio de los derechos se asume como una consecuencia natural de ciertas condiciones que derivan de construcciones históricas. Incluso algunos autores que han intentado argumentar en favor de los derechos de niñas y niños han partido de estas premisas sin siquiera hacerlas explícitas, mucho menos cuestionarlas.⁵ Así, se reproduce y consolida un ciclo de exclusión que permanece oculto por el “bien” de los mismos interesados.

³ Esto va desde las manifestaciones más básicas, como son “es mi hijo y yo lo educo”, para justificar prácticas de maltrato infantil o castigo corporal, hasta justificaciones de violaciones al derecho a la intimidad o prácticas intolerables, como la explotación infantil bajo el manto protector de la cabeza de familia.

⁴ Onora O’Neill se inclina por establecer obligaciones para proteger a los niños, pero no reconocerles derechos. Afirma que los niños son débiles más fundamentalmente pero menos permanentemente y su *remedio* es crecer; como este remedio no puede darse rápidamente, dependen más de prácticas e instituciones que garanticen el cumplimiento de las obligaciones y la retórica de los derechos no serviría para darles poder. O’Neill, Onora, “Children’s Rights and Children’s Lives”, en Alston, Philip *et al.* (eds.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 39 y 40.

⁵ Un ejemplo de esta forma de argumentar lo constituye uno de los textos clásicos sobre derechos del niño que, en buena medida, dio origen al debate clásico entre las teorías voluntaristas y las teorías del interés como explicación de los derechos subjetivos, desde la

Es importante resaltar la distinción entre la protección de niñas y niños, y el reconocimiento de la titularidad de derechos. Frente a la primera, que requiere también de una actuación por parte del Estado, no hay desacuerdo en lo absoluto; por el contrario, quienes se oponen a la consideración de las personas menores de edad como titulares de derechos defienden una obligación de protección. La perspectiva liberal supone que esta obligación corresponde primariamente a los padres, y que, en caso de incumplimiento, el Estado debe asumir el rol de garante de ciertas condiciones necesarias para la subsistencia.⁶ Sin embargo, esta postura difiere de sostener que esta protección debe darse a partir del reconocimiento de derechos, pues implica la discrecionalidad de los agentes obligados, como se explicará más adelante.

La falta de distinción entre los mecanismos de protección ha conducido a sostener un acuerdo aparente, que niega la existencia de discrepancias en aspectos fundamentales en relación con el tema de los derechos de niñas y niños, entre estos: la necesidad de entrar al debate teórico desde la perspectiva del Estado liberal y democrático:

La exaltación de la infancia, que generalmente acompaña la defensa de sus derechos, suele concitar un artificioso consenso, que diluye los proyectos di-

perspectiva de los derechos del niño, aunque ciertamente el objetivo del autor no era proponer una teoría sobre los derechos de los niños, sino precisamente utilizarlos como ejemplo para descalificar la tesis voluntarista de los derechos. En la obra *Childrens' Rights: A test-case for Theories of Right*, publicada en 1976, Neil MacCormick plantea el siguiente argumento: de acuerdo con la teoría voluntarista, que sostiene que un derecho subjetivo necesariamente conlleva una facultad para exigirlo o renunciar a su cumplimiento, es imposible sostener la existencia de derechos de los niños, pues uno de los atributos de este tipo de derechos es precisamente que el titular no está facultado para renunciar a su cumplimiento. Así, concluye MacCormick, la teoría de la voluntad es desechada por no poder justificar los derechos de los niños. A partir de este texto surgieron otras propuestas teóricas, ya sea apoyando o rebatiendo esta postura; sin embargo, lo que el autor nunca aborda y en general ha estado ausente en el debate, es una premisa que se encuentra implícita en el razonamiento: que la voluntad del niño debe ser irrelevante en el ejercicio de sus derechos, y por esta razón se justifica la imposición de derechos obligatorios a los que no puede renunciar (MacCormick, Neil, "Children's Rights: a Test-Case for Theories of Right", *Legal Right and Social Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 1982).

⁶ "Desde esta perspectiva, en la historia de los Derechos de los niños podemos distinguir entre dos corrientes principales: por un lado, aquella que pone el énfasis en la protección, posteriormente, también en la garantía de unas condiciones de vida dignas para las y los niños y, por otro, la que apunta a la igualdad de derechos y a una participación activa de los niños en la sociedad. Pese a que las dos tendencias no sean totalmente contradictorias, hasta hace muy poco, por lo general, han venido desarrollándose de manera separada" (Liebel, Manfred, "Sobre la historia de los derechos de la infancia", en Liebel, Manfred y Martínez Muñoz, Marta (coords.), *Infancia y derechos humanos: hacia una ciudadanía participante y protagónica*, Lima, IFEJANT, 2009, p. 26).

vergentes que surgen en muchas áreas del debate político. Algunos autores llegan a afirmar la existencia de una verdadera “ideología de la infancia”, que logra crear sus propios mecanismos de legitimación en el plano valórico y se sitúa, con sospechosa comodidad, por encima de las contingencias, las estructuras socioeconómicas y los dilemas del desarrollo. Como si los niños solo se proyectaran en cuanto tales, y sus derechos fueran asimilables en su peculiar carácter de seres vulnerables, de no adultos, y se diluyeran al perder esa condición.⁷

II. LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE NIÑO EN LA HISTORIA DE OCCIDENTE

La “historia de la infancia”, como disciplina específica de la historia de la vida privada, resulta de gran utilidad para mostrar que la concepción actual de la infancia y adolescencia, con todos los atributos que a partir de esta se asignan a los individuos, es de construcción reciente, de tal forma que no se trata de una categoría evidente ni concluyente. Esto supone el cuestionar la base misma sobre la que se ha construido el fundamento del tratamiento jurídico hacia estos grupos como resultado de ciertos procesos sociales relativamente recientes. La primera y muy evidente conclusión es que, al ser una creación social, no se trata de una categoría derivada de características naturales ni obvias, y que la misma construcción de la infancia ha ido reforzando las características con las que actualmente asociamos a niñas y niños.

Fue el historiador Phillipe Ariès, en el libro titulado *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*,⁸ quien da a conocer la forma en que se concibió a la infancia durante siglos. Según el historiador, lo que él denomina el “sentimiento moderno de infancia” no se consolida sino hasta el siglo XVIII, aunque la gestación de esta actitud se comienza a dar en el siglo XVII. Hasta antes de esta época, la categoría infancia no existía como tal, sino que niñas y niños se incorporaban al mundo de los adultos una vez concluido el periodo de estricta dependencia; es decir, la lactancia y el desarrollo de las habilidades motoras básicas.⁹ Durante siglos, el niño fue considerado como un adulto en miniatura, sin atribuírsele características propias como una categoría diferenciada de la adulta.

⁷ Rojas Flores, Jorge, “Los derechos del niño en Chile: una aproximación histórica, 1910-1930”, *Historia*, Pontificia Universidad Católica de Chile núm. 40, vol. I, enero-junio de 2007, p. 159.

⁸ Ariès, Phillipe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Madrid, Taurus, 1987 (orig: *L'Enfant et la Vie Familiale sous l' Ancien Regime*, Paris, Plon, 1962).

⁹ Caminar, correr, saltar, tirar y equilibrarse.

En Europa, el surgimiento del sentimiento hacia la infancia tiene como contexto el Renacimiento y la consolidación de la familia nuclear en las naciientes ciudades. El proceso de individuación posibilita la gestación de la nueva actitud hacia la infancia, que tuvo como consecuencia el triunfo de la noción de inocencia infantil, que llevaría posteriormente al desarrollo de la idea de que había que proteger a los niños en espacios especialmente diseñados para ellos: las escuelas. Así, durante los siglos subsecuentes surgen diversas órdenes religiosas, que tienen como objetivo dedicarse a la educación de los niños;¹⁰ a su vez, el Estado comienza a asumir un papel en este ámbito, lo que dio pie a que en el siglo XIX se estableciera la educación obligatoria.

Durante el siglo XVIII se afirma lo que Ariès identifica como el moderno sentimiento de infancia, y los padres poco a poco van delegando las que se asumían ya como sus obligaciones, principalmente en materia de educación, en la Iglesia y el Estado. Es durante este siglo también cuando surgen las primeras declaraciones de derechos, en Francia y Estados Unidos, antecedentes del concepto actual de lo que significa tener un derecho. Dentro de las prerrogativas reconocidas al varón-adulto-proprietario, esta última característica, necesaria para ser considerado ciudadano (justamente por el tema de la autonomía), se incluía la de gozar de una esfera de inmunidad protegida en contra de la intervención del Estado. Dentro de esta esfera se encontraba la familia, de modo que era considerado un derecho del ciudadano esta protección en contra de cualquier intromisión en lo que se entendía como su privacidad, la facultad para organizar la vida familiar de la manera que creyera conveniente y, por supuesto, educar a sus hijos de una forma que juzgaba adecuada.

No es sino hasta el siglo XX cuando se comienza a hablar de derechos de los niños, aunque el reconocimiento de los derechos humanos, especialmente para los varones (el agente autónomo por antonomasia), se había dado hacía más de cien años.¹¹ Fue la británica Eglantyne Jebb, fundadora de la organización Save the Children, quien redactó la primera declaración internacional sobre derechos del niño, la Declaración de Ginebra, que fue adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de Naciones el 24 de septiembre de 1924.¹²

¹⁰ Durante los siglos XVII y XVIII se fundan congregaciones religiosas con fines educativos; por ejemplo, José de Calasanz (1556-1648), escuelas pías; Juan Bautista de la Salle (1651-1648), escuelas cristianas; Vicente de Paúl (1581-1660) Hijas de la Caridad y Hospital de Niños Abandonados.

¹¹ Como antecedentes de obras en las que se comienza a hablar de los derechos de los niños podemos mencionar: *El niño* de Jules Vallès (1879); *Children's Rights* de Kate D. Wiggin, (1892); *El siglo de los niños* de Ellen Key (1900). Rojas Flores, Jorge, *op. cit.*, pp. 130 y 131.

¹² La Declaración de Ginebra consta de cinco principios que protegen los siguientes derechos: condiciones adecuadas para el desarrollo material y espiritual, alimentación, aten-

En el ámbito latinoamericano, en 1924 se crea, en el marco del IV Congreso Americano del Niño celebrado en Chile, el Instituto Internacional Americano de Protección a la Infancia¹³ y se fija la sede en la ciudad de Montevideo, Uruguay.¹⁴ En 1927 queda oficialmente conformado el Instituto, con la suscripción de diez países americanos del acta de fundación.¹⁵ En el acto de inauguración del Instituto (1927) se presentó el Decálogo de los Derechos del Niño, que contenía los siguientes derechos: “derecho a la vida, derecho a la educación, derecho a la educación especializada, derecho a mantener y desarrollar la propia personalidad, derecho a la nutrición completa, derecho a la asistencia económica completa, derecho a la Tierra, derecho a la consideración social, derecho a la alegría y el derecho integral constituido por la suma de estos derechos”.¹⁶

Pese a que el tema de los derechos de niñas y niños lleva ya algún tiempo sobre la mesa, el debate se ha limitado, en la mayoría de los casos, a la protección de ciertos espacios de su vida. Sin embargo, las premisas vigentes a partir de la construcción del moderno sentimiento de infancia siguen sin ser cuestionadas, especialmente desde la perspectiva jurídica. El tema de los derechos ha sido reservado a otras disciplinas ajenas al derecho y no se ha considerado como realmente relevante en el debate sobre la fundamentación de los derechos humanos.

...la forma en la que hoy se establecen los derechos del niño y la manera en la que se los define en legislaciones nacionales y convenciones internacionales, se basan fundamentalmente en el pensamiento de la época de la Ilustración Europea y en el surgimiento de las sociedades burguesas y de los Estados Nacionales en Europa, desde donde se han ido extendiendo por casi la totalidad del mundo.¹⁷

Lo que pone de manifiesto la “historia de la infancia” es precisamente que el tratamiento jurídico basado en el paradigma de la incapacidad du-

ción sanitaria, ayudas especiales para los niños con problemas de tipo psíquico o social, protección en situaciones de emergencia y protección ante cualquier tipo de explotación.

¹³ En 1962, el Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes se incorpora a la Organización de Estados Americanos.

