

EL ARTÍCULO 1, PÁRRAFO 2, DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA COMO CRITERIO HERMENÉUTICO DE LOS DERECHOS HUMANOS: SU CONCEPCIÓN A LA LUZ DE LA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

THE ARTICLE 1, PARAGRAPH 2, OF MEXICAN CONSTITUTION AS HERMENEUTIC STANDARD OF HUMAN RIGHTS: ITS CONCEPTION IN COMPARISON WITH THE SPANISH CONSTITUTIONAL CLAUSE

ROGELIO LÓPEZ SÁNCHEZ¹

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CLÁUSULA DEL ART. 1, PÁRR. 2, DE LA CPEUM: UN NUEVO PARADIGMA EN MÉXICO A PARTIR DE SU INTERPRETACIÓN POR LA SCJN Y SU SIMILITUD CON EL MODELO ESPAÑOL. III. LA ACTIVACIÓN DE LA CLÁUSULA DE APERTURA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INTERNACIONALES: SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE EL MODELO MEXICANO Y EL ESPAÑOL. IV. CONCLUSIONES: EL DESAFÍO DE LA JUDICATURA LOCAL EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

Summary: I. INTRODUCTION. II. THE CLAUSE OF ARTICLE 1, PARAGRAPH 2, OF MEXICAN CONSTITUTION: A NEW MODEL IN MEXICO FROM SUPREME COURT INTERPRETATION AND ITS SIMILITUDE WITH SPANISH MODEL. III. THE ENABLE OF OPENING CLAUSE OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW: SIMILARITIES AND DIFFERENCES BETWEEN MEXICAN AND SPANISH MODEL. IV. CONCLUSIONS: THE CHALLENGE OF LOCAL JUDICIARY EN CONVENTIONALITY CONTROL.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional de 2011 en materia de Derechos Humanos en México, ha significado un cambio de paradigma sin precedente desde la promulgación del texto fundamental en 1917. A partir de la resolución del “Caso Radilla”, resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN),² los Tribunales locales tendrán un papel más activo y dinámico; su responsabilidad, al igual que en plano federal, puede consistir en la

¹ Profesor titular de la Facultad de Derecho y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León (México).

² Expediente varios: 912/2010. Los días 4, 5, 7, 11, 12 y 14 de julio de 2011, la SCJN debatió el cumplimiento de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209). La sentencia del Tribunal mexicano fue publicada el 4 de octubre de 2011, en el Diario Oficial de la Federación.

interpretación de las normas jurídicas donde incidan los derechos fundamentales, no sólo a la luz de las leyes locales, sino de la propia Constitución Federal y los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos en los que el Estado mexicano sea parte.

Desde el momento de su aprobación, hasta el día de hoy, el control de convencionalidad sigue suscitando un sinnúmero de interrogantes tanto en el plano de la doctrina como de la práctica judicial, relacionadas con el concepto, alcances y límites de su aplicación, pues lanza un enorme reto para la judicatura local, ya que es una gran oportunidad de dignificar el derecho procesal local mediante sólidas fundamentaciones de las decisiones que estos emitan, así como para mejorar la percepción de las Constituciones locales como textos meramente semánticos y nominales, donde las mismas, prácticamente en muchos Estados, carecen de efectividad.

En las siguientes líneas me avocaré a un aspecto que incide directamente en este universo de ideas. Se trata del análisis de la cláusula contenida en el artículo 1, párrafo 2, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), como criterio en la interpretación de los Derechos Fundamentales, a la luz del derecho comparado, con la cláusula de la Constitución Española (CE), en su artículo 10.1. Dicho estudio, lo realizaré desde la perspectiva de la hermenéutica jurídica, basado en el proceso de concreción de las normas jurídicas que propone la dogmática constitucional y la hermenéutica jurídica.

Si bien, abordo la cuestión del control de convencionalidad, y su incidencia procesal en el ámbito de la judicatura local, esto será únicamente con el propósito de brindar al lector una mejor panorámica del contexto en el que se desenvuelve la cláusula objeto de estudio. Dicho control no es nada nuevo en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Existe una serie de precedentes en la Corte Interamericana y de derecho comunitario europeo que dan cuenta sobre el sentido y aplicación del mismo. Algunos han querido detectar en la incorporación del control de la convencionalidad una especie de panacea o novedad argumentativa, que por sí sola, no representa nada, si no es acompañada de una sólida fundamentación tanto interna (lógica formal) como externa (argumentación, hechos, precedentes, etc.) de las decisiones judiciales.

En tal sentido, la cláusula de apertura recién inaugurada por el legislador mexicano en la Constitución, permite lograr una mejor concreción de los derechos fundamentales, ya que el ejercicio transversal de interpretación por parte del operador de la norma, permitirá retroalimentar de experiencias locales, y a su vez, el derecho internacional de los derechos humanos, brindará interesantes cánones interpretativos. De acuerdo a ello, es de vital importancia conocer los mecanismos de funcionamiento entre el modelo español y mexicano, porque el legislador de este último país, al momento de confeccionar la reforma constitucional en comento, determinó y consagró de manera expresa en los Dictámenes del Proyecto de Reforma, su apego hacia el modelo del país ibérico, inclusive, meses después ha puesto en la mesa de Debate un proyecto de Ley para reglamentar el control de

convencionalidad (Arts. 1, párr. 2, y 133 de la CPEUM), retomando algunos aspectos del control de constitucionalidad español.

He dividido el trabajo en tres epígrafes. El primero, analiza la cláusula contenida en el Art. 1, párr. 2, de la CPEUM, a la luz del art. 10.1 de la Constitución Española. El propósito, es realizar una comparación entre ambos sistemas jurídicos, desde el aspecto sustantivo y hermenéutico de asignación amplia de significado a los Derechos Fundamentales. El aspecto procesal de ambos modelos lo analizaré en la siguiente sección. Para ello, estableceré que a pesar de los textos presentan muchas similitudes, la SCJN ha decidido dar un giro significativo al control de constitucionalidad (difuso), a diferencia del modelo español, donde predomina aún la remisión de asuntos de constitucionalidad al juez constitucional. En contraposición a la visión legislativa, que desde el inicio de la reforma, manifestó su preferencia con el paradigma seguido por España. Expongo finalmente mis conclusiones en un apartado titulado: *el desafío de la judicatura local en el control de convencionalidad*, con la finalidad de explicar de manera sintética, las grandes complejidades, desafíos y oportunidades que suscitará para la judicatura local, la importancia y significación de la apertura del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito constitucional, así como su posible empleo por los operadores jurisdiccionales.

II. LA CLÁUSULA DEL ART. 1, PÁRR. 2, DE LA CPEUM: UN NUEVO PARADIGMA EN MÉXICO A PARTIR DE SU INTERPRETACIÓN POR LA SCJN Y SU SIMILITUD CON EL MODELO ESPAÑOL

La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos aprobada el 8 de marzo de 2011 y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio del mismo año, marcó un hito importante en la consagración y reivindicación de los Derechos Fundamentales en el sistema jurídico mexicano. Esta reforma, es quizá una de las más ambiciosas desde la misma Constitución de 1917 y anteriores. En ésta se contempla poner al día a la CPEUM en materia de principios interpretativos de los derechos humanos. Lo cual implicará, sin duda alguna, un reto bastante significativo para todos los jueces, e incluso cualquier autoridad (jurisdiccional).

