



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO

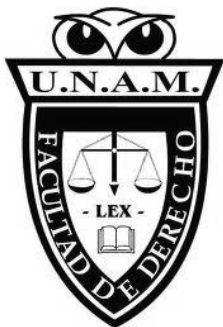
**“LA SINERGIA DEL CONTROL DE LA
CONSTITUCIONALIDAD Y DEL CONTROL DE LA
CONVENCIONALIDAD COMO ACCESO A LA JUSTICIA
EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.”**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

MARCOS EDGAR ZAVALA CRUZ



DIRECTOR DE TESIS:

LIC. MARCO ANTONIO MARTÍNEZ RAMÍREZ

MÉXICO, D.F., ENERO DE 2015



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

UNIDAD DE SEMINARIOS "JOSÉ VASCONCELOS"
FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y
DE AMPARO

Cd. Universitaria, D.F., 19 de enero de 2015.

DR. ISIDRO ÁVILA MARTÍNEZ
DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACIÓN
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

Por este conducto, me permito comunicar a usted, que el pasante **ZAVALA CRUZ MARCOS EDGAR**, con número de cuenta 30329353-6 bajo la supervisión de este Seminario, elaboró la tesis intitulada "**LA SINERGIA DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y DEL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD COMO ACCESO A LA JUSTICIA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO**", realizada con la asesoría del profesor **Lic. Marco Antonio Martínez Ramírez**.

Con fundamento en los artículos 8° fracción V del Reglamento de Seminarios, 19 y 20 del Reglamento General de Exámenes de la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberse realizado conforme a las exigencias correspondientes, se aprueba la nombrada tesis, que además de las opiniones que cita, contiene las que son de exclusiva responsabilidad de su autor. En consecuencia, se autoriza su presentación al Jurado respectivo.

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente, sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU"
DIRECTOR DEL SEMINARIO



LIC. EDMUNDO ELÍAS MUSI

*mpm.

LIC. EDMUNDO ELIAS MUSI
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE
DERECHO CONSTITUCIONAL Y AMPARO
DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNAM.

Me atrevo a distraer su atención para comunicarle que el alumno Marcos Edgar Zavala Cruz, con número de cuenta 303293536, concluyó satisfactoriamente la elaboración de la tesis intitulada "LA SINERGIA DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y DEL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD COMO ACCESO A LA JUSTICIA EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO."

La investigación realizada bajo mi supervisión, satisface los requisitos establecidos por nuestra legislación universitaria, por lo que extiendo el presente oficio de terminación de tesis, con el propósito de que su portador pueda continuar los trámites tendientes a su titulación.

Sin otro particular, me reitero a sus órdenes.

México, Distrito Federal, a 11 de noviembre de 2014


Lic. Marco Antonio Martínez Ramírez.

DEDICATORIAS

A la Universidad Nacional Autónoma de México, por no dejar de nutrirme de su infinito conocimiento.

A mi “viequito” Alan Omar y mis sobrinos Erick y Luis Ángel, esperando que este trabajo contribuya a construir un mejor lugar en donde puedan encontrar la felicidad.

A mi Chaparrita, Gloria Cruz Rodríguez, por su eterno amor y a quién le debo todo y más.

A la memoria de mi hermano Erick Zavala Cruz, con quién compartí los tiempos más difíciles, y a quién agradezco infinitamente haber estado siempre ahí...

A Blanca González Carmona, compañera de mil batallas.

AGRADECIMIENTOS

Al Dr. José Antonio Caballero Juárez, de cuyas enseñanzas y prudencia aprendí a ser un científico del derecho en busca del efectivo acceso a la justicia.

Al Mtro. Jorge Roberto Ordoñez Escobar, quien con su humildad y sencillez, me enseñó el trabajo jurisdiccional para garantizar los derechos fundamentales.

A la Dr. Elvia Lucía Flores Ávalos, por su apoyo incondicional y abrirme de nuevo las puertas de nuestro querido Instituto de Investigaciones Jurídicas.

A la Mtra. Mónica Marlene Cruz Espinosa, por brindarme su confianza y darme la oportunidad de aplicar mis incipientes conocimientos en la protección de los derechos humanos.

Por supuesto, a mi asesor el Lic. Marco Antonio Martínez Ramírez, por su incalculable paciencia y absoluto respaldo para el presente trabajo.

A mis 43 compañeros de Ayotzinapa:

*Nosotros, los sobrevivientes,
¿A quiénes debemos la sobrevida?
¿Quién se murió por mí en la ergástula,
Quién recibió la bala mía,
La para mí, en su corazón?
¿Sobre qué muerto estoy yo vivo,
Sus huesos quedando en los míos,
Los ojos que le arrancaron, viendo
Por la mirada de mi cara,
Y la mano que no es su mano,
Que no es ya tampoco la mía,
Escribiendo palabras rotas
Donde él no está, en la sobrevida?*

Roberto Fernández Retamar, "El otro".

ÍNDICE

Introducción.....	III
--------------------------	------------

Capítulo I. Antecedentes históricos de la justicia constitucional: del control de la constitucionalidad a la dimensión jurisdiccional trasnacional.

I. De donde viene y hacia dónde va la justicia constitucional.....	1
II. Antecedentes históricos de la justicia constitucional: la defensa de la constitución.....	5
III. El pensamiento de Montesquieu y la revolución constitucional en Francia.....	10
IV. El pensamiento de Jonh Lock y la revolución constitucional en Inglaterra.....	16
V. La supremacía normativa de la constitución norteamericana: hacia el constitucionalismo democrático.....	23
VI. De los sistemas de justicia constitucional a la dimensión jurisdiccional transnacional.....	30

Capítulo II. De los Derechos Fundamentales y el Estado Internacional Garantista: la crisis de la soberanía en el Estado Constitucional.

I. Sobre el Estado Constitucional de Derecho y los Derechos Fundamentales.....	40
II. La crisis actual de la soberanía y el Estado de Derecho Internacional Garantista: la visión de Luigi Ferrajoli.....	49

III. Hacia una sinergia constitucional y convencional para la protección de derechos fundamentales.....	61
---	----

IV. Los sistemas internacionales de protección de derechos fundamentales.....	67
---	----

Capítulo. III. Génesis del control de la convencionalidad.

I. ¿Qué es el llamado control de la convencionalidad?.....	79
--	----

II. Incongruencias respecto a la denominación del control de la convencionalidad: ¿especie, difuso o concentrado?.....	90
--	----

III. La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	97
--	----

Capítulo. IV. La fuerza sinérgica del control de la constitucionalidad y de la convencionalidad: para el efectivo acceso a la justicia en México.

I. Sobre el control de la constitucionalidad y el control de la convencionalidad: el principio del fin.....	109
---	-----

II. De la sinergia a la disyuntiva.....	125
---	-----

III. El Estado Internacional Garantista ¿Está en constante construcción o destrucción?.....	129
---	-----

Conclusiones.....	140
--------------------------	------------

Bibliografía.....	155
--------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

La hipótesis del presente trabajo consiste en plantearnos como juristas, si la sinergia del control de la constitucionalidad y del control de la convencionalidad, permite un efectivo acceso a la justicia o, por el contrario, los poderes insaciables seguirán inutilizando dichas garantías de protección de los derechos fundamentales.

Pero además, éste trabajo se realizó con el ánimo de participar en el concierto de ideas planteadas en el sistema universal de protección y defensa de los derechos fundamentales, ya que, debido al carácter preponderante que éstos han tomado en el debate internacional a nivel mundial, derivado de la globalización en la que vivimos y que ha obligado la apertura e interacción de todas las naciones, quizá, algún día, podamos aspirar a un verdadero Derecho Universal que sea justo, no solo para unos cuantos, sino para todos, por lo que, resulta urgente entender que no basta con los desequilibrados sistemas jurídicos con los que contamos a nivel nacional, sino, que, es necesario un verdadero Derecho Internacional Garantista, como el que se ha estado desarrollando de manera regional en los continentes Africano, Americano y Europeo que, garanticen los derechos en serio.

Sin embargo, nos queda claro que también se debe ser prudente, pues no pasa desapercibido que en un mundo pluricultural, imponer fórmulas absolutas tampoco sería la solución, pues, como es bien sabido, esto genera devastadoras catástrofes para toda la humanidad.

En ese sentido, nunca fue válido negar el respeto a los derechos fundamentales, ya que éstos entran en la esfera de lo indecible para todo tipo de sistema o Estado y que, por el contrario, si pretenden legitimar su supervivencia antes están obligados a garantizar dichos derechos, contra todo y contra todos, inclusive en contra de “supuestas mayorías”.

Es una verdad absoluta que, en el paradigma constitucional y convencional, el desarrollo humano de cualquier sociedad se puede determinar de acuerdo al grado de efectividad en que los operadores jurídicos garantizan los derechos fundamentales, ya que cualquier Estado que se “pretenda” constitucional y democrático, se distingue precisamente, por el reconocimiento formal de esos derechos y sus garantías. Pero más allá de lo que se establezca en las normas constitucionales y convencionales, lo que importa en la práctica, es determinar cuáles de esos derechos son efectivamente garantizados, pero también ejercitados por sus ciudadanos.

También se hace la advertencia y aclaración que el presente trabajo versa principalmente sobre la labor jurisdiccional que ha venido desarrollando tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el entendido de que dicha labor debe ser de obligada referencia para todos los operadores jurídicos, por lo que, éste se presenta como una herramienta útil de consulta, no solo teórica, sino también práctica y crítica, pues su finalidad máxima, es allegar a sus lectores los indicios básicos para la implementación de la sinergia constitucional y convencional, para un efectivo acceso a la justicia.

En ese sentido, en el primer capítulo desarrollamos de manera breve, los principales antecedentes de lo que la doctrina ha llamado la justicia constitucional, su historia, principios, características y cómo se ha ido desarrollando hasta la formación de la ahora llamada, “Democracia Constitucional”, lo que ha generado un nuevo entendimiento entre el Estado por sí mismo y la comunidad internacional, dando como consecuencia el desarrollo de la dimensión jurisdiccional transnacional que, muchos doctrinarios de la justicia constitucional avanzados en su tiempo ya empezaban a vislumbrar y que hoy en día es una realidad.

En el segundo capítulo, apoyados en la doctrina “neoconstitucionalista” desarrollamos conceptos y, razonamientos jurídicos de porque el Estado Democrático de Derecho, se encuentra en una severa crisis de soberanía y legitimidad, pues al incumplir lo “prometido” e inalcanzar su finalidad, dará paso al Estado Internacional Garantista, que generará una sinergia constitucional y convencional de derecho, como podrá apreciarse del pequeño análisis que se hace de los distintos sistemas internacionales de protección a derechos humanos.

Por lo que hace al tercer capítulo, y sobre un sistema en particular, desarrollamos la doctrina del control de convencionalidad que, ha venido construyendo jurisprudencialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su labor de intérprete de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y su recepción por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como consecuencia ineludible de que el Estado Mexicano haya suscrito dicha convención y reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH.

Finalmente, en el capítulo cuarto desarrollamos si, efectivamente, dicha sinergia del control de la convencionalidad y del control de la constitucionalidad, puede generar un efectivo acceso a la justicia en el sistema jurídico mexicano. Llegando a la firme conclusión y convicción de que el Estado Internacional Garantista, no solo es posible, sino necesariamente urgente para coadyuvar a resolver los grandes problemas que aquejan a la humanidad, para lo cual definimos un parámetro mínimo de aplicación de la sinergia del control de la constitucionalidad y del control de la convencionalidad, en aras de que todos los operadores jurídicos tomen los derechos en serio, y así, finalmente, los poderes insaciables sean sometidos al derecho como producto científico de la razón.

CAPÍTULO I. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD A LA DIMENSIÓN JURISDICCIONAL TRASNACIONAL.

I. DE DONDE VIENE Y HACIA DÓNDE VA LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL.

Para poder determinar qué es el control de la convencionalidad primero es necesario establecer cómo nace el control de la constitucionalidad, ya que siguiendo el razonamiento de este último, podremos dilucidar qué es el primero, esto no sin antes unificar los principios básicos del control de la constitucionalidad, en la tesitura de que si la constitución es una norma que se puede someter a un control en confrontación con las leyes secundarias, de manera piramidal, entonces tendríamos que aceptar que también esta norma fundamental, se puede confrontar o armonizar con los tratados internacionales en materia de derechos humanos que hasta el momento han demostrado ser mas garantistas que las constituciones contemporáneas, pero con la singular diferencia de invertir dicha pirámide normativa, así el parámetro fundamental serán tanto la constitución como los tratados internacionales en materia de derechos humanos, de ahí la universalidad, interdependencia, indivisibilidad y sobre todo la progresividad de los derechos fundamentales, dando paso por tal situación a la creación de un control de convencionalidad, que su vez desembocara en una *viva interacción sinérgica de la jurisdicción* (justicia constitucional y justicia convencional) como se demostrara en el presente trabajo.

Por tal motivo, en el presente capítulo se desarrollara desde una perspectiva histórica el quehacer de la llamada *justicia constitucional*, esto para estar en aptitud de saber de dónde venimos, en dónde estamos y a donde queremos llegar, aunque hay que advertir: lo que puede hacer la *justicia del hombre* es resolver, o intentar resolver, problemas concretos de la vida del individuo o de la sociedad, promulgar y aplicar normas, crear instituciones, diseñar procedimientos, todo ello con un objetivo final: resolver los problemas existentes. Pero los problemas del

hombre cambian continuamente y lo mismo ocurre con las normas, los procedimientos y las instituciones. “La justicia del hombre está cambiando a la justicia, haya o no haya al final de todo algo permanente que nos abarque, un absoluto que nos dé serenidad y significado, e ilumine todo este agitarse, luchar y pasar fugazmente que es la vida del hombre”.¹

Ahora bien, inicialmente para nosotros la *justicia constitucional*, se utiliza para indicar que el poder del gobierno está limitado por normas constitucionales y que se han creado procedimientos e instituciones para hacer cumplir esta limitación.²

Pero, sabemos de antemano que las formas de opresión de nuestra época son muchas y muy complejas. Por ejemplo, el poder no gubernamental, así el poder de los grupos organizados, o de las corporaciones económicas transnacionales, o de los sindicatos, o de los profesionales, o de los partidos políticos, ha demostrado ser en ocasiones tan peligroso y opresor como el poder oficial del Estado, y no menos invasor de la intimidad y de la libertad de las personas. Incluso los fantásticos y espléndidos avances de la tecnología se han convertido en una amenaza potencial, puesto que sus elementos se han hecho cada vez más asequibles a un uso opresor y controlador.

Sin embargo, el peligro que ha demostrado ser el más temible en toda la historia de la humanidad es, sin lugar a dudas, el poder oficial organizado, del Estado. Al respecto podemos mencionar los casos de la Alemania nazi, la Italia fascista o la Rusia de Stalin, siendo los más llamativos y los cuales no pasaron sin enseñarnos una importante lección: “Cuando el poder político no se controla, incluso los instrumentos de la nueva tecnología, de comunicación de masas, de la llamada *educación popular*, pueden ser pervertidos y convertidos en una gran

¹ Cappelletti, Mauro, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la “Justicia Constitucional””, trad. de Pablo de Luis Durán, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 6, núm. 17, mayo-agosto de 1986, p. 10.

² *Ibidem*, p. 12.

máquina de corrupción. La corrupción de las mentes se consigue gracias a una desinformación masiva y a la prohibición de toda crítica”.³

Luego entonces lo que resulta de un gobierno no controlado, como lo demuestra la triste historia reciente, es una deformación del más simple sentido común de la justicia: de aquí resultan la intolerancia, el fanatismo y, eventualmente, la aceptación o incluso la búsqueda de la violencia y la guerra.⁴

En consecuencia y como ya se ha dicho, la justicia constitucional implica un nuevo tipo de *normas, instituciones y procedimientos constitucionales*, en un intento de limitar y controlar con ellos el poder político. Hay, por supuesto, múltiples maneras de conseguir ese fin. Aquí, sin embargo, centraremos el presente tema en la revisión judicial de la constitucionalidad de la acción del Estado, y particularmente de la legislación.

En la actualidad la mayoría de los Estados que cuentan con un sistema democrático de derecho han adoptado una Constitución escrita, que debe ser cumplida por todo el aparato gubernamental en sus tres clásicas divisiones, llámese Ejecutivo, Legislativo o Judicial; han introducido unos límites estrictos al procedimiento de reforma o enmienda de la Constitución, amparando de esta manera las nuevas leyes básicas frente a los caprichos de las mayorías pasajeras; han incluido un catálogo o declaración de derechos en la Constitución, incluyendo así en la protección de la Constitución, a los individuos en su relación con el poder gubernamental; y por último, han confiado la aplicación de la Constitución, y de su catálogo o declaración de derechos, a nuevos o renovados tribunales judiciales, dotados con importantes garantías de independencia con respecto a los grupos políticos.⁵

³ *Idem.*

⁴ *Ibidem*, p. 13.

⁵ Así quedó plasmado este principio en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “Toda la sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”. Debido a esta influencia superior de la revolución francesa y de la ideología liberal de la Ilustración, es que el sistema

Aunque es evidente que las Constituciones y las declaraciones de derechos ya existían en Francia, Alemania y otros sitios desde hace años. Hasta después de la segunda guerra mundial, tendían a ser, sin embargo, unas declaraciones político-filosóficas más que actos de legislación vinculantes. Porque, con algunas excepciones esporádicas y de corta duración (en particular la de Austria en los años veinte y principios de los treinta), ningún cuerpo independiente tenía derecho a supervisar su aplicación. La revolución constitucional ocurrió en Europa sólo con el conocimiento que dio la dolorosa experiencia de que una Constitución y una declaración constitucional de derechos, necesitan un sistema judicial para hacerlas efectivas. Los Estados Unidos ofrecieron sin duda un ejemplo influyente como se verá más adelante.

Pero la lección más convincente vino de la experiencia vivida, la experiencia de la tiranía y la opresión por parte de un poder político no controlado por un sistema a la vez *asequible* a las víctimas del abuso gubernamental, *capaz* de contener dicho abuso. La lección fue, finalmente aprendida; tribunales constitucionales han sido creados y se han ideado procedimientos constitucionales para que éstos funcionen.

El éxito de la *justicia constitucional* como instrumento para la protección de los derechos humanos, e incluso para la regularidad de la llamada *parte orgánica* de

político mexicano consagró, desde la Constitución de Apatzingán de 1814, el principio de la división de poderes y a partir de allí, aparece en las constituciones liberales del México independiente. Nuestra Constitución Política, vigente desde 1917, lo establece expresamente en el artículo 49: "El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial." Ahora bien y como se observa en la redacción del artículo, nuestro sistema constitucional no reconoce una división de poderes, si no que existe un solo poder, el supremo que reside en el pueblo y lo que en realidad se divide es el ejercicio del poder, para transformarlo en funciones gubernamentales. Así mismo, la fórmula del artículo 49 de nuestra carta fundamental, también es recogida en las constituciones de los estados de la federación, en el sentido de que el poder del Estado se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Y que los mismos no podrán jamás reunirse en una sola persona o corporación. Hablar en México de división de funciones, en lugar de poderes, es más congruente con las condiciones del sistema político, pues se exigen, más bien, una colaboración y una coordinación entre los distintos niveles de gobierno y entre las distintas funciones gubernamentales.

las constituciones, y su profundo impacto en la forma de gobierno de democracia libre, ha sido reconocido ampliamente en vastas regiones del mundo.

II. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN.

El tema de la defensa de la Constitución ha sido objeto de preocupación constante para la doctrina contemporánea del derecho constitucional y de la ciencia política. Dicha preocupación no se apoya exclusivamente en motivos de especulación académica, sino también en la realidad política de nuestra época. En efecto, existe consenso entre los tratadistas, en el sentido de que no es suficiente que se expida un texto que contenga los principios, valores y normas que se consideran esenciales para la comunidad política en un momento determinado, sino que es indispensable, si no se quiere que el documento se transforme en un simple texto nominal, que éste tenga aplicación en la realidad, y si dicha aplicación no es efectiva, así sea de manera limitada, deben establecerse los mecanismos necesarios para que esta situación pueda corregirse y se restablezca el orden constitucional desconocido o vulnerado.⁶

O como expresara Lasalle, los textos supremos o fundamentales dejaron de ser “meras hojas de papel subordinadas a la voluntad de los gobernantes en turno”, el cual entendía que la Constitución de un país, “era la suma de los factores reales de poder, tomados y extendidos en una hoja de papel, a los cuales se les da una expresión escrita”, que partir de este momento, dejan de ser simples *factores reales de poder*, para erigirse en *derecho*, en *instituciones jurídicas*, y “quien atente contra ellos atenta contra la ley, y es castigado”,⁷ sin embargo esa Constitución escrita debe corresponder a la *Constitución real*, a la que tiene sus raíces en los *factores reales de poder* que rigen en el país, pues allí donde la

⁶ Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción a la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, Colección Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, p. 15.

⁷ Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, México, Ed. Colofón, 2009, p.19.

Constitución escrita no corresponde a la real, estalla inevitablemente un conflicto que no hay manera de eludir y en la que tarde o temprano, la “Constitución escrita, la hoja de papel, tiene necesariamente que sucumbir ante el empuje de la Constitución real, de las verdaderas fuerzas vigentes en el país”,⁸ para que de tal manera se pudiera:

Desplazar los factores reales y efectivos del poder dentro del país, inmiscuirse en el Poder ejecutivo, inmiscuirse en él tanto y de tal modo, socavarlo y transformarlo de tal manera, que se le incapacitara para ponerse ya nunca más como soberano frente la nación; esto lo que se quería precisamente evitar, era lo que importaba y lo que urgía; esto era lo que había que echar por delante, para que la constitución escrita que luego viniera fuese algo más que un pedazo de papel.⁹

Sin embargo y como nos indica el destacado tratadista Héctor Fix-Zamudio:

Este no es un fenómeno novedoso, ya que, si examinamos, la historia de las ideas políticas, así sea de manera superficial, puede constatarse que, desde que los pensadores griegos reflexionaron sobre los fenómenos del poder, descubrieron que los poseedores de éste tendían naturalmente a abusar de él. Esta situación la calificaron de *tiranía* y para combatirla propusieron varios mecanismos con el objeto de lograr que el mismo poder se mantuviera dentro de ciertos límites. Como ejemplo podemos señalar que los reyes espartanos (que en realidad actuaban como jefes militares) eran dobles, para que se vigilaran recíprocamente y no pudiesen abusar de la autoridad que les había otorgado ese pueblo, que era esencialmente guerrero. Además se crearon los éforos como vigilantes de lo que llamaríamos ahora, orden constitucional.¹⁰

Así también, en Atenas, que era una ciudad Estado con mayor tradición democrática,¹¹ se crearon de manera paulatina diversas instituciones para restringir el poder de los gobernantes, tales como el *areópago* y los *nomofilacos*,

⁸ *Ibidem*, p. 29.

⁹ *Ibidem*. P 42.

¹⁰ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 16.

