

El juez del Estado constitucional de derecho y el sistema interamericano de derechos humanos

*Bernardo José Toro Vera**

En homenaje a los doctores Héctor Fix-Zamudio, Sergio García Ramírez y Jorge Carpizo MacGregor (in memoriam), mexicanos ilustres y pioneros en el derecho procesal constitucional, el control de convencionalidad y el *ius constitutionale commune latinoamericanum*, respectivamente.

I. Desarrollo primigenio del derecho internacional de los derechos humanos

No cabe duda que uno de los elementos más paradigmáticos en las últimas siete décadas ha sido el de la protección jurídica de los derechos humanos, la cual ha ido consolidando el derecho internacional de los derechos humanos. Dada la catástrofe que supuso la Segunda Guerra Mundial y las lamentables sucesiones que se dieron en la misma de masivas violaciones de derechos humanos, estas parecieron dar claridad meridiana a la comunidad internacional sobre la necesidad de establecer un mayor énfasis en la protección de los derechos humanos desde la plataforma del emergente sistema internacional –que supuso el nacimiento de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante la ONU)– sobre

* Chileno (Valparaíso, 1975). Abogado. Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Diplomado en Formación al Sistema Interamericano.

todo cuando el párrafo segundo de la Carta de San Francisco¹ estableció su resolución de “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”, dando paso al desarrollo de lo que ahora conocemos como derecho internacional de los derechos humanos (en adelante el DIDH)². Esto se reforzaría con todo el proceso que gatilla tanto la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre como la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante la DUDH)³, ambas ya septuagenarias; con la posterior elaboración de los documentos internacionales en la materia, tanto de *soft law* como de *hard law*; y con el *ius cogens* en materia de derechos humanos desarrollado desde la sanción a los criminales de guerra alemanes y japoneses, y la definición de los delitos de lesa humanidad⁴.

-
- 1 Aprobada por unanimidad el 25 de junio de 1945 y en vigor desde el 24 de octubre del mismo año, cuando es ratificada de conformidad a lo dispuesto en su artículo 110. Véase Diario La Nación. *50 años de las Naciones Unidas, suplemento especial*. Santiago de Chile, 1995, p. 7.
 - 2 Para un desarrollo del papel específico de la ONU en materia de derechos humanos a través de sus diversos organismos, véase Kennedy, Paul. *El Parlamento de la Humanidad. La historia de las Naciones Unidas*, Debate-Random House Mondadori, México, 2008, p. 235.
 - 3 Quizá dos de los mejores insumos editoriales para ver el proceso de elaboración, se pueden encontrar en UNESCO-Fondo de Cultura Económica. *Los Derechos del Hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva Declaración Universal*, México, 1949, realizados a partir del curso de la encuesta llevada a cabo por la UNESCO a diversas personalidades e intelectuales de la época acerca de los fundamentos filosóficos de los derechos del hombre; y en Glendon, Mary Ann. *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Fondo de Cultura Económica, México, 2011, texto en el que –a partir de la figura de Eleonor Roosevelt– se examina todo el proceso de elaboración de la DUDH.
 - 4 Un buen análisis del tema en Arrau Corominas, Fernando. *Los crímenes de lesa humanidad: el jus cogens y las obligaciones erga omnes, la jurisdicción universal y la imprescriptibilidad*, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Valparaíso,

Para fines del siglo pasado –con la conclusión de la Guerra Fría, la aprobación del Estatuto de Roma y la consecuente instalación de la Corte Penal Internacional (en adelante la CPI)– parecía que el DIDH iba a ser la pauta esencial en las relaciones internacionales, más allá de los conflictos nacionalistas surgidos con el fin del imperio soviético –como en el caso de los Balcanes– que sugerían tibiamente amenazas al precario equilibrio geopolítico suscitado con la *pax estadounidense*. Este entusiasmo parecía tener un signo de vitalidad y reactualización, en paralelo, con el punto de inflexión en materia penal internacional que implicó el llamado caso Pinochet cuando órganos jurisdiccionales europeos –españoles y británicos– detuvieron al ex dictador chileno⁵; por primera vez, en el DIDH parecía haber un correlato plenamente aceptado por el derecho interno, al admitir la jurisdicción universal de los derechos humanos.

II. Proceso de constitucionalización de los derechos humanos

El proceso de internalización de los derechos humanos en el derecho interno –vía su constitucionalización expresa– o del reconocimiento constitucional de los instrumentos internacionales en la materia, tuvo un claro establecimiento de simbiosis entre el derecho constitucional y el derecho internacional público; se trata de aquellas viejas líneas paralelas que nunca convergían, parafraseando al primer Kelsen, y que ahora se entrecruzaban

2005. También véase Besné Mañero, Rosario. *El crimen internacional, nuevos aspectos de la responsabilidad internacional de los Estados*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.