¹⁴ La iniciativa para crear una oficina regional de protección a la infancia había sido originalmente presentada en el Segundo Congreso Americano del Niño por parte del doctor Luis Morquío en Montevideo, en 1919. El proyecto fue aceptado, pero tardó varios años en concretarse.

¹⁵ Los países que firmaron el acta fueron Argentina, Bolivia, Brasil, Cuba, Chile, Ecuador, Estados Unidos de Norte América, Perú, Uruguay y Venezuela.

¹⁶ http://www.iin.oea.org/iin/historia_un_poco_2.shtml.

¹⁷ Liebel, Manfred, *op. cit.*, p. 24.

rante la minoría de edad deriva de un proceso histórico y que, por tanto, está lejos de ser natural o evidente, y mucho menos de poder constituir una base indubitable para sostener la exclusión de la titularidad y el ejercicio de ciertos derechos. Esta afirmación se vuelve especialmente crítica al vincularla con el tema de la legitimidad en las decisiones públicas sobre el diseño del sistema de derechos, pues es justamente esta la consecuencia más radical que ha tenido este proceso: la expulsión de la toma de decisiones públicas, lo que se traduce en que cualquier ley se vuelve una imposición que no encuentra legitimidad en la práctica representativa de la democracia. Lo anterior resulta, además, cuestionable, por el hecho de que durante la infancia y la adolescencia los derechos son de cumplimiento obligatorio; es decir, se excluye la posibilidad, en la mayoría de los casos, de que el titular renuncie a su ejercicio.¹⁸ En esta lógica, el único que puede participar en las decisiones públicas es el “agente autónomo”.

III. LOS MODELOS DE TRATAMIENTO JURÍDICO A LA INFANCIA EN LATINOAMÉRICA

Durante los últimos años se ha desarrollado en Latinoamérica una línea de investigación que clasifica las formas del tratamiento jurídico a la infancia, especialmente durante el siglo XX. Los estudiosos sostienen que en las últimas décadas del siglo pasado se produjo un cambio de paradigma respecto de los niños y niñas, que tuvo como consecuencia la transformación de las legislaciones nacionales. Esta transición fue motivada principalmente por la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento que se convirtió en el criterio para evaluar el nivel de respeto a los derechos de la niñez.

En América Latina, el anterior tratamiento jurídico a la infancia y adolescencia se ha identificado como la “doctrina de la situación irregular”, tesis que se ha convertido en un referente para evaluar la adecuación de las instituciones jurídicas a los contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este documento internacional representa, según los especialistas que han desarrollado el tema en los últimos años, la evolución hacia un

¹⁸ Feinberg distingue entre “*mandatory Rights*” (“derechos obligatorios”) y “*discretionary Rights*” (“derechos discrecionales”). En los derechos obligatorios no existe la facultad de elección para el titular, el deber coincide con el contenido del derecho. Para Feinberg, el contenido de un derecho obligatorio es un bien de tal importancia que se garantiza por medio de la imposición de una obligación de no interferencia para los demás y se retira la oportunidad de fallar en el desempeño de ese interés (Feinberg, Joel, *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1980).

modelo distinto que supone, fundamentalmente, la consideración de niñas, niños y adolescentes como titulares de derechos.¹⁹

La doctrina de la situación irregular se caracterizaba por un tratamiento diferenciado a la infancia y adolescencia de acuerdo con su inclusión o exclusión en las instituciones familia y escuela. Así, como señala Emilio García Méndez, se distinguía entre *niños* y *menores*. Los primeros eran aquellas personas menores de edad que se desenvolvían en el seno de una familia y que asistían a la escuela, por lo que eran ajenos al ámbito de las leyes. Los *menores*, en cambio, eran sujetos de la acción estatal, ya sea para protección o represión, debido a que se encontraban en situación de abandono o habían entrado en conflicto con la ley penal. Para ambos la respuesta era (y en algunos casos sigue siendo) la privación de libertad a través de la institucionalización.

En el caso de los *menores* abandonados, la protección estatal implicaba el internamiento en una eufemísticamente llamada “casa hogar” con otros niños de su mismo sexo y en la misma situación. En el caso de los *menores infractores*, la respuesta estatal se concretaba en el internamiento en un *consejo tutelar*, en el que, como su nombre lo indica, se pretendía “proteger” al *menor* que había cometido un delito.²⁰ Para efectos prácticos, el resultado era exactamente el mismo: encierro en grandes instituciones en las que los *menores* permanecían aislados del resto de la sociedad, en donde desempeñaban todas sus actividades: educación, deporte, alimentación, recreación, etcétera, y de donde al cumplir cierta edad eran expulsados y lanzados a la calle.

Tal como señala García Méndez, el gran cambio se produce a partir de la ratificación de la Convención por parte de los Estados latinoamericanos,

¹⁹ En México, la bibliografía sobre el tema es escasa, pese a que este referente teórico ha sido utilizado tanto en las exposiciones de motivos de las reformas legislativas (en especial el artículo 18 constitucional) como en las sentencias que a partir de la modificación al artículo 18 constitucional en materia de justicia para adolescentes ha dictado la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

²⁰ Dado que lo que se pretendía era “proteger” al menor en conflicto con la ley penal y no sancionarlo, no había un verdadero proceso que llevara a la comprobación de la comisión del delito, pues el internamiento tenía un fin educativo: “La consecuencia de esta concepción era una negación de la seguridad jurídica tanto del menor abandonado como del menor delincuente. En efecto, si las medidas no eran penas, sino instrumentos de carácter educativo y cautelar, entonces las medidas eran buenas por naturaleza y, por ello, lógicamente indeterminadas en su duración, el procedimiento para imponerlas no requería de las garantías y discusiones propias del procedimiento penal, ni consecuentemente de jueces profesionales, fiscales, abogados, etcétera” (Hierro, Liborio, “El niño y los derechos humanos”, en Fanlo, Isabel (comp.), *Derechos de los niños: una contribución teórica*, México, Fontamara, 2004, p. 187).

ya que este instrumento termina con la distinción entre *menores* y *niños*, estableciendo derechos para todas las personas menores de dieciocho años de edad, independientemente de su situación familiar, social, legal, etcétera.

En primer lugar, no creo que existan dudas en relación con la ruptura radical que en términos de enfoque jurídico de la infancia representa la Convención. Se trata de un instrumento decisivo y fundamental que torna ociosa cualquier discusión que pongan en duda la comprensión de la infancia-adolescencia como sujetos plenos de derecho.²¹

Así, la Convención crea una nueva categoría jurídica, eliminando la ambigüedad que había caracterizado la legislación nacional e internacional al respecto: el *niño*. Los *menores*, objeto de protección; es decir, destinatarios de las obligaciones de otros, se integran al universo *infancia* como titulares plenos de derechos, que desde luego suponen el reconocimiento de obligaciones recíprocas por parte de varios agentes, pero que ponen el énfasis en el titular, eliminando la discrecionalidad en los mecanismos de protección. Fue esta discrecionalidad la que tuvo como consecuencia modelos de tutela basados en la compasión que dejaban a la buena —en el mejor de los casos— voluntad de los benefactores la atención a la infancia en condiciones de desamparo, llevando a prácticas intolerables.

En el ámbito privado, es decir, de los *niños*, la discrecionalidad estaba presente también en las prácticas de crianza y en los métodos educativos y disciplinarios. Ser hijo de familia y alumno implicaba el sometimiento a decisiones arbitrarias. Prácticas como el castigo corporal y otros tipos de maltrato eran justificados desde la visión patrimonialista de la familia, en el entendido de que se trataba de una forma de cumplir con las obligaciones hacia los hijos.

La Convención establece derechos específicos para niñas, niños y adolescentes²² sin distinción. En este sentido, es un gran avance respecto de la situación de ambigüedad que caracterizaba a la doctrina de la situación irregular. Este instrumento internacional está basado en un consenso amplio respecto a las necesidades e intereses que deben servir como fundamento de los derechos.²³ Sin embargo, no logra superar con éxito, desde mi

²¹ García Méndez, Emilio, *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*, 3a. ed., México, Fontamara, 2008, p. 150.

²² La categoría *adolescente* no está contenida en la Convención, que habla solamente de *niño*. Sin embargo, ha sido incorporada en algunas legislaciones nacionales para hacer una distinción y reconocer el principio de autonomía progresiva.

²³ En los últimos años, algunos autores han trabajado en la línea de investigación de las necesidades básicas como fundamento de los derechos humanos. Esta propuesta resulta de

perspectiva, las dificultades en relación con la legitimidad de los derechos desde la lógica liberal y democrática.

La Convención pretende ser la especificación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948;²⁴ sin embargo, es claro que no se trata de instrumentos que contengan los mismos derechos. En este sentido, es posible identificar tres tipos de derechos de la Declaración en relación con la Convención:

- Derechos que efectivamente son universales, y cuya titularidad se extiende claramente a todos los seres humanos: por ejemplo, la prohibición de la esclavitud, de la servidumbre, de la tortura o de las detenciones arbitrarias; el derecho de asilo o el derecho a la salud y de la satisfacción de derechos económicos, sociales y culturales.
- Derechos que requieren de modalidades especiales para su titularidad y ejercicio, pues se restringen en el caso de los niños: por ejemplo, la libertad de movimiento, la libertad religiosa, la libertad de información y los derechos de participación.
- Derechos de cuya titularidad están completamente excluidos las niñas y los niños: derecho a casarse y fundar una familia, derecho al trabajo y derecho a votar y ser votado.²⁵

El primer grupo de derechos no tiene problemas, pues su titularidad corresponde a todas las personas, independientemente de su edad. La diferencia radica en la posibilidad de renunciar a su ejercicio.²⁶ En el caso de los

particular relevancia tratándose de niños, niñas y adolescentes, en virtud de que se encuentran excluidos del discurso democrático. Esta situación tiene como consecuencia la falta de reconocimiento de capacidad jurídica para determinar el catálogo de derechos, su ejercicio y la renuncia a su cumplimiento. Las necesidades básicas funcionan como un criterio objetivo que permite dotar de contenido a los derechos de la infancia y de la adolescencia.

²⁴ Bobbio considera que esta evolución pretende concretar a los titulares de los derechos respecto del hombre abstracto: “Así, respecto al abstracto sujeto hombre, que había encontrado ya una primera especificación en el ‘ciudadano’ (en el sentido de que al ciudadano le podían ser atribuidos derechos ulteriores respecto del hombre en general), se ha puesto de relieve la exigencia de responder con ulteriores especificaciones a la pregunta ¿qué hombre, qué ciudadano?” (Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 110).

²⁵ Para un análisis más detallado véase González Contró, Mónica, “La Declaración Universal de los Derechos Humanos: una mirada crítica desde los derechos de niños, niñas y adolescentes”, en Caballero Ochoa, José Luis (coord.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Reflexiones en torno a su 60 aniversario*, México, Porrúa, 2009, pp. 273-293.

²⁶ Aunque algunos de ellos tampoco son renunciables en el caso de las personas mayores de edad: “En la más rancia tradición liberal podemos encontrar derechos, enunciados y protegidos, cuya realización no era discrecionalidad del titular. Así, el derecho al juez natural, a

derechos que excluyen completamente a las personas durante la minoría de edad, su justificación debe ser objeto de un análisis cuidadoso, como es el derecho a casarse y fundar una familia, o el derecho al trabajo. La negación de ambos derechos es considerada, desde la perspectiva liberal, como indubitable; sin embargo, hay algunas posturas que podrían cuestionar esta afirmación tajante. No es, empero, objetivo de este texto entrar en este debate.

Respecto a los derechos que presentan claramente una modalidad distinta para su ejercicio, sería necesario hacer un examen concienzudo de las limitantes. Parte de la regulación de su ejercicio se encuentra establecida en la Convención, pero es necesario que estos derechos queden claramente delimitados en la legislación de cada país para eliminar la posible arbitrariedad de quienes se encuentran al cuidado de niñas y niños.

Un caso particularmente interesante e importante de este tipo de derechos lo constituye el derecho a la participación, el cual se encuentra vagamente reconocido en la Convención, pero sin que estén claramente definidos sus alcances, pues además se trata de un derecho imprescindible para el ejercicio de los demás derechos y para el inalienable derecho a tener una infancia sana y feliz.