¹¹ Claro está, dentro de las limitaciones de este concepto en esa época de la historia.

pero los pensadores políticos, Platón y Aristóteles entre otros, consideraron que existían dos tipos de normas jurídicas. Las *normas tradicionales* que se atribuyen en su origen al legendario Solón (equivalente al legislador espartano Licurgo) quién estableció los principios básicos de la organización política, estaban incorporadas en las llamadas *nomoi*, que en su conjunto podían considerarse como *politeia*, o normas constitucionales en su sentido moderno.¹² Estas normas se diferencian de las disposiciones expedidas por la asamblea de los ciudadanos o *elesia*, las que recibían la designación de *psefismata*, y que en lenguaje contemporáneo podrían aproximarse a lo que ahora llamamos leyes ordinarias o secundarias. De acuerdo con esta división, se reconoció la primacía de las *nomoi* sobre las *psefismata*, y se establecieron instrumentos para evitar y, en su caso sancionar, la expedición de disposiciones normativas por la asamblea que fuesen contrarias a los principios tradicionales.¹³

En ese sentido, ya en la época del República romana,¹⁴ los funcionarios eran dobles, es decir: dos cuestores, ediles, censores, pretores y, especialmente, dos cónsules, ya que en estos últimos, estaban concentradas las facultades que ahora atribuimos al órgano ejecutivo, incluyendo el mando militar, todo ello con el objetivo de limitar y evitar que estos funcionarios abusaran del poder, ya que debían limitarse recíprocamente. Situación que fue evidente respecto a los cónsules, ya que conocidísimos son los episodios dramáticos en los cuales se enfrentaron estos magistrados, inclusive por medio de las armas, como ocurrió entre Mario y Sila y, posteriormente, entre Julio César y Pompeyo, y cuando uno de ellos triunfó sobre el otro, se instauró una dictadura autoritaria. Además, como sabemos, se creó el famoso tribunado de la plebe para defender los intereses que, de manera muy aproximada, podemos calificar de populares. El tribuno tenía la facultad de impedir la aplicación de las disposiciones legislativas

¹² *Cf.* Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la constitución*, 2ª ed., México, Fontamara, 2002, pp. 19-50 y 103-117. Con la diferencia sustancial del uso del alfabeto Griego.

¹³ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, pp. 16 y 17.

¹⁴ Tamayo y Salmorán, Rolando, *op. cit.*, pp. 117-129. El autor nos indica que Cicerón, había concebido a: “la constitución de la república, como la forma más perfecta de gobierno, creada por la experiencia política. Su análisis, su apología, su divulgación, se hizo indispensable, lo que se difundió con la mejor herramienta que produjo el genio romano: la jurisprudencia”.

contrarias a dichos intereses (*intercessio*), y de dar protección personal a los perseguidos por las autoridades (*ius auxilii*). Un ejemplo dramático fue el de los hermanos Gracos, que fueron asesinados por sus rivales por intentar una especie de reforma agraria.¹⁵

En la Edad Media también se impuso entre los pensadores políticos, muy influidos por las ideas religiosas, el criterio de que existía un derecho superior de carácter universal, el llamado *derecho natural*, que surgía de la naturaleza humana, como un reflejo de la revelación divina y se consideraba superior a las leyes expedidas por los monarcas (*ius civile*), ya fueran directamente o con la participación de los cuerpos legislativos estamentales en los que estaban representados los nobles y militares, el clero y los burgueses. Si bien los propios monarcas, se consideraban por encima de las disposiciones legislativas, que ahora calificaríamos de ordinarias, estaban cometidos a los preceptos del derecho natural, a tal punto que el tiranicidio se justificaba en casos extremos, cuando los gobernantes violasen gravemente dicho derecho superior e inmutable.¹⁶

Preocupación que renació en los siglos XVII y XVIII por conducto del “*jusnaturalismo racionalista* y de los enciclopedistas, que influyeron decisivamente en los creadores de los primeros textos constitucionales escritos”; es decir la Constitución Federal de Estados Unidos de 1787, y las constituciones francesas revolucionarias de 1791 a 1799, ya que con posterioridad a ellas se impuso el autoritarismo napoleónico.¹⁷

En dichos incipientes documentos se reflejaron estas ideas *jusnaturalistas*, con marcado énfasis en cuanto a los derechos fundamentales, anteriores y superiores a la organización política, cuyo principal y esencial objetivo era la tutela de esos

¹⁵ Véase las obras de Mommsen, Teodoro, *Compendio del derecho público romano*, Buenos Aires, Impulso, 1942, pp. 161-236 e *Historia de Roma*, trad. A. García Moreno, México, Helios, 1986, ts. V, VI y VIII, así como la obra de Asimov, Isaac, *La República Romana*, Madrid, Alianza, 2008, pp. 146-236.

¹⁶ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 18.

¹⁷ *Idem.*

derechos. Bajo la influencia más próxima del pensamiento de John Locke y de Carlos Luis de Secondat, Barón de Montesquieu, se introdujo con diversos matices, el principio de la división de la funciones (ya que solo hay un poder soberano: el pueblo), conocido como división de poderes, con el objeto de que, como lo sostuvo el segundo de dichos pensadores, “el poder limitase al poder”, o sea que las actividades esenciales del poder público debían depositarse en diversos órganos (Legislativo, Ejecutivo y Judicial) con el fin de que cada uno de ellos sirviese de peso y contrapeso a los demás.¹⁸

Antes de seguir adelante, permítaseme ampliar la explicación acerca de Francia, pero también de Inglaterra, pues de lo contrario esta historia quedaría incompleta en relación con el sistema de los Estados Unidos. Para estas dos naciones la *supremacía parlamentaria*, fue durante mucho tiempo su credo político, pues era considerada como la personificación de la voluntad democrática y por lo tanto se pensaba que era *immune al control judicial*, de ahí que sea importante entrar a su estudio. Esta fue la tradición y también el mito de Inglaterra desde su revolución de 1688 y la de Francia un siglo después, mito no compartido, por la revolución americana.

La razón histórica de esta diferencia fundamental, que se refleja en la profunda diferencia entre las versiones francesa-inglesa y americana de la *separación de poderes*, nos la explican los mismos independistas americanos, pues para ellos, la hegemonía parlamentaria tiene el odiado significado de hegemonía del parlamento británico, lo cual podría explicarse, porque los que hicieron la Constitución americana no estaban satisfechos con la democracia, ni siquiera teniendo un gobierno representativo, puesto que habían aprendido que también el Parlamento puede ser despótico: “La acumulación de todos los poderes, legislativos, ejecutivos y judiciales, en las mismas manos, sean éstas de uno, de pocos o de

¹⁸ *Ibidem*, p. 19.

muchos, hereditarias, autonombradas o electivas, puede decirse con exactitud que constituye la definición misma de la tiranía”.¹⁹

III. EL PENSAMIENTO DE MONTESQUIEU Y LA REVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL EN FRANCIA.

Volviendo a Europa, claro está, que cada una de esas dos naciones europeas tiene una historia diferente de la supremacía parlamentaria. En Francia habría que remontarla, en parte, a un rechazo popular profundamente sentido contra el abuso del oficio judicial por los altos tribunales de justicia bajo el Antiguo Régimen. Esos tribunales, cuyo nombre era irónicamente el de *Parlamentos*, imponían su poder de revisión sobre los decretos del soberano, rehusando aplicar aquellos que eran incompatibles con las *leyes fundamentales del reino*. La interpretación que daban aquellos tribunales a esas leyes fundamentales, generalmente no escritas, condujo a los tribunales a afirmar la *heureuse impuissance* del legislador para introducir reformas liberales por menores que fueran. Aquellos jueces estaban tan profundamente arraigados en el régimen feudal que encontraban inaceptable cualquier innovación liberal. Su oficio era hereditario y podía ser comprado o vendido, su actividad debía ser pagada por cada litigante, como si fuese un privilegio el impartir justicia y no un deber. Su *status*, su educación y sus intereses personales, de familia y de clase formaban un conjunto que motivaba su actitud extremadamente conservadora, pues bien, esa línea de actuación, consistente en la defensa de los privilegios de la nobleza y el rechazo a todo cambio de administración, contribuyó finalmente a provocar la explosión revolucionaria.²⁰

El sentimiento popular en contra de los Parlamentos estaba perfectamente justificado, y esta justificación se refleja, aunque en forma velada, pero no por eso no menos cierta y ejemplificativa, en el tan celebrado trabajo *De l'esprit des loix*, publicado por primera vez en 1748 por alguien que cuando hablaba de los jueces

¹⁹ Hamilton et al., *El Federalista*, 2a ed., trad. Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, Cap. XLVII, pp. 204 y 205.

²⁰ Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 1, p. 20.

de su época y de su país sabía demasiado bien de lo que hablaba. Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède y de Montesquieu, descendiente de una antigua familia de jueces *parlementaires*, era a la edad de veintisiete años, *Président á mortier* en el Parlamento de Guyena en Burdeos, al haber heredado el alto cargo judicial, así como el nombre de Montesquieu de su difunto tío, calidad de magistrado que cumplió con eficacia, pero sin brillo especial, sin embargo, lo cierto es que Montesquieu desde ella, también pudo verlo todo, juzgar de todo y llegar sin esfuerzo al fin de su camino.²¹

Derivado de lo anterior y dado el carácter de los jueces de su tiempo, es muy comprensible que un ilustrado Montesquieu predicase que los jueces no deberían tener ningún poder político:

No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.²²

Incluso para él, podría ocurrir que la ley, que es al mismo tiempo *previsora* y *ciega*, fuese, en casos dados, excesivamente rigurosa, y que aun entonces no deben intervenir los jueces sino el legislador. A los jueces les corresponde únicamente el deber de aplicar ciegamente la ley, porque, “*los jueces de una nación no son sino la boca que pronuncia las palabras de la ley*”, seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de la ley.²³

Para Montesquieu, el “Estado no despótico debería caracterizarse, por ser el sistema que gobierna sobre la base y sujeción a leyes fijas y preestablecidas”,²⁴

²¹ Daniel Moreno, “Estudio preliminar”, en Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, 16ª ed., trad. de Nicolás Estévanez, México, Porrúa, 2005, pp. XI y XII.

²² Montesquieu, *op. cit.*, p. 146.

²³ *Ibidem*, p. 151.

²⁴ *Ibidem*, p. 9.

pues el Estado debería regirse por *leyes fundamentales*²⁵ “que si son terminantes, el juez la sigue; si no lo son, busca su espíritu”.²⁶

De este modo, aunque Montesquieu, a diferencia de Locke, enumeró al poder judicial como uno de los *tres poderes*, que se situaba después de los poderes legislativo y ejecutivo,²⁷ también dejó en claro que el tercer poder, el judicial, no lo debe ser en absoluto y debe contar con limitaciones.²⁸

Cualquiera que haya sido la verdadera influencia de Montesquieu, sobre la revolución francesa, esta idea se iba a convertir en parte central de su ideología. La Revolución proclamó como uno de sus primeros principios la absoluta supremacía de la ley instituida por el cuerpo legislativo como representantes del pueblo, mientras degradaba lo judicial hasta lo que se consideraba como labor puramente mecánica de aplicación de esa ley a casos concretos. Como es de suponer, también la fe en la infalibilidad de la ley como expresión de la voluntad general, expresada por Rousseau, encontró su triunfo en esta idea revolucionaria.²⁹

Por supuesto que la estricta separación, al *estilo francés*, de los poderes gubernamentales, ya sea o no verdaderamente inspiración de Montesquieu, estaba muy alejada del tipo de separación de poderes que la Constitución de los Estados Unidos de América adoptó casi simultáneamente. La separación de poderes se describe mejor en los Estados Unidos como un sistema de frenos y balances³⁰ (*checks and balances*); tanto en este país como en Inglaterra, había otra clase de tradición judicial, en la que los jueces habían constituido a menudo una fuerza progresista al lado del individuo contra el abuso del poder gobernante,

²⁵ *Ibidem*, p. 15.

²⁶ *Ibidem*, p. 71.

²⁷ *Ibidem*, p. 145.

²⁸ *Ibidem*, p. 147.

²⁹ Véase Rousseau, Jean Jacques, *El Contrato Social o Principios de Derecho Político*, 2ª ed., trad. de Rafael Rutiaga, México, Ed. Tomo, 2005, p. 49.

³⁰ Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, 2ª ed., trad. de Carlos Sierra, México, Ed., Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 41.

no existía el temor a la intervención judicial en la elaboración de las leyes y la administración. En definitiva el poder judicial no fue uno de los blancos de la Revolución estadounidense, como lo fue en Francia.³¹

Siguiendo este sistema de frenos y balances, el derecho común desarrollo la doctrina de *estare decisis*, es decir, el poder y la obligación de los tribunales de basar sus decisiones en decisiones anteriores,³² mediante la cual se les reservaba un papel extremadamente importante de revisión de las acciones tanto legislativas como administrativas.

La separación de poderes al estilo francés, por el contrario, llevaba aparejada que el poder judicial asumiese un papel totalmente subordinado y en todo caso estrictamente separado del papel y las actividades de las ramas políticas; aún así, pronto se comprobó que era la fuente de dificultades tan serias como las que se habían intentado resolver. La historia del Derecho de Francia a través de la mayor parte del siglo XIX es una continua ilustración de estos problemas, así como de los denodados esfuerzos para encontrar soluciones nuevas y más apropiadas a estos problemas. El reducir la función judicial a máquina automática, ciega e *inanimada* que aplique las leyes a los casos individuales es olvidar la realidad, el hecho de que no existe ninguna norma, ley o código que sea tan claro y completo que permita una única interpretación correcta, como se sabe, los sistemas jurídicos no contienen *respuestas correctas únicas*, toda vez que, esencialmente, las fuentes del Derecho son sólo la materia prima del ejercicio jurisdiccional mediante el que se va creando el llamado derecho en acción. La legalidad, como dice Alejandro Nieto, se complementa con el arbitrio judicial, pues:

...debe quedar en claro que no se trata de ofrecer un sistema de arbitrio como alternativo a un sistema de legalidad, ya que con los dos no puede formarse un dilema, si no que ambos se integran formando una unidad inescindible, de tal manera que tan falso e incompleto es un principio de arbitrio que prescinde de la

³¹ *Ibidem*, p. 42.

³² *Ibidem*, p. 53.

legalidad como un principio de legalidad que prescinde del arbitrio. La razón de lo anterior es que la legalidad necesita del arbitrio para ser efectiva tanto como el arbitrio necesita de la legalidad para ser lícito.³³

Más importante aún es que los enfoques de Rousseau y Montesquieu, tal y como se aplicaron en la legislación francesa revolucionaria, mientras intentaban proteger de la tiranía, dejaron abierta las puertas a las tiranías de los poderes legislativo y ejecutivo, ya que el poder judicial no podía ejercer ningún control sobre las acciones legislativas y administrativas.³⁴

Esto significaba que los legisladores y los administradores públicos estaban exentos de todo control por una tercera rama independiente, no política o por lo menos, menos comprometida políticamente. Por supuesto se podían nombrar controles *internos*, como así se hizo. Pero la historia, y en este caso la historia ha sido pocas veces feliz, ha probado que, para ser efectivos, los controles de las ramas políticas difícilmente pueden llevarse a cabo *desde dentro*. Un poder ejecutivo eficiente está jerarquizado; en su nivel superior, difícilmente permitirá un control interno independiente; y esto no es menos cierto en el caso de un poder legislativo que se considera a sí mismo como supremo.

No sorprenderá, pues, a nadie el que todos los sistemas pasados y presentes de control político, no judicial, como los conocidos en Francia con las Constituciones de 1799, 1852 y 1945, y los adoptados por la mayoría de los países comunistas hayan resultado ser totalmente ineficientes, al respecto debe decirse, que la mayor parte de las constituciones del este de Europa y de otros países en su momento socialistas, confiaban el control de la constitucionalidad de la legislación al soviet supremo, entendido este como consejo popular u órgano colectivo.³⁵ Un ejemplo claro, es el soviet supremo de la URSS, el cual era

³³ Nieto, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ed., Ariel, 2000, p. 203.

³⁴ Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 1, p. 25.

³⁵ Becerra Ramírez, Manuel, "Rusia, la Revolución Bolchevique y la Perestroika", en Arredondo Ramírez, Vicente (coord.), *Ciudadanía en movimiento*, México, Universidad Iberoamericana, Fundación Demos, Instituto de Análisis y Propuestas Sociales, 2000, p. 198, nota 1.

presidido por el Secretario General del Partido Comunista de la Unión Soviética (PCUS), es decir había una relación estrecha entre Partido y Administración Pública que hacía difícil delimitar a una y otra institución³⁶ y por lo tanto controlarla. A decir verdad y de acuerdo con las Constituciones Soviéticas de 1918, 1922, 1936 y finalmente la Constitución de 1977 consagraba todo su capítulo 7 a las garantías, a los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos, poniéndose a la vanguardia del mundo ya que garantizaba y rebasaba en algunos casos los derechos que tradicionalmente se concedía a los ciudadanos en otros países, únicamente equiparable en ese sentido con la constitución mexicana.³⁷

Aunque hay que aceptar que como en el caso mexicano, algunos de esos derechos fundamentales se cumplían, en otros, eran meramente retóricas, sobre todo, cuando se trataba de libertades personales y de participación política, en la realidad esos derechos fundamentales no se cumplían, una de las explicaciones de carácter formal es que la ciudadanía no tenía acceso a mecanismos de control de la constitucionalidad, además, no se contaba con una estructura jurídica que regulara lo que la doctrina ahora llama derechos fundamentales que la Constitución otorgaba a los ciudadanos soviéticos,³⁸ es decir no contaba con un órganos jurisdiccionales ni con garantías, entendidas estas últimas como los mecanismos de control de la constitucionalidad y por lo tanto no existía un sistema de pesos y contrapesos, ni de división de poderes.

Pues bien la lección tuvo que ser aprendida. Un control efectivo de los grupos políticos se debe llevar a cabo *desde fuera*: debe ser confiado a personas y órganos suficientemente independientes de aquellos a los que se controla.³⁹

³⁶ *Ibidem*, p. 209

³⁷ *Ibidem*, pp. 214 - 215.

³⁸ *Ibidem*, p. 219.

³⁹ Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 1, p. 26.

El siglo pasado, sin embargo, iba a brindarnos otra enseñanza: el que la idea de Rousseau sobre la infalibilidad de las leyes parlamentarias no era sino otra ilusión, por cuanto que también el poder legislativo puede cometer excesos y no sólo el administrativo; esa posibilidad de abuso legislativo ha crecido enormemente con el crecimiento histórico de la legislación en el Estado moderno; y también que las asambleas legislativas pueden subordinarse a un poder político incontrolado, o que las dictaduras mayoritarias o legislativas pueden ser tan opresoras como una dictadura del ejecutivo. Basta con recordar cómo la legislación fascista privó a los judíos y otras minorías de sus derechos más fundamentales. Esta es la razón por la cual Italia, Austria y Alemania al salir de la ruina moral y material de la perversión política, de la dictadura y de la derrota, se volvieron hacia la *justicia constitucional*, tal y como se ha explicado antes, para crear un nuevo tipo de control que se sumase al más tradicional de la *justicia administrativa*. De esta manera, trataron de limitar y controlar el poder de la legislatura y de las mayorías legislativas, dentro del esquema de una nueva norma constitucional hecha vinculante por la enjuiciabilidad constitucional.⁴⁰

De este modo la Constitución francesa y más particularmente su declaración de derechos que incluye por referencia la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 se ha convertido plenamente por primera vez en un documento legalmente vinculante y judicialmente protegido.

IV. EL PENSAMIENTO DE JONH LOCK Y LA REVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL EN INGLATERRA.

Ahora bien y como previamente se había anunciado, Inglaterra se presenta ante nosotros con una historia muy diferente. Por un lado, a diferencia de lo ocurrido en Francia con el *ancien régime*, en Inglaterra no hubo pasiones hondamente sentidas en contra de la judicatura, cuyo papel histórico en la protección de las libertades individuales ha gozado, siempre de un amplio

⁴⁰ *Ibidem*, p. 27.

respeto.⁴¹ Esto puede explicar el porqué la revisión judicial de la actuación *administrativa* nunca ha tropezado con serios obstáculos en Gran Bretaña. En Inglaterra, la doctrina de la separación de poderes nunca fue totalmente adoptada en su *versión francesa*, es decir, la versión que implicaba la prohibición de toda *interferencia* de los tribunales no sólo con la rama legislativa sino también con la administrativa. Por otro lado, la revolución inglesa de 1688 establecía tajantemente la supremacía absoluta del Parlamento que según el proverbio: “puede hacer cualquier cosa excepto transformar un hombre en mujer o a una mujer en hombre”, situación que también ha quedado rebasada.

Desestimando precedentes judiciales, como el emblemático caso del doctor Thomas Bonham, resuelto por el juez Edward Coke, hace más de 400 años; precedente que se ha considerado el origen de lo que posteriormente se convertiría en el principio de supremacía constitucional y del control judicial de la Constitución.⁴²

En este famoso caso de 1610 se inaplicó, por el juez presidente de la *Court of Common Pleas* (Tribunal de Agravios Civiles o Comunes), una ley por contravenir los principios superiores que se crean por la fuerza de los precedentes de los tribunales. El juez Coke tiene en consideración varios precedentes judiciales para establecer la doctrina por la cual los principios del *common law* se encuentran por encima de los actos de la Corona y el Parlamento, en donde deriva la posibilidad de los jueces de controlar las leyes cuando sean contrarias a tales principios y a la razón, o sean incompatibles o imposibles de ejecutarse, pudiendo declararlas inválidas en ciertas circunstancias.⁴³

⁴¹ Merryman, John Henry, *op. cit.*, pp. 72 y 73.

⁴² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”, en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, Colegio Nacional-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 151 y 152.

⁴³ *Idem.*

Aunque sabemos que el caso Bonham, puede ser interpretado de otra forma diversa a la doctrina mayoritaria,⁴⁴ los hechos consisten de manera sucinta y en lo que interesa, en que el doctor Bonham fue multado y encarcelado por haber incumplido una decisión del Real Colegio de Médicos de Londres (*Royal College of Physicians*), que le había prohibido ejercer la profesión en dicha ciudad. Bonham presentó una acción por arresto falso o indebido (*false imprisonment*) ante el Tribunal de Agravios Civile, alegando fundamentalmente que podía ejercer su profesión debido al título que tenía de la Universidad de Cambridge, que lo acreditaba en el conocimiento necesario para ejercer su profesión. La resolución que se aprobó por mayoría de votos, estimó que las facultades del Colegio para sancionar, se refiere a las faltas negligentes de los médicos y no al ejercicio sin licencia otorgada por dicho Colegio; de tal manera que se estimó, entre otras cuestiones, que la ley (carta emanada por Enrique VIII y convertida luego en Ley por el Parlamento) que permitía al *Royal College* para multar y ordenar arrestos, contravenía principios del *common law*, ya que las sanciones que aplicaba beneficiaban al propio peculio del Colegio (recibiendo los censores la mitad de la multa), por lo que nadie puede ser juez y parte de su propia causa.⁴⁵

⁴⁴ Rey Martínez, Fernando, "Una relectura del *Dr. Bonham's case* y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la *Judicial Review*", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldivar Lelo de la Larrea (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, t. I. pp. 847-866. En donde el autor, contrapone las ideas de Pluncknett (1926) y Thorne (1938), inclinándose por las de este último, donde intenta demostrar cómo el *Bonham's case* puede ser interpretado desde otra clave distinta a la mayoritaria "de modo que, admitido que influyó en el proceso norteamericano de gestación del control de constitucionalidad de las leyes, podría considerarse, a la vez, que esto no tuvo necesariamente que ser así. En otras palabras, del *Bonham's case* no se deriva por fuerza la idea de que Coke creyera en la existencia de una norma superior, a partir de la cual sería posible (e incluso necesario) juzgar la validez de las leyes". A más de argumentar que el juez Coke, anticipo principios fundamentales posteriores del derecho sancionador en un Estado de derecho: "el principio de legalidad penal, por ejemplo, o la consideración del derecho penal, o la consideración del derecho penal como última *ratio* del Estado para imponerse y su consecuente ámbito mínimo de aplicación, o el principio de proporcionalidad de las penas". Para el autor, Coke es uno de los grandes jueces ingleses, garantes de la libertad frente a las privaciones arbitrarias, característico del constitucionalismo británico. Y, que, como nos indica se apoya en el trabajo de Cook, Harol J., "Againts Common Right and Reason: de College of Physicians v. Dr. Thomas Bonham", *Law, Liberty and Parliament: Selected Essays on the Writings of the Sir Edward Coke* (edited by Allen D. Boyer), Indianápolis, 2004, pp. 127 y ss.