La reforma contiene diversos ámbitos, en los que intervienen los preceptos constitucionales: 1o., 3o., 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102, apartado B, y 105, fracción II, de la CPEUM. Desde el aspecto sustantivo, los cambios más significativos incluyen el tránsito hacia la denominación Derechos Humanos en lugar de Garantías Individuales, el otorgamiento de rango constitucional a los Tratados Internacionales (exclusivamente en materia de Derechos Humanos), ampliación de casos de no discriminación (preferencia sexual), la directriz educativa hacia los derechos humanos, el derecho de asilo y refugio, el

respeto a los derechos humanos en el sistema penitenciario y el agregado del principio de política exterior sobre los derechos humanos.

Para efectos del trabajo, me enfocaré exclusivamente a la consagración de la cláusula interpretativa en materia de Derechos Fundamentales consagrada en el artículo 1, párrafo 2 de la CPEUM, en comparación con el artículo 10.2, de la Constitución Española (CE). Lo anterior, se realiza con el propósito de entender el texto como una apertura del derecho interno al derecho internacional de los Derechos Humanos. Antes de hacerlo, me gustaría hacer una precisión al respecto. El citado precepto no se puede leer aisladamente, requiere de una interpretación sistemática para su comprensión. Por ello, es necesario referirse antes al párrafo primero y tercero para lograr mejor comprensión de lo que postularemos en líneas siguientes.

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.

[...]

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.

El párrafo primero, reconoce a los derechos humanos contenidos no solamente en la Constitución, sino también en los Tratados Internacionales. Igualmente, el párrafo tercero, adiciona lo que la doctrina constitucional conoce como *eficacia inmediata de los derechos fundamentales*. La cual se consagra en los preceptos 1, párrafo tercero, de la Ley Fundamental de Bonn, así como el 53.1 y 9.1 de la Constitución Española.³ Este principio significa, que los derechos y libertades de la Constitución vinculan a todos los poderes públicos, además de ser origen inmediato de derechos y obligaciones y no meros principios

³ El artículo 9.1. de la Constitución Española establece: "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Mientras que el artículo 53.1 de la referida Carta Constitucional señala: "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos". Por otra parte, el artículo primero, sección tercera, de la Ley Fundamental de Bonn establece: "(3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable".

programáticos, con lo que sus titulares no han de esperar para su ejercicio a ningún reconocimiento previo por parte de ningún poder público.⁴

En tal sentido, el reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos ocurre en la CPEUM desde el principio, y existen criterios interpretativos para los mismos (principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad).⁵ Hecha esta precisión, entraré al análisis de ambos textos de las Constituciones señaladas.

Artículo 1, párrafo 2 CPEUM	Artículo 10.2 CE
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.	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.

Ambos textos guardan similitudes desde el punto de vista gramatical y sistemático. Las similitudes son las siguientes.

- La invocación de la interpretación conforme.
- No hacen una enunciación cerrada sobre cuáles Derechos Fundamentales contenidos en los Tratados Internacionales suscritos por el Estado.

En otro sentido, las diferencias son las siguientes.

- La CPEUM contiene dos parámetros de interpretación conforme: la Constitución y los Tratados Internacionales, mientras que la CE sólo lo hace acorde a estos últimos.
- La CPEUM consagra la interpretación Pro Homine, a favor de la persona humana, la protección más amplia, mientras que el texto de la CE no lo hace.

⁴ F. F. FERNÁNDEZ SEGADO, “La teoría jurídica de los derechos fundamentales en el Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 13, n. 39, Madrid, Septiembre-Diciembre 1993, p. 272.

⁵ Es importante referir, que las Constituciones de las Entidades Federativas de Sinaloa y Tlaxcala, habían consagrado previamente la recepción de los Derechos Humanos contenidos en los Tratados Internacionales, así como los criterios interpretativos de integración de Derechos Humanos locales e internacionales. El Estado de Sinaloa, ya contemplaba la interpretación conforme, la convencionalidad y el principio pro homine (Vid. Art. 4.bis-C). Reforma hecha el 26 de Mayo de 2008. Diario Oficial de Sinaloa. Algo parecido hacía el Estado de Tlaxcala, en su artículo 16, de la citada Constitución local. Reforma de 1 de agosto de 2008. Periódico Oficial del Estado.

En primer lugar, me referiré a las similitudes. Los dos textos consagran de manera expresa una ampliación de la fuente normativa de los derechos humanos, así como el denominado bloque de constitucionalidad en esta materia, y un posible cambio de paradigma “cosa juzgada” por “cosa interpretada”. El derecho constitucional español, al igual que el mexicano, incorpora al derecho internacional de los derechos humanos a través de la cláusula expresada arriba, en consonancia con el párrafo primero de dicho artículo.

La misma, ha tenido un significado muy importante al momento de la interpretación de los derechos fundamentales en España. Pero, ¿qué significa realmente esta cláusula y qué puede brindar a la interpretación jurídica del derecho interno? La respuesta debe ser contestada desde el derecho internacional público. La soberanía ha dejado de ser entendida como no estar sometido a una instancia superior, por una simple coordinación a un sistema, desde la óptica de las relaciones transversales. En el derecho internacional público moderno, “existe una tendencia a colocar en el mismo plano la soberanía con la independencia.” De acuerdo con esto, “las obligaciones del derecho internacional o contraídas en los tratados no tocan tangencialmente la independencia, en la medida que no afectan la organización interna del Estado.”⁶ Acorde a lo anterior, uno de los compromisos fundamentales que asume el Estado con la comunidad internacional, es el respeto y cumplimiento con los Derechos Humanos ¿estará en sintonía con esto la intención del legislador mexicano al momento de agregar esta cláusula? Dentro de la fundamentación de la Iniciativa aparece una clara intención del legislador: adoptar un sistema con mejores garantías en la protección de derechos humanos.⁷

La modificación que se propone al artículo 1º obedece a la intención de ampliar la protección de los derechos humanos que puedan derivar de cualquier tratado internacional del que México sea parte, sin que tenga necesariamente por objeto la protección de los derechos humanos.

...

Por ende, estas Comisiones Unidas en un ejercicio de preponderancia de derechos, consideran que en nuestra Constitución General deben prevalecer aquellas disposiciones que protegen los derechos humanos de las personas en nuestro país, por lo que incorporar en el presente ordenamiento la aplicación de instrumentos internacionales que otorguen mayor y mejor protección a los derechos humanos nunca serán excesivos.

⁶ M. HERDEGEN, *Derecho Internacional Público*, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ), Konrad Adenauer Stiftung, México, 2005, pp. 217-218.

⁷ Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, y de Derechos Humanos, con 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. Gaceta Parlamentaria, año XIV, número 3162-IV, miércoles 15 de diciembre de 2010. Cámara de Diputados.

Lo mismo sucede con los parlamentarios de España, quienes tuvieron como propósito conjugar el derecho internacional y europeo de los derechos humanos.⁸ Ahora bien, continuando con las similitudes, en ambas redacciones se advierte: “se interpretarán de conformidad” ¿qué quiere decir esto? Al respecto, se han generado un sinnúmero de interpretaciones, en el siguiente epígrafe me ocuparé de la parte procesal, a lo que he denominado “activación” de la cláusula de apertura al derecho internacional de los derechos humanos. Así, el precepto implica pues, que la interpretación de las normas jurídicas será “conforme” a la Constitución y a los Derechos Fundamentales consagrados en los Tratados Internacionales.