5 Para una relación del proceso, aun desde los rípios propios de una investigación con énfasis periodístico, véase Diario La Nación. *Historia de un proceso. Documento Especial*, Santiago de Chile, agosto de 2000.

en un período verdaderamente interesante en el derecho público y –por antonomasia– para el derecho constitucional. Con claridad se ha mencionado que estamos ante lo que vendría a ser una tercera fase de constitucionalización de los derechos humanos, de internacionalización de los mismos, a partir de la incorporación al derecho constitucional interno de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos⁶.

La primera fase se caracterizó por el proceso de inserción de los derechos humanos en los textos constitucionales –a partir del proceso de codificación de fines del siglo XVIII– y el desarrollo de las llamadas “generaciones” de derechos humanos; mientras, la segunda etapa se da con la internacionalización de la constitucionalización de los derechos humanos a partir de las referidas declaraciones americana y universal de derechos humanos. La actual fase pareciera singularizarse en trascender aquel clásico y cerrado concepto de “soberanía nacional”, a partir solo de entenderlo como elemento de aislamiento del Estado frente a la comunidad internacional⁷, dando paso a la interrelación mayor

6 Brewer Carías, Allan R. “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Estudio de Derecho constitucional comparado latinoamericano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, julio-diciembre de 2008, México, p. 42.

7 Bien nos aclara Bogdandy que podemos establecer tres acepciones de soberanía, en los siguientes términos: “La soberanía, entendida como soberanía *estatal*, es el fundamento del poder del Estado para crear normas jurídicas y hacerlas respetar por todos. La soberanía, entendida como soberanía *popular*, justifica ese poder ya que se basa en el principio democrático. La soberanía, entendida como soberanía *internacional* protege lo antes descrito como un ‘escudo’ y fundamenta la validez del derecho internacional público de la misma manera en la cual fundamenta la validez del derecho del Estado: a partir de la voluntad del Estado” (énfasis en el original). Bogdandy, Armin von. “Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual desde una perspectiva europea”, en González Pérez, Luis y Valadés, Diego (coords.). *El Constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2013, pp. 45 y 46.

entre derecho internacional y derecho interno cuya manifestación más clara se da con en el principio de complementariedad, al darse competencia concurrente –*concurrent jurisdictions*– en la jurisdicción universal de derechos humanos; ejemplo de ello son los artículos 8 del Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda, 9 del Estatuto del Tribunal Internacional para la exYugoslavia, y 13 y 17 del Estatuto de Roma de la CPI.

Sin embargo, el actual panorama caracterizado por el cambio jurídico mundial que implicó la reacción estadounidense ante el llamado “11-S” de 2001, los efectos de la globalización en su faceta económica neoliberal⁸, los cuestionamientos y posterior reforma de la Comisión –actual Consejo– de Derechos Humanos de la ONU⁹ y los conflictos desatado en Medio Oriente –con especial resonancia del caso Siria– y en Asia Pacífico con principal foco en Corea del Norte, además de los lamentables signos mostrados por la administración estadounidense del presidente Donald Trump, parecieron marcar un retroceso en todo el avance ya señalado anteriormente. Antes se entendía que una nueva visión se entronizaba en las políticas públicas, considerando al DIDH como eje central en la toma de decisiones no solo a nivel internacional sino también interno, consolidando de una vez el derecho internacional contemporáneo que superaba el “westfaliano” tótem de que únicamente los Estados podrían ser considerados como sujetos de derecho, a partir de la ficción llamada “igualdad soberana”.

8 Sus articulaciones discursivas hegemónicas parecieron romperse desde la crisis económica de 2008, a partir del estallido de la “burbuja Madoff”.

9 Para una comprensión mayor de dicho proceso así como de las reformas pendientes, véase Short, Katherine. “De la Comisión al Consejo: ¿Las Naciones Unidas han logrado crear un órgano de derechos humanos confiable?”, *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 6, núm. 9, Sao Paulo, 2008, pp. 168 a 197.

III. El rol del juez constitucional en el paso del Estado legalista al Estado constitucional de derecho

Un punto que cabe destacar, de suyo, es el papel asumido por el juez constitucional, cuando aplica el control de constitucionalidad en sede interna. Esto ha implicado toda una transición que ha pasado, con clara relación a la evolución del Estado, de su etapa liberal al actual Estado constitucional de derecho. En esta mutación, el papel del jurista ha tenido igualmente diversos grados evolutivos, en el marco del contemporáneo Estado de derecho.

Una primera es la dada por el Estado legalista de derecho, que Luigi Ferrajoli ha referido de la siguiente forma:

El Estado de derecho moderno nace, con la forma del Estado legislativo de Derecho, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad como criterio exclusivo de identificación del Derecho válido y antes aún existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido “puesta” por una autoridad dotada de competencia normativa¹⁰.

La faceta interpretativa del juzgador y del jurista en general, entonces, se enmarca dentro de lo que Josep Aguiló Regla ha caracterizado como los “lugares comunes” en este tipo de Estado (legalista) de derecho: el miedo a la pérdida de la neutralidad valorativa (o sea, dejar la actitud meramente cognitiva, limitándose a conocer y no razonar la norma jurídica aplicable al

10 Ferrajoli, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”, en Carbonell, Miguel (edit.). *Neoconstitucionalismo(s)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Trotta-UNAM, Madrid, 2003, p. 16.

caso respectivo), el miedo al subjetivismo (no hay un juicio ético, dado que se podría perder la respectiva objetividad), el miedo a la imposición de la moral como consecuencia de abrazar al relativismo (el juez como sujeto desprovisto de una interpretación basada en principios subyacentes a la norma jurídica) y el miedo a los “claroscuros” (la subsunción como regla de interpretación jurídica, de carácter binaria, fuera de toda valoración ética)¹¹.