⁴⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, p. 152 y 153.

Si bien la limitación del poder en general se remonta en la Grecia antigua, esa sentencia marco un nuevo paradigma, para limitar el poder del Parlamento; se creó la doctrina que otorga poderes a los jueces para controlar leyes contrarias al *common law*, a manera de un *higher law*, teniendo aceptación durante la vida del juez Coke. Posteriormente a su fallecimiento (1634), sus documentos y escritos fueron confiscados por orden de Carlos I, cediendo terreno esta práctica en los años posteriores, hasta que se impusiera en definitiva la supremacía parlamentaria a partir de la Revolución de 1688.⁴⁶ La hegemonía parlamentaria tuvo como consecuencias la imposibilidad de revisar la legislación parlamentaria, la *omnipotencia* de la ley positiva (estatutoria) y la falta de autoridad judicial para controlar la *validez* de la ley.

Así como el sello francés de la falta de poder de los tribunales puede encontrar en Montesquieu a su más autorizado teórico, aunque no sea inequívoco, puede considerarse que el gran pensador y teórico liberal de la gloriosa revolución, John Locke, tuvo un papel similar en Inglaterra. Aunque se le asocia frecuentemente con la doctrina histórica de la separación de funciones o poderes, Locke ni siquiera consideró a lo judicial como *poder* o como grupo por separado.⁴⁷ Y en realidad no lo es, porque como nos indica este autor, el llamado poder judicial y el poder ejecutivo, tienen una misma finalidad, que es aplicar las leyes, pues todo es una hacer leyes o aplicarlas, así, en su tricotomía, “los dos poderes derivados o inferiores del poder ejecutivo son el ejecutivo y el federativo”, consistentes y:

...aún siendo realmente distintos en sí mismos porque el uno comprende la ejecución de las leyes interiores de la sociedad sobre sus partes, y el otro el manejo de la seguridad de intereses públicos en el exterior, con la consideración de cuanto pudiere favorecerles o perjudicarles, se hallan sin embargo, casi siempre unidos. Y aunque este poder federativo pueda ser, en su manejo bueno o malo de extraordinario momento para la república, es harto menos capaz de obedecer a las leyes positivas permanentes y antecedentes que el ejecutivo; y así

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de José Carner, México, Porrúa, 1997, p. 87.

precisa fiar a la prudencia y sabiduría de aquellos en cuyas manos se halla que atentos al bien público lo dirijan.⁴⁸

Luego, cabe preguntarse de dónde vienen esas leyes positivas permanentes, a lo que Lock manifiesta:

El fin sumo de los hombres, al entrar en sociedad, es el goce de sus propiedades en seguridad y paz, y el sumo instrumento y medio para ello son las leyes en tal sociedad establecidas, por lo cual la primera y fundamental entre las leyes positivas de todas las comunidades políticas es el establecimiento del poder legislativo, de acuerdo con la primera y fundamental ley de la naturaleza que aun al poder legislativo debe gobernar.⁴⁹

Considerando al poder legislativo, como el *sumo poder* de la comunidad política, que permanece sagrado e inalterable en las manos en que lo pusiera la comunidad,⁵⁰ el cual:

En todos los casos en que el gobierno subsistiere, el legislativo será el supremo poder. Porque quien a otro pudiere dar leyes le será obligadamente superior; y puesto que el legislativo sólo es tal por el derecho que le asiste de hacer leyes para todas las partes y todos los miembros de la sociedad, prescribiendo normas para sus acciones, y otorgando poder de ejecución si tales normas fueren transgredidas, fuerza será que el legislativo sea supremo, y todos los demás poderes en cualesquiera miembros o partes de la sociedad, de él derivados y subordinados suyos.⁵¹

Para Lock este poder está magnificado como “el alma que da forma, vida y unidad a la Commonwealth”.⁵² Aunque lo *legislativo* de Locke estaba dirigido a

⁴⁸ *Ibidem*, p. 88.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 79.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ *Ibidem*, p. 92.

⁵² *Ibidem*, pp. 77 y 78. De acuerdo con el traductor: “la Commonwealth equivale al sentido clásico de república; y empleo dicho término el Parlamento inglés para el régimen que sucedió a Carlos I”.

expresar y hacer cumplir “las eternas e inmutables leyes de la naturaleza”, que son halladas por la razón, y no creadas⁵³, observándolo como un tercer poder bajo el cual debe regirse el poder legislativo:

Otro poder existe en cada república, al que pudiera llamarse natural, porque es el que corresponde al poder que cada hombre naturalmente tuvo antes de entrar en sociedad. Porque aunque en una república sean sus miembros personas distintas, todavía, cada cual relativamente al vecino, y como tales les gobiernan las leyes de la sociedad, con todo, con referencia al resto de la humanidad forman un solo cuerpo, exactamente como cada uno de sus miembros se hallaba cuando en estado de naturaleza convivía con el resto de los hombres; de suerte que las contiendas sucesivas entre cualquier hombre de la sociedad con los que estuvieren fuera de ella se hallan a cargo del público, y un agravio causado a un miembro de este cuerpo compromete a los demás en su reparación. De suerte que, así considerada, toda la comunidad no es más que un cuerpo en estado de la naturaleza con respecto a los demás estados a personas no pertenecientes a ella.⁵⁴

Y aunque apuntó que:

...falta en el estado de naturaleza un juez conocido e imparcial, con autoridad para determinar todas las diferencias según la ley establecida. Porque en tal estado, siendo cada uno juez y ejecutor de la ley natural, con lo parciales que son los hombres en lo que les toca, pueden dejarse llevar a sobrados extremos por ira y venganza, y mostrar excesivo fuego en sus propios casos, contra la negligencia y despreocupación que les hace demasiado remisos en los ajenos.⁵⁵

⁵³ *Ibidem*, pp. 73 y 75.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 88.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 74.

No vio a lo judicial como el ejecutor autorizado y privilegiado de esos límites de la ley natural de la voluntad legisladora.⁵⁶ La doctrina de Locke rechazaba de modo terminante la revisión judicial, pues para él, lo anterior, sería como equivalente, poner *al poder judicial por encima del legislativo, lo que sería inimaginable y subersivo de todo gobierno.*

A diferencia de lo que ocurrió con Francia, esto no es historia antigua en Inglaterra. La hegemonía parlamentaria está todavía afianzada como principio básico, la *Grundnorm*, en la Constitución no escrita de ese país. Pero se han abierto importantes brechas en los tricentenarios muros de este principio, tanto en la soberanía parlamentaria inglesa como en el resto de las soberanías parlamentarias de todo el mundo.

Una primera *brecha en los muros* la abrió el *derecho comunitario*, pues como es sabido, desde 1973 el Reino Unido se convirtió en miembro de pleno derecho de la Comunidad Europea, que tiene como uno de sus rasgos distintivos el que se le han confiado poderes para promulgar leyes en una amplia variedad de áreas, particularmente económicas, pero también de contenido social.⁵⁷ Además esta soberanía parlamentaria, adquiere ciertos matices, a partir del Decreto de Derechos Humanos de 1998 (*Human Rights Act*), que permite otorgar mayor efectividad a los derechos humanos establecidos en la Convención Europea de Derechos Humanos.⁵⁸

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 79 a 89. Para Lock los hitos que le daban confianza y limitaban al poder legislador, puestos en ellos por la sociedad, la ley de Dios y la naturaleza, en cualquier forma de gobierno consistían en: Primero: Deberán gobernarse por leyes sancionadas y promulgadas, no en caso particular alguno alterable, sino regla única para el rico y el pobre, el favorito de la corte y el labrador en su labranza. Segundo: Dichas leyes serán designadas sin más fin postrero que el bien popular. Tercero: no impondrán tasas la hacienda de las gentes sin el consentimiento de ellas, dado por sí misma o por sus diputados. Y eso en realidad concierne exclusivamente a los gobiernos en que el poder legislativo no sufra interrupción, o al menos en que el pueblo no haya reservado parte alguna del legislativo a diputados de tiempo en tiempo escogidos por sí mismos. Cuarto: El poder legislativo no puede ni debe transferir la facultad de hacer leyes a nadie más, ni trasportarlo a lugar distinto del que el pueblo hubiere determinado.

⁵⁷ Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 1, p. 32.

⁵⁸ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, pp. 153 y 154.

Lo anterior ha sido posible gracias a la sencilla fórmula de que en el Reino Unido, la regla general, es que los tratados en los que forma parte, no tienen efecto en las leyes locales a menos que un decreto parlamentario incorpore el tratado dentro de la ley local. Además, la Corte Europea de Justicia estableció la primacía de la ley de la Comunidad Europea sobre la ley local, diez años antes de que el Reino Unido tuviera acceso a la Comunidad Europea en 1973. Estos dos factores hicieron que el Parlamento del Reino Unido tuviera una representación apropiada para hacer posible su membresía en la Comunidad Europea y que el decreto de 1972 para las Comunidades Europeas fuera realizado para ese fin. Dos aspectos del decreto son importantes para lo que aquí interesa: primero, el decreto estipula que los instrumentos legales de la Unión deben tener efecto en la ley local sin la necesidad de una legislación específica; y segundo, establece que ninguna promulgación aprobada o por ser aprobada debe ser interpretada o tener efecto sujeta a la ley de la Unión Europea.⁵⁹

V. LA SUPREMACÍA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN NORTEAMERICANA: HACIA EL CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO.

Ahora bien la doctrina del juez Coke fue retomada por las colonias americanas, donde las *Charters* tenían prevalencia sobre las legislaturas de esas colonias, de tal manera que los jueces declaraban nulos los actos provenientes de éstas. Incluso, antes del caso *Marbury vs. Madison* (1803). En el caso *Holmes vs. Walton* de 1780, se resolvió sobre la inconstitucionalidad de un estatuto local, lo que provocó que la legislatura aceptara el criterio procediendo a su reforma. También en el caso *Commonwealth vs. Caton*, de 1782,⁶⁰ el juez Wythe, quien fuera Maestro de Marshall y que integraba el tribunal de apelación de Virginia, entendía ese poder de los jueces sobre la legislatura si traspasaba los límites que el pueblo

⁵⁹ Jolowicz, John Anthony, "El control judicial de las leyes en el Reino Unido", en Ferrer MacGregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de la Larrea (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, t. I, p. 787.

⁶⁰ Capelletti, Mauro, *Obras: La justicia constitucional y Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa, 2007, pp. 53 y 54.

le ha impuesto en la constitución,⁶¹ que constituyó el paradigma de la doctrina de la *judicial review of legislation*, consolidada muchos años después, existieron más de veinte casos de inconstitucionalidad de leyes estatales entre 1787 y 1803, como lo advierte el destacado jurista García de Enterría.⁶²

De ahí que Cappelletti sostuviera que dicho control judicial es producto de una evolución histórica, que advierte como fenómeno universal, tanto en el *common law* como en el *civil law*, distinguiendo tres etapas o épocas a manera de dialéctica hegeliana: primero la etapa de la *justicia natural*, donde los actos del monarca y del parlamento eran combatidos por principios superiores no escritos de derecho natural, a manera de *higher law*; luego, con la Gloriosa Revolución inglesa y la Revolución francesa un siglo después, viniera la etapa de la *justicia legal*, donde prevaleciera el *principio de legalidad*, para después conjugar ambas ideologías en el periodo de la *justicia constitucional*, a través de los mecanismos para garantizar las constituciones.⁶³

Como bien señala García de Enterría:

El principio limitativo del poder y de definición de zonas exentas o de libertad individual es, en efecto, un principio esencial del constitucionalismo. Por una parte, porque la libertad es consustancial a la idea misma del poder como relación entre

⁶¹ Véase la nota 7 de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, p. 154.

⁶² García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª. ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 50-55.

⁶³ Capelletti, Mauro, *Obras: La justicia constitucional y Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, *op. cit.*, pp. 199-201 y “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la “Justicia Constitucional””, *op. cit.*, p. 46, en donde el autor nos indica: “el constitucionalismo moderno, con sus ingredientes básicos una declaración de derechos y libertades civiles y su aplicación judicial, es el único intento realista de llevar a la práctica los valores de la ley natural en nuestro mundo real. En este sentido, nuestra época es *la de la ley natural*, si alguna lo es. Para ser más exacto, diría que el constitucionalismo moderno es el intento de superar el contraste varias veces milenario entre ley natural y ley positiva, es decir, el contraste entre una ley inalterable, no escrita, arraigada en la naturaleza o la razón y una ley temporal escrita por un legislador concreto de cierto tiempo y lugar. Las Constituciones modernas, con sus declaraciones de derechos y la revisión judicial son los elementos de una «más alta ley positiva» hecha vinculante y aplicable: representan una síntesis —hegeliana— de una especie de positivismo legal y ley natural; son el reflejo del más sofisticado intento jamás ideado de *positivizar* valores sin hacerlos absolutos ni abandonarlos a los cambiantes caprichos de las mayorías temporales.”

hombres; el concepto de un poder absoluto o ilimitado es intrínsecamente contradictorio, puesto que nadie puede estar sometido íntegramente a otro semejante sin negar su propia esencia humana, sin cosificarse. Todo poder social es, y no puede dejar de ser, si ha de respetarse a los hombres sobre los que se ejerce, esencialmente limitado. Resulta, por ello, imprescindible que en el momento de fundar o constituirse un poder se defina su campo propio y, consecuentemente, sus límites.⁶⁴

Exigencia que se robustece cuando la Constitución se presenta como una decisión del pueblo entero, como un *contrato social*. Rousseau observó como es bien sabido, que se trata de una *forma de asociación*, que *defiende y protege con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado* y por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedece sin embargo, más que así mismo.

Así y como se ha venido explicando, las ideas de Locke y Montesquieu sobre la división del poder sirven para el establecimiento de los derechos fundamentales y la limitación del poder en el constitucionalismo contemporáneo. Se consagra así el principio de supremacía constitucional en el artículo VI, párrafo segundo, de la Constitución de los Estados Unidos de 1787.⁶⁵ Esa es la innovación y gran aportación americana, “plasmarse en una Constitución escrita ese parámetro normativo superior que decide la validez de las leyes del Parlamento”.⁶⁶

Al comentar Hamilton este principio en *El Federalista* (1780), sostiene que la Constitución es de hecho una ley fundamental, debiendo ser así considerada por los jueces, ya que a ellos pertenece, determinar su significado, así como el de

⁶⁴ García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, p. 46.

⁶⁵ La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en su artículo VI, párrafo segundo, establece lo siguiente: “Esta Constitución y las Leyes de los Estados Unidos que en Virtud de ella sean creadas; y todos los Tratados previamente celebrados o que se celebren bajo la Autoridad de los Estados Unidos serán la Ley suprema de la Nación; y los Jueces de cada Estado estarán obligados a acatarla, aun cuando hubiere alguna Disposición en Contrario en la Constitución o en las Leyes de cualquier Estado.” Véase, Peltason, J.W. (ed.), *Sobre Estados Unidos: la Constitución de los Estados Unidos de América con notas explicativas adaptadas de The World Book Encyclopedia*, E.U.A., Departamento de Estado de los Estados Unidos, 2004, p. 30 en: http://www.usembassy-mexico.gov/bbf/le/constitution_sp.pdf (consultado el 25 de abril de 2013).

⁶⁶ García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, p. 53.

cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo, y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia “debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios”.⁶⁷ Asimismo Hamilton reflexionaba sobre el derecho de los tribunales a declarar nulos los actos del Poder Legislativo con fundamento en que son contrarios a la Constitución, señalando que:

Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por la última de preferencia las primeras. Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son.⁶⁸

Más aún para Hamilton si los tribunales de justicia debían ser considerados “como baluartes de una Constitución limitada, en contra de las usurpaciones legislativas”, esta consideración suministraría “un argumento sólido en pro de la tenencia permanente de las funciones judiciales, ya que nada contribuirá tanto como esto a estimular en los jueces ese espíritu independiente que es esencial para el fiel cumplimiento de tan arduo deber.” Es decir, se dejaba en claro que la supremacía de la Constitución más la suma de la independencia judicial, son necesarios para proteger a la Constitución y a los derechos fundamentales, contra cualquier acto legislativo contrario a la Constitución.⁶⁹

Lo anterior sumado a lo previamente señalado por el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, aprobada por la Asamblea Constituyente francesa en 1789, nueve años después de las reflexiones de Hamilton, establecería una idea toral del constitucionalismo: “Toda sociedad en

⁶⁷ *Hamilton et al., op. cit.*, cap. LXXVIII, p. 332.

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ *Ibidem*, p. 333.

la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene Constitución”. Ahí encontramos las dos columnas de hierro del constitucionalismo actual: la garantía de los derechos y la separación de poderes. Aunque en realidad y como sostiene Aragón:

...ya no hay dos objetivos que la Constitución deba cumplir sino uno, puesto que sólo de una manera (mediante el Estado Constitucional) puede el poder organizarse para preservar la libertad, El único fin de la Constitución es, pues, la libertad (la libertad de igualdad); la división de poderes es sólo una “forma” de asegurarla.⁷⁰

Es en este contexto histórico, es que el juez Marshall dicta su famoso fallo de 1803. El principio de supremacía constitucional es la fuente de su razonamiento, al otorgar la potestad a los jueces de realizar un control sobre las leyes inconstitucionales, de tal manera que “una ley contraria a la Constitución es nula y que los tribunales, además de los demás poderes, están sometidos a la Constitución”,⁷¹ Marshall estima inconstitucional y, por tanto, inválida la *Judiciary Act* De 1789, sin embargo ocurrió lo mismo que con la doctrina del juez Cock, pues esta no volvió a utilizarse en la Corte Suprema de los Estados Unidos en vida de Marshall, sino hasta más de medio siglo después, con el *Chief Justice* Roger B. Taney, en el Malogrado caso *Dred Scott vs. Sandford* de 1857, como lo observa, el hoy juez interamericano Eduardo Ferrer Mac-Gregor.⁷²

Es así, que en Europa, en donde existía la desconfianza y el temor del gobierno de los jueces, que el panorama empieza a cambiar, a partir de las Constituciones rígidas de la segunda posguerra y con la consolidación de los tribunales constitucionales. Como lo significara el destacado jurista Luigi Ferrajoli, se viene a complementar el paradigma del Estado de derecho, sometiendo

⁷⁰ Aragón, Manuel, “La constitución como paradigma”, en Carbonell, Miguel, (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 30 y 31.

⁷¹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, p. 157.

⁷² *Idem*, Véase la nota 19.

también al legislador a la Constitución y trasformando así el viejo Estado de derecho en un “Estado constitucional de derecho”.⁷³

De esta forma, el principio de la supremacía jurídica de la Constitución, en esta nueva etapa evolutiva, se ha convertido en el rasgo más significativo del Estado Constitucional de derecho y el control de constitucionalidad las leyes una de sus expresiones más destacadas, o como lo expresara el destacado jurista Aragón al manifestar que:

Solo es Constitución “normativa” la Constitución democrática, y sólo a partir de ella puede configurarse el Estado constitucional como forma política, o el Estado de derecho como Estado Constitucional. De ahí que sólo en el Estado constitucional así concebida la teoría del control se presente como parte inseparable de la teoría de la Constitución, precisamente porque ambos términos, control y Constitución, se encuentran allí indisolublemente enlazados.⁷⁴

Sin embargo la supremacía jurídica de la Constitución:

...no es algo que deba presuponerse por su simple reconocimiento en el texto constitucional, sino que sólo existe en aquellos sistemas donde venga efectivamente realizada, lo que suele suceder cuando se reconoce la *rigidez* de la Constitución, es decir, cuando se establece un sistema de revisión constitucional especialmente reforzado o en todo caso más complejo que la tramitación legislativa ordinaria, y (sobre todo) cuando se establece un sistema de control de constitucionalidad de la ley y otros actos del poder.⁷⁵

⁷³ Ferrajoli, Luigi y Atienza, Manuel, *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho*, México, UNAM, 2005, pp. 87-90.

⁷⁴ Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM, 2002, pp. 82 y 83.

⁷⁵ Gascón Abellán, Marina, “Justicia constitucional: la invasión de lo político”, en Ferrer MacGregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de la Larrea (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, Marcial Pons, 2008, t. I. p. 688.

Así, puede entonces decirse por ello que, en la caracterización tradicional del constitucionalismo, supremacía de la Constitución y justicia constitucional son también conceptos inextricablemente unidos.

Dando paso a la denominada “democracia constitucional”, que nace de la idea de constitución rígida y el método democrático que integra un conjunto de reglas para adoptar decisiones colectivas con el “máximo de consenso” y el “mínimo de imposición”. El primer ideal, el constitucionalismo, se refiere “al contenido de las decisiones (al *qué cosa* es legítimo o no es legítimo decidir)”, por su parte el segundo ideal, la democracia, nos da cuenta de “la forma con la que las decisiones son adoptadas (de *quién y cómo* está autorizado para adoptar decisiones legítimas)”.⁷⁶

El principio democrático requiere que todo el mundo pueda tener “voz” en el proceso político y que la minoría de hoy pueda ser la mayoría de mañana. Si unos derechos fundamentales tales como las libertades de expresión, de opinión o de asociación se pudiesen limitar sin los debidos procedimientos, por la mayoría de hoy, el mismo principio democrático se debilitaría; y esto no es menos verdad para los derechos de naturaleza económica y social, por cuanto su razón fundamental es hacer efectivo el más elemental de todos los títulos democráticos: el derecho de acceso al sistema político y de derecho. De este modo, lejos de ser intrínsecamente antidemocrática y antimayoritaria, la justicia constitucional aparece como un instrumento fundamental para proteger los principios mayoritario y democrático del riesgo de corrupción. El ideal democrático, para dejar este punto bien claro, “no es de todas formas, aquel en que la voluntad mayoritaria es omnipotente. Y nuestra filosofía de la vida no es aquella en la que todo pueda ser negociado”.⁷⁷

⁷⁶ Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-IIJ-UNAM, 2006, p. 48.

⁷⁷ Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 1, p. 41.

Condenemos, pues, las decisiones judiciales que sean erróneas según nuestra apreciación. Pero sepamos también que hay una razón y una legitimidad en esa institución cuya auténtica *razón de ser*, es el controlar el poder político y protegernos del uso abusivo de ese poder. Ya que como hemos visto de manera sumaráisima, si después de la segunda guerra mundial, la revisión judicial ha sido en muchos países un instrumento para reforzar nuestras libertades fundamentales, luego entonces su legitimidad democrática también se ha confirmado. Porque todo lo que pueda reforzar la libertad de los ciudadanos, también reforzará con toda seguridad a la democracia.⁷⁸

VI. DE LOS SISTEMAS DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL A LA DIMENSIÓN JURISDICCIONAL TRANSNACIONAL.

Como fecha de inicio de la revisión más rigurosa de los instrumentos de efectividad de las disposiciones constitucionales, podemos señalar la de la famosa polémica entre dos destacados juristas. Por una parte la aparición del clásico libro de Carl Schmitt (*Der Hüter der Verfassung*, literalmente, el protector de la Constitución),⁷⁹ cuya primera edición apareció en Alemania en 1931.⁸⁰ Por la otra, la publicación de la réplica a esta obra por el ilustre fundador de la Escuela de Viena, Hans Kelsen, con el título *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (¿Quién debe ser el protector de la Constitución?).⁸¹

⁷⁸ *Ibidem*, p. 46.

⁷⁹ Las propuestas de Schmitt, favorecieron la llegada de Hitler al poder, y el establecimiento de un régimen autoritario, por lo que como es de suponerse dichas ideas, aunque no de manera absoluta, fueron abandonadas a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial.