Para reforzar lo anterior, me gustaría explicar este canon hermenéutico, originado en Alemania. El cual se puede encontrar en uno de los primeros fallos del Tribunal Constitucional de aquel país, en la sentencia de 7 de mayo de 1953 –BVerGE 2,66 [282]- en la cual se expresaba que “en caso de duda se ordena una interpretación conforme a la Constitución” sin que esto significara “dejar de lado la finalidad de la ley”, esto daría nacimiento a lo que denominan los alemanes la (*Verfassungskonforme Auslegung*).⁹ El referido Tribunal ha empleado esta clase de interpretación en los casos en los cuales una *interpretación amplia* de la ley resulta incompatible con la Constitución y ha permitido una *interpretación estricta*, siempre inspirándose en la voluntad del legislador, en la medida en que se compatibilice con la Constitución.

La interpretación conforme, en voz de los tratadistas, es una exigencia del principio de la supremacía constitucional. De tal forma que, “la Ley Fundamental no sólo se hace efectiva cuando se expulsa del ordenamiento de la legislación que resulte incompatible con ella – como ocurre con la declaración de inconstitucionalidad – sino también cuando se exige que todos los días las leyes se interpreten y apliquen de conformidad con la Constitución.”¹⁰ Esta clase de interpretación forma parte de una clasificación más amplia que los teóricos han denominado *interpretación correctora o adecuadora*. Consiste en la

⁸ A. SAIZ ARNAIZ, *La apertura al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Consejo General del Poder Judicial de la Federación, Madrid, 1999, p. 207 y ss. G. PECES-BARBA MARTÍNEZ (colaboración de R. de ASÍS ROIG, C. FERNÁNDEZ LIESA, y A. LLAMAS CASCÓN), *Curso de derechos fundamentales*, BOE, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999.

⁹ También pueden consultarse distintas sentencias que reiteran estos criterios del Tribunal Constitucional Alemán: BVerGE 8,28; BVerGE 40,88. Vid. J. SCHWABE, (compilador de sentencias), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, (traducción de Marcela Anzola Gil), Konrad-Adenauer-Stiftung, ed. Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2003, pp. 3 y ss. En este mismo sentido están inspiradas las sentencias del Tribunal Constitucional Español: SSTC 34/1983; 67/1984; STC: 115/1987; 93/1984; 52/1988; 253/1988; 105/1987; 87/1991.

¹⁰ M. EDGAR CARPIO, “Interpretación conforme con la Constitución y las sentencias interpretativas (Con especial referencia a la experiencia alemana), en E. FERRER MAC-GREGOR, y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, (coord.), *La ciencia del derecho procesal constitucional...*, op. cit., T. VI, p. 173.

adaptación o- adecuación- del significado de una disposición al significado (previamente establecido) de otras disposiciones de rango superior. Por ejemplo, si una disposición legal admite dos interpretaciones opuestas, de modo que la primera sea conforme a un principio constitucional, mientras que la segunda esté en contraste con él, se hace interpretación adecuada eligiendo la interpretación conforme al principio constitucional y rechazando la otra.¹¹

Esto se corrobora con el camino que ha seguido el propio precepto en el derecho constitucional español, al permitir a los jueces llevar a cabo labores de interpretación e integración de los Derechos Fundamentales, consagrados en la CE, con los del derecho europeo. Precisamente, este será el mismo camino que sigue el legislador mexicano al momento de reformar la CPEUM. Al respecto, el Dictamen de la Cámara de Senadores (que por cierto, es el definitivo) dice lo siguiente (las cursivas son mías).

Es evidente que una de las consecuencias de hacer esta modificación al primer párrafo del artículo 1º constitucional es que las normas de derechos humanos establecidas en los tratados internacionales adquirirían reconocimiento y protección constitucional. *Es tarea del legislador constituyente resolver el mecanismo conforme el que se resolverán los posibles conflictos de normas y en general, el sistema de aplicación.*

Por ello, se propone adoptar el principio de “interpretación conforme” que se ha establecido y aplicado en otros sistemas garantistas, *destacadamente el español*, con óptimos resultados.

El argumento estriba en que, tomando en cuenta nuestros antecedentes constitucionales, este principio resulta el más adecuado para llevar a cabo una armonización del derecho doméstico con las disposiciones internacionales. *En virtud del principio de interpretación conforme se da una aplicación subsidiaria del ordenamiento internacional con el objeto de llenar las lagunas existentes, sin que esto signifique, en ningún momento, la derogación o desaplicación de una norma interna.*

Este sistema no atiende a *criterios de supra-subordinación ni implica un sistema de jerarquía de normas* que no se considera conveniente modificar sino que, a través del principio de subsidiariedad, se abre la posibilidad de que el intérprete de la Constitución pueda acudir a las normas de derechos humanos consagradas en los tratados internacionales de los que México sea parte, para ofrecer una mayor garantía a las personas.¹²

¹¹ R. GUASTINI, “Principios de derecho y discrecionalidad judicial” en *Jueces para la democracia. Información y debate*, Madrid, No. 34, 1999, pp. 6-7.

¹² Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado, respecto 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

Sentado lo anterior, analizaré la parte procesal de la activación de este criterio hermenéutico.

III. LA ACTIVACIÓN DE LA CLÁUSULA DE APERTURA A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES INTERNACIONALES: SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE EL MODELO MEXICANO Y EL ESPAÑOL

En principio, considero pertinente explicar qué entiendo por activación de la cláusula de apertura a los Derechos Fundamentales internacionales. Esta cláusula no actúa aisladamente, requiere de su puesta en marcha por el operador jurídico de la norma en cuestión. Por ende, actúa bajo ciertos supuestos de concreción y de asignación de significado a los derechos fundamentales, de acuerdo a los criterios sustantivos de la jurisprudencia interna como de derecho internacional, con el fin de evitar un posible vaciamiento del contenido esencial de los mismos.¹³ Siguiendo esta idea, explicaré de manera sucinta, cómo se lleva a cabo este proceso hermenéutico, de acuerdo a lo que reconoce la teoría jurídica contemporánea.

La vaguedad de las normas de derechos fundamentales es una cualidad intrínseca, que debe ser corregida a través de procesos hermenéuticos. La indeterminación semántica, estructural y fáctica, son claros ejemplos de la necesidad de asignación de significado a los derechos fundamentales. El primer tipo de indeterminación, hace referencia a la inexistencia de un significado unitario de los términos utilizados en el derecho fundamental. La indeterminación *estructural* tiene relación con la univocidad del lenguaje de los derechos, mientras que la indeterminación *fáctica* tiene relación con la realidad en la que debe quedar subsumida la norma de derecho fundamental.¹⁴

Unidos Mexicanos, en materia de derechos humanos. Gaceta del Senado de la República, Año I, Segundo Periodo Ordinario, Legislatura LXI, No. 115, Viernes 9 de abril de 2010, p. 19.

¹³ La cláusula del contenido esencial de los Derechos Fundamentales (presente en la CE –Art. 53.1-) se ha definido como aquel ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma el derecho o de las formas en que se manifieste. Se convierte en un límite infranqueable a la actuación tanto de los poderes legislativo y ejecutivo, e implica necesariamente la existencia de contenidos limitadores susceptibles de extraer del significado de las normas. R. ASÍS, *El juez y la motivación en el derecho*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 103-107. P. HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 34 y ss. M. BOROWSKI, *La estructura de los derechos fundamentales*, (trad. de Carlos Bernal Pulido), Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 97.