De esta primera fase, de inicio y consolidación del Estado de derecho, pasamos a una actual etapa cuya característica esencial es la de una revaloración de los principios subyacentes a las normas constitucionales, desde una base epistemológica esencial del derecho constitucional actual¹²: el neoconstitucionalismo. Básicamente, destacaremos a este como una corriente de interpretación y aplicación del propio derecho constitucional –y, por su extensión, del derecho mismo– que nace a fines de la década de 1990¹³ y que tiene su origen normativo jurídico

11 Aguiló Regla, Josep. “Ética judicial y Estado de Derecho”, en García Pascual, María Cristina (coord.). *El Buen Jurista. Deontología del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 71 a 76.

12 En este sentido, el derecho constitucional en su acepción más amplia –tal como lo indicase en su momento el jurista mexicano Jorge Carpizo– “se identifica con el propio orden jurídico: es decir, la totalidad de ese Derecho, ya que la base y los principios generales y fundamentales de las otras disciplinas jurídicas se encuentran en él. El Derecho constitucional indica los procedimientos de creación, modificación y abrogación de todas las normas de ese orden jurídico”. Carpizo, Jorge. “Derecho constitucional”, en Carbonell, Miguel (coord.). *Diccionario de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa-UNAM, México, 2002, p. 145.

13 Indica Susanna Pozzolo, una de las creadoras del mismo, que el término neoconstitucionalismo “fue utilizado por primera vez en una comunicación durante el XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social celebrado en Buenos Aires el año de 1997”. Pozzolo, Susanna. “Apuntes sobre neoconstitucionalismo”, en Fabra Zamora, Jorge Luis y Núñez Vaquero, Álvaro (coords.). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. I, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2015, p. 363.

en el Estado de bienestar europeo, surgido de la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial –especialmente en los textos constitucionales de Alemania, Italia, Francia, Portugal y España)¹⁴; y, como ha entendido Luis Prieto Sanchís, “alude tanto a un modelo de organización jurídico política o de Estado de Derecho, como al tipo de teoría del Derecho requerida para explicar dicho modelo, e incluso cabría hablar de una tercera acepción, el neoconstitucionalismo como ideología, para referirse a la filosofía política que justifica la fórmula del Estado constitucional de Derecho”¹⁵.

De tal forma, de la actual formulación del constitucionalismo surge el llamado Estado constitucional de derecho bajo el axioma de constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. Volviendo a Ferrajoli, podemos caracterizar a este Estado constitucional de derecho a través de cuatro manifestaciones: un nuevo parámetro de validez de las normas jurídicas, tanto desde su producción formal como de la coherencia de su contenido con los principios constitucionales; una visión epistemológica de la ciencia jurídica, tanto en su rol explicativo como en el crítico y en el proyectivo de sus propios objetivos; la aplicación, vía jurisdiccional, de

14 Como indica Miguel Carbonell, “[s]e trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, si no [sic] que contienen altos niveles de normas ‘materiales’ o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas Constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos muy renovado, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos”. Carbonell, Miguel. “Neoconstitucionalismo”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y otros (coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 2a. ed., Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2014, p. 950.

15 Prieto Sanchís, Luis. “Neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (coord.). *Diccionario de Derecho Constitucional...*, p. 420.

las diversas normas jurídicas desde el reconocimiento de su validez y, en consecuencia, de su constitucionalidad a partir de la identificación de las antinomias y lagunas, y su superación mediante la aplicación de las garantías constitucionales existentes; y, finalmente, una

subordinación de la ley a los principios constitucionales [que] equivale a introducir una dimensión sustancial, no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa. Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes que –como la experiencia enseña– podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático.

Al mismo tiempo, el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el estado de derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanzan con él su forma última y más desarrollada: por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivación no sólo ya del ser del derecho, es decir de sus condiciones de “existencia”, sino también de su deber ser, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de “validez”¹⁶.

En esta variante constitucional, también retomando a Aguiló Regla, el jurista/juzgador aplica la norma jurídica al caso concreto desde las siguientes premisas: el prejuicio de la neutralidad valorativa, en que el caso se resuelva aplicando tanto las normas

16 Ferrajoli, Luigi. “Pasado y futuro del Estado de Derecho”..., 2003, p. 19.

jurídicas correspondientes como los principios subyacentes a los derechos que emergen de las mismas, haciendo el juicio de ponderación del que nos habla Robert Alexy; el prejuicio del subjetivismo, en donde la imparcialidad del juzgador no se pierde con las propias valoraciones éticas que hace este de la decisión a tomar, basada en los principios subyacentes a las normas jurídicas; el prejuicio del relativismo, en donde el juez asume una responsabilidad moral desde su propia toma de decisiones en el caso concreto; y el prejuicio de los claroscuros, en donde el juez no se pierde ni justifica en el ritualismo del juez del Estado legalista para efectuar sus propias observaciones valorativas en la conducción del resultado final¹⁷.