⁸⁰ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 21 y nota 14, en donde el autor nos indica que esta obra fue traducida al español en el mismo año por Manuel Sánchez Sarto: "Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, Barcelona, Labor, 1931. Reimpreso con un excelente prólogo del notable constitucionalista español Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, de 1983.

⁸¹ *Idem*, nota 15, donde se nos indica que dicha obra fue "publicada en la revista *Die Justiz*, 1930-1931, cuadernos 11 y 12, pp. 576-628. Traducción italiana de Carmelo Gerarci que, con el título "*Chi dev' essere il custode de la Costituzione?*", aparece en el volumen recopilativo de estudios del propio Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1981, pp. 231-291. La misma obra fue traducida al castellano por Roberto J. Brie, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, con un estudio preliminar de Guillermo Gasió, (Madrid, Tecnos, 1995)".

Así el Maestro Fix-Zamudio nos indica que dicha controversia se refirió fundamentalmente en:

...la tesis del profesor alemán sobre la necesidad de que el órgano tutelar de las normas constitucionales fuera de carácter político, esencialmente el presidente del *Reich*, con apoyo en las facultades extraordinarias que le otorgaba el artículo 48 de la Constitución alemana de 1919, ya que, en su concepto, conferir dicha función a los tribunales ordinarios o alguno, en especial, implicaba no sólo la “judicialización de la política”, sino también una “politización de la justicia”. Kelsen, por el contrario, estimaba que la postura anterior era ideológica y que, de acuerdo con el ejemplo de la Corte Constitucional establecida en la Constitución federal austriaca, promovida por él, el órgano para proteger las normas fundamentales, debía ser un tribunal especializado que no tendría que considerarse como cualitativamente diferente de cualquier otro órgano jurisdiccional.⁸²

Aunque el funcionamiento de dicho Tribunal Constitucional será objeto de nuevas reflexiones, basta decir, por ahora, que una diferencia radica en que la sentencia que declara la inconstitucionalidad poseía efectos generales, *erga omnes*, por lo que, desde su punto de vista, dicho tribunal especializado funcionaba como “legislador negativo”.⁸³ El gran jurista Hans Kelsen nos indica en su destacado trabajo: *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)*, que el actuar de dicho Tribunal Constitucional encontraba su justificación en el sentido de que:

...el Derecho regula su propia creación y el Estado se crea y se vuelve a crear, sin cesar mediante el Derecho. Constitución, ley, reglamento, acto administrativo y sentencia, acto de ejecución, son simplemente los estadios típicos de la formación de la voluntad colectiva en el Estado moderno.⁸⁴

⁸² *Ibidem*, p. 22.

⁸³ Kelsen, Hans, “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, Revisión de Domingo García Belaunde en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 10, julio-diciembre, 2008, p. 25.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 7.

Entonces, la justicia constitucional no está de ninguna manera en contradicción con los principios de separación de poderes y la democracia, puesto que dicha institución está absolutamente determinada por la Supremacía de la Constitución.

Al respecto, es menester un ensayo de clasificación, para el efecto de sistematizar nuestra materia de estudio y clarificarla, no obstante el convencimiento de que toda división es forzosamente artificial. En ese sentido y solo de manera enunciativa, pero sin entrar en polémicas, tomaremos la división del Maestro Fix-Zamudio, que considera que el concepto genérico de “defensa de de la Constitución” o como previamente lo hemos llamado *justicia constitucional*, puede escindirse en dos categorías fundamentales, que, valga la aclaración, en la práctica se encuentran estrechamente relacionadas. La primera la denomina, como “instrumentos protectores de la Constitución”,⁸⁵ integrada:

...por todos aquellos factores políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados por medio de normas de carácter fundamental e incorporados a los documentos constitucionales con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia carta fundamental, tanto por lo que respecta a sus atribuciones como también, y de manera esencial, en cuanto al respecto de los derechos humanos. Es decir, estos instrumentos pretenden lograr el funcionamiento armónico, equilibrado y permanente de los poderes públicos y, en general, de todo órgano de autoridad.⁸⁶

La segunda, la denomina de manera inicial como, “garantías constitucionales”, pero entendidas no en el concepto tradicional que las identifica con los derechos fundamentales consagrados en las constituciones, “si no como los medios jurídicos, de naturaleza primordialmente procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos de poder”, y los instrumentos protectores que mencionamos anteriormente, no han sido suficientes para lograr el respeto y el

⁸⁵ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, p. 27.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 24.

cumplimiento de las disposiciones constitucionales.⁸⁷ Lo que desembocaría en la formación de una “nueva disciplina”, es decir, el *derecho procesal constitucional*, “que tiene por objeto el análisis científico de las garantías constitucionales”.⁸⁸

Bajo estos auspicios, al respecto, es posible distinguir en principio dos grandes sistemas de justicia constitucional: el sistema de *control difuso y concreto*, orientado primariamente a la garantía de los derechos, y el sistema de control concentrado y abstracto, orientado primariamente a controlar el texto de la ley. El primero como se explico, conoce su realización paradigmática en el derecho norteamericano y responde justamente a la primera realización histórica de la justicia constitucional. El temprano y firme de la supremacía constitucional y consiguientemente de la justicia constitucional, vinculando aquí la idea de contrato social lockeano que postulaba una Constitución con dos objetivos: la creación de las instituciones y la garantía de los derechos, pues “para garantizar esos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos”. Cuajando la idea de un poder constituyente encarnado en el pueblo, fuera y por encima de los órganos estatales, que decide y establece por sí mismo y para sí mismo un orden político determinado. La Constitución es, pues, el acto con el que el pueblo soberano delega libremente en los gobernantes, reservando para sí, amplias zonas de libertad (los derechos). Precisamente porque instituye y delega en los órganos del Estado y regula una forma de proceder, la Constitución aparece como *lógicamente* superior a los mismo y *jurídicamente* superior a las demás normas, y su garantía, sobre todo la de los derechos, es confiada, como lo expresara Hamilton, al más neutro de los poderes: el Poder Judicial.⁸⁹

Es lo que se conoce como *judicial review*, que se configura como un control difuso y concreto para la protección de los derechos constitucionales. *Difuso* porque los derechos pueden ser invocados ante cualquier juez, y en último término ante el tribunal supremo, cuya doctrina es vinculante y la que delimita realmente el

⁸⁷ *Ibidem*, p. 26.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 67.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 689.

contenido de los derechos que la constitución enuncia. Y *concreto* porque se vincula a la resolución jurídica de un caso particular, ya que la parte agraviada debe acreditar que la ley que estima inconstitucional resulta lesiva para sus intereses inmediatos y legítimos.

Por su parte el control concentrado y abstracto, conoce su manifestación paradigmática en el modelo de justicia constitucional kelseniano que fuere inicialmente plasmado en la constitución austriaca de 1920 y, que tras la Segunda Guerra Mundial se adoptaría en Europa. Frente al modelo norteamericano, donde la garantía de la Constitución y derechos fundamentales, se atribuye a todos los jueces, este sistema de control se configura como una jurisdicción *concentrada* en un único órgano *ad hoc*, llamado tribunal o corte constitucional, *separado* de la jurisdicción ordinaria y para pronunciarse exclusivamente sobre cuestiones estrictamente jurídico-constitucionales, con total *abstracción* de los móviles e intereses políticos que subyacen a las leyes enjuiciadas y de los conflictos e intereses que subyacen a los concretos casos de aplicación de las mismas.

Es decir el control de constitucionalidad se agota en el que ejerce un tribunal constitucional que aparece como el órgano que confronta una norma abstracta de la ley, con otra norma abstracta de la Constitución para verificar la contradicción lógica eventualmente producida en el seno del ordenamiento jurídico.⁹⁰

La opción de Kelsen por este sistema, no es más que el resultado comprensible, tomando en cuenta el contexto jurídico-político en el que se gesta, como se ha venido explicando. En la tensión política entre jueces y legisladores de la Europa de la década de los veinte, que tendría su culminación dramática en la experiencia constitucional de la república de Weimar, y en la tensión teórica entre un positivismo desacreditado y un derecho libre desbocado, bajo estas

⁹⁰ Prieto Sanchís, Luis, *Ideología e interpretación jurídica.*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 73-81. Cabe hacer mención, que, como se ha señalado anteriormente, las normas abstractas se individualizan por medio de actos administrativos o sentencias, así mismo el Estado también puede incurrir en omisiones, situaciones todas, que, pueden confrontarse con la Constitución para verificar su regularidad constitucional.

condiciones, el *Tribunal Constitucional* venía a representar dos cosas: un intento de conciliar la garantía de la Constitución y la libertad política del Parlamento frente a los jueces y al mismo tiempo un intento de recuperar el ideal de la aplicación racional y controlable del derecho.

En suma, en una situación histórica donde la consolidación del Estado de derecho hallaba múltiples dificultades, donde la supremacía de la ley aparecía amenazada por una judicatura sumamente activista y no precisamente imbuida de la filosofía liberal que alentó el constitucionalismo norteamericano, la pretensión de Kelsen es institucionalizar un control de constitucionalidad que no comprometa la libertad política del Parlamento y que se muestre lo más cercano posible a la razón y la lógica.⁹¹

Sin embargo, el mismo Kelsen, visualizaba ya los peligros que para una justicia constitucional, que quisiera ser racional y respetuosa con el legislador, representan los preceptos constitucionales más o menos vagos o ambiguos; de ahí su enérgico rechazo a este tipo de normas. Por ello para este autor la Constitución es ante todo una norma organizativa y procedimental cuyo objeto consiste en regular la producción de normas generales, esto es, a una idea de Constitución como *norma normarum*, como norma reguladora de las fuentes del Derecho y, con ello reguladora de la distribución y del ejercicio del poder entre los órganos estatales,⁹² que puede asimismo, condicionar hasta cierto punto el contenido de esas normas, pero sin que ese condicionamiento sustantivo pueda concebirse en términos de un sistema de valores y principios con vocación de plena eficacia, tal y como sucede en las constituciones contemporáneas.

Bien puede decirse que con Kelsen el constitucionalismo europeo alcanza sus últimas metas dentro de lo que eran sus posibilidades de desarrollo: la idea de un Tribunal Constitucional, es verdad, consagraba la supremacía jurídica de la

⁹¹ Gascón Abellán, Marina, *op. cit.*, pp. 690 y 691.

⁹² Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 11.

Constitución, pero su neta separación de la jurisdicción ordinaria representaba el mejor homenaje al legislador y una palmaria muestra de desconfianza ante la judicatura, y, asimismo, el reconocimiento de la naturaleza puramente formal a la Constitución, si bien garantizaba la posibilidad de un juicio racional, dejaba amplísimos espacios a la política, dando como resultado segundo y definitivo acto de reconocimiento al legislador.⁹³

Así, la fuerza normativa de la Constitución implica un paradigma sin el cual no podría hoy entenderse el constitucionalismo fuerte, donde los derechos fundamentales son garantizados y el control de la constitucionalidad de las leyes por los jueces en los sistemas difusos para la desaplicación de la norma al caso particular; o bien por el juez constitucional en los modelos concentrados, para declarar la invalidez de las normas con efectos generales.⁹⁴ Hoy en día estos sistemas de control, pueden considerarse modelos extremos, y actualmente puede apreciarse una tendencia hacia la unificación. Ya que como es bien sabido, en la actualidad no existen *modelos puros*, sino que se combinan las características de ambos sistemas clásicos, produciendo una amplia variedad de sistemas mixtos e híbridos, duales o paralelos.⁹⁵

Por un parte, porque en el sistema de la *judicial review*, orientado a la garantía judicial de los derechos en el caso concreto, el tribunal supremo acaba siendo el juez de las grandes cuestiones constitucionales, a modo de los tribunales constitucionales europeos. Por otra parte porque en los sistemas de control concentrado, orientados al control del texto legal por el juez constitucional, también los jueces realizan un control *per incidens* de la ley para la garantía de los derechos. Lo cual, por lo demás, parece lógico, pues si la Constitución es una norma de la que nacen derechos y obligaciones en las más distintas esferas de

⁹³ Prieto Sanchís, Luis, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2006, Colección estructuras y procesos, serie derecho, pp. 127 y 128.

⁹⁴ Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, 2004, 59-69.

⁹⁵ Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009, t. I, pp. 191-215.

relación jurídica, su conocimiento no puede quedar cercenado para la jurisdicción ordinaria, por más que la existencia de un Tribunal Constitucional imponga complejas y tensas fórmulas de armonización a fin de evitar las tensiones.⁹⁶

Pero, analicemos a la sazón de este último argumento, pues hasta el momento la doctrina mayoritaria en la que nos hemos estado apoyado, nos indica que: ya no existen *sistemas o modelos puros*, si no que hay *sistemas híbridos o mixtos*. Sin embargo y ya que todo es criticable, permítasenos decir que estamos de acuerdo en las mixturas e hibridaciones, pero con la sustancial diferencia de que, no como sistema, pues si seguimos la lógica aristotélica en el sentido que “no se puede calificar a un todo por una sola de sus partes” y apoyándonos en la escuela analítica, digamos pues que el sistema, o es concentrado o es difuso, pues para nosotros la mixtura e hibridación la encontramos, ya sea en los órganos jurisdiccionales o en las garantías, entendidas estas como medios de control, así puede darse el caso de que un órgano sea concentrado con medios de control difusos y concentrados, es decir un órgano mixto o híbrido, y si seguimos bajando, puede darse el caso que cada medio de control también sea mixto u híbrido, en la primera tesitura podríamos mencionar que puede darse en el caso de que los efectos del medio de control sean generales, pero a la vez puede tener efectos particulares, o bien puede atacar criterios generales o actos particulares de acuerdo a los intereses del accionante. Pero, no por un componente del sistema, tenemos que definirlo todo en una sola categoría, para nosotros resulta más lógico y comprensible hablar de que la tendencia mundial, goza de un sistema difuso, con órganos y garantías jurisdiccionales mixtos e híbridos, lo que se encuentra acorde con las conclusiones de los autores que hasta ahora hemos consultado.⁹⁷

Con lo cual la normativa constitucional deja de estar *secuestrada* dentro de los confines que, dibujan las relaciones entre órganos estatales, deja de ser un

⁹⁶ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, pp. 128 y 129.

⁹⁷ Aunque esto pareciera mera retórica, lo cierto es que esta cuestión ha causado muchos dolores de cabeza, pues como se analizara más adelante, a la luz de los criterios emitidos por el “Tribunal Constitucional” de nuestro país, que por ahora basta decir, sostienen que nuestro sistema es mixto, es decir, concentrado y difuso a la vez.

problema exclusivo que resolver entre el legislador y el Tribunal Constitucional, para asumir la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar como parámetros fundamentales de sus decisiones. Desde luego, las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero solo a través de una interpretación constitucional que efectúa este último, como ha quedado plasmado en palabras del destacado jurista Luigi Ferrajoli:

La sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuese su significado, si no sujeción a la ley en cuanto válida, es decir coherente con la Constitución. En esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean (o precisamente por que son) poderes de mayoría.⁹⁸

Lo anterior a pesar de que ha revivido el viejo debate que como se ve, aparece de manera crucial, tanto conceptualmente como en la práctica: los límites de la justicia constitucional, especialmente los que la separan de la acción democrática o política, es decir, sobre su dificultad contramayoritaria, y cuyas tensiones entre el constitucionalismo, pero especialmente con el denominado *neoconstitucionalismo*, por un lado, y los principios democráticos, por el otro, parecieran inevitables. Pues, aún cuando en nuestra cultura jurídica y política estamos acostumbrados a hablar de “democracia constitucional”, como “binomio inescindible”, lo cierto es que entre Constitución y democracia se advierte una tensión difícil de superar.⁹⁹ Sin

⁹⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2006, Colección estructuras y procesos, Serie Derecho, pp. 25 y 26.

⁹⁹ Prieto Sanchís, Luis, “Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de la Larrea, Arturo (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, t. I. p. 805 y Salazar Ugarte, Pedro, op. cit., p. 45. En donde el autor nos indica que para promover en “serio” la democracia constitucional: “es indispensable entender las tensiones y aporías que aquejan a los elementos que la componen.” Pues, “el elogio irreflexivo y la retórica desinformada pueden ser un enemigo más peligroso que la defensa del absolutismo y de la autocracia, porque, a diferencia de ésta última que postula abiertamente un modelo alternativo y

embargo, sea como sea, “las garantías de los derechos no son derogables, ni disponibles”.¹⁰⁰

Esta tendencial restructuración de la teoría constitucional, la unificación de los sistemas de control constitucional, sumados al advenimiento del derecho internacional de los derechos humanos, a partir de la segunda posguerra, advierten repercusiones trascendentales en los Estados nacionales, que implican nuevas y complejas relaciones en los años recientes, con motivo de la aparición en el ámbito interamericano de la doctrina del control de convencionalidad, que como vislumbro Kelsen, lo anterior nos ha conducido a una nueva y única dimensión en el extraordinario desarrollo y crecimiento de la revisión judicial, es decir, como lo ha denominado Cappelletti: *la dimensión transnacional*.¹⁰¹

contrario, los primeros terminan erosionando los cimientos del modelo que pretende defender. Son el enemigo dentro de la casa.”

¹⁰⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., pp. 27 y 28.

¹⁰¹ Cappelletti, Mauro, op. cit., nota 1, p. 31.

CAPÍTULO II. DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL ESTADO INTERNACIONAL GARANTISTA: A LA CRISIS DE LA SOBERANÍA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL.

I. SOBRE EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

El cambio de paradigma producido por el constitucionalismo del que hemos venido hablando, tiene su naturaleza, ante todo, en el derecho estatal. Mediante el cual “las constituciones no solo se reconocen sino que se garantizan como normas supraordenadas a la legislación ordinaria a través de dos innovaciones”. Por un lado mediante la previsión de procedimientos especiales para su revisión (rigidez) y por el otro, mediante la institución del control de la constitucionalidad de las leyes a cargo de los tribunales constitucionales. Son estas innovaciones las que determinan un cambio de paradigma tanto del derecho como de la democracia, pues basta recordar que anteriormente en el Estado liberal, la ley, cualquiera que fuese su contenido, era considerada la fuente suprema e ilimitada del derecho, claro está que existían constituciones, sin embargo éstas no eran concebidas por la “cultura del tiempo” como vínculos rígidos al legislador, teniéndolos como meros documentos políticos.¹⁰²

No existía pues, “en el imaginario de los juristas y del sentido común la idea de una ley de leyes, de un derecho sobre el derecho. Era inconcebible, por tanto, que la ley pudiese vincular a la ley, ya que la ley, era la única fuente omnipotente del derecho”, no importando si era concebida por el legislativo o, como en las concepciones marxistas, de las relaciones de fuerza y, por consiguiente, de los intereses de la clase dominante.¹⁰³ Porque, hay que decirlo, siguiendo a Zagrebelsky:

¹⁰² Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, Gerardo Pisarello (ed), Madrid, Trotta, 2004, Colección estructuras y procesos, Serie Derecho, p. 98.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 99.

La ciencia política ha desenmascarado una y mil veces esta ficción y ha mostrado las fuerzas reales, los grupos de poder, las élites, las clases políticas o sociales, etc., de las que la “persona” estatal no era más que una representación, una pantalla o una máscara. Pero desde el punto de vista jurídico, esta concepción desempeñaba una función de gran importancia e incidencia práctica: permitía dotar a cuantos actuaban en nombre del Estado y según su derecho, es decir, operando como sus “órganos” (he aquí la metáfora de la “persona estatal”, que aún funciona), de la misma autoridad que, por principio, era característica del propio Estado en el campo político.¹⁰⁴

El derecho relativo a esta “persona” soberana y a sus “órganos” era el “derecho del Estado”, cuyo significado era doble, pues incluía la idea de un derecho creado exclusivamente por el Estado y puesto exclusivamente a su servicio. “La soberanía estatal era así el punto de partida y de retorno de este derecho, el criterio de sentido y orientación de todos sus elementos”.¹⁰⁵ Aunque sobre la soberanía estatal abundaremos en el siguiente capítulo, cabe apuntar, que de este panorama el derecho, es decir la legislación, parecía simplemente su producto o instrumento. Todo ello con el resultado de una concepción formal y procedimental de la democracia, identificada únicamente con el poder del pueblo, es decir, “con los procedimientos y mecanismos representativos dirigidos a asegurar el poder de la mayoría”.¹⁰⁶

Todo esto cambia de manera radical con el reconocimiento de la Constitución como norma suprema, a la que todas las normas se encuentran rígidamente subordinadas. Por lo que la legalidad cambia de naturaleza. Ya no sólo condiciona y disciplina sino resulta, a su vez, condicionada y disciplinada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales. “No es ya simplemente un producto del legislador sino también una proyección jurídica del propio derecho y, por tanto, un límite y un vínculo para el legislador”. Resultando positivizado no sólo

¹⁰⁴ Zagrebelski, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 10ª ed., Madrid, Trotta, 2011, Colección estructuras y procesos, Serie Derecho, p. 11.

¹⁰⁵ *Idem.*

¹⁰⁶ Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo, op cit.*, p. 99

el “ser” del derecho, es decir su “existencia”, sino también su “deber ser”, o sea, sus condiciones de “validez”. No sólo el “quién” y el “cómo” de las decisiones sino también “qué” no debe decidirse, esto es, la lesión de los derechos de libertad o, al contrario, aquello que debe decidirse, o sea, la satisfacción de los derechos sociales.¹⁰⁷

En ese estado de cosas, podemos llamar “paradigma garantista” al Estado constitucional de derecho, en oposición del Estado liberal preconstitucional, a:

...este derecho sobre el derecho, que no se limita a programar sólo las formas de producción del derecho a través de normas procedimentales sobre la elaboración de las leyes, sino también sus contenidos sustanciales, vinculándolos normativamente a principios de justicia (la igualdad, la paz, la tutela de los derechos fundamentales) positivamente inscritos en las Constituciones.¹⁰⁸

La constitución es precisamente este derecho sobre el derecho, este sistema de normas meta legales-legales dirigidas a los poderes públicos y, ante todo, al legislador, Es, en palabras de nuestro autor, la “convención democrática” en torno a lo indecible por cualquier mayoría, bien porque no puede decidirse, bien porque no puede dejar de decidirse. Y esta convención no es sino la estipulación como normas de los derechos fundamentales, es decir, de los derechos elaborados como “innatos” o “naturales” por la tradición iusnaturalista en los orígenes del Estado moderno, convertidos, una vez recogidos en la Constitución, en los límites y vínculos de la potestad legislativa, garantizados por los tribunales constitucionales.¹⁰⁹

En ese sentido, debe aclararse y explicarse que por derechos fundamentales se entiende a:

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo, op cit.*, p. 99.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 100.

...todos aquellos derechos que corresponden universalmente a “todos” en cuanto “personas naturales”, en cuanto “ciudadanos”, en cuanto personas naturales “capaces de obrar”, o en cuanto “ciudadanos capaces de obrar”.¹¹⁰

Así, las “personas naturales” son constituyentes, o sea artífices, de personas artificiales, y estas son constituidas, o sea, artificios construidos por aquéllas, pues su relación se configura en términos funcionales, de manera que las primeras tienen el valor de fines y las segundas, incluso las de carácter público, ostentan el carácter de medios, ya que dicha relación funcional, es la razón social de las personas artificiales, establecida en su estatuto por las personas naturales que las han instituido.¹¹¹ Esta configuración utilitarista y heteropoyética de la relación entre instituciones y sociedad, “se halla en la base de toda teoría jurídica de la democracia”, y es sostenida mediante el análisis del rasgo empírico más importante de los modernos estados constitucionales de derecho:

la imputación a las personas físicas o *naturales*, realizada por esos estatutos de las instituciones estatales que son las constituciones, de una categoría especial de situaciones jurídicas (los *derechos fundamentales*) a cuya tutela está ordenada, como su razón social específica, aquella particular persona *artificial* que es el Estado. Con esta imputación nace la figura moderna de la persona humana como sujeto de derechos iguales y universales, en oposición a las personas jurídicas o artificiales; a estas últimas, como se verá, no corresponden derechos fundamentales, sino solo situaciones singulares, y también funciones téticas institucionales como aquellas, propias de las modernas democracias constitucionales, de tutela de los intereses generales o de todos que son precisamente los derechos fundamentales.¹¹²

¹¹⁰ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 2011, Colección estructuras y procesos. Serie Derecho, vol. I, p. 686 y de forma inacabada en la obra del mismo autor, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., p. 37

¹¹¹ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, op. cit., p. 684.