IV. DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y EL DERECHO A LA PARTICIPACIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

El proceso histórico de reconocimiento de los derechos de la infancia ha sido inverso al de los ciudadanos. En el caso de los adultos, los primeros derechos en aparecer históricamente fueron los que se identifican como derechos civiles y políticos,²⁷ que tienen como finalidad proteger la libertad de los individuos, limitando la posibilidad de intervención del Estado. Entre estos derechos se encuentran la vida, el honor, la libertad de conciencia, el pensamiento y la expresión, las garantías procesales —proceso legal, presunción de inocencia, derecho de defensa—, la seguridad jurídica, el derecho de propiedad, el derecho al voto y a la participación política, la libertad personal, de pensamiento, de asociación y de reunión. Como se puede advertir fácilmente, la mayoría de estos derechos están incluidos en la categoría de derechos de los que son titulares los niños, pero que requieren de una modalidad para su ejercicio, o, en el caso del derecho al voto, que excluye totalmente la titularidad durante la infancia.

la igualdad ante la ley, al *habeas corpus* o a la defensa letrada en juicio...” (Hierro, Liborio L., “¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto”, *Sistema*, Madrid, 46, 1982, pp. 56 y 57).

²⁷ De primera generación.

Lo curioso es que los derechos de primera generación tienen, entre los teóricos de los derechos humanos o derechos fundamentales, carta de absoluta legitimidad. Esto significa que ningún especialista en el tema negaría que *son* derechos humanos. No sucede lo mismo con la llamada *segunda generación* de derechos, compuesta por los derechos económicos, sociales y culturales. Pese a que se encuentran reconocidos en muchas de las Constituciones modernas y en tratados internacionales, algunos autores que se oponen a la ampliación del catálogo de derechos humanos negarían que se trata efectivamente de este tipo de derechos:

Empieza a detectarse en la literatura especializada una cierta alarma ante la creciente abundancia y no infrecuente ligereza de las apelaciones a los *derechos humanos*. No sólo se han multiplicado y diversificado hasta grados de concreción sorprendentes los venerables derechos del hombre y del ciudadano, sino que se dan por sentados derechos de contenido social y económico cada vez más minucioso y se anuncia todavía el nacimiento de una nueva “generación” de derechos relacionados con cosas tales como las nuevas tecnologías o la conservación del medio ambiente natural.²⁸

No obstante, en el caso de la infancia y la adolescencia, estos derechos son los primeros en ser reconocidos históricamente y considerados indiscutibles. Por ejemplo, nadie negaría que los niños tienen derecho a la educación, a la salud, a la alimentación, al vestido y a la vivienda, y que el Estado tiene una obligación subsidiaria, cuando no directa, de garantizar estos derechos.²⁹ No sucede lo mismo con los derechos civiles y políticos, que difícilmente se atribuyen a los niños, y cuando se hace, generalmente, es más el contenido de un discurso que el reconocimiento de un derecho real. Los autores que defienden a ultranza esta primera generación en el caso de los adultos tienen una franca oposición a reconocer estos derechos a los niños. Sin embargo, no hay un debate real sobre las razones por las cuales deben ser excluidos ni con otros aspectos relacionados, como la mayoría de edad, la ciudadanía, la responsabilidad, etcétera. Simplemente se ignora, aceptándose las premisas implícitas sin entrar a la discusión de su justificación.

²⁸ Laporta, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, Universidad de Alicante, 4, 1987, p. 23.

²⁹ La misma Convención en su artículo 4o. establece esta obligación: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

Parte del problema deriva también de la ambigüedad con la que están reconocidos estos derechos en los instrumentos jurídicos dirigidos a la infancia. Uno de los casos más claros es el derecho a la participación. La Convención sobre los Derechos del Niño establece simplemente un derecho a opinar en los asuntos que le afectan:

Artículo 12.

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

El la Observación General 5 (2003),³⁰ el Comité de Derechos del Niño³¹ ha considerado como uno de los principios generales, que debe servir para interpretar e implementar el resto de los artículos de la Convención, el derecho a expresar su opinión en los asuntos que le afectan:

Artículo 12. El derecho del niño a expresar su opinión libremente en “todos los asuntos que afectan al niño” y a que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones. Este principio, que pone de relieve la función del niño como participante activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos, se aplica igualmente a todas las medidas adoptadas por los Estados para aplicar la Convención.³²

³⁰ Comité de los Derechos del Niño, observación general 5 (2003): Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4o. y 42; párrafo 6o. del artículo 44), (CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003).

³¹ El Comité sobre los Derechos del Niño es el órgano encargado de velar por el cumplimiento de la Convención por parte de los Estados, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 43 de este instrumento: “Artículo 43: 1. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establecerá un Comité de los Derechos del Niño que desempeñará las funciones que a continuación se estipulan...”.

³² Continúa el Comité en la Observación General 5 (2003), Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4o. y 42; párrafo 6o. del artículo 44): “La apertura de los procesos de adopción de decisiones oficiales a los niños constituye un reto positivo al que el Comité estima que los Estados están respondiendo cada vez más. Como pocos Estados han reducido ya la mayoría de edad electoral a menos de 18 años, es aún más necesario lograr que la opinión de los niños sin derecho de voto sea respetada en el gobierno y en el parlamento. Si se quiere que las consultas sean útiles, es preciso dar

¿Qué supone este derecho? Intentaremos esclarecer un poco sus alcances a partir de la evolución de los derechos humanos de acuerdo con los fines y valores que persiguen, así como su evolución histórica. Para ello entraremos en la distinción entre libertad positiva y libertad negativa como justificación de los derechos de participación.

Berlin fue uno de los primeros autores en realizar una distinción entre los significados de libertad, separando el concepto de libertad negativa del de libertad positiva, y delimitando tanto su evolución histórica como sus ámbitos de aplicación.

Así, Berlin relaciona la “libertad negativa” con la idea de no coacción; esto es, con “el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros”.³³ Se trata de la posibilidad de actuar sin interferencias; es decir, “la no existencia de obstáculos, de interferencias o intimidaciones para realizar una acción indica que tal acción es libre”.³⁴ En el terreno jurídico, la libertad negativa se traduce en no impedimento, como la facultad de hacer o no hacer determinadas cosas no prohibidas por alguna norma, ya sea por tratarse de un comportamiento no regulado o por tratarse de acciones directamente permitidas. A su vez, Hierro identifica también este tipo de libertad como uno de los sentidos que comprende la idea moderna

acceso tanto a los documentos como a los procedimientos. Ahora bien, es relativamente fácil aparentar que se escucha a los niños, pero para atribuir la debida importancia a la opinión de los niños se necesita un auténtico cambio. El escuchar a los niños no debe considerarse como un fin en sí mismo, sino más bien como un medio de que los Estados hagan que sus interacciones con los niños y las medidas que adopten en favor de los niños estén cada vez más orientadas a la puesta en práctica de los derechos de los niños.

Los acontecimientos únicos o regulares como los parlamentos de los niños pueden ser alentadores y suscitar la concienciación general. Ahora bien, el artículo 12 exige que las disposiciones sean sistemáticas y permanentes. La participación de los niños y las consultas con los niños tienen también que tratar de no ser meramente simbólicas y han de estar dirigidas a determinar unas opiniones que sean representativas. El énfasis que se hace en el párrafo 1o. del artículo 12 en ‘los asuntos que afectan al niño’ implica que se trate de conocer la opinión de determinados grupos de niños sobre cuestiones concretas; por ejemplo la opinión de los niños que tienen experiencia con el sistema de justicia de menores sobre las propuestas de modificación de las leyes aplicables en esa esfera, o la opinión de los niños adoptados y de los niños que se encuentran en familias de adopción sobre las leyes y las políticas en materia de adopción. Es importante que los gobiernos establezcan una relación directa con los niños, y no simplemente una relación por conducto de ONG o de instituciones de derechos humanos. En los primeros años de vigencia de la Convención, las ONG desempeñaron una importante función innovadora al adoptar estrategias en las que se daba participación a los niños, pero interesa tanto a los gobiernos como a los niños que se establezcan los contactos directos apropiados”.

³³ Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Universidad, 1988, p. 191.

³⁴ Laporta, Francisco, “Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político”, *Sistema*, Madrid, 52, 1983, p. 25.

de libertad, entendida como independencia o no imposición de obstáculos, coacciones o interferencias normativas que impidan o fuercen a actuar de determinada manera.³⁵

La noción de “libertad positiva” hace referencia a que el sujeto es, en cierta medida, autor de las normas que se le aplican y deriva, según Berlin, del deseo del individuo de ser su propio dueño; en palabras de Hierro, consiste en la “autodeterminación normativa”.³⁶ Este tipo de libertad se refiere al autogobierno, entendido como participación directa o indirecta en el procedimiento democrático; es decir, consiste en darse normas a uno mismo en el sentido jurídico, externo. Se relaciona con la libertad política, la libertad entendida como poder soberano relacionado con el titular del poder, a diferencia de la libertad negativa, que tiene que ver con los límites del mismo.

Para Peces Barba, este supuesto del valor de la libertad social, política y jurídica se da para intervenir en los procesos de formación de los criterios de decisión política, y de este derivan los derechos políticos relacionados con la participación.

Si aceptamos que fundamentalmente el derecho a la participación pertenece a la categoría de derechos civiles y políticos ¿quiénes son los sujetos obligados y cómo se configuran entonces estos derechos?

V. EL DERECHO A SER ESCUCHADO DESDE LA PERSPECTIVA DEL COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO: OBSERVACIÓN GENERAL 12 (2009)³⁷

El derecho a participar fue objeto de una Observación General por parte del Comité de Derechos del Niño: *El derecho del niño a ser escuchado*, haciendo uso de las facultades que le reconoce el inciso *d* del artículo 45.³⁸ Este

³⁵ Hierro, Liborio L., “Los derechos humanos del niño”, en Marzal, Antonio (ed.), *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidades del sujeto*, Barcelona, Bosch-ESADE, 1999, p. 20.

³⁶ *Idem.*

³⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General 12 (2009), El derecho del niño a ser escuchado, (CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009).

³⁸ “Artículo 45. Con el objeto de fomentar la aplicación efectiva de la Convención y de estimular la cooperación internacional en la esfera regulada por la Convención:

d) El Comité podrá formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida en virtud de los artículos 44 y 45 de la presente Convención. Dichas sugerencias y recomendaciones generales deberán transmitirse a los Estados Partes interesados y notificarse a la Asamblea General, junto con los comentarios, si los hubiere, de los Estados Partes”.

documento analiza el derecho contenido en el artículo 12 de la Convención desde varias perspectivas que contemplan los alcances, el análisis de cada una de las expresiones, las condiciones para garantizar el derecho, los diferentes contextos, y concluye con una serie de precisiones respecto a la forma en que debe ser ejercido en situaciones concretas.

El Comité interpreta, en un sentido amplio, el derecho a ser escuchado, que incluye la participación en decisiones relativas a la educación, salud, medio ambiente, economía, etcétera, e implica a los niños como individuos, pero también a grupos de niños concretos.

Las opiniones expresadas por los niños, según el Comité, aportan perspectivas y experiencias importantes, por lo que deben ser consideradas en la toma de decisiones, políticas, creación de leyes, así como en su evaluación. El Estado debe reconocer el derecho y garantizarlo al escuchar las opiniones del niño y tomándolas en consideración. Por ello, el Comité recomienda hacer una revisión legal para verificar una adecuada tutela del derecho. La redacción del artículo 12 no deja margen de discreción a los Estados, pues el propio texto establece un deber de garantizar este derecho de acuerdo con la madurez. En este sentido, existe una presunción a favor del niño de tener la capacidad para expresar su opinión, asumiendo que es a la edad más temprana, incluso, cuando no ha desarrollado lenguaje oral, pues aun las formas no verbales cuentan como opinión del niño.³⁹

Lo anterior implica varias obligaciones para los Estados:

- Lo interpretación según la cual es una facultad del niño el decidir si quiere o no ejercer el derecho a opinar.
- Establecer todo tipo de medidas para garantizar este derecho.
- Dar al niño la información necesaria para poder emitir su opinión.
- Garantizar que el procedimiento sea accesible y adecuado para el niño.
- Disponer de personal adecuado para que el niño pueda ser representado (aunque se recomienda que exprese su opinión directamente).
- Garantizar los siguientes pasos para que el niño pueda ser escuchado:
 - a) Preparación: informarle acerca su derecho y sobre los efectos y posibles consecuencias de su opinión, así como de las condiciones y contexto en el que se le pedirá.