¹⁴ Carlos BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009, p. 321. J. C., GAVARA DE CARA, *Derechos Fundamentales y desarrollo legislativo la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

Por este motivo, las normas de derechos fundamentales deben ser dotadas de significado, en tal sentido, la interpretación que se haga de las mismas, no debe ser únicamente explicativa, sino rellena¹⁵, lo que implica utilizar distintas herramientas que brinda la dogmática constitucional. Este proceso se denomina concreción, el cual se puede ser definido como, el acto por el cual “una norma adscrita tiene validez definitiva dentro del ámbito de la indeterminación de una disposición de derecho fundamental.”¹⁶ Este tipo de normas no pueden ser aplicadas como meras prescripciones, sino que deben ser concretadas en relación al caso en particular. Lo cual, implica alejarse de una visión formal a través de un método que tome en cuenta la realidad social en la que es aplicada una norma de derecho constitucional.¹⁷

Para ello, el derecho internacional de los derechos humanos, ofrece una posibilidad hermenéutica más al derecho interno. Esto no implica que el derecho internacional se encuentre por encima, que sea más importante, o que ofrezca, *prima facie*, mayores posibilidades de amplitud a la norma de derecho fundamental (recordemos que el derecho internacional es principialista y de casos paradigmáticos), simplemente lo que hacen las Constituciones con este tipo de cláusulas, es la adopción de dichos criterios para adecuarlos a las realidades específicas de cada Estado, con el objeto de aterrizar los principios interpretativos que dichos organismos internacionales han consagrado en su jurisprudencia de derechos humanos, pues quien mejor que la jurisdicción interna de cada Estado para llevar a cabo esta tarea.

Obviamente que al momento de su aplicación, se deben tomar las debidas precauciones, respetando los principios que la doctrina constitucional había establecido desde los años sesenta, y que de manera excelente, recoge la jurisprudencia de los Organismos Internacionales (como veremos más adelante).¹⁸

¹⁵ E. W. BÖCKENFÖRDE, “Los métodos de la interpretación constitucional - Inventario y crítica” en *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, (Prólogo de Francisco J. Bastida, trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez), Nomos, Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 13-43.

¹⁶ K. HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo-CEPC, Madrid, 2011, p. 40.

¹⁷ F. MÜLLER, *Arbeitsmethoden des Verfassungsrechts*, [Métodos de trabajo del Derecho Constitucional. Fundamentación general de una concepción de los métodos en el trabajo jurídico], S. GÓMEZ DE ARTECHE, (trad.), edición bilingüe alemán-español, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 267 y ss. Del mismo autor: “Tesis acerca de la estructura de las normas jurídicas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Año 9. Núm. 27. Septiembre-Diciembre 1989, p. 113.

¹⁸ K. HESSE, *Escritos de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 207 y ss. F. FERNÁNDEZ SEGADO, “Reflexiones en torno a la interpretación de la Constitución” en *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, *op. cit.*, 2724-2732. Refiere el iusfilósofo Peter Häberle que estos principios fueron desarrollados por vez primera en Alemania, en un Congreso de profesores de derecho del Estado en 1961. P. HÄBERLE, “Métodos y principios de la interpretación constitucional” en *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, México, 2002, pp. 2740-2741; R. L. VIGO, “Directivas de la interpretación constitucional” en *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo III, *op. cit.*, pp. 2875-2912.

1. Principio de la *unidad de la Constitución*. Una disposición constitucional no puede ser considerada de forma aislada ni puede ser interpretada exclusivamente a partir de sí misma.
2. Principio de *armonización de las normas constitucionales en tensión*. Existen normas constitucionales que en algunas ocasiones colisionan con otras normas también de rango constitucional. En esta clase de interpretaciones deben estar guiadas por algún principio o máxima como el *principio a favor libertatis*, ya que esta es una de las más importantes máximas destinadas a la ponderación.
3. Principio de *conformidad funcional*. Sucede cuanto se trata de armonizar mediante la interpretación un conflicto entre normas constitucionales orgánicas.
4. Principio de la *interpretación conforme a la Constitución*. La supremacía constitucional obliga a los jueces, operadores públicos o privados, Tribunales administrativos y judiciales a interpretar la Constitución en el sentido resultante de los principios y reglas constitucionales.

A estos cuatro criterios tradicionales, Peter Häberle advierte sobre la existencia de un quinto método más: la *comparación cultural de la Constitución*, con especial énfasis en el campo de los derechos fundamentales. Esta interpretación “es capaz de explicar por qué textos iguales han dado motivo y han requerido, en el curso del tiempo o desde el principio, una interpretación distinta.”¹⁹ Conforme a esto, se puede concluir, desde una visión de la teoría de la hermenéutica constitucional, que el derecho internacional es utilizado como argumento comparativo del derecho constitucional de los Estados. Este mismo método nos ayudará a explicar, el por qué, a pesar de tener redacciones tan similares, en España se ha preferido optar por un la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos continuando con el modelo de control constitucional concentrado que había estado practicando su sistema constitucional desde la promulgación de la CE,²⁰ mientras que la SCJN (recordemos que de acuerdo a la Exposición de Motivos de la Reforma, no era intención del legislador adoptar un control difuso), después de una nueva reflexión a los artículos 1 y 133 de la CPEUM, eligió el control difuso para llevar a cabo dicha tarea, así como el control de convencionalidad. Antes de iniciar, me gustaría precisar algunas cuestiones relacionadas con este último control (que sirvan también como una especie de definición al respecto).

¹⁹ P. HÄBERLE, “Métodos y principios de la interpretación constitucional”, *op. cit.*, p. 2740-2741. Del mismo autor: “Efectividad de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional”, en AA. VV., A. LÓPEZ PIÑA, (Dir.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, 1991, p. 271 y ss.

²⁰ I. DE OTTO Y PARDO, *La posición del Tribunal Constitucional a partir de la doctrina de la interpretación constitucional*, publicado en VV. AA., *El Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1981, vol. 111, pp. 1939-1950. F. SEGADO FERNÁNDEZ, *El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1995.

Es un mecanismo de protección procesal que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el evento en que el derecho interno (constitución, ley, actos administrativos, jurisprudencia, prácticas administrativas o judiciales, etc.) es incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros tratados –aplicables–, con el objeto de aplicar la Convención u otro tratado, mediante un examen de confrontación normativo (derechos interno con el tratado), en un caso concreto, dictando una sentencia judicial y ordenando la modificación, derogación, anulación o reforma de las normas o prácticas internas, según corresponda, protegiendo los derechos de la persona humana, con el objetivo de garantizar la supremacía de la Convención americana.²¹

Por su parte, Sergio García Ramírez, ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha expresado lo siguiente.