¹¹² *Idem*.

De la definición de derechos fundamentales previamente enunciada, se destacan dos principios esenciales al estado democrático de derecho que se corresponden con otras tantas características asociadas a los derechos fundamentales. El primero de esos principios radica en que los derechos fundamentales son derechos subjetivos, entendidos como aquellos “intereses jurídicamente protegidos en forma de expectativas positivas (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones), pertenecientes *sólo* a las personas naturales”, y no también a las artificiales, pues estas últimas no son más que un instrumento para su tutela “como sujetos no autónomos sino heterónomos, no constituyentes sino siempre constituidos”. El segundo principio, es el ya indicado de que los derechos fundamentales son derechos *universales*, es decir, “pertenecientes a todos en condición de igualdad”, desprendiéndose una connotación universalista de su contenido utilitarista: “tales derechos son intereses jurídicamente protegidos como intereses de todos y tienen por ello el valor de intereses generales”.¹¹³

Es solo su forma universal, y no ya el valor de las necesidades y de los intereses protegidos, “ni tampoco el eventual rango constitucional, que están sólo una técnica de protección”; el rasgo distintivo de los derechos fundamentales en relación con otros derechos subjetivos. De donde deriva una específica forma de garantía, pues siendo universales (*omnium*), los derechos fundamentales se hallan garantizados por deberes absolutos (*erga omnes*), ya sean a su vez universales, dirigidos a todos, ya singulares, dirigidos a determinados sujetos público. A lo que se añade que los derechos fundamentales, propiamente porque conferidos en el interés de *todos* en cuanto a personas y/o ciudadanos y/o capaces de obrar, postulan para su garantía funciones de carácter público, constituyendo así, la base y al mismo tiempo la justificación de la “esfera pública”.¹¹⁴

El autor que hemos venido siguiendo, nos indica:

¹¹³ *Ibidem*, pp. 687 y 688.

¹¹⁴ *Ibidem*, pp. 688 y 689.

De esta manera, se ha estipulado una definición de los derechos fundamentales que es formal en un doble sentido: en el sentido de que nada dice sobre el contenido de tales derechos, o sea, sobre la naturaleza de los comportamientos que representan el objeto de las expectativas positivas o negativas en que consisten; y en el sentido de que nada dice sobre la concreta extensión de las clases de sujetos identificados, en los distintos ordenamientos, por el estatus de persona, de ciudadano o de capaz de obrar, como titulares de los respectivos tipos de derechos. De aquí se deduce, entre otras, una causa, una consecuencia de gran relevancia teórica: decir que los derechos fundamentales son universales equivale a decir que son situaciones generales, o sea que consisten en reglas, y precisamente en normas o situaciones normativas e, incluso más exactamente, en normas adscriptivas y tético-deónticas. Diremos por tanto que los derechos fundamentales no suponen normas sino que *son* ellos mismos normas.¹¹⁵

Agregando que, en todos los casos los derechos fundamentales “corresponden a valores y necesidades vitales de la persona histórica y culturalmente determinados”.¹¹⁶

En suma, *sólo algunos derechos* fundamentales, los primarios de la persona, pertenecen a *todas las personas* naturales; y *sólo a algunas personas*, las que al propio tiempo son capaces de obrar y ciudadanos, pertenecen todos los derechos fundamentales. “La cantidad de derechos fundamentales es inversamente proporcional a la extensión de la clase de la clase de los sujetos que aparecen como sus titulares”.¹¹⁷ Concretamente, si asociamos a la noción formal de “universalidad”, anteriormente enunciada, una interpretación sustancial referida a todos los seres humanos, diremos que sólo los derechos del primer tipo, llamados derechos humanos, son en ese sentido plenamente universales, los cuales no son otra cosa más que aquellos “derechos que pertenecen a todas las personas naturales simplemente en cuanto tales”¹¹⁸ o todos aquellos derechos que tiene

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 689.

¹¹⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª ed, trad. Perfecto Andrés Ibáñez *et al*, Madrid, Trotta, 2004, p. 916.

¹¹⁷ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, *op. cit.*, p. 694.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 696.

una persona por el simple hecho de serlo, es decir, todos aquellos derechos inherentes a la naturaleza humana con validez universal, pues como nos indica el destacado tratadista Norberto Bobbio y al respecto sobre el complejo y multívoco concepto de los derechos del hombre y su fundamento, ya sea Dios, la naturaleza, la historia, o el consenso de las personas, son aquellos que tiene el ser humano en cuanto tal, independientemente del ser puestos por el poder político y que, por lo tanto, éste no solamente debe respetar, sino, lo que es más importante y trascendental, el deber y la obligación de protegerlos,¹¹⁹ mediante un hacer, no hacer u omitir.

Mientras que todos los demás son universales sólo en relación con la clase de los ciudadanos y/o de los capaces de obrar: “los derechos primarios del ciudadano en relación con la clase de los ciudadanos, los derechos secundarios de la persona en relación con la clase de los capaces de obrar, y secundarios de los ciudadanos en relación con la clase de los ciudadanos capaces de obrar”.¹²⁰

Por lo que, “personalidad”, “ciudadanía” y “capacidad de obrar”, en cuanto condiciones de la igual titularidad de todos los derechos fundamentales, “son consecuentemente los parámetros tanto de la igualdad como de la desigualdad en derechos fundamentales”.¹²¹ Pues cualquiera que sea el ordenamiento considerado, son derechos fundamentales, según el criterio de cada uno de esos ordenamientos. En ese sentido, al menos en Occidente, derechos fundamentales (humanos, civiles y políticos), han existido siempre, desde el derecho romano, aunque la mayor parte limitados a clases muy restringidas de sujetos. Ahora baste subrayar que de nuestros criterios, “una vez que la personalidad ha sido plenamente universalizada, permanecen sólo, como factores normativos de

¹¹⁹ Bobbio, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, trad. de José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 138.

¹²⁰ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, op. cit., p. 694.

¹²¹ *Idem*.

limitación de los derechos fundamentales y de su universalismo, el de la capacidad de obrar y el de la ciudadanía.”¹²²

El primero, “concerniente a los derechos-potestad, cuyo ejercicio consiste en actos preceptivos productores de efectos para el propio sujeto y para otros”, los cuales no pueden ser ampliados más allá de ciertos límites, por ejemplo, la minoría de edad puede reducirse y las limitaciones en relación con la enfermedad mental también, además de ser rodeadas de mayores garantías; pero sin lugar a dudas, algún límite es necesario que exista, ante todo como protección de los propios menores y enfermos mentales. Por lo que *el único criterio que permanece en contradecir*, “sin justificación axiológica alguna, al principio de igualdad en derechos, es el de la ciudadanía”. Así, una plena igualdad jurídica sólo será alcanzada, con la superación “del carácter privilegiado y discriminatorio” que hoy representa la ciudadanía, lo que se conseguirá como lo veremos en su momento, mediante dos formas de universalización, convergentes entre sí, aunque orientada la primera al progreso de los ordenamientos estatales, y centrada la otra en la esfera del derecho internacional: “la superación de la ciudadanía a través de la progresiva transformación de un número creciente de derechos del ciudadano en derechos de la persona, o su progresiva extensión hasta la instauración de una ciudadanía mundial”.¹²³

Por otra parte y como consecuencia de esto, cambia finalmente la relación entre la política y el derecho. “Puesto que el derecho no resulta ya subordinado a la política, la que se convierte en instrumento de actuación del derecho, sometida a los vínculos que le imponen los principios constitucionales”. Vínculos negativos, como los generados por los derechos de libertad, que no pueden vulnerarse; y vínculos positivos, como los generados por los derechos sociales, que deben ser satisfechos. “De este modo, política y mercado se configuran como la esfera de lo decidible, rígidamente delimitada por los derechos fundamentales. Los cuales,

¹²² *Ibidem*, pp. 695 y 696.

¹²³ *Ibidem*, p. 696.

precisamente al estar garantizados a todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, determinan la esfera de lo que debe y no debe decidirse”. Por lo que “ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir legítimamente vulnerarlos o no satisfacerlos.”¹²⁴

En otras palabras y como lo señala Ferrajoli, *si queremos que los sujetos más débiles física, política, social y económicamente sean tutelados frente a las leyes de los más fuertes*, es preciso sustraer su vida, su libertad y su supervivencia, tanto de la disponibilidad privada como a la de los poderes públicos, formulándolos como derechos en forma rígida y universal. Este es el fundamento axiológico que coincide de manera más evidente con las razones históricas que han informado los procesos de a través de los cuales han madurado los derechos fundamentales, ya que puede afirmarse que:

...históricamente, todos los derechos fundamentales han sido sancionados, en las diversas cartas constitucionales, como resultado de luchas o revoluciones que, en diferentes momentos, han rasgado el velo de normalidad y naturalidad que ocultaba una opresión o discriminación precedente: desde la libertad de conciencia a las otras libertades fundamentales, desde los derechos políticos a los derechos de los trabajadores, desde los derechos de las mujeres a los derechos sociales. Estos derechos han sido siempre conquistados como otras tantas formas de tutela en defensa de sujetos más débiles, contra la ley del más fuerte (iglesias, soberanos, mayorías, aparatos policiales o judiciales, empleadores, potestades paternas o maritales) que regía en su ausencia. Y han correspondido, esto es, a la negación o la limitación de poderes, de otro modo absolutos, a través de una estipulación de un “nunca más” pronunciado ante su violencia y arbitrariedad.¹²⁵

E ahí, el sentido del porque los derechos se constituyan como *la ley del más débil*.

¹²⁴ Ferrajoli, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, *op cit.*, p. 101.

¹²⁵ Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, Colección estructuras y procesos, Serie Derecho, p. 363.

Los derechos no son entidades que siempre hayan estado ahí, presente en toda la historia de la humanidad, los derechos, como ha explicado Bobbio, tienen una edad, son producto de su tiempo y de las necesidades concretas que desarrollan las sociedades y los individuos dentro de unas coordenadas espaciales y temporales determinadas. Los derechos son el signo distintivo de la modernidad, aquello que da cuenta de la evolución del género humano hacia un estadio de mayor desarrollo y bienestar, que por el momento (sin negar los avances evidentes que se han desarrollado) todavía permanece inalcanzado.¹²⁶

II. LA CRISIS ACTUAL DE LA SOBERANÍA Y EL ESTADO DE DERECHO INTERNACIONAL GARANTISTA: LA VISIÓN DE LUIGI FERRAJOLI.

El paradigma de la soberanía externa alcanza su máximo esplendor y a la vez el momento de su trágico fracaso, en la primera mitad del siglo XX, que como hemos visto, con la guerra europea de los treinta años, (1914-1945), incluidas las dos guerras mundiales, y que le llevan, por así decir, al “suicidio.”¹²⁷ Este final quedó sancionado en el ámbito del derecho internacional por la *Carta* de la ONU, aprobada en San Francisco el 26 de junio de 1945, y luego por la *Declaración Universal de Derechos del Hombre*, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas.

Estos dos documentos transforman, por lo menos, en su dimensión normativa el orden jurídico mundial, “trayéndolo desde el estado de naturaleza al estado civil”. Por ellos la soberanía externa del Estado (en principio) deja de ser una “libertad absoluta y salvaje” y queda subordinada, jurídicamente, a dos normas fundamentales: “el imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos”. Es entonces cuando el propio concepto de soberanía externa comienza a ser lógicamente inconsistente y puede hablarse, siguiendo la doctrina monista de

¹²⁶ Bobbio. Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991, 14 y ss.

¹²⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., p. 144.

Kelsen, de derecho internacional y de los diferentes derechos estatales como un ordenamiento único.¹²⁸

La Carta de la ONU marca, pues, el nacimiento de un nuevo paradigma, ya que el modelo de Westfalia, difundido tres siglos antes, tras el final de la anterior guerra europea de los treinta años. Representa un “auténtico” pacto social internacional, histórico y no metafórico, por medio del cual el derechos internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema *pacticio* basado en tratados bilaterales *inter pares*, y convirtiéndose en un *auténtico ordenamiento jurídico supraestatal*, como límites no sólo internos-constitucionales, sino también externos a la potestad de los Estado. También porque la comunidad internacional, se extiende por vez primera a todo el mundo como orden jurídico mundial.¹²⁹

Este sistema de normas internacionales, puede ser caracterizado como *ius cogens*, es decir, como derecho “inmediatamente vinculante” para los estados miembros. En el nuevo ordenamiento pasan a ser sujetos de derecho internacional no sólo los Estados, sino también los individuos y los pueblos: los primeros, en cuanto titulares frente a sus propios Estados de los derechos humanos que les confieren la declaración de 1948 y los Pactos de 1966; los segundos, en cuanto a titulares del derecho de autodeterminación reconocido por el artículo 1º de esos mismos Pactos¹³⁰, por decir del sistema universal, sin embargo, este cambio de paradigma también se ha visto reflejado de manera progresiva, mediante el llamado derecho comunitario y los sistemas regionales de protección a derechos humanos, como se explicara más adelante.

Al respecto, podemos medir la relevancia teórica de la transformación que ha tenido lugar, tan solo con observar hasta qué punto habría sido impensable, antes de la *Carta* de la ONU, el recurso de un ciudadano contra su propio Estado ante

¹²⁸ *Idem.*

¹²⁹ *Ibidem*, p. 145.

¹³⁰ *Idem.*

una jurisdicción internacional; al igual que hasta poco más de un siglo pasado, antes de la creación de una justicia administrativa, habría sido inconcebible el recurso de un ciudadano contra el Estado ante la jurisdicción estatal.

Y sin embargo la parábola de la soberanía está aún lejos de haber concluido. Pues basta decir, como lo ha sostenido el destacado tratadista Luigi Ferrajoli:

También la Organización de las Naciones Unidas, a pesar de su inspiración y de su vocación universalista, sigue estando condicionada no sólo en el plano de los hechos, sino también en el plano jurídico, por el principio de la soberanía de los Estados. “La Organización (se lee en el primer apartado del artículo 2 de la *Carta*) está basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus miembros”; y este principio, precisa el apartado 7 de este mismo artículo, implica la prohibición de injerencia de la Organización en las cuestiones internas de cada Estado. Téngase en cuenta además que la ciencia jurídica internacionalista, después de tres siglos de derechos internacional pacticio, no ha puesto al día aún sus categorías y padece cierta inseguridad sobre sí misma, casi un complejo de inferioridad científica y jurídica que la lleva a devaluar la nueva dimensión normativa del derecho internacional y a identificarla con la efectividad de las relaciones de fuerza entre Estados.¹³¹

Así vuelve a aparecer entonces la contradicción originaria, continua el mismo autor, entre la *communitas orbis* y la igual soberanía entre Estados, pues el principio de la paz, todavía sigue estando confiado al dominio soberano de las grandes potencias y, tras la caída de la Unión Soviética, está sufriendo violaciones continuas por parte de la única potencia, la norteamericana. “Y el sistema de los derechos fundamentales se mantiene en la práctica tan sólo sobre el papel, no habiéndose introducido aún un adecuado sistema de garantías jurisdiccionales.” Ciertamente, desde el punto de vista jurídico, a pesar del artículo 2 de la *Carta* de la ONU, el principio de la paz es un principio imperativo, que convierte la “soberanía” de los Estados, empero, si queremos seguir empleando esta palabra

¹³¹ *Ibidem*, p. 146.

en virtud del texto de la norma, en una soberanía limitada; y los derechos fundamentales por antonomasia, después de la *Declaración* de 1948 y de los Pactos de 1966, “no deben de ser incluidos ya entre aquellas competencias que el artículo 2, apartado 7, denomina “asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados”, si no que se han convertido en derechos supraestatales, cuya tutela debería quedar garantizada jurisdiccionalmente en el ámbito internacional frente a los Estados mismos,”¹³² como efectivamente se ha venido consolidando.

Así lo anterior quiere decir que sus violaciones pueden ser hoy interpretadas como “el fruto de una *antinomia* no resuelta del viejo principio vitoriano de la igual soberanía de los Estados, no ya con el derecho natural, sino con los principios positivos del nuevo derecho internacional; al mismo tiempo, la ausencia de garantías adecuadas contra dichas violaciones por parte de los Estados, puede ser interpretada a su vez como una indebida laguna que debe ser colmada”.¹³³ Lo que quiere decir en otras palabras, que el ordenamiento internacional actual es ineficaz por el hecho de que sus órganos no son ya un “tercero ausente”¹³⁴, sino un “tercero impotente”.¹³⁵

En palabras del jurista Luigi Ferrajoli:

Al menos desde la perspectiva de la teoría del derecho, la soberanía se ha revelado como un pseudo-concepto o, peor aún, como una categoría anti-jurídica, ya que su crisis tanto en su dimensión interna como en la externa, podemos afirmar ya, que se origina en el momento en que entra en contacto con el derecho, pues ella misma es la negación del derecho, al igual que el derecho es su negación. Y es que la soberanía es ausencia de límites y de reglas, es decir, lo contrario de lo que caracteriza el derecho. De modo que la historia jurídica de la

¹³² *Idem.*

¹³³ *Ibidem*, pp. 32, 146 y 147.

¹³⁴ Bobbio, Norberto, *El tercero ausente*, Madrid, Catedra, 1997.

¹³⁵ Pues a la ONU, se superpone como es bien sabido, la superpotencia de aquellos Estados que son miembros permanentes del Consejo de Seguridad y sobre todo de los Estados Unidos, como gran potencia, capaz de doblegar a la ONU según sus fines e intereses.

soberanía es la historia de una antinomia entre dos términos (derecho y soberanía), lógicamente incompatibles e históricamente enfrentados entre sí.¹³⁶

Antinomia, como sea visto, ha quedado resuelta en el nivel del derecho interno con el llamado Estado constitucional de derecho: en virtud del cual el derecho se regula a sí mismo, imponiendo a su producción vínculos que no son ya solamente formales, sino también sustanciales, es decir, relativos a sus contenidos, condicionando, no solamente mediante normas sobre procedimientos, el vigor de sus normas producidas, sino también, mediante normas sobre los derechos fundamentales, su validez sustantiva.¹³⁷ En ese sentido “en el Estado de derecho no existe por tanto ningún soberano, a menos que entendamos como “soberana”, con un puro artificio retórico, la Constitución misma, es decir el sistema de límites y vínculos jurídicos impuestos a unos poderes públicos que ya no son soberanos.”¹³⁸

Hoy la misma antinomia se reproduce, y es que de hecho aún no ha sido resuelta, por la existencia de lagunas en las garantías contra actos ilícitos de los Estados que vulneran la paz y los derechos fundamentales; en el ámbito del derecho internacional, situación que se expresa no solo en el ámbito jurídico, sino también en el político. Tras la descolonización promovida por Naciones Unidas el paradigma del Estado soberano se ha extendido al mundo entero. No obstante el viejo principio de la igual soberanía de los Estados, que como ya se ha dicho encuentra su fundamento en el artículo 2 de la *Carta*, se encuentra hoy más que nunca desmentido por su desigualdad concreta, fruto inevitable de “la ley del más fuerte”, y por tanto también por la existencia de soberanías limitadas, disminuidas, dependientes, endeudadas, diferenciadas, cuyo ejemplo más claro no puede haber como es el de las naciones africanas. Así hablar de “Estados soberanos” no

¹³⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., p. 147.

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ Zagrebelski, Gustavo, op. cit., pp. 12-14. En ese sentido, que habla de “Constitución sin soberano” por la “pérdida de posición central” que caracteriza a los actuales estados constitucionales de derecho.

resulta aceptable ya en el campo de la teoría del derecho, pero tampoco resulta posible en el de la teoría política.¹³⁹

En ese estado de cosas “reconsiderar al Estado en sus relaciones exteriores a la luz del derecho internacional actual es lo mismo que pensar el Estado en su dimensión interna a la luz del derecho constitucional”, significa interpretar la conducta de todos los Estados en sus relaciones recíprocas y en las relaciones de estos con sus ciudadanos, como las guerras, masacres, torturas, ataques a la libertad, daños al medio ambiente, y todas las condiciones de miseria y hambre en que viven millones de personas en todo el mundo, no como simples males naturales, y mucho menos como *simples injusticias*, respecto de un utópico deber ser moral o político, sino como otras tantas violaciones jurídicas respecto del *deber ser* del derecho internacional vigente, tal como en nuestros días está siendo proclamado ya en sus principios fundamentales.¹⁴⁰ Lo anterior, en una palabra, ha quedado de manifiesto bajo la fórmula del destacado filósofo Ronald Dworkin, “tomar en serio” el derecho internacional y, por tanto, aceptar que sus principios son vinculantes y que su diseño normativo ofrece una diferente alternativa a lo que de hecho ocurre, esta perspectiva, ofrece hacerlos valer como claves de interpretación y como fuentes de crítica y de deslegitimación de lo existente, lo que permitirá proyectar las formas institucionales, las garantías jurídicas y las estrategias políticas.

Lo anterior “no es una perspectiva irreal. Se trata por el contrario. De una perspectiva obligada.” Estamos viviendo una crisis histórica no menos radical que la conocida y ya previamente narrada, hace cuatro siglos, en el momento en que en Europa nació el Estado moderno y la comunidad internacional de Estados soberanos. La potencia destructiva de las armas nucleares, las agresiones cada

¹³⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., p. 148. En donde al autor nos indica que, “en realidad, lo que ha entrado en una crisis irreversible, mucho antes aun que el atributo de la soberanía, es precisamente su objeto: el Estado nacional unitario e independiente, cuya identidad, posición y función deben ser revisadas a la luz de sus actuales transformaciones de hecho y de derecho en las relaciones internacionales.”

¹⁴⁰ *Idem.*

vez más catastróficas contra el ambiente, el acentuarse las desigualdades y la miseria, en donde los ricos se hacen más ricos y los pobres más pobres, la explosión de conflictos étnicos y entre nacionalidades diversas en el interior de los propios Estados, “hacen que el equilibrio internacional sea cada vez más precario y más difícil la conservación de la paz”, esto por un lado, y por otro, la caída de la división en bloques y la creciente interdependencia económica, política, ecológica y cultural han hecho que el mundo se convierta, a pesar de su complejidad creciente y de sus innumerables conflictos y desequilibrios, en una “aldea global”, situación que se ve reflejada con el uso de los avances tecnológicos, especialmente en las comunicaciones, pues “ningún hecho que ocurre en el mundo nos resulta ajeno y ninguna parte del mundo resulta extraña.”¹⁴¹

Sin embargo, es precisamente la suma de todos estos factores lo que hace más urgente, y a la vez más posible que en cualquier otro momento pasado, la hipótesis de una integración mundial basada en el derecho. La soberanía exterior del Estado ha tenido siempre como principal justificación la necesidad de la defensa frente a los enemigos externos. Hoy, con el fin del enfrentamiento entre bloques, esta necesidad ha desaparecido y la intensificación de la interdependencia y, junto con ello, de las promesas no mantenidas del derecho internacional, todas inscritas en aquel pacto constituyente que es la *Carta* de la ONU, por decir algunas: la paz, la igualdad, el desarrollo, los derechos universales de los hombres y de los pueblos, entre muchos otras, están produciendo una crisis de legitimación del sistema de soberanías desiguales y de relaciones cada vez más asimétricas entre países ricos y países pobres en que ha caído la comunidad internacional. *Sistema que no podrá ser tolerado, a largo plazo, o quizá no a tan largo plazo, por los propios ordenamientos políticos de los países avanzados, que curiosamente fundan su identidad y su legitimación democrática, precisamente en aquellas promesas y su universalidad.*¹⁴²

¹⁴¹ *Ibidem*, pp. 148 y 149.