³⁹ En la versión castellana de la Convención esta expresión pierde fuerza, ya que en inglés la redacción es *shall assure*, que tiene una connotación distinta.

- b) Audiencia: garantizar que la persona que va a escuchar al niño le haga sentir que su opinión es importante y será tomada en cuenta.
- c) Evaluación de la capacidad del niño: si la persona que va a escuchar considera que el niño verdaderamente tiene la capacidad para formarse una opinión, debe considerarla seriamente como un factor en la decisión.
- d) Información sobre la consideración otorgada a las opiniones del niño: comunicar al niño cómo fueron tomadas en consideración sus opiniones.
- e) Quejas, vías de recurso y desagravio: obligación de establecer medios para que el niño pueda recurrir cuando no es escuchado y sus opiniones tenidas en consideración. El niño debe saber quiénes son estas personas y cómo acceder a ellas.

Los Estados, siguiendo con la Observación del Comité, tienen la obligación de realizar reformas legislativas para garantizar cada uno de los elementos que integran el derecho del niño a ser escuchado. Para este fin se establecen las siguientes estrategias:

- Eliminación de reservas al artículo 12.
- Establecimiento de instituciones u organismos autónomos de derechos humanos de los niños.
- Capacitación de los profesionales que trabajan con niñas y niños sobre el derecho a ser escuchado.
- Garantía de condiciones apropiadas para el ejercicio del derecho, fundados en la legislación nacional.
- Combate a las actitudes negativas que impiden el ejercicio del derecho.

La observación hace también una relación del derecho del niño a ser escuchado con los otros principios rectores, así como con otros derechos de la Convención (derechos y libertades civiles): interés superior del niño (artículo 3o.); no discriminación (artículo 2o.), derecho a la supervivencia y al desarrollo (artículo 6o.); libertad de expresión y acceso a la información (artículos 13 y 17)⁴⁰ y responsabilidad de los padres, tutores, cuidadores, familia extensa y comunidad (artículo 5o.).

⁴⁰ Los derechos a la libertad de expresión e información también son considerados como libertades por el Comité, aunque distintos del derecho a expresar su opinión: “81. El derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 13, se suele confundir con el artículo 12. Sin embargo, aunque esos dos artículos están estrechamente vinculados, se refieren a

Finalmente, interpreta la forma específica en que el derecho del niño a ser oído debe ser entendido en diferentes contextos: familia u otro tipo de tutela (cuidado alternativo), cuidado de la salud, educación y escuela, juego, recreación, deportes y actividades culturales, trabajo, en situaciones de violencia, en las estrategias de prevención de violación de derechos, en migración y procedimientos de asilo, en situaciones de emergencia, en ámbitos nacionales e internacionales. Igualmente, sostiene que la participación debe entenderse como un proceso, no como un acontecimiento, el cual debe ser transparente e informativo, voluntario, respetuoso, pertinente, adaptado a los niños, incluyente, apoyado en la formación, seguro y sensible al riesgo, así como responsable.

El Comité concluye lo siguiente:

135. La inversión en la realización del derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan y a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta es una obligación clara e inmediata de los Estados partes en virtud de la Convención. Es un derecho de todos los niños, sin discriminación alguna. El objetivo de lograr oportunidades de aplicar verdaderamente el artículo 12 hace necesario dismantelar las barreras jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales que actualmente inhiben la oportunidad de que los niños sean escuchados y el acceso de los niños a la participación en todos los asuntos que los afecten. Ese objetivo exige preparación para hacer frente a los prejuicios acerca de la capacidad de los niños y estimular la creación de entornos en que los niños puedan potenciar y demostrar su capacidad. Exige además un compromiso para destinar recursos e impartir capacitación.⁴¹

derechos diferentes. La libertad de expresión se relaciona con el derecho a tener y expresar opiniones y a recabar y recibir información por cualquier medio. Afirma el derecho de los niños a que el Estado parte no limite las opiniones que tienen o expresan. La obligación que impone a los Estados partes es la de abstenerse de la injerencia en la expresión de esas opiniones o en el acceso a la información, protegiendo al mismo tiempo el derecho de acceso a los medios de difusión y al diálogo público. Sin embargo, el artículo 12 se relaciona con el derecho a expresar opiniones concretamente acerca de asuntos que afectan al niño y su derecho a participar en las medidas y decisiones que afectan su vida. El artículo 12 impone a los Estados partes la obligación de introducir el marco jurídico y los mecanismos necesarios para facilitar la participación activa del niño en todas las medidas que lo afecten y en la adopción de decisiones y de tener debidamente en cuenta esas opiniones una vez expresadas. La libertad de expresión a que se refiere el artículo 13 no exige ese tipo de participación o respuesta de los Estados partes. Sin embargo, la creación de una atmósfera de respeto para que los niños expresen sus opiniones de manera consecuente con el artículo 12 contribuye también a la formación de la capacidad de los niños para ejercer su derecho a la libertad de expresión” (Comité de Derechos del Niño, *op. cit.*, pp. 20 y 21).

⁴¹ *Ibidem*, p. 33.

VI. CONCLUSIONES

Según se desprende de la observación del Comité, el derecho a la participación está formado por un conjunto de derechos vinculados, principalmente, con la importancia de que el sujeto decida sobre lo que afecta su vida. Así fue considerado también desde las primeras declaraciones de derechos, en las que aparecen estrechamente vinculados con la autonomía como valor fundamental y, al mismo tiempo, como prerrequisito para ser considerado ciudadano. Estos derechos se entendían, por una parte, como garantía de la libertad negativa, pero además comprendían el ejercicio de la libertad positiva o autodeterminación normativa. La pregunta es ¿cómo se configura este derecho (y los derechos que lo componen) en el caso de niñas y niños?

La redacción del artículo 12 de la Convención, especialmente en su versión castellana, no especifica los alcances de este derecho, de ahí la importancia de la recomendación general 12, en la que el Comité desarrolla el contenido del mismo. En este documento se vincula precisamente el “derecho a ser escuchado” con el derecho a la participación. En este sentido, hay que señalarlo, la Convención fue muy limitada en su redacción original, pero la reflexión y desarrollo de los derechos del niño han ido ampliando la interpretación de los derechos como importantes conquistas históricas, al igual que ha sucedido con otros derechos humanos. Es posible señalar así que se trata de un instrumento dinámico, adecuado a una concepción contemporánea del derecho y de los derechos humanos como elementos legitimadores de los Estados democráticos.

En los últimos años se ha ido extendiendo una práctica que se ha conceptualizado en sentido amplio como “participación”, aunque este término no aparece propiamente en el texto del artículo 12. Este término ha evolucionado y actualmente se utiliza por lo general para describir procesos permanentes, como intercambios de información y diálogos entre niños y adultos sobre la base del respeto mutuo, en que los niños puedan aprender la manera en que sus opiniones y las de los adultos se tienen en cuenta y determinan el resultado de esos procesos.⁴²

Sobre la base de que el derecho a ser escuchado se identifica con el derecho a la participación, queda pendiente la tarea de delimitar sus alcances tomado como referencia la importancia de estos derechos en el desarrollo de los derechos humanos; esto es, su vinculación con la libertad positiva y

⁴² *Ibidem*, p. 5.

la libertad negativa. Esto resulta especialmente complejo dado que esta discusión —salvo en contadas excepciones— ha sido ignorada en el ámbito de la teoría del derecho.

Aunque tímidamente, el Comité se aventura a hacer una interpretación más allá del ámbito en el que tradicionalmente se había considerado, y eso en el mejor de los casos, la posibilidad de la niña o niño de participar en los asuntos que le afectan. Esta cláusula, que llamaremos de “afectabilidad”, se había comprendido como limitadora de la posibilidad de ser escuchado al ámbito privado, especialmente de la familia y la escuela, espacio al que la doctrina de la situación irregular circunscribía a las personas durante la minoría de edad. El Comité reconoce, pese a que no lo desarrolla con mucha amplitud, que la toma de decisiones públicas afecta la vida de niñas y niños, por lo que el derecho a participar se extiende al ámbito político.

Aunque el Comité apoya una definición amplia del término “asuntos”, que también comprende cuestiones no mencionadas explícitamente en la Convención, reconoce que le siguen los términos “que afectan al niño”, que se añadieron para aclarar que no se pretendía un mandato político general. Sin embargo, la práctica, incluida la Cumbre Mundial en favor de la Infancia, demuestra que una interpretación amplia de los asuntos que afectan al niño y a los niños contribuye a incluir al niño en los procesos sociales de su comunidad y su sociedad. Así, los Estados partes deberían escuchar atentamente las opiniones de los niños siempre que su perspectiva pueda aumentar la calidad de las soluciones.⁴³

Siguiendo esta interpretación del Comité, es posible sostener entonces que el derecho a la participación debe incluir ambos tipos de libertades —positiva y negativa—. En lo que respecta a la libertad negativa, es necesario hacer dos precisiones: en primer lugar, algunos de los derechos vinculados a esta se entienden de forma distinta que durante la edad adulta; por ejemplo, el derecho a la intimidad,⁴⁴ ya que exigen mayores garantías, y, en segundo lugar, que debe entenderse como un espacio del titular, indepen-

⁴³ *Ibidem*, p.11.

⁴⁴ Para una excelente reflexión de este derecho véase: “...si pensamos en la intimidad del niño como un ámbito de garantía necesaria de su desarrollo como persona (del crecimiento de su dignidad), del mismo modo que concebimos su educación hasta el punto de no hacerla disponible por parte de nadie, entonces la intimidad del menor sería distinta a la intimidad del mayor: se diferenciaría en su indisponibilidad” (Hierro, Liborio, “La intimidad de los niños: un test para el derecho a la intimidad”, en Sauca, José Ma. (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1994, p. 385).

dientemente de su pertenencia a la familia, lo que contradice el paradigma liberal de la familia como un espacio indisponible del “agente autónomo”.

En lo que respecta a la libertad positiva, queda de manifiesto la necesidad de crear espacios y delimitar claramente las formas de ejercicio y las obligaciones de todos los actores: Estado, padres, maestros, comunidad, autoridad, etcétera. El Comité establece los lineamientos, y es responsabilidad de cada país concretar las formas de garantía.

El proceso de reformas legislativas desencadenado por la Convención Internacional es y debería permanecer como un proceso altamente dinámico. No existen y no deberían existir modelos rígidos de adecuación. Doctrinas y paradigmas deben interpretarse a la luz de las condiciones reales, pero mucho más de las condiciones deseadas para nuestra infancia latinoamericana. Toda diversidad sea bienvenida en el contexto del respeto riguroso de los derechos humanos específicos de la infancia, hoy universalmente reconocidos.⁴⁵

En este rubro es evidente que falta mucho por avanzar en todos los países del mundo, aunque en algunos países de América Latina se han dado experiencias de organización y participación infantil, impulsadas por los propios niños y niñas que han mostrado que es posible el ejercicio de este derecho.⁴⁶

En el caso de México, las observaciones demuestran que es mucho como país lo que falta por avanzar institucionalmente.

27. El Comité acoge con agrado los esfuerzos desplegados por el Estado Parte por promover y asegurar el ejercicio del derecho del niño a expresar sus opiniones y a participar activamente en los diversos sectores de la sociedad. En particular toma nota de los períodos de sesiones celebrados en 2003 y 2004 por el Parlamento de los Niños y de la Consulta Infantil y Juvenil celebrada en 2003. Sin embargo, sigue preocupado por la persistencia de ciertas actitudes tradicionales en el Estado parte que, entre otras cosas, limitan el derecho de los niños a participar y a expresar sus opiniones. Observa con preocupación las escasas posibilidades que tienen los niños de participar y expresarse en los procesos de toma de decisiones que los afectan, especialmente en las escuelas y comunidades.