Desde el carácter meramente formalista y avalorativo que inculcara Hans Kelsen a inicios del siglo XX, el propio impulso de las circunstancias sociohistóricas y jurídicas ha dado pie a una formulación más crítica de la aplicación normativa. Este tipo de interpretación se ve mayormente forzado, toda vez que nos encontramos en un momento en donde los propios ciudadanos exigen a las autoridades públicas y privadas –con especial preeminencia a las jurisdiccionales– el cumplimiento y la justiciabilidad de sus derechos, en el más amplio marco de estos.

Pertinente a este respecto es transcribir lo que Miguel Suárez Romero y Napoleón Conde Gaxiola han manifestado de este tránsito en la actividad argumentativa jurídica:

A diferencia de lo que afirmaban las corrientes logicistas de la aplicación e interpretación del Derecho, en donde el proceso racional de justificación de la decisión jurídica era monológico, tal como expresó en su momento la Escuela de la Exégesis y la Jurisprudencia de Conceptos; las actuales teorías de la Argumentación Jurídica vienen a defender la idea de

17 Aguiló Regla, Josep. “Ética judicial y Estado de Derecho”..., pp. 80 y 81.

que es posible hablar en términos de “racionalidad práctica” de la decisión jurídica, la cual se va a construir a través de un procedimiento que en forma dialógica (discursiva) logre un determinado consenso.

En otras palabras, las corrientes que explican la Argumentación Jurídica en nuestros días, afirman que toda decisión jurídica de la índole que esta sea debe venir respaldada por un aparato discursivo, en el que estén presentes el diálogo intersubjetivo y el consenso alcanzado bajo ciertas reglas de procedimiento. Es decir, los sujetos van a ser interlocutores del diálogo y partícipes del discurso que debe verificarse previo a toda decisión jurídica¹⁸.

María José Añón ha escrito, con especial relación al rol del jurista y del juzgador en el Estado constitucional de derecho, que

la constitución como texto está integrado básicamente por valores, principios, derechos fundamentales y directrices para los poderes públicos. Lo interesante o más característicos de este modelo es, como escribe Luis Prieto Sanchís, que la vocación de tales principios no es desplegar su eficacia a través de la ley, sino hacerlo de forma directa e independiente, tanto por parte del legislador, cuanto por parte de los operadores jurídicos que tienen que fundamentar sus decisiones de acuerdo a tales principios. Las constituciones principialistas –como las denomina Gustavo Zagrebelsky– asumirían así la función de modelar el conjunto de la vida social. Los principios y valores constitucionales, por otra parte, no constituyen un todo coherente ni consistente, sino que sus enunciados y contenidos pueden superponerse y dar lugar a soluciones dispares. Esto es

18 Suárez Romero, Miguel Ángel y Conde Gaxiola, Napoleón. *Argumentación Jurídica. Cuaderno de trabajo*, Seminario de Filosofía de la Facultad de Derecho, UNAM, México, 2009, p. 10.

característico de este tipo de enunciados normativos, del modo de actuar de los principios¹⁹.

IV. La reforma constitucional mexicana en derechos humanos de 2011

En este contexto, la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011²⁰ implicó para México insertarse en un paradigma –necesario en estos momentos– del derecho internacional público, así como un punto de inflexión en materia nacional de protección. Pareciera fortalecerse la tendencia reciente latinoamericana de insertar constitucionalmente los diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, ya sea de manera supraconstitucional²¹ o con rango constitucional²², supralegal²³ y legal²⁴. Tras la inclusión de este país en el sistema de cláusulas abiertas –de acuerdo a las que expresamente se expone que la declaración o enunciación de los derechos contenidos en la norma constitucional no deben ser entendidas como excluyentes de otros no enumerados en dicho texto, como las contenidas en instrumentos jurídicos

19 Añón, María José. “Derechos fundamentales y Estado constitucional”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° 40, 2002, Valencia, p. 27.

20 *Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación del 10 de junio de 2011, pp. 2 a 5.

21 Artículos constitucionales respectivos: 93 (Colombia), 46 (Guatemala), 18 (Honduras) y 23 (Venezuela).

22 Artículos constitucionales respectivos: 3 y 424 (Ecuador), y 75.22 (Argentina).

23 Artículos constitucionales respectivos: 7 (Costa Rica), 144 (El Salvador) y 137 (Paraguay).

24 Artículos constitucionales respectivos: 55 (Perú) y 3 (República Dominicana).

internacionales– solo Cuba, Chile y Panamá quedan exceptuados de esta tendencia.

V. Control de convencionalidad

Así, aparecen con fuerza dos elementos que establecen clara profundización de este proceso de constitucionalización de los derechos humanos: el control de convencionalidad y el *ius constitutionale commune latinoamericanum*.