¹⁴² *Idem*.

Así, el Estado nacional como sujeto soberano se encuentra hoy en una crisis tanto por arriba como por abajo. Por arriba, a causa de la abundante transferencia hacia instancias supranacionales o extraestatales, que en lo que concierne al continente se puede ejemplificar con la OEA y mundialmente con la ONU, pero esto también está ocurriendo en otras regiones, como es el caso de la Unión Europea, la OTAN, la Unión Africana y otras tantas organizaciones internacionales en materia financiera, monetaria, asistencial, y similares, de gran parte de aquellas funciones, como la defensa, la dirección de la economía, la política monetaria, la lucha contra la criminalidad, *que en el pasado habían originado su nacimiento y desarrollo*. Por abajo, por las tensiones centrífugas y los procesos de disgregación que se han puesto en marcha, en formas a menudo violentas, y por el propio desarrollo de la comunicación internacional que hacen cada vez más difíciles y precarias las otras dos funciones históricamente desarrolladas por el Estado: la de unificación nacional y la de pacificación interna.¹⁴³ Lo que se puede ejemplificar en el caso de México, con el abandono y olvido de los números pueblos originarios del país, en donde han ocurrido acontecimientos catastróficos como el del caso de la Comunidad de Acteal en el estado de Chiapas, en donde el Estado mexicano además de estar ausente, cuando intervino, solo fue para empeorar más las cosas.¹⁴⁴

Paradójicamente, han sido los avances tecnológicos, con la rapidez y la multiplicidad de las comunicaciones lo que han acentuado la exigencia de identidad de los pueblos, de las etnias, de las minorías y, al mismo tiempo, el valor asociado a las diferencias, poniendo en marcha conflictos étnicos disgregadores dentro de las fronteras de los Estados, y procesos inversos de integración nacional más allá de sus fronteras. *Lo que provoca que se vaya manifestando así el carácter efectivamente artificial y ficticio de los Estados*. “A menudo creados desde arriba, como muchos entre los más recientes, y siempre orientados en todo caso, a la consolidación de las identidades de los pueblos con la aspiración de

¹⁴³ *Ibidem*, p. 150.

¹⁴⁴ Véase por ejemplo la sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el Amparo Directo 9/2008, sobre estos lamentables hechos.

someterlos a una unidad forzosa, y negando sus diferencias y sus identidades comunes.”¹⁴⁵

Hay que decirlo y gritarlo, *tal pretensión, está llegando a ser cada vez más insostenible y representa una fuente no secundaria de conflictos*. Basta decir y no es arriesgado, que precisamente a la división entre Estados soberanos y a la arbitrariedad de sus fronteras una de las causas más llamativas no sólo de los conflictos interestatales, sino también, de los cada vez más frecuentes conflictos intraestatales, generados por los factores étnicos y religiosos: recuérdese la guerra que ha castigado durante décadas el Medio Oriente, la guerra en la ex Yugoslavia, las guerras en Somalia, Ruanda, y más recientemente, en Egipto, Libia, Siria y Ucrania, o las constantes tensiones entre las dos Coreas, que amenazan con la extinción en el caso de una no tan artificial guerra nuclear.

Para que quede claro, y en palabras del destacado jurista Luigi Ferrajoli:

Las ideas de “nación”, y de “nacionalidad”, al igual que la de Estado, son también una invención occidental, nacidas con la revolución francesa, que han ofrecido a lo largo del pasado siglo una base “natural”, a los Estados europeos para legitimar su soberanía como “nacional”. Pero hoy, estas mismas ideas se están volviendo en contra de los Estados. Concebidos y legitimados como instrumentos de pacificación interna y de unificación nacional, los Estados se han convertido en las mayores amenazas para la paz exterior, así como en fuentes de peligro para la paz interna, y en factor permanente de disgregación y de conflicto.¹⁴⁶

En ese mismo sentido y por si fuera poco, nuestro autor también nos indica que, existe una razón más, e igualmente relevante por la cual hoy el paradigma del viejo Estado soberano ha pasado a ser inadecuado y ha quedado obsoleto: “el Estado es ya demasiado grande para las cosas pequeñas y demasiado pequeño para las cosas grandes.” Demasiado grande por el hecho de que la mayoría de

¹⁴⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., p. 150.

¹⁴⁶ *Idem*.

sus actuales funciones administrativas que exigen, incluso en aquellos casos en que no se producen tensiones disgregadoras o separatistas, formas de autonomía o de organización federal que se enfrentan a los viejos modelos centralistas. Pero sobre todo es demasiado pequeño, para las funciones de gobierno y de tutela que son imprescindibles ante los procesos de internacionalización de la economía y ante las siempre más nutridas redes de interdependencia que condicionan de forma ya irreversible la vida de todos los pueblos del mundo.¹⁴⁷

También hay que decir, para no ser tachados de futuristas sin sentido, que ninguno de los problemas que afectan al futuro de la humanidad puede ser efectivamente resuelto, sin embargo, también hay que aceptar, que ninguno de los valores de nuestro tiempo puede ser realizado fuera del horizonte del derecho internacional, dígase la paz, la igualdad, la tutela de los derechos de la libertad y a la subsistencia, la defensa del ambiente como patrimonio de la humanidad, incluyendo en ella a las generaciones futuras. Lo que no depende sólo de las dimensiones globales de dichos problemas, al haberse producido ya una integración mundial en todas las dimensiones, depende además del hecho de que en “el mundo contemporáneo “vivir” ya no es (o lo es cada vez en menor medida) un hecho puramente natural”, confiado a la capacidad natural de trabajo y de supervivencia de cada individuo aislado a incluso de cada comunidad política, puesto que son cada vez menos naturales y más artificiales y hetero-determinadas las condiciones económicas, ambientales, tecnológicas, políticas y culturales del mundo en que vivimos.¹⁴⁸

Así las cosas, el Estado se encuentra en una crisis histórica que tendrá desarrollos imprevisibles, sin embargo, corresponde a la cultura jurídica y política utilizar esta “razón artificial” que es el derecho, y que ya en el pasado ha modelado el Estado en sus relaciones internas, para orientar las formas que, hoy en día “pasan por la superación de la forma misma del Estado nacional y la refundación

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 150 y 151.

¹⁴⁸ *Idem*.

del derecho internacional no ya sobre la soberanía de los Estados si no sobre la soberanía de los pueblos.” Ya que sólo desvinculando esta autonomía de la rigidez monista del viejo paradigma estatal, sustentada en la identificación entre Estados, pueblos y naciones, el derecho de autodeterminación de los pueblos podrá realizarse en formas pacíficas, no recíprocamente excluyentes, y a la par auténticas y democráticas. El paradigma, en todo caso, no puede ser sino el de un Estado constitucional de derecho como el que nos ha transmitido la experiencia de las democracias modernas, como hemos explicado, es decir, el modelo de sujeción a la ley de los organismo de la ONU, de su reforma en sentido democrático y representativo, junto a la “instauración de garantías idóneas para hacer efectivos los principios de la paz y de los derechos fundamentales, tanto de los individuos como de los pueblos, en relación con los Estados.”¹⁴⁹ Lo cual deberá ser tomado como un comienzo y como ejemplo para los sistemas regionales de protección de derechos humanos en toda la urbe.

En ese sentido nos sumamos a la propuesta de que la crisis de los Estados, puede ser superada en sentido progresista tan sólo admitiendo su decadencia cada vez mayor y reconduciendo en el ámbito internacional los aspectos tradicionalmente estatales del constitucionalismo, pero no solo en la enunciación de principios, tal como ha sucedido con la *Carta* de la ONU, y con las Declaraciones y Convenciones, incluidas las regionales, de derechos, sino también en sus concretas garantías, con lo cual ya no es utópico pensar, pues esto puede realizarse a través de la elaboración de un *constitucionalismo mundial* capaz de atribuir a las diferentes cartas de derechos fundamentales, de las que dispone ya la comunidad internacional, aquellas garantías jurídicas cuya ausencia genera inefectividad, lo anterior con el ánimo de que esas cartas sean tomadas en serio como normas y no como meras declaraciones retóricas, como en antaño eran reconocidas las mismas Constituciones de los Estados, lo que no debe confundirse con un improbable y no deseable gobierno mundial, sino en la perspectiva de una efectiva limitación de la soberanía de los Estados “mediante el

¹⁴⁹ *Ibidem*, pp. 151 y 152.

establecimiento de garantías jurisdiccionales contra las violaciones de la paz en el exterior y de los derechos humanos en el interior”, avanzada por el tan citado jurista Hans Kelsen, hace ya casi más de setenta años en su libro “La paz por medio del derecho.”¹⁵⁰

Pero detengámonos un momento y volvamos la vista hacia atrás, pues no es ocioso ejemplificar lo que la misma historia ya nos ha enseñado, así Luigi Ferrajoli nos indica que dichas teorías, tienen su origen en España, a raíz del descubrimiento de América, pues fue Francisco de Vitoria, en sus *Relectiones de Indis recenter inventis* desarrolladas en la universidad de Salamanca en 1539, formuló la primera doctrina orgánica de los derechos naturales, al proclamar como derechos universales de todos los hombres y de todos los pueblos el *ius communicationes*, el *ius migrandi*, el *ius peregrinandi in illas provincias e illic degendi*, así como de *accipere domicilium in aliqua civitate illorum*. Pero la cosa no para ahí, pues entonces, cuando eran concretamente desiguales y asimétricos, *la afirmación de aquellos derechos ofreció a Occidente la legitimación jurídica de la ocupación del Nuevo Mundo* y después, durante cinco siglos, de la colonización y la explotación de todo el planeta. Hoy, cuando la situación se ha invertido y son los pueblos del tercer mundo los empujados por el hambre hacia los países “opulentos” de Europa, esos derechos sólo pueden ser negados y transformados en derechos de ciudadanía, *al precio de una pérdida de credibilidad de todos los valores jurídicos y políticos en los que se basa la democracia.*¹⁵¹

O por el contrario, después haberlos utilizado contra tantos pueblos inermes invadidos y saqueados, estos países “opulentos” tendrían el deber de reconocer, casi en concepto de indemnización, a todos los pueblos del mundo, dichos derechos y el derecho de adquirir ciudadanía en virtud del sencillo título de que *todos somos personas*. Aquellos derechos fueron los primeros en ser proclamados como “universales,” ofreciendo al iusnaturalismo y al constitucionalismo después

¹⁵⁰ *Ibidem*, 152 y 153.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 32.

el paradigma universalista de los derechos fundamentales reconocidos (a excepción de los derechos políticos) a todos los seres humanos y no sólo a los ciudadanos en la Declaración de 1789 y en todas las constituciones posteriores. De lo contrario a más de ser una vacilada, en aquel tiempo, cuando estos derechos fueron prometidos a todos, no tenía coste alguno para los países “opulentos,” puesto que era impensable que hombres y mujeres del Tercer Mundo llegasen hasta Europa y “exigieran que fueran tomados en serio en nombre del principio de reciprocidad.”¹⁵²

No, no señor, después de haber sido precisamente Europa quien invadió durante siglos el resto del mundo, como hoy en día lo hacen los Estados Unidos de América, con sus conquistas y con sus promesas, no se puede realizar una operación inversa que transforme los derechos del hombre en derechos de los ciudadanos, por qué de lo contrario, se estaría abdicando del universalismo de los principios en que se funda la credibilidad de todas las democracias. Por lo tanto tomar en serio aquellos valores, los derechos humanos proclamados en las cartas constitucionales, significa, por consiguiente, tener el valor de desvincularlos de la ciudadanía, es decir, del último privilegio de “estatus” que subsiste en el derecho moderno. Y reconociendo su carácter supraestatal, “garantizarlos no solo dentro sino también fuera y contra todos los Estados, poniendo fin a este gran *apartheid* que excluye de su disfrute a la mayoría del género humano.”¹⁵³

III. HACIA UNA SINERGIA CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

En ese estado de cosas, la noción básica del derecho del Estado, sea en su vertiente interna o en la externa era, por lo tanto, la soberanía de la “persona” estatal. Hoy sin embargo, esta noción ya no puede reconocerse con aquella realidad, como realidad política operante. Pues como se ha indicado, desde finales

¹⁵² *Ibidem*, p. 154.

¹⁵³ *Ibidem*, pp. 154 y 155.

del siglo pasado “actúan vigorosamente fuerzas corrosivas”, tanto interna como externamente: el pluralismo político y social interno, que se opone a la idea misma de soberanía y de sujeción; la formación de centros de poder alternativos y concurrentes con el Estado, que operan en el campo político, económico, cultural y religioso, “con frecuencia en dimensiones totalmente independientes del territorio estatal;” la progresiva institucionalización, promovida a veces por los propios Estados, de “contextos que integran sus poderes en dimensiones supraestatales, sustrayéndolos así a la disponibilidad de los Estados particulares; e incluso la atribución de derechos a los individuos, que pueden hacerlos valer ante jurisdicciones internacionales frente a los Estados a los que pertenecen.”¹⁵⁴ Estos últimos, materia del presente capítulo.

Estos factores demoledores de la soberanía, justifican hoy, la construcción conceptual del Estado moderno y de sus atributos soberanos, de los que hemos hablado y que en palabras del jurista C. Schmitt pronunciadas hace más de ochenta años, significarían que hemos vivido:

...hasta hace poco tiempo en una época cuyos conceptos jurídicos venían totalmente referidos al Estado y presuponían al Estado, al estado como modelo de la unidad política. La época de la estatalidad ya está llegando a su fin; no vale la pena desperdiciar más palabras en esto. Con ella desaparece toda la superestructura de conceptos relativos al Estado, levantada por una ciencia del derecho estatal e internacional eurocéntrica en el curso de un trabajo conceptual que ha durado cuatro siglos. El Estado como un modelo de la unidad política, el Estado como titular del más extraordinario de todos los monopolios, el monopolio de la decisión política, esta brillante creación del formalismo europeo y del racionalismo occidental, está a punto de ser arrumbado.¹⁵⁵

¹⁵⁴ Zagrebelski, Gustavo, *op. cit.*, pp. 11 y 12.

¹⁵⁵ Schmitt, Carl, El concepto de lo político. Texto de 1932, trad. de R. Agapito, Madrid, Alianza, 1991, p. 40. Citado en Zagrebelski, Gustavo, *op. cit.*, p. 12.

Aunque si valoramos en su conjunto la reflexión científica sobre el derecho público llevada a cabo en estas décadas, no podemos dejar de notar que los términos y los conceptos empleados son básicamente los mismos de otro tiempo y que han sido heredados de la tradición. Empero, ya no producen significados unívocos y estables, pues al haberse erosionado progresivamente el principio unitario de organización política, representado por la soberanía y por el orden que de ella derivaba, los significados resultantes pueden variar en función de las constelaciones que se van formando entre los elementos que componen el derecho público, siendo entonces que:

El rasgo más notorio del derecho público actual no es la sustitución radical de las categorías tradicionales, si no su pérdida de la posición central.” Por lo tanto constituye una novedad de absoluta importancia, porque comporta una consecuencia capital: al faltar un punto unificador tomado como axioma, la ciencia del derecho público puede formular y perfeccionar sus propias categorías, pero estas no pueden encerrar y reflejar en sí un significado concreto definible *a priori*, como sucedía cuando la orientación venía dada desde la soberanía del Estado. Hoy en día el significado debe ser construido.¹⁵⁶

Construido, por un lado, por la ciencia política, y por el otro, por la ciencia jurídica, en relación del derecho público con el Estado constitucional de derecho, que reconozca los derechos fundamentales y sus garantías jurisdiccionales contra las violaciones de la paz en el exterior, los derechos fundamentales en el interior, sumados a los principios de justicia, pues como lo ha expresado la ONU, el máximo organismo internacional:

Hoy en día la mundialización está trasformando nuestro medio y, aunque por una parte, ha venido a beneficiar notablemente a algunos países y también a algunas personas, por ejemplo: a partir del crecimiento económico, la elevación de los

¹⁵⁶ Zagrebelski, Gustavo, *op. cit.*, pp. 12 y 13. En donde el autor además nos indica: “Por usar un imagen, el derecho constitucional es un conjunto de materiales de construcción, pero el edificio concreto no es obra de la Constitución en cuanto tal, sino de una política constitucional que versa sobre las posibles combinaciones de esos materiales.”

niveles de vida y el otorgamiento de nuevas oportunidades; por otra parte, no podemos ignorar que este proceso también ha generado, como nunca antes, una marcada desigualdad en la distribución de sus “beneficios”, y el nuevo mercado mundializado que ha surgido, se ha destacado principalmente por carecer de una base de valores y normas sobre cuestiones sociales fundamentales como la protección de los derechos humanos, el trabajo y el medio ambiente. Por lo que, de esta manera, podemos percatarnos que hoy existe el enorme desafío de hacer de la mundialización un instrumento para que los pueblos dejen atrás las privaciones y la miseria y no que se convierta en una fuerza que les impida alcanzar ese objetivo.¹⁵⁷

Es un hecho innegable que, el fenómeno de la globalización también se está extendiendo de la economía a las estructuras constitucionales, y de los mercados financieros al sector de los derechos humanos de la persona, como si estos últimos representasen una especie de “ideal moneda única” de “curso legal” en la mayoría parte de los ordenamientos jurídicos.¹⁵⁸

La existencia de una economía internacional incontrolada, fuente de desequilibrios e injusticias, la brecha existente entre el mundo opulento y los excluidos de la tierra, y la permanente amenaza de guerras y catástrofes ecológicas han colocado a la humanidad en una innegable crisis civilizatoria que podría conducir a su extinción o, por lo menos, a una buena parte de ella.¹⁵⁹

Así mismo, nos indicaba desde hace poco menos de treinta años, el destacado jurista Mauro Cappelletti:

Esta explosión se ha caracterizado por un interés sin precedentes por la creación de instrumentos efectivos a los niveles nacionales y transnacionales, si no ya aún

¹⁵⁷ ABC de las Naciones Unidas, Departamento de Información Pública, Naciones Unidas, Nueva York, 2000, p. XV.

¹⁵⁸ Rolla, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006, p. 35.

¹⁵⁹ Pisarello, Gerardo, “Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico”, en Carbonell, Miguel, (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007, p. 167.

universales, para proteger los derechos fundamentales de los individuos y los grupos, incluyendo a los pobres, a las minorías raciales y religiosas, los jóvenes y los viejos, a las mujeres y, en general, a todos aquellos tradicionalmente privados de un acceso equitativo e imparcial a la justicia. El no reconocer la importancia histórica y el carácter sin precedentes de este continuo desarrollo es estar ciego y sordo con respecto a la más fantástica transformación del curso de la sociedad que haya ocurrido jamás en la historia del hombre.¹⁶⁰

En efecto, la explosión de los derechos fundamentales no es sino el intento de dar una respuesta a aquellos problemas que, más que nunca amenazan a la civilización y la supervivencia del género humano. Estos problemas son los de la opresión, la pobreza y la guerra. El futuro nos dirá si el intento está destinado al fracaso o al éxito. Pero nos parece evidente que si el éxito corona esta empresa el mérito residirá en gran parte en los derechos fundamentales nacionales y transnacionales y en su aplicación jurisdiccional.

Pues el hecho de que los derechos fundamentales hayan sido reconocidos por el orden jurídico interno de los Estados, no fue suficiente para garantizar su respeto y cumplimiento, por el contrario, se han cometido graves vulneraciones a los mismos por parte de los propios gobiernos de los Estados; motivando la búsqueda de nuevos mecanismos de control, tendientes a lograr su cabal respeto, ya no únicamente por conducto de los mecanismo internos basados en el constitucionalismo, sino también a través de mecanismos externos de control de la actuación del Estado por medio del derecho internacional, surgiendo, así, la llamada “internacionalización de los derechos humanos”, que ha traído como consecuencia, como ya se mencionó, un cambio de paradigma en el cual la vulneración de los derechos fundamentales, es una cuestión no única y exclusiva concerniente de cada Estado en lo particular, sino que es una cuestión de interés de toda la comunidad internacional.¹⁶¹

¹⁶⁰ Cappelletti, Mauro, *op. cit.*, nota 1, p. 43.

¹⁶¹ Dienheim Barriguette, Cuauhtémoc Manuel de, *Constitucionalismo universal: la internacionalización y estandarización de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ac Hoc, 2009, p. 27.

En ese sentido, los decálogos de los derechos y sus garantías previstas en las Constituciones nacionales, resultaron insuficientes. Dando la necesidad de que los Estados nacionales se unieran para emitir documentos internacionales donde se reconocieran los derechos fundamentales a manera de un estándar internacional y se establecieran órganos de supervisión y control, lo que se hizo patente, como se ha explicado, después del sufrimiento de la humanidad al terminar la Segunda Guerra Mundial.¹⁶²

Y aunque los tratados internacionales han existido desde antes de los griegos, nunca habían tenido tanta vigencia como en la actualidad y en un mundo tan globalizado, lo que ha obligado a todos los Estados, a renunciar a su soberanía para formar uniones a raíz de aprobar por sus legítimos representantes en superación de las constituciones, convenios internacionales y su respectiva garantía jurisdiccional, que a la sazón vienen a ser más garantistas para los derechos fundamentales, dejando así, de ser meras hojas de papel para los gobernantes en turno, como antaño ocurrió con las constituciones nacionales.

Ante este estado de cosas, comienza un proceso de “internacionalización y estandarización del derecho constitucional de los derechos fundamentales, como piso mínimo que debe ser respetado por todos a nivel mundial”,¹⁶³ creando a su vez *un efectivo acceso a la justicia, el cual será garantizado por lo que se conoce como el control de la constitucionalidad en conjunción con el control de la convencionalidad*, esto es pues a lo que llamaremos *la sinergia del control de la*

¹⁶² Sepúlveda, César, *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 1995, pp. 176-253. Así, también en el prefacio de su obra, el autor nos indica que el derecho internacional en los umbrales del siglo XXI, todavía era la rama del derecho menos conocida y que por otra parte: “le sobran deturpadores. Unos de ellos son gratuitos, pues no han llegado a captar su esencia ni su importancia para la convivencia de estados; otros lo son porque lo consideran un estorbo para sus afanes de dominación en el mundo; los de más allá, desencantados, aducen que las sanciones posibles resultan escasas y poco efectivas para reprimir a sus violadores habituales, y le regatean entonces naturaleza jurídica y abominan de él”.

¹⁶³ Dienheim Barriguette, Cuauhtémoc Manuel de, *op. cit.*, p. 18.

constitucionalidad y el control de la convencionalidad, para la progresividad y evolución de los derechos fundamentales.

Lo anterior en razón, de que al elevar los derechos fundamentales, al carácter de normas jurídicas internacionales y crear mecanismos y organismos en cargados de velar por su cumplimiento, responde a la necesidad de complementar y subsanar las fallas existentes en las legislaciones nacionales al respecto, y no para sustituirlas, como se ha querido malentender, al no captar su esencia ni su importancia para la convivencia de los Estados. Ya que, de esta manera se constituyó una protección adicional a la de los Estados en particular, y también remedial, cuando aquélla no fuera lo suficientemente eficaz, mediante la aplicación del llamado *principio de subsidiariedad*, que explicaremos más adelante.