28. Con arreglo al artículo 12 de la Convención, el Comité recomienda que el Estado Parte:

⁴⁵ García Méndez, Emilio, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁶ Para conocer experiencias en el campo de la investigación con niñas y niños véase Liebel, Manfred y Martínez Muñoz, Marta, “Investigación participativa con niños y niñas”, en Liebel, Manfred y Martínez Muñoz, Marta (coords.), *op. cit.*, pp. 225-242.

- a) Intensifique sus esfuerzos por promover, dentro de la familia, en las escuelas y en otras instituciones, el respeto a las opiniones de los niños, en especial de las niñas, y facilitar su participación en todos los asuntos que los afecten;
- b) Enmiende los códigos de procedimientos civiles para asegurar que los niños sean escuchados en las actuaciones judiciales que los afecten;
- c) Refuerce las campañas nacionales de sensibilización para cambiar las actitudes tradicionales que limitan el derecho de participación de los niños;
- d) Examine periódicamente hasta qué punto los niños participan en la formulación y evaluación de leyes y políticas que los afectan, tanto en el plano nacional como en el local, y evalúe en qué medida se tienen en cuenta las opiniones de los niños, incluso su repercusión en las políticas y los programas pertinentes.⁴⁷

Pese al enorme avance que supone la interpretación extensiva del derecho contenido en el artículo 12 de la Convención, hay todavía una agenda pendiente respecto del derecho a participar:

En primer lugar, reconocer que tanto el término “expresar su opinión” como la cláusula de “afectabilidad” deben ser interpretados de la manera más amplia posible. El hecho de que se trate de una opinión no puede entenderse como una puerta abierta a la arbitrariedad respecto de las expresiones del niño o niña. Ni que esto se reduce a procedimientos administrativos o judiciales en los que está involucrada la niña o niño.

En este sentido, es necesario trabajar en la definición de los alcances de los derechos vinculados con la participación en sentido extensivo, en especial las libertades.

Por otra parte, es indispensable también el reconocimiento de una mayor incidencia en el diseño de los derechos, sobre todo porque, como se explicó, se trata de derechos obligatorios.

Solo así podremos terminar con la aceptación tácita de las premisas implícitas e ir reconociendo a cada niña y niño autonomía y capacidad para ser constructores de su propia vida y de las decisiones colectivas, superando de una vez por todas la doctrina de la situación irregular sustentada en el paradigma de la incapacidad. Esto supone un gran paso en la lucha en contra de la exclusión social y la construcción de modelos más amplios y flexibles de los titulares de derechos humanos donde todos tengan cabida.

Finalmente, aunque el criterio sostenido por el Comité supone un gran avance, queda sin resolver el problema de la legitimidad de las decisiones

⁴⁷ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 49 de la Convención: observaciones finales, México (CRC/C/MEX/CO/3, 8 de junio de 2006), pp. 6 y 7.

desde la perspectiva democrática; es decir, la autodeterminación normativa. Los derechos de los niños, en este sentido, siguen justificándose con base en el derecho privado; es decir, como incapaces sujetos a la tutela de otros que deciden por ellos en las decisiones públicas. Es una gran paradoja de la democracia ¿irresoluble?

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARIÈS, Phillipe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Madrid, Taurus, 1987 (orig.: *L'Enfant et la Vie Familiale sos l' Ancien Regime*, París, Plon, 1962).
- BERLIN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Universidad, 1988.
- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, Observación General 5 (2003), *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4o. y 42, y párrafo 6o. del artículo 44) (CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003)*.
- , Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención: observaciones finales, México (CRC/C/MEX/CO/3, 8 de junio de 2006).
- , Observación General 12 (2009), *El derecho del niño a ser escuchado (CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009)*.
- FEINBERG, Joel, *Rights, Justice and the Bounds of Liberty*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 1980.
- GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*, 3a. ed., México, Fontamara, 2008.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, Mónica, *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.
- , “La Declaración Universal de los Derechos Humanos: una mirada crítica desde los derechos de niños, niñas y adolescentes”, en CABALLERO OCHOA, José Luis (coord.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Reflexiones en torno a su 60 aniversario*, México, Porrúa, 2009.
- HIERRO, Liborio L., “¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto”, *Sistema*, 46, Madrid, 1982.
- , “La intimidad de los niños: un test para el derecho a la intimidad”, en SAUCA, José Ma. (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1994.

- , “Los derechos humanos del niño”, en MARZAL, Antonio (ed.), *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidades del sujeto*, Barcelona, Bosch-Esade, 1999.
- , “El niño y los derechos humanos”, en FANLO, Isabel (comp.), *Derechos de los niños: una contribución teórica*, México, Fontamara, 2004.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO, LA NIÑA Y EL ADOLESCENTE, http://www.iin.oea.org/iin/historia_un_poco_2.shtml.
- LAPORTA, Francisco, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, Universidad de Alicante, 4, 1987.
- , “Sobre el uso del término ‘libertad’ en el lenguaje político”, *Sistema*, Madrid, 52, 1983.
- LIEBEL, Manfred y MARTÍNEZ MUÑOZ, Marta (coords.), *Infancia y derechos humanos: hacia una ciudadanía participante y protagónica*, Lima, IFEJANT, 2009.
- MACCORMIK, Neil, “Children’s Rights: a Test-Case for Theories of Right”, en *Legal Right and Social Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 1982.
- O’NEILL, Onora, “Children’s Rights and Children’s Lives”, en ALSTON, Philip *et al.* (eds.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995.
- ROJAS FLORES, Jorge, “Los derechos del niño en Chile: una aproximación histórica, 1910-1930”, *Historia*, Pontificia Universidad Católica de Chile, núm. 40, vol. I, enero-junio de 2007, <http://www.scielo.cl/pdf/historia/v40n1/art05.pdf>.

LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y SUS ALCANCES

Luis Raúl GONZÁLEZ PÉREZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La recepción de los tratados internacionales*. III. *Competencia de la Corte IDH*. IV. *Obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH*. V. *Obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH*. VI. *Control de convencionalidad*. VII. *Reflexiones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

Este ensayo lo dedico a la memoria de Jorge Carpizo, hombre eminente, de talento extraordinario y vida ejemplar, y de quien hago un recuerdo emocionado de gran admiración y profundo respeto. Jorge Carpizo fue uno de los grandes maestros de quienes tuve la fortuna de recibir enormes enseñanzas en mi paso como estudiante en la Facultad de Derecho de la UNAM. En el inicio de mi vida profesional también estuvo presente, y tuve la gran fortuna de que me invitara a colaborar con él, primero en la Coordinación de Humanidades y posteriormente en el Instituto de Investigaciones Jurídicas. Después vendrían otras oportunidades que me brindó para acompañarlo en algunas de las múltiples responsabilidades que tuvo durante su fructífera y exitosa carrera profesional, y a las cuales me he referido en otras ocasiones.¹ Gran parte de los aciertos que he tenido en mi trayectoria profesional se los debo a él; de los errores, indudablemente, me responsabilizo yo.

Los dos vínculos antes mencionados que me unieron a Jorge Carpizo serían el inicio de una entrañable relación que con el tiempo se fue cultivando y afianzando hasta derivar en una sólida e indisoluble amistad, que perduró

* Profesor de garantías constitucionales en la Facultad de Derecho y abogado general de la UNAM.

¹ González Pérez, Luis Raúl, “El jorongo de un universitario”, en *Jorge Carpizo en el corazón*, México, UNAM, 2013, pp. 33-39; “Jorge Carpizo, ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Fix-Zamudio, Héctor y Astudillo, César (coords.), *Estatuto jurídico del juez constitucional. Libro homenaje al doctor Jorge Carpizo*, México, UNAM, 2013, pp. 135-139.

hasta su partida, que aún hoy, a pesar del tiempo trascurrido, no ha sido superada. Estoy cierto de que la naturaleza humana realizará su insensible obra reparadora y el tiempo será el bálsamo que restañe las heridas que su ausencia produce por hondas y lacerantes que sean.

Nada más justo para un universitario de excepción, como Jorge Carpizo, que el reconocimiento que le hace su *alma mater*, la UNAM, a través de diversos homenajes y publicaciones que, como esta obra, se realizan en su honor destacando sus amplios méritos, pero además, como él lo deseó, haciendo aportaciones a la ciencia jurídica, ya sea analizando alguno de los distintos aspectos de su amplio legado jurídico, o abordando algún tópico jurídico, que indudablemente servirá para enriquecer nuestra cultura jurídica.

Precisamente, atendiendo a su deseo de revisar su legado jurídico, me permito continuar con un tema que fue de su interés y que me permití abordar en otra publicación que en su honor se editó y que amerita darle un tratamiento desde otro ángulo,² toda vez que es un aspecto que está en el ámbito de la discusión nacional, como es la vinculatoriedad de las sentencias que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

II. LA RECEPCIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES

El tema de la aceptación de las sentencias de la Corte IDH pasa por temas relativos a los tratados internacionales y a los órganos que se crean para la supervisión del cumplimiento de dichos instrumentos vinculatorios, a los que brevemente nos referiremos.

Cuando el derecho internacional convencional se incorpora expresamente al derecho interno, el resultado es que se establece imperativamente el deber del Estado de respetar y promover tales derechos, los que son directamente aplicables en los órdenes jurídicos por los órganos jurisdiccionales.

Todo Estado que suscribe y ratifica algún tratado queda obligado a respetar, de buena fe, no solo la letra, sino también el espíritu mismo del tratado internacional del cual es parte. El incumplimiento o inexecución de cualquiera de las obligaciones insertas en el tratado es susceptible de sanción por el derecho internacional a través del mecanismo de la responsabilidad, mismo que implica un rendimiento de cuentas ante la comunidad internacional; además, el Estado que viola algún derecho convencional tiene a su cargo un deber de reparación adecuada en beneficio de la víctima.

² González Pérez, Luis Raúl, “Aplicación de los tratados internacionales y la jurisprudencia de la CIDH en la protección de la libertad de expresión”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXIII, núm. 259, enero-junio de 2013, pp. 199-233.

En un claro ejemplo de las obligaciones que contraen los Estados al suscribir, en ejercicio de su soberanía, algún tratado internacional la encontramos en el artículo 1.1 de la Convención Americana, que establece la base para la determinación de la responsabilidad internacional de los Estados por la vulneración a dicho compromiso internacional.

Uno de los principales efectos de la adopción de los tratados internacionales es que son de aplicación directa por el Estado; por tanto, los particulares pueden invocarlos en los juicios, y los jueces pueden y deben también tomarlos en cuenta al emitir sus resoluciones, en razón de que deben dictarlas respetando el derecho a una motivación adecuada, que incluye tomar en cuenta todo el derecho vigente en el Estado.

Otro aspecto vinculado con el tema de los tratados internacionales es el relativo a su jerarquía dentro del orden jurídico interno. Al respecto, cada Estado, en ejercicio de su soberanía, decide la jerarquía de los mismos.

El doctor Héctor Fix-Zamudio³ indica que la progresiva y constante influencia del derecho internacional, especialmente la de los derechos humanos, en las Constituciones de Iberoamérica se puede contemplar desde tres perspectivas:

- a) Los tratados se encuentran inmediatamente debajo de la Constitución, pero con preeminencia sobre el derecho interno, como Portugal, España, Guatemala, Costa Rica, El Salvador, Ecuador, Nicaragua, Perú y México.
- b) Se reconoce que los tratados internacionales, en forma expresa o implícita, se encuentran al mismo nivel que la Constitución, como Argentina, Brasil y Colombia.
- c) La doctrina comienza a advertir una tendencia a que esos tratados se les reconoce un carácter superior a la misma Constitución, como en el artículo 23 de la Constitución de Venezuela de 1999, el cual ordena que los instrumentos internacionales de derechos humanos prevalecen en el orden interno si establecen normas y garantías más favorables que aquellas contenidas en la Constitución y las leyes.

En México, la jerarquía de las normas la establece el artículo 133 de la Constitución.⁴ De este numeral, en conexión con otros artículos, especial-

³ Fix-Zamudio, Héctor, "La necesidad de expedir leyes nacionales en el ámbito latinoamericano para regular la ejecución de las resoluciones internacionales", en Corzo Sosa, Edgar *et al.* (coords.), *Impacto de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch México, 2013, p. 226.