... existe un “control de convencionalidad” depositado en tribunales internacionales –o supranacionales–, creados por convenciones de aquella naturaleza, que encomienda a tales órganos de la nueva justicia regional de los derechos humanos interpretar y aplicar los tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatorios de las obligaciones estipuladas en esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la convención o adhirió a ella.²²

Esto se reafirma, acorde a una interpretación sistemática de lo dispuesto por los preceptos 1.1, 2, 3 y 62.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde se le otorga competencia a la Corte Interamericana, a fin de armonizar el derecho interno de los Estados con el derecho internacional de los derechos humanos. En principio, únicamente los Tribunales Internacionales son los que pueden determinar cuándo un hecho violatorio de la Convención o Tratado, es imputable a un Estado, y éste a su vez, es sujeto de responsabilidad internacional. Ahora bien, ¿por qué se habla entonces de un control de la convencionalidad en el ámbito interno? Me inclino a pensar, en adición a una respuesta de origen hermenéutico, por otra también origen práctico. Se relaciona con la inmensa carga de trabajo de la misma CIDH, quien, en un intento por desahogar asuntos, ha invitado a los Poderes Judiciales de los Estados, a interpretar los Tratados Internacionales en aquellos aspectos en los que aquélla tiene pronunciamientos firmes en su jurisprudencia o

²¹ E. REY CANTOR, Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos, Porrúa, México, 2008, p. 41 y ss. Del mismo autor: “Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos”, en FERRER E. MAC-GREGOR, y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, (Coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional (Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho)*, Tomo IX, *Derechos Humanos y Tribunales Internacionales*, Marcial Pons-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México 2008, p. 225.

²² Párr. 5 del Voto razonado del juez Sergio García Ramírez, a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, de 24 de noviembre de 2006.

instrumentos no vinculantes, tal y como lo advierte también Karlos Castilla.²³ De la misma forma en que un Tribunal Constitucional como el mexicano, ha decidido en las últimas décadas, desahogar la carga laboral de asuntos hacia los demás órganos del Poder Judicial Federal.

Ahora bien, seguramente los estudiosos del derecho internacional se avocarán a contradecir este argumento, advirtiendo que se trata de un compromiso institucional hacia el derecho internacional de los Derechos Humanos. Estoy de acuerdo en que es así, no obstante, no debemos dejar de observar estas cuestiones que inciden en la política judicial de cualquier Tribunal. Siguiendo con el tema, el profesor Néstor Pedro Sagüés, afirma que el Consejo Constitucional Francés, empleó por primera vez el término: control de convencionalidad, el 15 de enero de 1975, cuando el mismo, se negó a realizar este control de conformidad con las leyes francesas con un Tratado Internacional.²⁴

El modelo europeo tiene una tradición ancestral, en su sentencia de 5 de febrero de 1963 (Van Gend & Loos) el ahora Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, determinó que la Comunidad Europea, la Comunidad constituye: “un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional, a favor del cual los Estados miembros han limitado su soberanía, si bien en un ámbito restringido, y cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales que, en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico.”²⁵

Asimismo, este Tribunal ha indicado que, en el control de “comunitariedad” (convencionalidad), “el Juez nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho comunitario, está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, por su propia iniciativa, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional, aunque sean posteriores, sin que esté obligado a solicitar o a esperar la derogación previa de éstas por vía legislativa o por

²³ K. CASTILLA, “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, UNAM-IIIJ, vol. XI, México, 2011, p. 597.

²⁴ N. P. SAGÜÉS, “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 A. VON BOGDANDY, H. FIX-FIERRO, (et. al.) (Coords.), *Construcción y papel de los Derechos Sociales Fundamentales hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, Universidad Nacional Autónoma de México-Max-Planck-Institut für Ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2011, p. 402.

²⁵ Caso: NV Algemene Transport c. Administración Tributaria neerlandesa. Sentencia de 5.2.1963 — Asunto 26/62 Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de febrero de 1963, p. 340. Tomado de la versión en español, disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962CJ0026:ES:PDF>

cualquier otro procedimiento constitucional.”²⁶ Es larga la tradición de precedentes del derecho comunitario europeo (que por el momento no entraremos a él, por no ser la cuestión principal en estudio), donde básicamente, lo que se ha ido haciendo es perfeccionar este modelo, en el que, el juez nacional, se encuentra habilitado para ejercer un control de fiscalización del derecho comunitario.²⁷

Ahora bien, en concreto, en el Estado Español, se han visualizado algunos problemas para la efectiva aplicación del control de convencionalidad, desde abajo, tanto por los jueces nacionales como locales. Algunas de estas complicaciones, las clasifica el profesor Sagüés en pedagógicas y sociales: “falta de entrenamiento por muchas Universidades, la ausencia de voluntad concreta de encarar tal tarea por todos los tribunales, o los riesgos que podría llevar un ejercicio irreflexivo o imprudente, e incluso desleal, de dicho control [...] -que, aunque se invoque- el juez nacional no sea genuinamente respetuoso de los parámetros fijados por los tribunales europeos supremos[...]”²⁸, entre otras. Por otro lado, la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), que tiene una composición más similar a la CIDH, tanto en su forma como en la materia, practica el control de convencionalidad para sí, pero en ningún momento ha exigido a los Estados miembros de la Unión Europea, inaplicar el derecho local contrario al Convenio Europeo sobre Derechos Humanos.

Igualmente, se encuentra la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que, a diferencia de su homónima, la CEDH, sí ha tenido un desarrollo más activo en la generación de precedentes que soliciten a los Estados miembros, ejercer un control de convencionalidad, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones y competencias. Antes de continuar, me gustaría recalcar que en algunas ocasiones, los Estados se vuelven reticentes a aceptar este tipo de solicitudes por organismos internacionales, debido al resguardo de sus propias soberanías, en adición a que, son los propios Tribunales del Estado quienes conocen de inmediato los problemas nacionales, y quienes dan solución a los mismos.

²⁶ Caso: Amministrazione delle Finanze dello Stato c. SpA Simmenthal. Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 1978, párr. 24. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61977CJ0106:ES:PDF>

²⁷ V. FERRERES COMELLA, *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011; S. RIPOL CARULLA, “Incidencia en la jurisprudencia del TC de las sentencias del TEDH que declaran la vulneración por España del CEDH”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 79, Madrid, 2007, pp. 309-346; A. SÁNCHEZ LEGIDO, “Las relaciones entre el derecho comunitario y el derecho interno en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 33, año 11, Madrid, 1991, pp. 175-207; L. M. DIEZ PICAZO, “El derecho comunitario en la jurisprudencia constitucional española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, núm. 54, año 18, Madrid, 1998, pp. 255-272.

²⁸ N. P. SAGÜÉS, “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”, *op. cit.*, p. 409.

No obstante, entiendo que el mecanismo de funcionamiento de esta jurisdicción internacional, es subsidiaria, y atiende casos paradigmáticos o extraordinarios, que la propia jurisdicción interna no atiende, por ejemplo, la CIDH o cualquier otro organismo internacional no es una segunda instancia. Por ende, se debe ser cauto cuando se habla de control de convencionalidad, y más aún, cuando el concepto, originalmente significa la potestad que tiene este organismo internacional por considerar que el Estado ha violado disposiciones de derecho internacional. Es tanto como afirmar que es el propio Estado quien estará encargado de auto velar por la propia supervisión de los Tratados, a las propias violaciones por él cometidas. Personalmente, prefiero el término *conformidad con el derecho internacional o control interno de convencionalidad*, en lugar de control de convencionalidad.²⁹ Aclarado lo anterior, me gustaría precisar algunos antecedentes de este control de convencionalidad interno en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Al respecto, nos debemos remontar a los votos concurrentes del distinguido académico Sergio García Ramírez, al afirmar lo siguiente.

Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. 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.³⁰

Asimismo, en otro caso, el mismo Juez, advirtió sobre la tarea desempeñada por la CIDH, equiparándola a la labor que hacen los Tribunales Constitucionales, pero diferenciando una de otra.

En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos

²⁹ Sergio García Ramírez, Ex presidente de la CIDH, es quien ha preferido este término. “El control judicial interno de convencionalidad”, en *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, V, No. 26, Puebla, 2011, p. 126

³⁰ Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Mack Chang vs. Guatemala, del 25 de noviembre de 2003, párr. 27.

que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.³¹

Sin embargo, su reconocimiento formal por el Pleno de la CIDH sucede en el caso *Almonacid Arellano* (26 de septiembre de 2006, considerandos 124 y 125).³² Seguida por los casos: *Trabajadores Cesados del Congreso* (Aguado Alfaro y otros c. Perú, 24 de noviembre de 2006, considerando 128³³); *La Cantuta* (29 de noviembre de 2006, considerando 173)³⁴; *Boyce vs. Barbados* (20 de noviembre de 2007, considerando 78)³⁵; *Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes* (9 de mayo de 2008, considerando 63)³⁶, *Heliodoro Portugal* (12 de agosto de 2008, considerandos 180/1)³⁷; *Radilla Pacheco*, (23 de noviembre de 2009, considerando 332)³⁸; *Manuel Cepeda Vargas* (26 de mayo de 2010, considerando 208); *Comunidad Indígena Xákmok Kásek* (24 de agosto de 2010, considerando 311)³⁹; *Fernández Ortega* (30 de agosto de 2010, considerando 237)⁴⁰; *Rosendo Cantú* (31 de agosto de 2010, considerandos 219 y 220)⁴¹; *Ibsen Cárdenas y otro* (1o. de septiembre de 2010, considerando 202)⁴²; *Velez Loor* (23 de noviembre de 2010, considerando 287)⁴³; *Gomes Lund* (24 de noviembre de 2010, considerando 176)⁴⁴; y *Cabrera García-Montiel Flores* (26 de noviembre de 2010, considerando 225).⁴⁵

³¹ Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Tibi vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004, párr. 3.

³² Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

³³ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

³⁴ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf

³⁵ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf

³⁶ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_133_esp.pdf

³⁷ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf

³⁸ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf

³⁹ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf

⁴⁰ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf

⁴¹ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf

⁴² Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_217_esp1.pdf

⁴³ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp.pdf

⁴⁴ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_ing.pdf

⁴⁵ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf

Desde la perspectiva de algunos especialistas, el denominado “control de convencionalidad”, puede ser clasificado en represivo o destructivo y constructivo. Represivo o destructivo, cuando expulsa del ordenamiento interno la norma o acto en cuestión que vulnera el derecho internacional de los derechos humanos; y constructivo, al estilo del caso Radilla Pacheco, donde se le da un efecto positivo, al solicitar al Estado mexicano que realizara una interpretación conforme del artículo 57, del Código de Justicia Militar, con las disposiciones de derecho internacional de los derechos humanos, más no su inconventionalidad.⁴⁶ En síntesis, existen ciertos paralelismos entre el control de comunitariedad de la Unión Europea y el Sistema Interamericano, aunque también los mismos desafíos y preocupaciones, sobre todo en países como el mexicano, donde predominaba aún un sistema de control concentrado, escaso manejo del derecho internacional y una lectura de precedentes muy distinta a la que maneja la CIDH.

Antes de pasar al siguiente epígrafe, me gustaría entrar al procedimiento a través del cual sucederá la implantación de este control interno de convencionalidad en el sistema jurisdiccional mexicano. En principio, cabe destacar que el empleo de este instrumento, en principio, no debería significar en automático la desaplicación de una norma interna por la autoridad con potestad jurisdiccional. Como bien ha sostenido la SCJN, en su interpretación del caso Radilla, el sistema funciona, en una serie de sencillos pasos, pero que tienen una complejidad hermenéutica significativa, pues implica el conocimiento no solamente de las normas de derecho internacional, sino de los precedentes de la misma CIDH.

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.

⁴⁶ La clasificación es del Dr. Pedro Sagüés: “El “control de convencionalidad” *op. cit.*, p. 402. Ver: E. REY CANTOR, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México, Porrúa, 2008; G. GARCÍA MORELOS, *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México*, México, Ubijus, 2010.

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.⁴⁷

Los criterios anteriores de derecho internacional, recogen el criterio de la interpretación conforme que la teoría constitucional ha postulado como criterio hermenéutico desde los años sesenta. Lo cual es saludable para la interpretación de los derechos fundamentales. Al respecto, el principio Pro Homine con sus dos variantes: preferencia interpretativa y preferencia de normas.⁴⁸

La preferencia interpretativa se puede escindir de la siguiente manera. *De favor libertatis, favor debilis, in dubio pro reo, in dubio pro actione*, entre otros. El segundo principio es *de preferencia de normas*, el cual refiere que si se puede aplicar más de una norma al caso en particular, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa. Los anteriores principios suelen ser relacionadas en el plano internacional, con los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, respectivamente. Por otra parte, se encuentra el *principio de posición preferente de los derechos fundamentales*. En el cual, el intérprete se enfrenta a distintos derechos que entran en colisión. Como podemos observar, este principio tiene íntima relación con el juicio de ponderación, ya que en esta forma de razonamiento se extrae el contenido esencial del derecho fundamental y se establece una jerarquía de principios para resolver el caso en particular.

Finalmente, se encuentra la inaplicación o desaplicación al caso en concreto cuando ninguna de las dos opciones anteriores es posible. El principal defensor de la idea del control difuso, en esta última fase de análisis de las normas internas con el derecho internacional, descrita líneas arriba, es el destacado jurista Ferrer Mac-Gregor⁴⁹, ahora Juez de la CIDH, quien ha emitido un voto razonado en el caso Montiel Flores, en el párrafo 66, de la citada resolución se puede leer (nótese que habla de un control difuso de convencionalidad y no de control de constitucionalidad difuso).

De esta manera, el “control difuso de convencionalidad” implica que todos los jueces y órganos mexicanos vinculados a la administración de justicia en todos

⁴⁷ Expediente Varios 912/2010. Párr. 32.

⁴⁸ E. CARPIO MARCOS, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Palestra, Lima, 2004, p. 41 y ss.

⁴⁹ F. MAC-GREGOR, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez mexicano”, en M. CARBONELL, y P. SALAZAR UGARTE, *La reforma constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma.*, UNAM-III, México, 2011, pp. 339-429.

los niveles, pertenecientes o no al Poder Judicial, con independencia de su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, están obligados, de oficio, a realizar un ejercicio de compatibilidad entre los actos y normas nacionales con la Convención Americana de Derechos Humanos, sus Protocolos adicionales (y algunos otros instrumentos internacionales), así como con la jurisprudencia de la Corte IDH, formándose un “bloque de convencionalidad”...⁵⁰

Continúa en el párrafo 67,

“En este sentido, los jueces o tribunales que materialmente realicen actividades jurisdiccionales, sean de la competencia local o federal, necesariamente deben ejercer el “control difuso de convencionalidad” para lograr interpretaciones conformes con el corpus juris interamericano. En caso de incompatibilidad absoluta de la norma nacional con el parámetro convencional, debe inaplicarse para que prevalezcan aquéllas y lograr de esta manera la efectividad del derecho o libertad de que se trate. Lo anterior aplica también para los jueces locales, de conformidad con la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 133...”