Es conceptualizado el control difuso de convencionalidad como la “competencia [de los jueces locales] para dejar de aplicar en los casos concretos sometidos a su jurisdicción, aquellas normas jurídicas que sean incompatibles con las normas jurídicas de jerarquía suprema en el respectivo Estado”²⁵.

Su historia se reconoce a partir del voto concurrente emitido por el eminente jurista mexicano Sergio García Ramírez en el caso Myrna Mack Chang contra Guatemala. Efectivamente, este señaló en el párrafo 27 de dicho voto lo siguiente: “No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte Internacional”.

Aquí vemos una clara analogía con el llamado “control de constitucionalidad”: si los órganos jurisdiccionales, en sede

25 Arenas Bátiz, Carlos Emilio. “Control difuso por juez local”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y otros (coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional ...*, p. 244.

interna, están encargados de velar por el cumplimiento del principio de supremacía constitucional –(por tanto, que todas las normas jurídicas no constitucionales se supediten a lo que señale el texto constitucional), el juez interamericano debe hacer el control de convencionalidad para verificar que los actos de los Estados parte del sistema interamericano de derechos humanos (en adelante SIDH) se ajusten a los parámetros establecidos, tanto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la CADH) como por el resto del *corpus* normativo interamericano e internacional en la materia.

Este proceso ha pasado por diversas etapas de comprensión sobre a quién le correspondía aplicar este control de convencionalidad en sede interna: 1º, solo el órgano de control constitucional (caso Almonacid Arellano contra Chile); 2º, cualquier órgano del Poder Judicial (caso Trabajadores cesados del Congreso contra Perú); 3º, toda autoridad judicial (caso Cabrera García y Montiel Flores contra México); y 4º, toda autoridad pública independiente si tiene alcance jurisdiccional o no (caso Gelman contra Uruguay).

La reforma constitucional en materia de derechos humanos en México de 2011, agrega al primer artículo constitucional –en su párrafo segundo– lo que se ha dado en llamar el control difuso de convencionalidad, en los siguientes términos: “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”.

Creo pertinente destacar una tesis aislada emitida en octubre de 2015 por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante la SCJN) mexicana cuando –en la resolución del Amparo directo en revisión 4927/2014– se especificó el

modo de aplicación de este tipo de control en su relación con el respectivo de constitucionalidad, lo que –como se puede observar a continuación– hace alusión directa a dos tópicos que constituyen el núcleo de este texto: el debido proceso y el acceso a la justicia.

CONTROL CONCENTRADO Y DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. SUS DIFERENCIAS.

De los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deriva que el control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad respecto de normas generales por vía de acción está depositado exclusivamente en los órganos del Poder Judicial de la Federación, quienes deciden en forma terminal y definitiva, por medio del análisis exhaustivo de los argumentos que los quejosos propongan en su demanda o en los casos en que proceda la suplencia de la queja, si una disposición es contraria o no a la Constitución Federal y a los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte. Por su parte, el control difuso que realizan las demás autoridades del país, en el ámbito de su competencia, se ejerce de manera oficiosa, si y sólo si, encuentran sustento para ello, respaldándose en el imperio del cual están investidas para juzgar conforme a la Constitución. Por tanto, el control ordinario que ejercen estas autoridades en su labor cotidiana, es decir, en su competencia específica, se construye a establecer la legalidad del asunto sometido a su consideración con base en los hechos, argumentaciones jurídicas, pruebas y alegatos propuestos por las partes, dando cumplimiento a los derechos fundamentales de audiencia, legalidad, debido proceso y acceso a la justicia. Es aquí donde el juzgador ordinario, al aplicar la norma, puede contrastar, de oficio, entre su contenido y los derechos humanos que reconoce el orden jurídico nacional (esto es, realizar el control difuso)

en ejercicio de una competencia genérica, sin que la reflexión que realiza el juez común, forme parte de la disputa entre actor y demandado. En ese sentido, la diferencia toral entre los medios de control concentrado y difuso estriba, esencialmente, en que en el primero es decisión del quejoso que el tema de inconstitucionalidad o inconvencionalidad de la ley forme parte de la litis, al plantearlo expresamente en su demanda de amparo; mientras que en el segundo, ese tema no integra la litis, que se limita a la materia de legalidad (competencia específica); no obstante, por razón de su función, por decisión propia y prescindiendo de todo argumento de las partes, el juzgador puede desaplicar la norma que a su criterio no sea acorde con la Constitución o con los tratados internacionales en materia de derechos humanos²⁶.

Esta tesis es manifiesta continuación de la ampliación en el criterio de interpretación del juzgador de los derechos humanos, bajo el parámetro de la jurisprudencia emitida por la Primera Sala de la SCJN, en la que se establece lo siguiente:

DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS TANTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. PARA DETERMINAR SU CONTENIDO Y ALCANCE DEBE ACUDIRSE A AMBAS FUENTES, FAVORECIENDO A LAS PERSONAS LA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA.