⁴ "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente

mente el 16, el 103 y el 124, se desprende la jerarquía de las normas del orden jurídico mexicano, a saber:

- Constitución federal
- Leyes generales y tratados internacionales
- Leyes federales y leyes estatales
- Orden municipal

En consecuencia, el tratado internacional se encuentra debajo de la Constitución, pero encima de las leyes federales y locales, y al mismo nivel de la ley general, que es aquella que desarrolla o precisa la norma constitucional, y su ámbito de aplicación es tanto federal como local, como las leyes orgánicas de los poderes públicos y las reglamentarias de los preceptos constitucionales, como la Ley de Amparo. Esta jerarquía es contraria al criterio original de la SCJN, que en una interpretación netamente gramatical del artículo 133 constitucional, y no de carácter hermenéutico, sostenía que los tratados internacionales se encontraban al mismo nivel de las leyes federales.⁵

En mayo de 1999, la SCJN modificó su criterio para establecer la tesis siguiente: “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.⁶ La tesis precisa la jerarquía de los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano: solo por abajo de la Constitución, al mismo nivel de la ley constitucional y por encima de las leyes federales y locales.

Los compromisos que el Estado mexicano ha asumido en los últimos años han generado la necesidad de sintonizar la Constitución con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. En este sentido, la reforma constitucional publicada el 10 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación* hace explícito, en el artículo 1o., párrafo primero, que los derechos de los que gozamos las personas no se agotan en los 136 artículos de

de la República, con aprobación del senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados”.

⁵ Cfr. Carpizo, Jorge, “La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. III, 2012, pp. 801-858.

⁶ Tesis p. LXXVII/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, Novena Época, Pleno, t. X, noviembre de 1999, “TRATADOS INTERNACIONALES, SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.

la Constitución, sino que deben complementarse con los reconocidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.⁷

De conformidad con esta disposición, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: los derechos humanos reconocidos en la Constitución y todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. En consecuencia, las normas provenientes de ambas fuentes gozan de rango constitucional, y, por tanto, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano.

Lo anterior acaba de ser reconocido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 293/2011,⁸ en donde se determinó que los derechos humanos de fuente internacional; es decir, los tratados internacionales en materia de derechos humanos, tienen la misma eficacia normativa, o sea, tienen rango constitucional en tanto protectores de los mismos, y siempre y cuando brinden mayor protección que la Constitución.

Además, al resolver la mencionada contradicción de tesis, se estableció que de la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos; sin embargo, cuando la Constitución establezca una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional. En este sentido, los derechos humanos, con independencia de su fuente, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de todas las normas y actos que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano.

Respecto al punto que resuelve que cuando exista una restricción al ejercicio de los derechos humanos en la Constitución se debe estar a lo que esta indica, se ha considerado para diversos tratadistas un retroceso, porque

⁷ “Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

⁸ El 3 de septiembre, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia resolvió por mayoría de diez votos la contradicción de tesis 293/2011. El tema de la misma era determinar la relación de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales celebrados por México, a efecto de lograr la protección más amplia de las personas.

supone la inaplicación del principio *pro persona* siempre que un texto constitucional restrinja los derechos consagrados en los tratados internacionales, no obstante la redacción inequívoca del párrafo segundo del artículo 1o. de la Constitución y el mandato del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual “los Estados Partes no podrán invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”⁹

Los argumentos en virtud de los que se estableció esta excepción por parte de la SCJN se sustentaron en criterios que aluden al mandato del órgano que puede reformar la Constitución, según la fórmula del artículo 135, en el sentido de que los órganos legislativos que intervienen en la reforma constitucional representan la soberanía del pueblo, y que los tribunales mexicanos no tienen facultades derogatorias de la voluntad de esos legisladores.

Para José Ramón Cossío, ministro que votó en contra del proyecto,

si el párrafo segundo del artículo 1o. dispone que a las personas se les dará en todo momento la protección más amplia en términos de lo que dispongan los derechos humanos de fuente constitucional o convencional, no puede establecerse la prevalencia de las normas constitucionales en los casos en que establezcan restricciones, sin admitir que con ello se incorpora expresamente un criterio de jerarquía constitucional.¹⁰

Continúa diciendo el ministro Cossío que

el artículo 133 establece que un tratado internacional se incorpora al orden jurídico mexicano cuando su contenido y su proceso de aprobación son acordes con la Constitución. Hasta ese momento la Constitución es jerárquicamente superior al tratado, sencillamente por prever sus requisitos de validez. Sin embargo, a partir de ahí el artículo 1o. da lugar a una operación normativa completamente diferenciada, que nada tiene que ver ya con cuestiones de jerarquía... La reforma de junio de 2011 implicó que deben hacerse operaciones normativas a partir del principio *pro persona* tanto con los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que México es parte como con aquellos reconocidos en la Constitución, sin establecer jerarquía entre ellos.

Cuando la Constitución dispone en el primer párrafo del artículo 1o. que el ejercicio de los derechos humanos “no podrá restringirse ni suspenderse,

⁹ Cfr. Barrera Solórzano, Luis de la, “Restricciones a los derechos humanos”, *La Razón*, 20 de septiembre de 2013.

¹⁰ Cossío Díaz, José Ramón, “Las trampas del consenso”, *Nexos*, octubre de 2013.

salvo en los casos bajo las condiciones que esta Constitución establece”, ello debe entenderse bajo la clave interpretativa del principio *pro persona*. Por lo mismo, debe referirse única y exclusivamente a las condiciones establecidas en varios párrafos del artículo 29 de la propia Constitución. Éstas son expresiones técnicas y específicas que deben utilizarse sólo en estos casos, sin extenderse a cualquier restricción que pudiera entenderse contiene la Constitución.¹¹

Lo que la posición mayoritaria de los ministros determinó generó una regla universal de interpretación, por virtud de la cual el derecho convencional cede frente al derecho constitucional, desplazando la posibilidad de resolver los problemas caso por caso aplicando efectivamente el principio *pro persona*. Lo sostenido por la mayoría (de que la interpretación generada por ella permite la ponderación caso por caso de todos los derechos humanos), requerirá darse la plena igualdad entre los derechos humanos de fuente constitucional y de fuente convencional.¹²

Por nuestra parte, consideramos que tanto la reforma constitucional de junio de 2011 como la interpretación que hizo la Suprema Corte de Justicia al resolver la contradicción de tesis 293/2011 constituyen un avance. Debemos recordar que la construcción de la defensa de los derechos humanos ha sido progresiva, y diversos temas, como este que nos ocupa, se seguirán discutiendo, buscando una evolución más amplia en la materia, y seguramente en el futuro se avanzará en su interpretación en favor de la dignidad humana.

También hay que mencionar que aún quedan abiertas interrogantes, pues estimamos que no se ha resuelto del todo el problema que se contempló entre la aplicación del derecho internacional y el derecho interno. Por ejemplo, ¿qué pasará en el supuesto de que la Corte Interamericana emita una sentencia protectora de derechos humanos, pero que en la Constitución mexicana se contemple de manera expresa una restricción que, de acuerdo con el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, prevalecerá esta? En este caso, ¿qué pasará con el cumplimiento de esa sentencia de la Corte IDH? ¿No se atenderá?, máxime que la Convención Americana prevé en su artículo 2o. que los Estados adecuarán su régimen jurídico interno. De no atenderse, ¿el Estado tendrá responsabilidad internacional? Este es un tema que se puede presentar en el futuro y deberá resolverse, y en donde nuestro máximo tribunal nacional deberá pronunciarse, de ser el caso.

¹¹ *Idem.*

¹² *Idem.*

III. COMPETENCIA DE LA CORTE IDH

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, del 22 de noviembre de 1969, inició su vigencia el 18 de julio de 1978. Del denominado Pacto de San José surge la Corte Interamericana de Derechos Humanos con dos distintas competencias: una consultiva y otra contenciosa, para vigilar el cumplimiento y hacer efectivos los derechos reconocidos en dicho pacto. Actualmente, esa protección se extiende a otros instrumentos regionales; por ejemplo, la Convención sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; el Protocolo Adicional a la Convención Americana, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

México es parte de ese Pacto desde el 24 marzo de 1981. Sin embargo, reconoció la competencia de la Corte IDH hasta el 16 de diciembre de 1998.¹³ Las dudas de algunos sectores eran muchas, en virtud de una anticuada noción de soberanía, ya que a partir del mencionado reconocimiento el Estado mexicano está obligado a acatar las sentencias de la Corte IDH, órgano que tiene facultades para declarar qué acciones de autoridades mexicanas son contrarias a disposiciones de la Convención Americana o a algunos otros tratados del sistema interamericano, sin importar su naturaleza; actos administrativos, leyes, sentencias e incluso normas constitucionales.¹⁴

De esta forma, tratándose del Pacto de San José y de la protección de los derechos humanos que reconoce, incluso la SCJN, no es la intérprete última de ese Pacto, sino la Corte IDH, cuya jurisprudencia obliga a todas las autoridades.¹⁵

Del conocimiento de los casos que se han sometido a su jurisdicción, la Corte IDH ha analizado lo relativo a diversos temas del catálogo de derechos. Entre ellos se encuentran hechos violentos, como consecuencia de los regímenes autoritarios que en su etapa inicial se vivían, correspondientes a la primera generación, como son, entre otros: la tortura, ejecuciones extrajudiciales, allanamientos ilícitos, desapariciones forzadas, uso de la fuerza, masacres; además, de esa misma generación de derechos ha conocido sobre el derecho a la vida; derecho al debido proceso; derechos de los niños; género; derechos de los pueblos indígenas; el derecho a no ser discriminado e

¹³ Cfr. Núñez Palacios, Susana, “El Estado mexicano acepta la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. 1, 2001, pp. 454 y 455.

¹⁴ Cfr. Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 812.

¹⁵ *Idem.*

igualdad ante la ley; derecho de reunión; derecho de asociación. En época más cercana ha comenzado a conocer casos correspondientes a la segunda generación de derechos, como son en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Si atendemos a esa lógica progresiva, en un futuro cercano empezará a conocer casos que involucren derechos de las subsecuentes generaciones de derechos humanos.

De igual manera, la Corte IDH ha conocido procesos sobre todos los países que han reconocido la competencia de la Corte, dictando sentencias que han tenido, en prácticamente todos los casos, un muy positivo cumplimiento, que se ha traducido en cambios normativos, en los mejoramientos en los sistemas de protección, en mecanismos de reparaciones que hoy día están vigentes en casi todos los países de América.¹⁶

En el caso particular de México, el 30 de enero de 2003, la Comisión Interamericana sometió a la Corte Interamericana la primera demanda contra nuestro país, y que dio lugar al denominado *Caso Alfonso del Campo Dodd vs. Estados Unidos Mexicanos*, del cual el Tribunal no conoció del fondo en virtud de que los hechos relatados en la demanda ocurrieron con anterioridad a que el país reconociera la competencia de la Corte. Con posterioridad, se han presentado otros seis casos más.¹⁷

De manera reciente, la Corte Interamericana ha ejercido con mayor plenitud su competencia para supervisar el cumplimiento de las sentencias, como se observa en el *Caso Gelman vs. Uruguay*;¹⁸ de hecho, puede decirse que un caso no concluye en su trámite hasta en tanto la Corte IDH no emita una resolución de cumplimiento de sentencia. El 14 y 17 de mayo de 2013, la Corte IDH determinó que el Estado mexicano ha dado cumplimiento a cinco de los resolutive dictados en la sentencia del *Caso Radilla Pacheco*; cabal cumplimiento a los ocho de los resolutive dictados en la sentencia del *Caso González*, mejor conocido como *Campo Algodonero*, así como el cumplimiento total en el *Caso Castañeda*.

Relacionado con el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 375/2013, confirmó el sobreseimiento del juicio

¹⁶ Por ejemplo, cuando la Corte IDH condenó a Chile en el *caso Olmedo Bustos vs. Chile*, mejor conocido como "*La última tentación de Cristo*", porque su Constitución violaba la Convención Americana de Derechos Humanos, obteniendo como respuesta de los chilenos la modificación de su Constitución para hacerla compatible con el Pacto de San José.