Por una parte, aunque la CIDH en ningún momento se ha pronunciado sobre la preferencia del control difuso o concentrado para ejercer este control interno de convencionalidad, la decisión la deja a los Estados miembros para adoptar la figura que sea más adecuada a las necesidades y circunstancias particulares de cada uno. Esta decisión compete a los Estados de acuerdo a su soberanía interna, siempre y cuando establezcan los mecanismos adecuados para que pueda llevarse a cabo una protección efectiva a los derechos humanos. En tal sentido, me adhiero a lo que plantea García Ramírez, cuando manifiesta que sería preferible el ejercicio de este control a través de consultas (directamente a la CIDH) sobre la (s) disposición (es) que se pretende (n) aplicar, de la misma forma en que operan las cuestiones de inconstitucionalidad, por ejemplo en el sistema judicial español, donde los asuntos se remiten al Tribunal Constitucional, por tener mayores similitudes con el modelo mexicano.⁵¹

⁵⁰ Voto Razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en relación con la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos en el caso *Cabrera García Y Montiel Flores c. México*, 26 de noviembre de 2010.

⁵¹ S. GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno de convencionalidad”, *op. cit.*, p. 152.

Esta preocupación se corrobora con una de las iniciativas propuestas, después de la emisión en México, del caso Radilla Pacheco, que proponen reglamentar los artículos 1 y 133 constitucionales⁵², en materia del ejercicio del control difuso de la constitucionalidad. La intención del legislador, tal y como se expresa en las exposiciones de motivos correspondientes, es brindar seguridad jurídica y certeza al proceso de aplicación de las normas relativas a derechos humanos, y no generar incertidumbre, a partir del criterio interpretativo de los jueces en cada región del país. Asimismo, evitar criterios fragmentarios y dispersos, que generen incertidumbre y caos en la generación de jurisprudencia.

IV. CONCLUSIONES: EL DESAFÍO DE LA JUDICATURA LOCAL EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Existe un optimismo inusitado sobre la posibilidad que da la SCJN a los Tribunales Locales para llevar a cabo la interpretación de las normas internas conforme a los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos.⁵³ Inclusive, la CIDH se ha mostrado bastante optimista con la jurisdicción mexicana, en la sentencia del Caso Radilla Pacheco, el Tribunal observa que el control de convencionalidad ya ha sido ejercido en el ámbito judicial interno, así como el jurista Ferrer Mac-Gregor, en su voto razonado del caso Montiel Flores, al manifestar este último lo siguiente.⁵⁴

El “control difuso de convencionalidad” ha iniciado su aplicación por algunos tribunales mexicanos a la luz de la jurisprudencia convencional. En efecto, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, con residencia en Morelia, Michoacán, al resolver el amparo directo 1060/2008, el 2 de julio de 2009 (meses antes de la sentencia del Caso Radilla Pacheco), haciendo alusión al Caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006)...

⁵²Iniciativa que expide la Ley Reglamentaria de los Artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que regula las competencias de control difuso que tienen las autoridades y los jueces cuando ejercen control de constitucionalidad y convencionalidad, a cargo del diputado Jaime Fernando Cárdenas Gracia, del Grupo Parlamentario del PT. Cámara de Diputados. Gaceta Parlamentaria, Número 3443-VII, jueves 2 de febrero de 2012. También existe la iniciativa presentada por las 3 principales bancadas en el Senado de la República (PRI, PRD y PAN) con Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley Reglamentaria de los artículos 1º y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 26 de Octubre de 2011.

⁵³ Inclusive, existen Estados de la Federación como Nuevo León, que, a un mes del pronunciamiento de la Corte mexicana sobre el Caso Radilla, existió la declaratoria de desaplicación por inconstitucional, del artículo 224, fracción V, del Código Penal de aquel Estado, por contravenir jurisprudencia de la SCJN, así como el artículo 14 de la CPEUM. Ver: Toca Penal 43/11. Cuarta Sala Penal Unitaria del Poder Judicial del Estado de Nuevo León. 8 de Agosto de 2011.

⁵⁴ Nota al Pie 321, del caso Radilla Pacheco, cit.

Se pone de ejemplo en la aplicación de lo que denomina control difuso de convencionalidad. Sin embargo, si leemos la sentencia aludida, en ningún momento el referido Tribunal desaplica algún precepto por estimar que éste vaya en contra de algún Tratado Internacional en materia de Derechos Humanos.⁵⁵ Lo único que hace el Tribunal mencionado es una definición sobre lo que considera que es el control de convencionalidad, así como sus posibles aplicaciones, pero en ningún momento hace una confrontación de una norma interna, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, solamente reenvía el caso al Tribunal a quo, para que éste se pronuncie sobre lo que había dejado de considerar en su fallo, al declararse no competente de conocer las violaciones relativas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵⁶ Por otra parte, existen también otros pronunciamientos de relevante interés en la aplicación de las normas de derecho internacional.⁵⁷

Desde el punto de vista hermenéutico, existen criterios no reconocidos directamente por la CIDH, sobre la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, pero que pueden ser de utilidad al momento de llevar a cabo la tarea de interpretación y argumentación jurídica por los jueces que ejerzan el control interno de convencionalidad.⁵⁸

- 1) Identificar el derecho o libertad que se pretende proteger o interpretar en el catálogo contenido en los instrumentos interamericanos.
- 2) Identificar los casos (jurisprudencia) en los que la Corte Interamericana ya hizo una interpretación respecto al derecho o libertad que se pretende analizar, identificando la evolución o criterios que ha sostenido.
- 3) Comparar la semejanza fáctica entre los hechos del caso que se va a resolver y los del caso de que deriva la jurisprudencia en que se ha hecho la interpretación del derecho o libertad que nos interesa.
- 4) Comprobar que comparten las mismas propiedades relevantes esenciales, lo cual permite aplicar la misma consecuencia jurídica a ambos casos.

⁵⁵ Expediente disponible en: <http://www.cjf.gob.mx/reformas/boletin/0912/2.1%2011-TC01-AT-AD2008-1060.pdf> (Fecha de visita: 28 de Marzo de 2013, 18:05 horas).

⁵⁶ Amparo directo administrativo 1060/2008. Sentencia del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito. 2 de julio de 2009. Considerando Octavo 2.1-2.3.

⁵⁷ Amparo Directo En Revisión 908/2006. Primera Sala. 18 de abril de 2007. El tema principal de la sentencia era el interés superior del niño; amparo directo 505/2009, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, en sesión celebrada el veintiuno de enero de dos mil diez, el tema versó sobre la tutela de justicia efectiva, en consonancia con el art. 25 de la CADH.

⁵⁸ El criterio en su integridad es tomado de Karlos Castilla, conforme al Caso Castañeda, resuelto por la CIDH. Caso Castañeda Gutman c. Estados Unidos Mexicanos (6 de agosto de 2008). Párr. 170-172. “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del Caso Radilla Pacheco”, *op. cit.*, p. 619.

5) Verificar que la conclusión a la que se llega es compatible con el objeto y fin de la Convención Americana y que da como resultado la interpretación que más protege o menos restringe los derechos humanos.