Acorde con lo sostenido por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.),* las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales y en la Constitución Política

26 “Tesis 1a. CCLXXXIX/2015 (10a.)”. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 23, Tomo II, octubre de 2015, México, p. 1,647.

de los Estados Unidos Mexicanos no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, ya que se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional. Por tanto, cuando un derecho humano esté reconocido tanto en la Constitución Federal, como en los tratados internacionales, debe acudir a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; en el entendido de que cuando exista en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional²⁷.

La innovación constitucional nacional pareciera dar argumentos para zanjar una polémica de larga data suscitada desde la reforma al artículo 133 constitucional de 1934²⁸, que trasladó del Congreso Federal a la Cámara de Senadores la aprobación de los “tratados” celebrados por el Estado mexicano, reforzando entonces el principio de supremacía constitucional²⁹. El exministro presidente de la SCJN, Juan Silva Meza, ha señalado que

la reforma supone un cambio de paradigma constitucional al prever que los derechos humanos sean “reconocidos” por el Estado en lugar de considerarse “otorgados” y al ordenar la interpretación “conforme” de las normas relacionadas

27 “Tesis: 1a./J. 29/2015 (10a.)”. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 17, Tomo I, abril de 2015, México, p. 240.

28 *Decreto que reforma los artículos 30, 37, 73, fracción XVI y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación del 18 de abril de 1934.

29 Sobre el tortuoso proceso de limitación del principio de soberanía constitucional señalado en el mencionado artículo 133, véase Patiño Manffer, Ruperto. “Algunos problemas derivados de la incorporación del Derecho internacional al Derecho nacional y la jerarquía de los tratados”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, Vol. 3, N° 5, México, 2007, pp. 1 a 19.

con los derechos humanos. Esto significa que el trabajo de interpretación de las normas que realicen todas las autoridades, en especial los Órganos Judiciales, deberá tomar en cuenta lo que prevea tanto la Constitución como los diversos tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte³⁰.

Ello parte por ratificar los principios elementales de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, de aplicación obligatoria para todas las autoridades conforme al actual párrafo tercero del primer artículo constitucional.

A su vez, es importante considerar la resolución de la SCJN de la Contradicción de Tesis 293/2011 de abril de 2014, donde estableció el llamado parámetro de regularidad en los siguientes términos:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se

30 Silva Meza, Juan. *Ministro Presidente, Informe Anual de Labores 2011*, Revista Compromiso, México, 2011, p. 10.

relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano³¹.

La reforzada importancia de las jurisdicciones nacionales e internacionales en su tarea de respeto, protección, cumplimiento y satisfacción de los derechos de las personas, grupos o Estados –en su caso– ha potenciado la relevancia del contenido de las decisiones jurisdiccionales como elementos activos de un derecho dinámico y en permanente evolución. No deja de ser interesante, en este sentido, la Opinión Consultiva OC-22/16 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –de febrero de 2016–

31 “Tesis: P./J. 20/2014 (10a.)” *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, Tomo I, abril de 2014, México, p. 202.

sobre la titularidad de derechos de las personas jurídicas en el SIDH, la cual señaló que acorde a lo dispuesto en el artículo 1.2 de la CADH –que considera persona a “todo ser humano”– “se desprende con claridad que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales”,³² excluyéndose de tal prohibición –por la naturaleza jurídica propia que poseen– las comunidades indígenas y tribales y las organizaciones sindicales³³. Esto deja tajante mensaje en cuanto a definir los derechos humanos –con su garantía y protección– centrados en las personas naturales, en el ser humano, lejos de ciertas tendencias que pretenden adecuarlos a intereses de los grandes centros empresariales bajo el rótulo que también son “personas” (morales), en un contexto donde las directrices de la globalización neoliberal pretende socavar los cimientos esenciales del Estado de derecho a partir del ejercicio soberano del poder estatal; este ejercicio se refuerza, parece, desde el discurso internacionalista de los derechos humanos.

La creciente importancia que han adquirido las jurisdicciones –nacionales e internacionales– para el respeto, la protección, el cumplimiento y la satisfacción de los derechos de los individuos, grupos o Estados –en su caso– ha potenciado la relevancia del contenido de las decisiones jurisdiccionales como elementos activos de un derecho dinámico y en permanente evolución. Además, el principio del derecho viviente y del *effet utile* en la interpretación de las normas³⁴ –en particular del derecho

32 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1.A y B del Protocolo de San Salvador*, Opinión Consultiva OC-22/16, 26 de febrero de 2016, Serie A, N° 22, párr. 70.