¹⁷ Corte IDH, *caso Castañeda Gutman vs. México, caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México; caso Radilla Pacheco vs. México; caso Inés Fernández Ortega y otros vs. México; caso Valentina Rosendo Cantú y otras vs. México; caso Teodoro Cabrera y Rafael Montiel vs. México*. En todos estos casos ha existido sentencia contra México.

¹⁸ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*, sentencia del 20 de marzo de 2013.

de amparo promovido por Jorge Castañeda Gutman en contra de diversas autoridades, ya que, según su argumento, estas violan sus derechos humanos al omitir el cabal cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH, pues no se han adoptado las disposiciones necesarias en el derecho interno que permitan hacer efectivo su derecho político a ser elegido. Al respecto, se determinó que el Poder Judicial mexicano, aun en ejercicio de sus poderes de control constitucional, no está facultado para pronunciarse sobre el cumplimiento o incumplimiento, por parte de las autoridades nacionales, de las sentencias emitidas por la mencionada Corte Interamericana en contra del Estado mexicano, pues ello encierra el ejercicio de una facultad de apreciación reservada constitucionalmente a dicho tribunal internacional en grado de exclusividad, por lo que cualquier acto que exija el despliegue de esa facultad debe entenderse como un acto no justiciable en sede nacional.

IV. OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE IDH

La Convención Americana dispone que las sentencias de la Corte IDH son inatacables y poseen eficacia vinculante para los Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa y aceptado pasar por ella. Los compromisos son asumidos por el Estado en su conjunto, y por conducto de ellos se comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional.

El artículo 68.1 de la Convención Americana es definitivo al establecer que los Estados están comprometidos a cumplir la resolución de la Corte Interamericana en los casos en que sean parte. La propia Corte IDH así lo ha establecido en reiteradas jurisprudencias.

El artículo 65 de la Convención Americana señala que la Corte, en su informe anual a la Asamblea General de la OEA, debe indicar el Estado y el caso cuya sentencia no ha sido cumplida.

La Corte admite únicamente el “recurso de interpretación”, que procede solo en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance de la resolución, siempre y cuando se solicite en el plazo de noventa días a partir de la fecha de la notificación del mismo (artículo 67).

Existe unanimidad en considerar que las sentencias que emite la Corte IDH en los casos contenciosos son de cumplimiento obligatorio para los Estados.¹⁹ Señala Jorge Carpizo que los Estados parte están obligados a

¹⁹ *Cfr.* Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Actualidad y necesidad del marco jurídico mexicano para la cabal ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Corzo Sosa, Edgar *et al.* (coords.), *op. cit.*, p. 99.

cumplir con las resoluciones de la Corte IDH, lo cual responde a la lógica pura: “si no esa Corte de tribunal nada tendría, los Estados incumplirían con sus obligaciones internacionales a voluntad y el sistema interamericano de derechos humanos estaría lisiado y deforme si un Estado pudiera desobedecer una sentencia del órgano cúspide del sistema. Entonces, dicho sistema serviría únicamente de oropel”.²⁰

En el caso concreto de México, derivado del expediente varios 912/2010, mejor conocido como *Caso Radilla*,²¹ una de las consecuencias fue el reconocimiento expreso por parte de la SCJN a la obligatoriedad de las resoluciones dictadas por la Corte IDH respecto del Estado mexicano, el Poder Judicial de la Federación y la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación.²²

El razonamiento seguido por la SCJN se expresó en los párrafos 14-19 de la resolución de la siguiente manera:

- a) Reconoció la sujeción del Estado mexicano a la jurisdicción de la Corte IDH;
- b) Determinó que, con base en lo anterior, las sentencias dictadas por esa instancia constituyen cosa juzgada y, finalmente, señaló:
- c) Que la SCJN, aun cuando tenga el carácter de tribunal constitucional, “no puede evaluar este litigio ni cuestionar la competencia de la Corte IDH, sino sólo limitarse a su cumplimiento en la parte que le corresponde y en sus términos”.

La SCJN concluyó: “Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional (la Corte IDH) cuya jurisdicción ha sido aceptada por el Estado mexicano, son obligatorias para todos los órganos del mismo en sus respectivas competencias, al haber figurado como Estado parte en un litigio concreto”, pues dichas sentencias se emiten a partir del consentimiento soberano, expresado con absoluta libertad por la nuestra, como una nación independiente.

²⁰ Carpizo, Jorge, “La Constitución mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. III, 2012, p. 838.

²¹ Rosendo Radilla fue un luchador social guerrerense desaparecido en la década de los años setenta del siglo XX, hecho que propició una condena al Estado mexicano por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que significó un partaguas en el sistema de impartición de justicia de nuestro país, donde todos los jueces, en acatamiento de las obligaciones que nos comprometen en el sistema interamericano, deberán hacer valer los derechos humanos de todas las personas en el ámbito de las respectivas competencias.

²² Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, “Primeras implicaciones del *Caso Radilla*”, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 26, junio-diciembre de 2012, pp. 31-63.

Se debe decir y reconocer que muchas veces, más allá de la buena disposición que pueda tener el Estado, el cumplimiento de las resoluciones de la Corte IDH resulta una tarea difícil, ya que no siempre se cuenta con los mecanismos jurídicos internos que faciliten el cumplimiento íntegro de las sentencias dictadas en su contra. No obstante, con normatividad o sin ella, el Estado condenado por una sentencia de la Corte IDH debe proceder a su ejecución actuando en consecuencia con sus obligaciones internacionales.²³

De lo anterior resulta que al ser vinculatorias las sentencias de la Corte IDH para los Estados que reconocen su competencia, es necesario que emitan disposiciones internas para cumplir con las obligaciones que les son impuestas. En el caso específico de nuestro país, el maestro Héctor Fix-Zamudio ha señalado que se debe expedir, en breve plazo, la ley reglamentaria que establezca los procedimientos necesarios para el pronto cumplimiento de las resoluciones de los organismos internacionales reconocidos por el Estado mexicano, ante el evidente desconcierto que han producido los recientes fallos de la Corte IDH, ya que varios de ellos no se han cumplido en su integridad debido a que no existe la legislación que establezca con precisión la forma de ejecutarlos.²⁴

Un avance se dio con la expedición de la Ley General de Víctimas, que incorpora en el sistema jurídico mexicano el concepto de “justicia restaurativa o integral”, al disponer en su artículo 1o. que “La reparación integral comprende las medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición, en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica”.²⁵ Esta disposición está de acuerdo con el artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que hace referencia a que cuando la Corte IDH decida que se violaron derechos o libertades previstos en la Convención, se restituirá al lesionado en el goce de sus derechos o libertades conculcadas, incluyendo restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición.²⁶

²³ Cfr. Martínez Valero, Dora Alicia, “Experiencia mexicana en la ejecución y cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Corzo Sosa, Edgar *et al.* (coords.), *op. cit.*, p. 376.

²⁴ Fix-Zamudio, Héctor, “La necesidad de expedir leyes nacionales...”, *cit.*

²⁵ Se entienden como tal las medidas de reparación (indemnización), de satisfacción (reconocimiento de responsabilidad, disculpa pública, publicidad de la sentencia) y de no repetición (evitar que los hechos se vuelvan a repetir).

²⁶ Corte IDH, *Caso Cantoral Benavides vs Perú*, reparaciones y costas, resolución del 3 de diciembre de 2001, serie C, núm. 88, párrs. 79-81.

V. OBLIGATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

La jurisprudencia la Corte IDH es obligatoria para los Estados que reconocen su competencia contenciosa, porque es la interpretación de última instancia de la Convención Americana. La Corte está creando un *ius commune* de protección de los derechos humanos en América Latina y el Caribe, al establecer criterios generales de interpretación de la Convención Americana que deben respetar todas las autoridades de los países correspondientes.²⁷ A lo largo de más de treinta años de labor, la Corte IDH ha desarrollado una jurisprudencia que se integra por más de cuarenta conceptos en materia de derechos humanos, que al combinarse llegan a sumar más de cien mil relaciones, teniendo como consecuencia que la dimensión y el marco protector de los derechos humanos se haya expandido en forma notable.²⁸

En relación con los efectos de las sentencias de la Corte IDH y su relación con los tribunales de los Estados parte de la Convención Americana, se pueden distinguir entre los efectos en los que han sido parte en un caso de que haya conocido la Corte, y los efectos respecto de los Estados que no hayan sido parte en el respectivo caso. En el primer supuesto, de acuerdo con el artículo 68.1 de la Convención, se puede concluir que sí están obligados a cumplir con la correspondiente decisión de la Corte IDH.

En la segunda hipótesis, señala Serna de la Garza, estamos ante el supuesto del llamado efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte: los tribunales nacionales de los Estados que no fueron parte en un caso concreto, del cual derivó una sentencia en la que la Corte IDH ¿están obligados a aplicar el criterio de la Corte IDH en la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales previstos en sus respectivas Constituciones nacionales?²⁹

Existe una posición que considera que sí hay obligación en este sentido. En apoyo de esta idea se invoca el derecho internacional, y en particular los principios de *pacta sunt servanda* y cumplimiento de buena fe de los compromisos internacionales. Esta es una postura que ha ido construyendo la Corte IDH.³⁰

²⁷ Cfr. Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 839.

²⁸ Cfr. Silva Meza, Juan, “Mensaje pronunciado en la ceremonia inaugural del 48 periodo extraordinario de sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 7 de octubre de 2013.

²⁹ Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 246.

³⁰ Corte IDH, *Casos Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, sentencia del 21 de junio de 2002, serie C, núm. 94, párr. 112; *Caso Cantos vs. Argentina*, sentencia del 28

Por su parte, varios tribunales constitucionales de Latinoamérica consideran que las sentencias, en general, y las de la jurisdicción constitucional en particular, deben tomar en cuenta los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales, así como la interpretación de esos derechos desarrollada en las sentencias de la Corte IDH.

En México, un primer criterio de la SCJN resolvió que son criterios vinculantes de la Corte IDH los derivados de las sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y son criterios orientadores la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado mexicano no haya sido parte.³¹ Con ello se refrenda la tendencia que venían adoptando los tribunales colegiados de circuito.

Sin embargo, el 3 de septiembre de 2013, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, la SCJN también resolvió que toda la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para México con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, siempre y cuando su aplicación resulte más protectora de los derechos de las personas, de conformidad con el artículo 1o. constitucional, lo cual constituye un gran avance.

Es importante mencionar que en cumplimiento de este mandato, los juzgadores deben atender a lo siguiente: *a)* cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; *b)* en todos los casos en que sea posible debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional, y *c)* de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorable para la protección de los derechos humanos de las personas.

VI. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La SCJN resolvió que todos los juzgadores, con independencia de su materia y de su jurisdicción, están obligados a verificar, en los asuntos que conozcan, que las leyes que aplican se ajusten a la Constitución federal y a los tratados internacionales firmados por México sobre derechos humanos, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se

de noviembre de 2002, párr. 59; *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, sentencia del 26 de septiembre de 2006, párr. 124.

³¹ Tesis LXVIII/2011, "PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS", SCJN, Varios 912/2011, 14 de julio de 2011.

trate; es decir, todos los juzgadores están obligados a realizar un control de convencionalidad dentro de un modelo de control difuso de constitucionalidad, con la finalidad de no aplicar normas o actos que contravengan tanto la Constitución como los tratados internacionales.³²

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los jueces, como parte del aparato estatal, deben velar por que sus disposiciones no se vean limitadas por disposiciones internas que sean contrarias a su objeto y fin. Por tal razón, el parámetro de análisis del control de convencionalidad *ex officio* que deben realizar los jueces en materia de derechos humanos se integra de la siguiente manera: *a)* todos los derechos humanos contenidos en la Constitución federal, así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; *b)* todos los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte; *c)* los criterios de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte IDH, cuando el Estado mexicano haya sido o no parte.³³ Sin embargo, con el reciente criterio de la SCJN tendría que ajustar ese control al hecho de que no haya una restricción al ejercicio del derecho de que se trate en la Constitución.