Si bien, este criterio es de índole bastante pragmático y se reducen a la aplicación de la jurisprudencia dentro de una de las fases del control interno de convencionalidad. Pienso que es imprescindible acudir a las reglas generales de la argumentación constitucional y de la teoría de los derechos fundamentales, para asignar y dotar de significado un derecho fundamental que se está tutelando, así como sus posibles colisiones con otros valores o principios, se requiere un adecuado manejo de la técnica de la ponderación y de la teoría principialista de los derechos.⁵⁹

Recordemos que las normas de derechos fundamentales se encuentran en el plano de la indeterminación y cuestionan el ideal de certeza jurídica defendido por el positivismo jurídico decimonónico.⁶⁰ Corrientes de la teoría constitucional moderna⁶¹, persiguen la realización de cláusulas valorativas o materiales⁶², a través de un ejercicio moderado de la discrecionalidad judicial.⁶³ De lo contrario, la labor del operador que active la “convencionalidad” se volverá vacía y repetidora de la jurisprudencia de la CIDH, tal y como se podría hacer igualmente con los precedentes de la Corte mexicana. De acuerdo al Profesor Caballero Ochoa, considero que deben ser puestas en relieve algunas cuestiones fundamentales, antes de comenzar a utilizar de manera indiscriminada estas herramientas interpretativas. No existe por ejemplo, pronunciamientos claros sobre la noción de contenido esencial, bloque de constitucionalidad, bloque de convencionalidad,⁶⁴ así como un uso incorrecto del precedente judicial.⁶⁵

⁵⁹ L. CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2009. C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009. J. R. SIECKMANN, (Ed.), *Derechos Fundamentales, principios y argumentación: estudios sobre la Teoría Jurídica De Robert Alexy*, Comares, Granada, 2011. J. R. SIECKMANN, *El modelo de los principios del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006.

⁶⁰ J. A. DEL REAL, “Cuestionamiento contemporáneo del ideal de certeza en el derecho: Hart-Zagrebel'sky-Endicott”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, UNAM-IIIJ, México, 2011, p. 694.

⁶¹ J. A. DEL REAL, *Interpretación jurídica y Neoconstitucionalismo*, Universidad Autónoma de Occidente-Instituto de Derechos humanos Bartolomé de las Casas, Bogotá, 2011. R. AGUILERA PORTALES, y S. ORTEGA, (Eds.), *Neoconstitucionalismo, Democracia y Derechos Fundamentales*, Porrúa, México, 2010. M. CARBONELL, (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Trotta, Madrid, 2008; M. CARBONELL, (coord.) *Neoconstitucionalismo (s)*, Madrid, Trotta, 2003.

⁶² L. PRIETO SANCHÍS, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987. p. 140.

⁶³ L. PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México, 1999, p. 23. Del mismo autor: *El Constitucionalismo de los Derechos*, Trotta, Madrid, 2013, p. 23.

⁶⁴ J. L. CABALLERO OCHOA, “Cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona”, en M. CARBONELL, y P. SALAZAR UGARTE (Coords.), *La reforma constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, UNAM-IIIJ, México, 2011, p. 132.

⁶⁵ En la nueva Ley de Amparo, recién aprobada por el Senado de la República (20 de marzo de 2013), se denuncia precisamente esta situación, estableciendo para ello, nuevos criterios de formación de jurisprudencia

Se habla mucho del diálogo jurisprudencial del *ius commune* en América Latina. No obstante, este diálogo no está completo sin la debida preparación y formación de nuestros operadores jurídicos. Este optimismo también debe quedar reflejado en una preocupación constante por satisfacer la preparación en los conocimientos necesarios e indispensables que exige esta variante de control interno de convencionalidad. Pues aún, en el Congreso se han presentado reticencias para retroceder en la materia, específicamente en la adopción de la cláusula de recepción del derecho internacional de los derechos humanos.⁶⁶

Si bien, apuntaba arriba, uno de los problemas más significativos es de índole pedagógica y de conocimiento. Los planes de estudio en nuestras Facultades de Derecho de la mayor parte del país (México), deben adaptarse a esta nueva necesidad, principalmente los de Derecho Constitucional y Derecho Internacional. Asimismo, es complejo cambiar de mentalidad jurídica a los operadores jurídicos actuales, que fueron educados desde el paradigma de supremacía constitucional y bajo el modelo de Estado de Derecho y prevalencia de las normas jurídicas internas. Un desafío compartido, que deberá ser traducido en beneficios concretos para el ciudadano común: mejor administración de justicia.

EL ARTÍCULO 1, PÁRRAFO 2, DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA COMO CRITERIO HERMENÉUTICO DE LOS DERECHOS HUMANOS: SU CONCEPCIÓN A LA LUZ DE LA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

Resumen: el presente explora el artículo 1, párrafo segundo, de la Constitución mexicana, como un criterio hermenéutico para los Derechos Humanos, a la luz de la cláusula contenida el numeral 10.1 de la Constitución Española. Mi intención es detectar similitudes y diferencias entre uno y otro. De esta forma, explicaré la importancia que tiene dicha cláusula en el derecho constitucional mexicano, debido a que la incorporación del derecho

en el numeral 218 de la referida ley, para lo cual, las tesis generadas deberán contener: a) el título que identifique el tema que se aborda; b) el subtítulo que señale de forma sintética el criterio que se sustenta; c) las consideraciones interpretativas mediante las cuales el órgano jurisdiccional haya establecido ese criterio; d) la identificación de la norma, en caso de que el criterios e refiera a la interpretación de la misma; e) los datos de identificación del asunto, el número de tesis, el órgano jurisdiccional que la emitió y las votaciones emitidas al aprobar el asunto y, en su caso, en relación con la postura sostenida en la tesis. Sobre la crítica de la antigua forma de reportar jurisprudencia puede verse: M. GONZÁLEZ OROPEZA, *La jurisprudencia (Su conocimiento y forma de reportarla)*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2006, p. 67.

⁶⁶ Existe una Iniciativa de una de las bancadas más fuertes del Congreso que propone dar preferencia a la CPEUM, por encima de aquellos Tratados Internacionales que vayan en contra de la misma. Ver: Iniciativa que reforma el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por el diputado Francisco Agustín Arroyo Vieyra, del Grupo Parlamentario del PRI. Cámara de Diputados. Gaceta Parlamentaria, año XVI, número 3679-II, jueves 3 de enero de 2013.

internacional de los derechos humanos en el derecho interno, es todavía una de las asignaturas pendientes por los jueces de este país.

Palabras clave: derechos humanos. Hermenéutica jurídica. Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Interpretación.

**THE ARTICLE 1, PARAGRAPH 2, OF MEXICAN CONSTITUTION AS
HERMENEUTIC STANDARD OF HUMAN RIGHTS:
ITS CONCEPTION IN COMPARISON WITH
THE SPANISH CONSTITUTIONAL CLAUSE**

Abstract: this paper deals the article 1, paragraph 2, of Mexican Constitution, as legal hermeneutic standard of Human Rights in comparison with the 10.1 Spanish constitution clause. My intention, is to detect the similarities and differences between one and other texts. Thereby, I explain the important meaning of this clause in Mexican constitutional law because of incorporating international human rights law in domestic law is already one of the biggest pending assignments by judges of this country.

Keywords: human rights. Legal hermeneutic. Human international law. Interpretation.

Artículo recibido: 18.4.2013

Artículo aceptado: 30.9.2013