33 Cfr., *ibíd.*, párr. 71 a 105.

34 “En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los

internacional y de los derechos humanos, actualizados al momento de la adopción y pronunciamiento de la sentencia— confirman la importancia del examen de las decisiones judiciales. Esto tiene relevancia excepcional en la última década en el ámbito interamericano, respecto de casos paradigmáticos como la reapertura en Argentina de los juicios por crímenes de lesa humanidad cometidos durante el período 1976-1983, argumentando que “resulta violatorio de los derechos garantizados por la Convención [Americana de Derechos Humanos], y entendió que tales disposiciones son incompatibles con el Artículo 18 (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los Artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”³⁵; igualmente Chile, donde la Corte Suprema de Justicia ha dado fundamentos al respecto tanto en casos de violaciones de derechos humanos cometidos durante la dictadura de Pinochet (homicidio calificado

Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable [derecho a la vida], así como el deber de impedir que sus agentes, o particulares, atenten contra el mismo. El objeto y propósito de la Convención, como instrumento para la protección del ser humano, requiere que el derecho a la vida sea interpretado y aplicado de manera que sus salvaguardas sean prácticas y efectivas (*effet utile*)”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia* (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 1 de julio de 2006, Serie C No. 148, párr. 129; *Caso Baldeón García vs. Perú* (Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia del 6 de abril de 2006, Serie C No. 147, párr. 83; *Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago* (Excepciones Preliminares) sentencia del 1 de septiembre de 2001, Serie C No. 80, párr. 83; y *Cfr. Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú* (Competencia), sentencia de 24 de septiembre de 1999, Serie C No. 55, párr. 36.

35 Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc.*, Causa N° 17.768, decisión del 14 de junio de 2005, cdo. 22. Véase, Guembe, María José. “La reapertura de los juicios por los crímenes de la dictadura militar argentina”, *Sur, Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 2, N° 3, Sao Paulo, 2005, pp. 120 a 137.

de Fernando Vergara Vargas³⁶, Liquiñe³⁷ y Caravana de la muerte “Episodio San Javier”³⁸), así como en el sonado proceso de extradición pasiva del llamado caso Fujimori³⁹, tomando como base lo dispuesto en el artículos 27 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante la Convención de Viena) de 1969⁴⁰.

En cuanto a México, es importante la reforma al actual párrafo 2º del primer artículo constitucional; esta tiene una trascendencia que ha dejado claro el referido expresidente de la SCJN, al afirmar que ahora “la totalidad de intérpretes constitucionales tienen la obligación de realizar el llamado control de convencionalidad de cara al marco normativo de origen internacional en derechos humanos”⁴¹. Tan así, que se ha tomado como elemento de inicio de la actual “décima época” de la SCJN, que “se origina con motivo de la publicación de dos reformas constitucionales trascendentales: una en materia del Juicio de Amparo y la otra

36 Corte Suprema de Justicia. *Caso sobre el homicidio calificado de Fernando Vergara Vargas*, Rol N° 6308-2007, sentencia del 8 de septiembre de 2008, cdo. 19º.

37 Corte Suprema de Justicia, *Caso sobre el secuestro calificado denominado Episodio Liquiñe*, Rol N° 4662-2007, sentencia del 25 de septiembre de 2008, cdo. 42º.

38 Corte Suprema de Justicia. *Caso sobre el homicidio calificado en el denominado caso Caravana de la muerte “Episodio San Javier”*, Rol N° 4723-07, sentencia del 15 de octubre de 2008, cdo. 9º.

39 Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. *Caso sobre la extradición pasiva de Alberto Fujimori Fujimori*, Rol N° 3744-07, sentencia del 21 de septiembre de 2007, cdo. 12º.

40 Véase Aguilar Cavallo, Gonzalo. “La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: un proceso esperanzador”, *Estudios Constitucionales*, año 7, N° 1, Talca, 2009, pp. 91 a 136. La Convención de Viena fue aprobada por la ONU en Viena, Austria, el 23 de mayo de 1969. En México fue publicada en el Diario Oficial de la Federación del viernes 14 de febrero de 1975; entró en vigor el 27 de enero de 1980.

41 Silva Meza, Juan. *Ministro Presidente...*, p. 14.

en materia de Derechos Humanos. Leídas en conjunto, ambas reformas constitucionales nos obligan a la SCJN a reconstruir los criterios, velando por el respeto a los derechos fundamentales de todos⁴².

Por ello, es importante lo señalado por la exministra de la SCJN y próxima Secretaria de Gobernación de México, Olga Sánchez Cordero, cuando respecto de los instrumentos internacionales refiere que “es a partir del año 2011, en que los derechos humanos contenidos en ellos, adquieren un rango superior, equiparándose a la propia Constitución e incluso –en mi opinión– estando por encima sí éstos son más favorables a la persona, en términos del principio pro persona y los lineamientos rectores derivados de la Convención de Viena, como el famoso ‘*pacta sunt servanda*’⁴³, consagrado en el artículo 26 de la misma; esto último, complementado con el referido artículo 27 de dicha Convención, claramente relacionado con la necesaria reforma al párrafo 6° del artículo 21 constitucional, y el reconocimiento de la jurisdicción plena de la CPI. Como bien refirió el doctor Jorge Carpizo, “una espléndida defensa de los derechos humanos es cien por ciento compatible con una espléndida procuración y administración de justicia y con una espléndida seguridad pública [...] que constituyen realmente aspectos diversos de una misma cuestión toral: la dignidad humana y los derechos humanos”⁴⁴.

42 *Anexo del Acuerdo General Plenario de la SCJN de septiembre de 2011*, pp. 27 y 28.