En ese sentido, el alto tribunal resolvió que los jueces de todo el país podrán dejar de aplicar al caso concreto las normas que resulten contrarias a la Constitución federal o los tratados internacionales, sin que ello implique una declaración de inconstitucionalidad, que sigue reservada a la justicia federal a través de las vías directas de control, como son las acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto. Es decir, es un sistema concentrado en una parte y difuso en otra, circunstancia que permite que sean los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación, de los que conozca la SCJN para determinar cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional.³⁴

³² Tesis LXVII/2011, “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN UN MODELO DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD”, SCJN, Varios 912/2011, 14 de julio de 2011; Tesis LXVIII/2011, Pleno, Varios 912/2011, 14 de julio de 2011.

³³ Tesis LXVIII/2011, “PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD *EX OFFICIO* EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”, SCJN, Pleno, Varios 912/2011, 14 de julio de 2011. Sobre el tema de control difuso, 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 mexicano*, México, UNAM-Colegio Nacional, 2010, pp. 151-188.

³⁴ Tesis LXX/2011, “SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO”, SCJN, Pleno, Varios 912/2011, 14 de julio de 2011.

La Corte Interamericana adoptó por primera vez la idea del control de convencionalidad en la sentencia del *Caso Almonacid Arellano y otros*. El concepto de control de convencionalidad es un ingrediente muy importante en la jurisprudencia de la Corte IDH. En más de veinte casos, la Corte se ha pronunciado sobre distintos aspectos del control de convencionalidad y ha tocado este tema en decisiones que atañen a más de la mitad de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Respecto al control de convencionalidad, ha hecho referencia el juez Diego García Sayán, presidente del Corte IDH, indicando que

Es muy importante que los jueces nacionales adquieran un protagonismo particular en el Control de la convencionalidad, porque eso le da un ingrediente de derecho interamericano a las decisiones jurisdiccionales nacionales de enorme relevancia. Sin embargo, además de promover este tipo de valores y de conceptos, se debe llamar a la cautela, porque este es un tema de enorme complejidad, a través del cual la propia jurisprudencia de la Corte IDH ha sido cuidadosa al señalar que: “Los jueces y los 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, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”.³⁵

VII. REFLEXIONES FINALES

De conformidad con la reforma constitucional del 1o. de junio de 2011 en derechos humanos, los tratados internacionales que reconocen derechos humanos pueden ser utilizados para completar la perspectiva del elenco de derechos establecidos en la Constitución, con la posibilidad de integrar un “bloque de constitucionalidad”.

También resulta importante este aspecto de la reforma, en virtud de que el bloque de constitucionalidad se debe observar por todos los sujetos pasivos de los derechos humanos, como son las autoridades y funcionarios administrativos, los legisladores, los jueces y los titulares de los órganos constitucionales autónomos de los tres órdenes de gobierno.

Se ha avanzado en el reconocimiento de la consecuencia que tienen las sentencias que emite la Corte IDH, en su fuerza vinculante para los Estados en los que la Convención Americana se encuentra vigente y que han

³⁵ García-Sayán, Diego, “Mensaje dirigido en la ceremonia inaugural del 48 periodo extraordinario de sesiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 7 de octubre de 2013.

reconocido la competencia de dicho tribunal. Al ser vinculatorias las sentencias de la Corte IDH para los Estados que reconocen su competencia, se hace necesario que se emitan disposiciones internas para cumplir con las obligaciones que les son impuestas. Como ha señalado el maestro Héctor Fix-Zamudio, se debe expedir la ley reglamentaria correspondiente que establezca los procedimientos necesarios para el pronto cumplimiento de las resoluciones de los organismos internacionales, ya que muchas veces no se cumplen debido a que no existe la legislación que establezca con precisión la forma de ejecutarlas.

La jurisprudencia que deriva de la función contenciosa de la Corte IDH establece criterios, estándares y tendencias interpretativas de gran calado en materia de derechos humanos. Los criterios jurisprudenciales resultan importantes para los Estados nacionales que reconocieron la competencia contenciosa de dicha Corte, razón por lo que los tribunales domésticos deben tenerlos siempre presente en la resolución de los casos que se someten a su conocimiento.

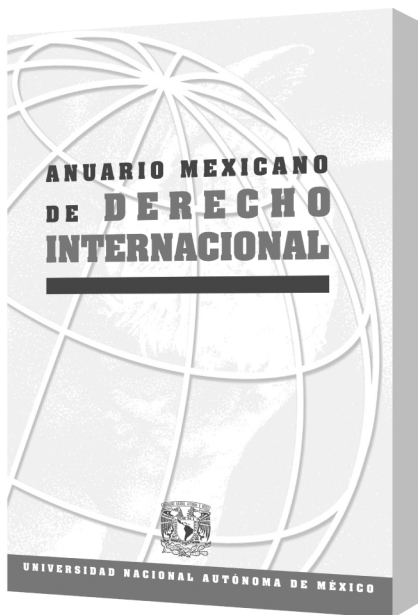
De acuerdo con el principio *pro persona*, contemplado en diversos tratados internacionales y en la legislación interna de los Estados, todos los jueces están obligados a aplicar la norma más favorable en la protección de los derechos, ya pertenezca al orden jurídico interno o al externo. Además, todas las autoridades, particularmente los jueces, deben realizar una interpretación “conforme”, que implica verificar que la norma de derechos humanos que vayan a aplicar esté no solo de acuerdo con la Constitución, sino también con los tratados internacionales, y deben considerar incluso los criterios jurisprudenciales que los órganos jurisdiccionales internacionales han establecido.

Aplicar los tratados internacionales, así como la jurisprudencia internacional, implica la necesidad de que los jueces tengan un sólido conocimiento del derecho internacional. Además, deben saber aplicar las reglas específicas para la interpretación de los tratados (como las contempladas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969), que les dé la solidez para decidir con base en dichas normas internacionales; a su vez, deben saber identificar cuándo se está frente a un criterio o jurisprudencia internacional, cómo invocarlo y utilizarlo.

De acuerdo con el punto anterior, se deben continuar organizando cursos de capacitación para que todos sus jueces y magistrados conozcan los alcances de los principios de convencionalidad, *pro persona* e interpretación conforme, con el propósito de incidir en su culturización, de manera que se logre el objetivo de influir de manera positiva en la eficacia de los derechos

humanos. En esta tarea es fundamental la labor de las facultades de derecho de las universidades e instituciones de educación superior, a través de acciones educativas, de investigación y de promoción de los derechos humanos, en cumplimiento de uno de sus fines, que es participar en la solución de los problemas nacionales.

ANUARIO MEXICANO DE DERECHO INTERNACIONAL



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

SÍGUENOS EN



<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoInternacional/>



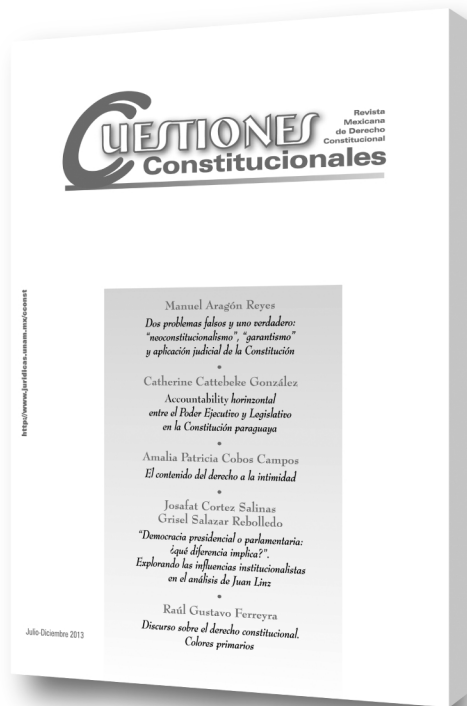
www.juridicas.unam.mx / www.biblio.juridicas.unam.mx

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Coordinación de Distribución, Promoción y Fomento Editorial
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación
en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México,
D. F., teléfonos: 5622-7474 ext. 1704 Fax 5665-2193
Correo: distijj@unam.mx

CUESTIONES Constitucionales

Revista
Mexicana
de Derecho
Constitucional



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

SIGUENOS EN



<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/CuestionesConstitucionales/>



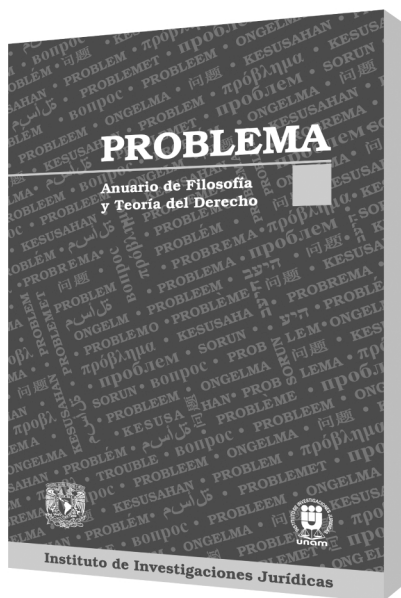
www.juridicas.unam.mx/ www.biblio.juridicas.unam.mx
Instituto de Investigaciones Jurídicas

Coordinación de Distribución, Promoción y Fomento Editorial
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación
en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México,
D. F., teléfonos: 5622-7474 ext. 1704 Fax 5665-2193
Correo: distij@unam.mx



PROBLEMA

**Anuario de Filosofía
y Teoría del Derecho**



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

SÍGUENOS EN



<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/FilosofiaDerecho/>



www.juridicas.unam.mx / www.biblio.juridicas.unam.mx

Instituto de Investigaciones Jurídicas

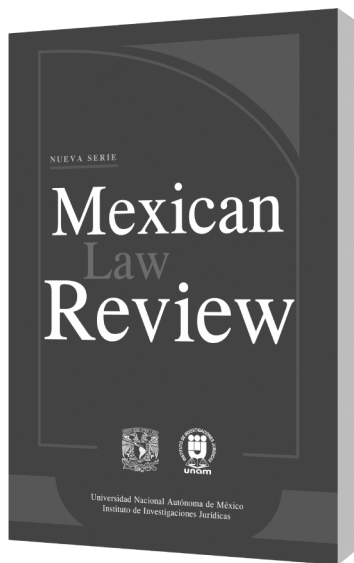
Coordinación de Distribución, Promoción y Fomento Editorial
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación
en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México,

D. F., teléfonos: 5622-7474 ext. 1704 Fax 5665-2193

Correo: distiij@unam.mx

NEW SERIES

...Mexican Law Review...



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

SÍGUENOS EN



<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/MexicanLawReview/>

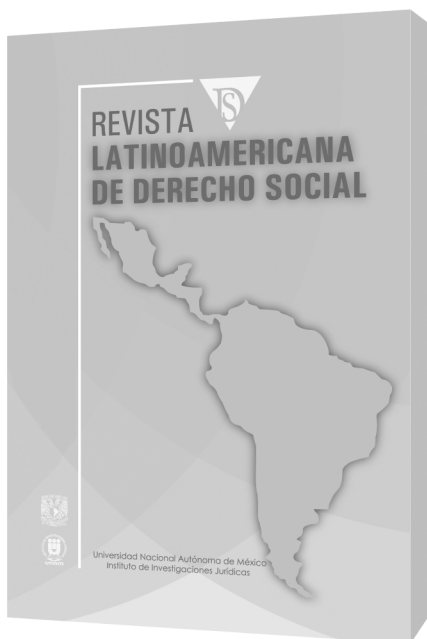


www.juridicas.unam.mx/www.biblio.juridicas.unam.mx

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Coordinación de Distribución, Promoción y Fomento Editorial
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación
en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México,
D. F., teléfonos: 5622-7474 ext. 1704 Fax 56 65 21 93
Correo: distij@unam.mx

••• REVISTA LATINOAMERICANA DE DERECHO SOCIAL



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

SÍGUENOS EN



<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/DerechoSocial/>



www.juridicas.unam.mx/www.biblio.juridicas.unam.mx

Instituto de Investigaciones Jurídicas

Coordinación de Distribución, Promoción y Fomento Editorial
Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación
en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México,
D. F., teléfonos: 5622-7474 ext. 1704 Fax 56 65 21 93
Correo: distij@unam.mx.

Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Derechos humanos. Tomo V volumen 1, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 23 de junio de 2015 en Impresos Vacha, S. A. de C. V., Juan Hernández y Dávalos 47, colonia Algarín, delegación Cuauhtémoc, 06880 México, D. F., tel. 5519 1938. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 cm. de 50 kilos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros; consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).