Así el derecho Internacional, que se encontraba fundamentado en las relaciones de los Estados y no en la protección de los individuos, inicia una transformación importante. Surge así el *derecho internacional de los derechos humanos*, donde la interacción entre los derechos internacional, constitucional y procesal resulta evidente, lo que también provoca nuevos entendimientos, como ya se menciono, con el tradicional concepto de *soberanía* y de los Estados nacionales.¹⁶⁴

IV. LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

En ese sentido y ante la existencia de una pluralidad de órdenes jurídicos en un sistema mundial de niveles múltiples, caracterizado por interrelaciones y jerarquías complejas ha dado lugar al *transconstitucionalismo*. En este proceso y para los efectos que nos interesan, nos centraremos en tres dimensiones, que reflejan la tendencia de *la sinergia de la justicia universal*: A) El sistema universal, B) El derecho comunitario y C) Los sistemas regionales, todos, de protección a

¹⁶⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, p. 160.

derechos humanos, aunque solo de manera enunciativa, no así, el sistema interamericano, por ser la materia prima del presente trabajo, cuyo análisis será mucho más profuso.

A) *SISTEMA UNIVERSAL*: la Carta de Naciones Unidas de 1945, firmada entonces por 51 países, representa el inicio de este movimiento, después de la fallida Sociedad de Naciones, que naciera por el Tratado de Versalles en 1919 después de la Primera Guerra Mundial y que formalmente desaparece en 1946, que como se recordara es el antecedente inmediato de la ONU de la cual actualmente son 192 los Estados miembros. En su *preámbulo* se refiere a la necesidad 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 naciones grandes y pequeñas”. Los derechos y libertades deben además tener “efectividad” como lo expresa el artículo 55, inciso c) de dicho instrumento fundacional.¹⁶⁵

La Comisión de Derechos Humanos, creada en 1946 y convertida en Consejo en 2006, se encargó de la redacción de lo que se convertiría en la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada en París por la Asamblea General Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.¹⁶⁶ Esta declaración compuesta de tan sólo 30 artículos, constituye el primer paso de la internacionalización del derecho constitucional (derecho internacional de los derechos humanos) en cuanto establece un catálogo de derechos humanos para la humanidad. Si bien la declaración, en principio, carece de fuerza jurídica, debido a su aceptación generalizada como instrumento de humanización, progresivamente se le ha otorgado carácter vinculante, sea por los tribunales internacionales o regionales, incluso por los propios ordenamientos y tribunales internos. De esta Manera, la

¹⁶⁵ Véase la Carta de las Naciones Unidas en: <http://www.un.org/es/documents/charter/> (consultado el 30 de abril de 2013).

¹⁶⁶ Fix-Zamudio, Héctor, “Reflexiones comparativas sobre los sistemas Interamericano y Europeo de protección de los Derechos Humanos”, en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, UNAM-IIJ, 2008, t. I, p. 204.

Declaración Universal se convirtió en el eje o piedra angular del *derecho internacional de los derechos humanos*.

A partir de entonces se han venido aprobando numerosos e importantes documentos y tratados internacionales en esa materia, algunos de ellos por su importancia y a manera de textos básicos, se les ha denominado en conjunto Carta Internacional de los Derechos Humanos, entendida esta como el conjunto de instrumentos internacionales básicos para la protección de los derechos humanos, que se compone por la propia Declaración Universal de 1948, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos aprobados en 1966 y en vigor una década después. Asimismo, se contemplan en estos instrumentos básicos, el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), donde se establece la posibilidad de comunicaciones individuales ante el Comité de Derechos Humanos, y el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte (1989).¹⁶⁷

Debe también destacarse que al lado de esta regulación convencional de derechos, se han creado comités para supervisar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados signatarios, ejemplos de dichos comités de derechos humanos son: el de derechos económicos, sociales y culturales; para la eliminación de la discriminación racial; de los derechos del niño; contra la tortura, para la eliminación de la discriminación contra la mujer; y de los derechos de los trabajadores migratorios.¹⁶⁸

Así como el establecimiento de órganos jurisdiccionales. La Corte Internacional de Justicia es el órgano judicial principal de Naciones Unidas, previsto desde el texto original de la carta constitutiva de 1945, posteriormente se

¹⁶⁷ *Ibidem*, pp. 203-207.

¹⁶⁸ *Idem*.

han creado otros tribunales especializados como el tribunal del Mar de 1982. En materia penal destacan los tribunales *ad hoc*: Nüremberg, Tokio, Ruanda, Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, entre otros. Además, se ha creado la Corte Penal Internacional, cuyo estatuto se firmó en 1998 y entró en vigor en 2002, lo que ha significado un significativo avance al constituir un sistema permanente penal internacional.¹⁶⁹

Paralelamente al sistema universal de protección a derechos humanos se han venido desarrollando, hasta el momento, tres sistemas regionales de protección a derechos humanos: el europeo, el interamericano y el africano.

B) SISTEMA COMUNITARIO. Sin embargo, además de los tres sistemas regionales previamente anunciados, debe advertirse que también en ciertos sistemas de integración comunitaria, que si bien nacen con fines esencialmente económicos, progresivamente se ha extendido a otras áreas, como la protección a derechos humanos, provocando también una internacionalización de instituciones de derecho constitucional.

Lo que se puede apreciar de manera clara, con el largo y sorprendente proceso evolutivo de la Unión Europea,¹⁷⁰ mediante el Tratado de la Unión Europea, que entro en vigor el 1º de noviembre de 1993, y cuyas instituciones son: el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia e la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas.¹⁷¹ Dicha comunidad inició en 1951 con la Comunidad Europea del Carbón y del Acero,¹⁷² con seis miembros y que actualmente cuenta con

¹⁶⁹ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, p. 161.

¹⁷⁰ Véase, Torres Espinoza, Eduardo, "La comunidad europea del carbón y el acero. Un inacabado experimento institucional", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, vol. VIII, 2008, pp. 713-742.

¹⁷¹ Véase el Tratado de la Unión Europea en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:020:es:PDF> (consultado el 30 de abril de 2013).

¹⁷² Véase el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en: <http://www.ecb.int/ecb/legal/pdf/ce32120061229es00010331.pdf> (consultado el 30 de abril de 2013).

veintisiete miembros; hasta llegar al trascendental Tratado de Lisboa,¹⁷³ suscrito el 13 de diciembre de 2007 y que entro en vigor el 1º de diciembre de 2009, a manera de un paso más en la integración comunitaria.

En realidad este Tratado retoma parte del fallido Tratado Constitucional de 2004, es decir de la llamada *Constitución Europea*. Entre sus múltiples aspectos relevantes, cabe destacar que de conformidad son el artículo 6.2 la Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, lo que implicará la vinculación jurídica de este trascendental Tratado. Esta dimensión traerá una nueva relación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Luxemburgo, que en principio obedecían a dos órdenes jurídicos distintos y ahora en materia de derechos humanos aplicarán el mismo instrumento, produciendo un orden jurídico constitucional complejo.

C) *SISTEMAS REGIONALES*. Pero dejemos el derecho comunitario y retomemos la explicación de los sistemas regionales de protección a derechos humanos:

a) *Sistema Europeo*. Es el más antiguo de los tres sistemas. Surge con la aprobación por el Consejo de Europa, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, pero vigente hasta 1953. También se aprobó en 1961 la Carta Social Europea, que si bien no es objeto de control jurisdiccional y sólo cuenta con el control de los informes que deben rendir los Estados, sujetos a revisión por el Comité de Ministros del Consejo de Europa que puede emitir recomendaciones, ha propiciado un desequilibrio en la protección de estos derechos económicos y sociales, con respecto a los civiles y políticos previstos en la Convención de Roma, que tienen la vía abierta ante el

¹⁷³ Véase el Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:FULL:ES:PDF> (consultado el 30 de abril de 2013).

Tribunal de Estrasburgo. El Estatuto del Consejo de Europa o Tratado de Londres de 1949,¹⁷⁴ fue firmado por 10 estados, y actualmente son 47 Estados europeos y cinco observadores: Estados Unidos, Canadá, Japón y México, además de la Santa Sede.

Hasta la entrada en vigor del Protocolo núm. 11 en 1998, de dicho Convenio, existían tres órganos de control: la Comisión, el Tribunal y el Comité de Ministros (representantes permanentes de los Estados), con sedes en Estrasburgo, Francia.¹⁷⁵ A partir de esa fecha existe acceso directo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al desaparecer la Comisión, propiciando un aumento impresionante en el número de asuntos. Solo en 2009 dicho Tribunal recibió 57,100 casos, lo que representa una cifra mayor a todos los asuntos que resolvió en sus primeros 40 años de funcionamiento que fue de 45, 000 asuntos (1959-2008). Así el rezago ascendió a 119, 300 casos pendientes al 1º de enero de 2010, de los cuales más de 50% se refieren a demandas contra cuatro Estados: Rusia, Turquía, Ucrania y Rumania. Aunque hay que apuntar que más del 90% de las demandas no son admitidas, por lo que en realidad se han dictado cerca de 12,000 sentencias durante más de medio siglo de historia.¹⁷⁶

El Tribunal de Estrasburgo se integra por 47 jueces, uno por cada Estado integrante del Consejo de Europa, nombrados por un único periodo de nueve años, como se estableció en el Protocolo núm. 14. En general tiene competencias *consultivas*, para la interpretación y la aplicación de la Convención, y *contenciosas*, para conocer de: a) *demandas interestatales*, que a diferencia del sistema interamericano se han presentado casos, entre Estados miembros por incumplimiento del Convenio, o b) *demandas individuales*, donde cualquier persona o grupo puede plantear la demanda. Lo que en la actualidad suma más

¹⁷⁴ Fix-Zamudio, Héctor, "Reflexiones comparativas sobre los sistemas Interamericano y Europeo de protección de los Derechos Humanos", *op. cit.*, pp. 210-212.

¹⁷⁵ *Ibidem*, pp. 219 y 220.

¹⁷⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, p. 163. Citando los *50 years of activity: European Court of Human Rights. Some facts and Figures*, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2010.

de 800 millones personas pertenecientes a los 47 Estados miembros, los que pueden tener acceso a esa jurisdicción internacional.¹⁷⁷

El 1º de junio de 2010, entró en vigor el Protocolo núm. 14 del Convenio, debido a la ratificación de Rusia, que era el único de los 47 Estados que faltaba por ratificarlo y que durante varios años se rehusó. Este ansiado instrumento supone reformas sustanciales en la tramitación y efectividad del tribunal, así como una importante vinculación con la Unión Europea debido al Tratado de Lisboa quien entró en vigor el 1º de diciembre de 2009.¹⁷⁸ Las reformas propuestas, sin embargo, parecen insuficientes. Representantes de los 47 Estados integrantes del Consejo de Europa se reunieron el 18 y 19 de febrero de 2005 en Suiza, para reflexionar sobre el futuro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que dio lugar a la Declaración de Interlaken, estableciendo un plan de acción a mediano y largo plazo, que será evaluado en 2011, 2012, 2015 y 2019.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Fix-Zamudio, Héctor, “La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional”, en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, UNAM-Porrúa-Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 1105-1155.

¹⁷⁸ Sobre los contenidos y repercusiones del Tratado de Lisboa, véase, González Martín Nuria, “La Unión Europea como una fotografía en continuo movimiento. El Tratado de Lisboa”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 124, enero-abril, de 2009, pp. 343-254. Es de obligada observancia para nosotros, asimilar las bondades y aprender de los errores de los demás sistemas, así, la autora reflexiona sobre si ha sido o es exitoso el “fenómeno” de la Unión Europea, a lo que nos contesta que sí, pues hay ciertos Estados esperando su “turno” para solicitar su inclusión y que el nivel de vida de sus ciudadanos ha sido elevado a unas “cotas sin precedentes”, muestra de lo anterior es que: “en la actualidad, la Unión Europea, con sus 27 Estados miembros, representa 500 millones de habitantes, es el primer mercado mundial, único mercado sin fronteras y con una moneda única. Otro dato que parece la pena destacar es que el 70% de la legislación vigente en los Estados miembros es de origen europeo. Este alto porcentaje condiciona la vida diaria de los Estados, de la administración, de las empresas y de los ciudadanos. Esta legislación comunitaria se ha fortalecido a medida que se han dado las distintas reformas de sus tratados constitutivos. Es un hecho que en ningún país ha habido tantas reformas como en la Unión Europea en los últimos 20 años”. Sin embargo también nos advierte “Por otra parte, es cierto que todo el proceso de la Unión Europea ha sido vinculado al gobierno, a las elites políticas y escasamente al pueblo. La Unión Europea no es una panacea, tiene un sistema de pesos y contrapesos en donde se ha vislumbrado momentos de paz y estabilidad y momentos de inquietud. Es una fotografía en continuo movimiento.”

¹⁷⁹ Véase esta Declaración: *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. Interlaken Declaration* del 19 de febrero de 2010.

b) *Sistema Africano*. Este es el más reciente de los sistemas regionales y todavía está en fase de formación.¹⁸⁰ Tuvieron que pasar casi treinta y tres años desde la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en 1948, para que los Estados africanos decidieran comprometerse regionalmente con la protección de los derechos humanos.¹⁸¹ La Carta Africana Sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, también conocida como Carta de Banjul, aprobada el veintisiete de julio de 1981, pero vigente hasta octubre de 1986, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya.¹⁸² Funciona dentro del marco de trabajo institucional de la Unión Africana (UA), organización intergubernamental regional fundada en 1963, como Organización de la de la Unidad Africana (OUA), cuenta con cincuenta y tres Estados miembros. Opera a través de una Secretaría Permanente, diversas conferencias ministeriales, un Consejo de Ministros y la Asamblea de Jefes, de Estado y de Gobierno, esta última se reúne una vez al año y es el cuerpo de mayor jerarquía en la elaboración de políticas de la OUA.¹⁸³

Normativamente, la carta Africana es un documento de derechos humanos “innovador”. Partiendo de las formulaciones básicas de otros instrumentos universales de protección de los derechos humanos, consta de sesenta y ocho artículos y está dividida en cuatro capítulos: derechos humanos y de los pueblos, obligaciones, actuación de la Comisión y principios aplicables. Paralelamente en la Carta, son abordados las tres generaciones de derechos, siendo esta una de sus principales características, ya que regula los derechos económicos, sociales y

¹⁸⁰ Véase, Odimba, Jean Cadet, “Los Derechos Humanos en la Historia de África”, en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, UNAM-IIJ, 2008, t. I, pp. 453-485.

¹⁸¹ Saavedra Álvarez, Yuria, “El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, vol. VIII, 2008, p. 672. Pues como sostiene la autora: “Difícilmente podría afirmarse que los derechos humanos, como tales, existieron en el África precolonial. Incluso durante la colonización del continente, y aun habiendo sido ya planteados en Europa, los colonizadores se negaron a reconocer estos derechos en su expresión máxima.” Deduciendo de los anterior, “quizá también porque esos derechos tampoco eran universales en las metrópolis”, que es doblemente lamentable.

¹⁸² Véase la Carta Africana Sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos en: <http://www.au.int/en/> (consultado el 30 de abril de 2013).

¹⁸³ Odimba, Jean Cadet, *op. cit.*, p. 462.

culturales, de manera conjunta con los derechos civiles y políticos, lo que no sucede en los otros sistemas regionales, ya que consideran que dichos derechos no pueden ser “disociados” en su “concepción” y en su *universalidad*, y de que la “satisfacción” de los derechos económicos, sociales y culturales constituye una “garantía del disfrute” de los derechos civiles y políticos. Así mismo, la carta vincula los conceptos de derechos humanos, obligaciones de los individuos y derechos de los pueblos, como la autodeterminación y soberanía absoluta sobre sus recursos naturales.¹⁸⁴

Asimismo la Carta prevé en su artículo 30, una *Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos*, que se integra por once personalidades africanas de prestigio. Fue constituida en 1987, teniendo su sede en Banjul, Gambia. Sus facultades pueden dividirse en dos partes: los llamados poderes interpretativos, tipo facultades consultivas y los poderes aplicables a la resolución de querrelarse donde se denuncian violaciones de los derechos humanos o mecanismos de control y protección, utilizando tres mecanismos, los informes periódicos, las denuncias interestatales y las denuncias individuales.¹⁸⁵

También existe una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, creada a través de un protocolo posterior a la Carta en Uagadugú, Burkina Faso, de 1998, que entro en vigor a partir de 2004, cuya propuesta de existencia, había sido realizada en 1961, en una reunión de juristas africanos en Lagos, Nigeria. Este protocolo se fundamenta en la afirmación de que los derechos humanos ahora serán amparados por decisiones jurídicamente vinculantes a través de un mecanismo judicial como herramienta adecuada para hacer de los derechos humanos, derechos plenamente exigibles.¹⁸⁶

¹⁸⁴ *Ibidem*, pp. 462-465.

¹⁸⁵ *Ibidem*, pp. 467-477.

¹⁸⁶ Saavedra Álvarez, Yuria, “La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: su situación actual”, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, UNAM-IIJ, 2008, t. II, pp. 477-482.

Dicha Corte se integra por once juristas, y en enero de 2006 fueron electos los primeros jueces, con renovación y nuevos integrantes en 2008. Inició sus funciones de manera provisional en Banjul, Gambia y Addis Abeba, Etiopía (respectivamente), en noviembre de 2006; y luego en Arusha, Tanzania, a partir de agosto de 2007. Aunque, actualmente, este instrumento ha sido firmado por 49 Estados, hasta la fecha sólo 25 países han aceptado la jurisdicción,¹⁸⁷ de los 53 que integran la Unión Africana y que también ratificaron la Carta de Banjul.¹⁸⁸

La Corte puede decretar medidas provisionales, y sus fallos son definitivos, aunque existe la posibilidad de revisión si se dan las circunstancias necesarias para ello. Sus decisiones son obligatorias y los Estados partes están comprometidos a ejecutar las sentencias que emita. En cuanto a su mandato, la corte tiene competencias *consultivas* y *contenciosas*. Con relación a su función contenciosa, la Corte conoce de casos presentados por la Comisión, los Estados partes y las organizaciones gubernamentales e individuos que versen sobre la interpretación y aplicación de la Carta Africana, el Protocolo y cualquier otro instrumento relativo a los derechos humanos. Por regla general, los procesos deben ser públicos, sin embargo, si existen razones que así lo justifiquen, la Corte puede celebrar audiencias *in camera*. Durante el proceso, las partes tienen derecho a ser representadas y, en casos donde el "interés de la justicia" así lo requiera, podrán contar con representación legal gratuita, rasgo distintivo que no está previsto para las cortes Europea e Interamericana.¹⁸⁹ El primer fallo de la Corte fue emitido el 15 de diciembre de 2009, en el caso *Michelot Yogogombaye vs. República de Senegal*.

En su función consultiva, la Corte puede emitir opiniones a solicitud de cualquiera de los órganos de la Unión Africana, sus Estados miembros y

¹⁸⁷ Algeria, Burkina Faso, Burundi, Côte d'Ivoire, Comoros, Gabon, Gambia, Ghana, Kenya, Libya, Lesotho, Mali, Malawi, Mozambique, Mauritania, Mauritius, Nigeria, Niger, Rwanda, Sadáfrica, Senegal, Tanzania, Togo, Tunisia y Uganda.

¹⁸⁸ Saavedra Álvarez, Yuria, "El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos", *op. cit.*, p. 704.

¹⁸⁹ *Ibidem*, pp. 704-707.

organizaciones legalmente reconocidas por ésta, sobre cualquier disposición de la Carta Africana o cualquier otro instrumento sobre derechos humanos, siempre y cuando no verse sobre algún asunto que se encuentre en trámite ante la Comisión. Destaca la amplitud de la jurisdicción consultiva en términos sustantivos, pues abarca a cualquier instrumento de derechos humanos. Asimismo, es notable que las ONG legalmente reconocidas ante la Unión Africana puedan solicitar opiniones consultivas a diferencia del mecanismo existente en los sistemas europeo e interamericano. Sin embargo y como puede apreciarse, existe un problema de concurrencia, pues la Comisión Africana también está facultada para emitir opiniones consultivas.¹⁹⁰

c) *Sistema Interamericano*. Los ensayos de formación de una *Unión de Estados Americanos* se iniciaron con el Tratado suscrito en Panamá en 1826 y que se revivieron muchos años después con el establecimiento de la Unión Panamericana, que comenzó sus actividades con la reunión en México en 1901, pero en realidad dichos esfuerzos se concretaron en Bogotá, Colombia, con el establecimiento de la *Organización de los Estados Americanos* (OEA), mediante la aprobación de la Carta de la OEA, por 21 países,¹⁹¹ (que entro en vigor el 13 de diciembre de 1951) en el seno de la IX Conferencia Interamericana celebrada del 30 de marzo al 2 de mayo de 1948. En esa misma reunión se aprobó la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, primer documento internacional con una proclamación general de derechos, ya que se anticipó varios meses a la Declaración Universal (10 de diciembre de 1948); y la *Carta Internacional Americana de Garantías Sociales*.¹⁹²

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 709.

¹⁹¹ Actualmente son 35 los países miembros, con la incorporación de Cuba a la OEA, en 2009, al dejarse sin efectos una resolución de 1963 que se excluyó al gobierno de dicho país en el sistema interamericano. Asimismo, debe considerarse que Honduras fue suspendido del derecho de participación en 2009, tras el golpe de estado, aunque actualmente fue reincorporado el 1 de junio de 2011 con treinta y dos votos a favor y uno en contra, el de Ecuador, por considerar que no se habían castigado a los golpistas.

¹⁹² Fix-Zamudio, Héctor, "Reflexiones comparativas sobre los sistemas Interamericano y Europeo de protección de los Derechos Humanos", *op. cit.*, pp. 213-219.

Pero sin duda el instrumento jurídico convencional de mayor importancia en el derecho internacional interamericano radica en la *Convención Americana de Derechos Humanos*, (en adelante CADH) suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, entrando en vigor el 18 de julio de 1978. Ahora bien en lo que respecta a los derechos sustantivos del sistema interamericano y por tanto la base del conocimiento de los organismos del sistema, deben considerarse tanto los establecidos en la Declaración como en la Convención Americana, pero también deben complementarse con los instrumentos consagrados en los protocolos adicionales a la misma Convención.¹⁹³

El sistema se integra según el artículo 33 de la Convención Americana, por la Comisión Interamericana, cuya sede se encuentra en Washington, D.C., si bien la Comisión se estableció en 1959, inició funciones al año siguiente; y la Corte Interamericana, radica en San José, Costa Rica, comenzando sus actividades en 1979. Hasta la fecha, de los 35 países que integran la OEA, 24 han ratificado la CADH¹⁹⁴ y 21 han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Ambos órganos se integran por siete miembros, con duración de cuatro años para los comisionados y seis para los jueces, con posibilidad de reelección por una ocasión.

¹⁹³ *Idem*. Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1998); y el Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (Asunción, Paraguay, 1990), Asimismo, debe tenerse presente otros instrumentos internacionales, como la: Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Cartagena de Indias, Colombia, 1985), Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Belém do Pará, Brasil, 1994), Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará, Brasil, 1994), Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Guatemala, 1999), Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión (Comisión Interamericana, 2000), Carta Democrática Interamericana (Asamblea General de la OEA, 2001), Convención Interamericana sobre la Corrupción (Caracas, Venezuela, 1996), Convención Interamericana Contra el Terrorismo (Brindgetown, Barbados, 2002), Declaración Interamericana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, Colombia, 1948); entre otros.

¹⁹⁴ Véase la nota 44 de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, p. 165, en don el autor nos indica que: “Sólo Trinidad y Tobago se ha separado por la denuncia a la Convención en 1998, que entró en vigor en 1999. Perú, en la época de Fujimori, pretendió infructuosamente separarse del sistema; y Venezuela recientemente, en la sentencia 1939 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela declaró “inejecutable” la sentencia de la Corte Interamericana en el Caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela, que versaba sobre la destitución arbitraria de tres jueces de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, por lo que solicitó al presidente de la República que denunciara la Convención Americana, lo cual no ha sucedido.”