43 Sánchez Cordero, Olga. *Reformas constitucionales de 2011. ¡Hacia dónde!*, conferencia pronunciada el 7 de junio de 2012 en el auditorio “José María Morelos y Pavón”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, p. 17, disponible en <http://www.olgasanchezcordero.mx/sites/default/files/Conferencias/2012JUNIO7.pdf>

44 Carpizo McGregor, Jorge. “Los derechos humanos: una propuesta de clasificación de los derechos civiles y políticos”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXI, N° 256, julio-diciembre de 2011, México, p. 59.

VI. *Ius constitutionale commune*

Otra de las vertientes importantes a destacar es la irrupción, en forma sigilosa pero con pie firme, del *ius constitutionale commune* latinoamericano. Si bien su data es de mayor antigüedad –con la creación en 1974 del actual Instituto Latinoamericano de Derecho Comparado– ha sido en las últimas dos décadas donde ha recobrado un vigor señero, impronta que le sirve para establecerse como clara guía en el devenir del constitucionalismo en la región y su consecuente relación con el sistema de esta y con el internacional de derechos humanos.

Ha sido definida tal corriente como “un proyecto político, jurídico y cultural, sustentado en la convicción de que solamente bajo una mirada transformadora, el derecho público y su ciencia pueden enfrentarse exitosamente a los desafíos contemporáneos”⁴⁵.

En tal sentido, no se trata de un criterio unificador sino más bien integrador, que entienda las particularidades de cada derecho constitucional local a partir de una mirada común centrada en la persona humana y con especial énfasis en los derechos humanos. Para este efecto, se han mencionado los objetivos de este proyecto que

se basa en la tríada integrada por sus objetivos, conceptos clave y desafíos. Entre los objetivos centrales se examina la promoción y observancia de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho, el desarrollo de la estatalidad abierta y la conformación de instituciones internacionales eficaces y legítimas. La sistematización de los conceptos clave gira en la

45 Bogdandy, Armin von. “*Ius constitutionale commune*”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y otros (coords.). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional ...*, p. 774.

órbita del diálogo, de la inclusión y del pluralismo normativo. Los rasgos esenciales incluyen una concepción integral del derecho público, la argumentación fundamentada en principios y la mayor relevancia que se asigna al derecho comparado⁴⁶.

En lo personal, creemos que hay una mirada que diferencia al *ius constitutionale commune* de otros procesos integradores a nivel regional, europeo o americano: el centro es la persona humana y sus derechos, a partir de la ya larga y rica tradición del constitucionalismo, como puente académico que nutra los futuros derroteros del camino práctico y jurisprudencial de los derechos humanos. Así, existe un claro separador respecto de gran parte de los procesos integradores que tuvimos experiencia de atestiguar durante los últimos sesenta años: mientras el factor de estos fue la paulatina comprensión del derecho internacional privado y del comercio exterior –por ejemplo, los bloques económicos como la actual Unión Europea conocida en su momento como la Comunidad Económica Europea (CEE) o el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), con las consiguientes divergencias que del plano económico se suscitan a lo político dependiendo de la arista en que la economía se entienda– los derechos humanos tienen una pretensión universalista que, en el espíritu del primer artículo de la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante la DUDH) corresponda a todas las personas humanas independiente de su edad, nacionalidad, sexo, opinión política, orientación sexual o cualesquiera otra singularidad.

Además, creemos que hay una clara vinculación con la academia al involucrarse directamente en los derechos humanos de comprensión constitucional. Aquello tiene una relevancia superior, si observamos que hay una tendencia mayor –en los tribunales nacionales– a considerar no solo las sentencias emanadas en la materia por otros órganos jurisdiccionales

46 *Ibid.*, p. 775.

nacionales o internacionales, sino también una mayor atención a la opinión doctrinal en la materia.

Esto incentiva a pensar más en un *ius constitutionale commune latinoamericanum* que pueda agrupar y proyectar nuevos caminos de convergencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y los correspondientes derechos constitucionales, regionales y locales.

Conclusión

Como vemos, el largo derrotero de décadas que ha transitado el derecho internacional de los derechos humanos pareciera –por fin– encontrarse en un punto de comprensión con el ámbito del derecho constitucional. Lo anterior da claro perfil de permitir un camino llano a un nuevo tipo de juzgador que, conforme con los criterios devenidos del control de convencionalidad y el *ius constitutionale commune latinoamericanum*, pueda tener como referentes horizontes más expandidos en la comprensión universal y progresiva de los derechos humanos.

En conclusión, pareciera que México se inserta en un nuevo eje del derecho interno, limitando la soberanía estatal plena en virtud de la necesidad de profundizar en la protección de los derechos humanos pues desde la DUDH se inclina “sin duda la balanza, al menos sobre el papel, en favor de los individuos y en contra de los Estados”⁴⁷.

Es de esperarse que cada vez menos sea “sobre el papel” y más en la práctica, lo que parece que esta nueva conjunción de fortaleza entre el derecho interno y el derecho internacional público puede lograr.

47 Kennedy, Paul, *El Parlamento de la Humanidad...*, p. 235.