CAPITULO. III. GENESIS DEL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD.

I. ¿QUÉ ES EL LLAMADO CONTROL DE CONVENCIONALIDAD?

Se ha descrito ya de manera breve, los distintos sistemas internacionales de protección de derechos fundamentales, por lo que ahora nos centraremos en un sistema en específico, el interamericano, aún más, solo en el desarrollo jurisprudencial que ha venido desarrollando la Corte Interamericana de Derecho Humanos, respecto al llamado *control de la convencionalidad*, esto para estar en aptitud de entender porque estamos hablando de una verdadera sinergia entre el control constitucional y convencional, ya que posteriormente nos ocuparemos del desarrollo jurisprudencial que se ha venido realizando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ante esta garantía de protección a los derechos fundamentales.

Antes de comenzar, cabe hacer la observación de que aunque existe una doctrina y mucho se ha escrito ya sobre el tema, de esos estudios solo algunos buscan desarrollar la figura, pero lamentablemente, otros sólo repiten lo que la mayoría dice, eso sí, casi todos bajo la adoración del término control de convencionalidad, y transcribiendo lo que la Corte IDH dice al respecto, siendo contadas las opiniones que invitan a reflexionar sobre la verdadera naturaleza y alcances de esta novedosa garantía.¹⁹⁵ Por lo que, resulta falso que su desarrollo ha sido uniforme, sin mayores variantes, o que se ha mantenido firme con ciertos matices, y un sólido desarrollo por parte de la jurisprudencia de la Corte IDH. Sino, más bien, que la construcción de la mayoría de los doctrinarios ha partido de un

¹⁹⁵ Por citar algunos trabajos, con la salvedad de que no en todo su contenido, en el caso de México se encuentran: Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional en derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM-IIJ, 2011; Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2012; Herrerías Cuevas, Ignacio y Del Rosario, Rodríguez, Marcos, *Control de convencionalidad y efectos de las sentencias*, México, UBIJUS, 2011 y de los mismos autores, *El control de constitucionalidad y convencionalidad*, México, UBIJUS, 2012; Rey Cantor, Ernesto, *Control de Convencionalidad de las leyes y Derechos Humanos*, México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008.

uso intencionalmente selectivo de la jurisprudencia interamericana referida al control de convencionalidad para facilitar la conclusión que buscaban.

A decir verdad casi caemos en la tentación de lo anterior, sin embargo, optamos por ir a la fuente de lo que se ha llamado jurisprudencia de la Corte Interamericana, enunciando solo los párrafos que hablen directamente del tema y explicándolo con nuestras propias deducciones, mostrando la realidad de que el término *control de convencionalidad* tiene puntos débiles en su construcción, que hay que configurar de mejor manera.

Lo anterior permitirá un mejor entendimiento, penetración y adopción, no solo por nuestros jueces, sino también por todos los operadores jurídicos que, deberán velar porque los efectos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en principio, pero en general de todas las normas de los tratados internacionales que contengan un derecho fundamental, no se vean mermados por la aplicación de leyes y actos, contrarias y contrarios a su objeto y fin, como una incorporación en el quehacer cotidiano de los jueces nacionales del contenido e interpretaciones autorizadas de los tratados, no para que en todo caso prevalezcan éstos, sino para que siempre sean tomados en cuenta, pues es determinante que si en ellos se encuentra una mayor y mejor protección de los derechos fundamentales, se apliquen sin recato alguno.

En ese sentido, a continuación describiré a detalle cómo ha sido la evolución del término *control de convencionalidad* referido a la actividad que están llamados a desarrollar los operadores jurídicos en América y en especial como lo ha venido realizando la Suprema Corte de Justicia en México.

Los orígenes de la expresión: “control de convencionalidad” se presentan en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, a partir de que el hoy ex Presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente razonado emitido en el caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, fue quien en el

seno de la Corte IDH utilizó por vez primera la expresión “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte, bajo el siguiente argumento:

27. 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.¹⁹⁶

Posteriormente y con mayor grado de detalle, en un nuevo voto concurrente razonado en el caso *Tibi vs. Ecuador*, luego de comparar la labor de la Corte IDH con la que despliegan los tribunales constitucionales, el mismo Juez señaló:

3. 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 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

¹⁹⁶ Voto concurrente razonado emitido por el Juez Sergio García Ramírez. Corte IDH en el Caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2003, serie C. No. 101, párr. 27.

internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.¹⁹⁷

Así la Corte IDH deberá ejercer un control de convencionalidad a modo de un control de constitucionalidad, pero sin actuar como una cuarta instancia, sino que esta jurisdicción internacional, tiene un carácter subsidiario, pues los propios Estados son los garantes del sistema interamericano de derechos humanos y consecuentemente, en la lógica del sistema reside la idea de que los pronunciamientos de la Corte IDH como elemento de este, deben trasladarse en la forma y términos que provea el derecho interno, como puede ser mediante sus leyes y los criterios jurisdiccionales, lo cual servirá como puente entre el sistema internacional y nacional, aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía.

Una vez más, en otro voto razonado elaborado en el caso *López Álvarez vs. Honduras*, al analizar la duración razonable del proceso penal, indicó que la Corte IDH “que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención (es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”) debe explorar las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso.”¹⁹⁸

A su tiempo en el voto razonado pronunciado en el caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, a la sazón resuelto el mismo día que el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* del que nos ocuparemos más adelante, el multicitado juez del tribunal interamericano, precisó que éste “tiene a su cargo el ‘control de convencionalidad’ fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la

¹⁹⁷ Voto concurrente razonado emitido por el Juez Sergio García Ramírez. Corte IDH en el caso *Tibi vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C. No. 114, párr. 3.

¹⁹⁸ Voto concurrente razonado emitido por el Juez Sergio García Ramírez. Corte IDH en el caso *López Álvarez vs. Honduras*, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1 de febrero de 2006, serie C. No. 141, párr. 30.

Convención Americana”¹⁹⁹, sin pretender convertirse en una nueva instancia y última instancia para conocer de la controversia suscitada en el orden interno, pues:

7. Valga, para estos fines, el cotejo con la misión de un tribunal de constitucionalidad, que tampoco podría absorber el conocimiento de la contienda civil o penal, en sus casos, sino sólo examinar la conformidad del proceso y de las decisiones correspondientes con la Constitución nacional. Otro tanto ocurre con la Corte Interamericana. Esta sólo puede confrontar los hechos internos --leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo-- con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza. No emprende, pues, una nueva etapa --instancia-- del juicio ordinario. Este comienza, se desarrolla y concluye en el ámbito de la jurisdicción interna. Por ello, el juez internacional, al igual que el constitucional, no sustituye al juez de la causa en la apreciación de hechos y pruebas y la emisión de absoluciones o condenas.²⁰⁰

Volviendo a comparar la función del tribunal internacional, con la de un tribunal constitucional. Sin embargo, los primeros fallos en los que el Tribunal Interamericano se refirió plenariamente al control de convencionalidad, fueron en línea cronológica en los casos: *Almonacid Arellano vs. Chile*, seguido del caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú*, y *La Cantuta vs. Perú*.

En el primero de los casos referidos, la Corte IDH, ratificó que la obligación legislativa descrita en el artículo 2 de la Convención²⁰¹, tiene también la

¹⁹⁹ Voto razonado emitido por el Juez Sergio García Ramírez. Corte IDH en el caso *Vargas Areco vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C. No. 155, párr. 6.

²⁰⁰ *Ibidem*, párr. 7.

²⁰¹ Dicho artículo de la Convención Americana es de la literalidad siguiente: *Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno*. Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

finalidad de facilitar la función del Poder Judicial, de manera que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. “Sin embargo cuando el Legislativo falla en su tarea se suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana el Judicial permanece vinculado al deber de garantía, establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”²⁰², pues el cumplimiento por parte de “agentes” o funcionarios del Estado de una ley que vulnere la Convención, produce responsabilidad internacional del Estado, pues “todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, en el artículo 1.1 de la Convención Americana”²⁰³, pues este es un principio básico recogido por el derecho internacional de los Derechos Humanos. Puntualizado lo anterior el tribunal Interamericano estableció que:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino

²⁰² Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C. No. 154, párr. 123.

²⁰³ *Idem*. Por su parte el artículo 1.1 de la Convención Americana establece que: Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.²⁰⁴

Estableciendo así, que “los jueces nacionales son los primeros jueces convencionales”, teniendo en cuenta no solo el tratado, sino también la interpretación de la Corte IDH, pues los jueces interamericanos son los últimos intérpretes de la Convención Americana, ya que “según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su cumplimiento el derecho interno”²⁰⁵, cuya regla encuentra su origen en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969.²⁰⁶

Por su parte en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú*, empleo un mayor nivel de determinación jurídica en torno a la naturaleza y la preceptividad del control de convencionalidad, pues mientras que en el anterior caso sostuvo un tanto genéricamente que, el Poder Judicial debe ejercer una “especie” de control de convencionalidad, en este caso puntualizó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, por lo que ya no se refirió laxamente a una “especie” de control de convencionalidad, sino que aludió específicamente a la *obligación judicial de ejercer, además del control de constitucionalidad, un control de convencionalidad, ex officio entre las normas internas y la Convención Interamericana, bajo el siguiente tenor:*

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de

²⁰⁴ *Ibidem*, párr. 124.

²⁰⁵ *Ibidem*, párr. 125.

²⁰⁶ Dicha regla se encuentra contenida en el apartado primero del artículo 27 de la Convención de Viena, al tenor siguiente: “1. Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado.”

constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.²⁰⁷

Avanzando así, en la conformación de la doctrina del control de convencionalidad, además de poner énfasis en la búsqueda del efecto útil de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y el necesario resguardo del objeto y fin de los mismos.

Respecto al tercer asunto, *La Cantuta vs. Perú* cabe hacer notar que la Corte Interamericana, pareciera titubear respecto a lo logrado, pues cita de manera literal parte del párrafo 123 y todo el párrafo 126 de la sentencia del caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, es decir, vuelve a retomar la idea de que el Poder Judicial debe ejercer una “especie” de control de convencionalidad,²⁰⁸ sin embargo hace un recuento interesante sobre las medidas pertinentes que deben tomarse para la adecuación del derecho interno a la Convención Americana, a saber:

172. Ciertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes

²⁰⁷ Corte IDH en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2006, serie C. No. 158, párr. 128.

²⁰⁸ Corte IDH en el caso *La Cantuta vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2006, serie C. No. 162, párr. 173.

a la efectiva observancia de dichas garantías. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda.²⁰⁹

Como puede observarse tal adecuación consiste en la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que desconozcan, obstaculicen o estén en contra de lo establecido por la Convención Americana, consiste en un hacer o un no hacer por parte del Estado, mediante la expedición, modificación o derogación de normas, o bien, mediante el desarrollo de prácticas o de “algún modo” de anulación, que permita evitar la vulneración, desconocimiento y efectiva observancia de las garantías y derechos de dicha Convención.

Al anterior asunto se le suma el caso *Boyce vs. Barbados*, en el cual la CoIDH solo reitera lo vertido en el multicitado caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, pues se limita a transcribir que el Poder Judicial debe ejercer una “especie” control de convencionalidad, entre las normas internas y la Convención Interamericana, teniendo en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación de este órgano internacional.²¹⁰

Es en el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, un poco de manera velada, el tribunal interamericano retoma que debe realizarse un control de convencionalidad, además a nuestro parecer aquí, amplía de manera categórica quien debe ejercer dicho control, pues establece la figura “operadores de justicia”, aunque reafirma que “cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento

²⁰⁹ *Ibidem*, párr. 172.

²¹⁰ Corte IDH en el caso *Boyce y otros vs. Barbados*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 20 de noviembre de 2007, serie C. No. 169, párr. 78.

internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.”²¹¹

Sin embargo es hasta el destacado caso *Radilla Pacheco vs. México*, que el tribunal interamericano retoma de manera determinante, aunque no tan completa como en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú*, estableciendo que el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes,²¹² además:

338. Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.²¹³

Nótese que la Corte IDH precisa que no sólo la supresión o expedición de normas en el derecho interno, garantiza los derechos de la Convención Americana, sino que también se requiere el desarrollo de “prácticas estatales” conducentes a la observancia efectiva de los derechos de dicha Convención,

²¹¹ Corte IDH en el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 12 de agosto de 2008, serie C. No. 186, párr. 180.

²¹² Corte IDH en el caso *Radilla Pacheco vs. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2009, serie C. No. 209, párr. 339.

²¹³ *Ibidem*, párr. 338.

refiriéndose en sí a todo el estado en su conjunto, para después referirse de manera individual a la aplicación e interpretación de las normas como prácticas jurisdiccionales, las cuales deberán estar ajustadas al mismo fin, es decir, a la Convención Americana. Situación que como veremos fue retomada por la Suprema Corte de Justicia del Estado Mexicano, pues al verse obligada por la Corte Interamericana, debió interpretar el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia.

Las tres sentencias posteriores al caso *Radilla Pacheco vs. México*, no recogieron argumento alguno respecto al llamado control de convencionalidad. Posterior a éstas, en el caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* la Corte IDH sólo se refiere al tema mediante una nota a pie de página,²¹⁴ remitiendo al contenido de los casos *Almonacid Arellano vs. Chile*, seguido del caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú*, que como ya se estableció antes, no coinciden en la caracterización que hacen del control de convencionalidad, por el hecho de que el primero de los anteriores casos le llama “especie” y el segundo no, siendo su espectro de aplicación mucho muy distinto. Por lo que además, hace ver de manera confusa y de nueva cuenta lo establecido en el caso *Radilla Pacheco vs. México*.

Posteriormente, desde el caso de la *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*²¹⁵ y hasta el caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*,²¹⁶ esto es los cuatro casos posteriores, la Corte IDH repitió de manera textual lo que estableció en el caso *Radilla Pacheco vs. México*. Siendo los otros dos casos relativos también al Estado Mexicano: *Fernández Ortega y otros vs. México* y

²¹⁴ Corte IDH en el caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de mayo de 2010, serie C. No. 213, nota al pie 307.

²¹⁵ Corte IDH en el caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de agosto de 2010, serie C. No. 214, párr. 311.

²¹⁶ Corte IDH en el caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1 de septiembre de 2010, serie C. No. 217, párr. 202.

Rosendo Cantú y otra vs. México,²¹⁷ por lo que al menos por lo que respecta a México se mostro cierta congruencia, reforzando así el criterio jurisprudencial hasta ese momento minoritario, mediante el cual el Poder Judicial debe ejercer un control de convencionalidad *ex officio*. Asuntos en los cuales la Corte IDH realiza una cita de algunos de los anteriores casos analizados, en donde figura principalmente el asunto *Almonacid Arellano vs. Chile*, como si se tratara de un criterio definitivo y bien consolidado, lo cual es perfectamente contrario hasta lo aquí demostrado y desarrollado.

II. INCONGRUENCIAS RESPECTO A LA DENOMINACIÓN DEL CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD: ¿ESPECIE, DIFUSO O CONCENTRADO?

La Corte IDH, iba seguir repitiendo su idea de control de convencionalidad sobre los asuntos antes establecidos, en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, sin embargo en este añade una potente variación sobre los órganos facultados para su ejercicio que cambiara su naturaleza por completo, como se puede apreciar en el siguiente párrafo:

287. Asimismo, cabe resaltar que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, quienes ejercen funciones jurisdiccionales también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.²¹⁸

²¹⁷ Corte IDH en el caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 30 de agosto de 2010, serie C. No. 215, párr. 236; Corte IDH en el caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, serie C. No. 216, párr. 219.

²¹⁸ Corte IDH en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2010, serie C. No. 218, párr. 287.

Es decir, acaso ahora cualquiera de los órganos del aparato estatal, cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales debe ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también un control de convencionalidad, lo que equivaldría a la creación de un control difuso ya no solo de constitucionalidad, sino también de convencionalidad por mandato de la Corte IDH. Criterio que ya había establecido en 2006 en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs Perú*, y que quizá esto es a lo que había querido referirse con la figura “operadores de justicia” que en el caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, ya había plasmado. Si es así, aún no ha quedado plenamente claro, aún por la Corte IDH.

Posteriormente, en el caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, si bien la Corte IDH regresa en esencia a lo establecido en el caso *Radilla Pacheco vs. México* y los cuatro casos posteriores a éste que previamente fueron citados, sin referirse al control de constitucionalidad, pero si, puliendo a nuestro parecer lo vertido en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, pues además de reiterar que todos los órganos del aparato Estatal, incluidos sus jueces, deben ejercer un control de convencionalidad en sus respectivas atribuciones, remata diciendo que *el Poder Judicial esta internacionalmente obligado a ejercer un control de convencionalidad ex officio*, veamos:

176. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. El Poder Judicial, en tal sentido, está internacionalmente obligado a ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no

solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.²¹⁹

Situación que se debe tener muy en cuenta, pues al menos en el Estado Mexicano, esta obligación si se toma en serio a raíz del ya citado caso *Radilla Pacheco vs. México*, como parámetro para la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es decir Poder Judicial al menos en el ámbito Federal, como órgano legitimado y facultado para reconocer y aceptar el contenido de un tratado internacional, como resultado a su vez de la obligación internacional adquirida por el Estado Mexicano al adoptar la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que veremos más adelante.

Después de este asunto, en el inmediato posterior, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la Corte IDH hace una combinación de los criterios antes establecidos y enuncia de manera directa que ya no solo el poder judicial, sino *también los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están obligados a ejercer un control de convencionalidad ex officio*, como se puede apreciar en el siguiente párrafo:

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones

²¹⁹ Corte IDH en el caso *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de noviembre de 2010, serie C. No. 219, párr. 176.

procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.²²⁰

Posteriormente a éste, de las diecisiete sentencias siguientes que ha dictado la Corte IDH, sólo en cinco ha hecho referencia al llamado control de convencionalidad,²²¹ haciéndolo de manera idéntica a como lo desarrollo en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*.

Del análisis hasta aquí realizado de la jurisprudencia de la Corte IDH, se desprende que lo iniciado como una “especie” de control de convencionalidad, ahora en votos razonados y la doctrina empieza a denominarse como control “difuso” de convencionalidad, derivado de un control “concentrado” de convencionalidad que la Corte IDH, había venido desarrollando como una facultad natural que nace de la Convención Americana de Derechos Humanos. Así, vimos que antes del caso Radilla era más constante hablar de “especie” de control de convencionalidad, sin embargo, simplemente se eliminó de la jurisprudencia interamericana sin razonamiento alguno y sin que la doctrina de la menor explicación.

Estas variaciones y el nacimiento terminológico del control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos, como hemos indicado, ocurrió por medio de algunos votos razonados en los que de manera reiterada se comparó la labor de la Corte IDH con la que desarrollan los tribunales

²²⁰ Corte IDH en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2010, serie C. No. 220, párr. 225.

²²¹ Corte IDH en los casos *Gelman vs. Uruguay*, fondo y reparaciones. Sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C. No. 221, párr. 193; *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1 de junio de 2011, serie C. No. 227, párr. 164; *López Mendoza vs. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 1 de septiembre de 2011, serie C. No. 233, párr. 226; *Fontevicchia y D' Amico vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 29 de noviembre de 2011, serie C. No. 238, párr. 93; *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012, serie C. No. 239, párr. 282.

constitucionales, entendiendo que si estos hacían un control de constitucionalidad, aquella hace un control de convencionalidad.

Así, a partir de esta idea, es que la mayoría de la doctrina que se desarrolló posteriormente, reitero que el llamado control de convencionalidad es una operación semejante al control de constitucionalidad, con la única diferencia en que el primero tiene como norma suprema el ordenamiento jurídico de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en tanto que el segundo a la Constitución de cada país, y que por consiguiente el imaginario doctrinario entendió, que “si en los Estados podía existir el control de constitucionalidad concentrado y difuso, de igual forma, podía existir el control de convencionalidad concentrado o exterior y difuso o interno,”²²² que expondremos a continuación.

A) Control concentrado de convencionalidad.

La doctrina ha desarrollado que el control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter “concentrada” por parte de la Corte Interamericana, en sede internacional; y otra de carácter “difusa” por parte de los jueces nacionales, en sede interna.

Acuña la primera a las facultades naturales de la Corte IDH, al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración, en cuanto guardián e intérprete final de la Convención Americana. A esto es a lo que se le ha llamado control “concentrado” de convencionalidad, pues al encomendarse a dicho órgano jurisdiccional la facultad exclusiva de “garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” y en su caso si fuere procedente, “que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”; todo lo cual, cuando la Corte IDH decida que hubo violación de un derecho o libertad

²²² Castilla, Juárez, Karlos “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados.” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, vol. XIII, 2013, p. 69.

protegidos en la Convención Americana,²²³ resolución de carácter “definitivo e inapelable.”²²⁴ De cumplimiento obligatorio, pues los Estados que sean parte de esta Convención, se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte.²²⁵

B) Control difuso de convencionalidad.

Por su parte, se ha afirmado que el control difuso de convencionalidad, es “aquel que debe realizarse por los jueces nacionales o domésticos de los Estados que han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”,²²⁶ consistente “en el deber de los jueces nacionales de realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte IDH.”²²⁷ Para todo lo cual, se nos indica, se tiene que “reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta.”²²⁸

Es aquí fundamentalmente donde se sostiene dicha doctrina, pues dicho control difuso de convencionalidad no tiene fundamento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte IDH, y cuyo nacimiento se apoya del caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, considerando que mediante este fallo “se avanza hacia un nuevo tipo de control, teniendo en cuenta la responsabilidad del Estado.” Lo anterior bajo la fórmula vertida en el párrafo 123

²²³ Artículo 63 apartado 1º de la Convención Interamericana de Derecho Humanos: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.”

²²⁴ Artículo 67: “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.”

²²⁵ Artículo 68 apartado 1º: “1. Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.”

²²⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, pp. 175 y 176.

²²⁷ *Ibidem*, p. 176.

²²⁸ *Idem*.

de dicha resolución: “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana el Judicial permanece vinculado al deber de garantía, establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”, lo que sería inversamente proporcional a que “todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, en el artículo 1.1 de la Convención Americana.”

Además, se ha considerado que la “esencia” de dicho “control difuso de convencionalidad” deriva de lo vertido por la Corte IDH en el párrafo 124 de la misma sentencia, al enunciar que “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *pero no solo tomando en cuenta la propia convención, sino, también la interpretación de la Corte IDH.*

De ahí que se considere que los jueces nacionales se han convertido en “guardianes” de la convencionalidad, pues ahora según lo anterior, estos tienen la obligación de realizar una “interpretación convencional.” Sin embargo se acepta que dicho control de difuso de convencionalidad no es nada nuevo, sino que “se trata de una “especie de bloque de constitucionalidad” derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias constituciones nacionales han venido realizando a través de los avances que la jurisprudencia constitucional ha aceptado”.²²⁹ Por lo que:

La novedad reside en que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un “deber” de todos los jueces nacionales y este imperativo a su vez representaría un “bloque de convencionalidad” para establecer estándares

²²⁹ *Ibidem*, p. 178.

en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional.²³⁰

Aunque, para reforzar lo anterior se hace una especie de evolución jurisprudencial del llamado “control difuso de convencionalidad,” lo cierto es que se hace de manera parcial y se manifiesta que el mismo se va consolidando de “manera firme,” siendo que, como hemos venido explicado en los anteriores apartados del presente capítulo, esto no es así, pues basta decir que como se ve la Corte IDH, habla de una especie de control de convencionalidad en el caso citado, y sin reparar en más la doctrina ha desarrollado su teoría de un control difuso de convencionalidad.

III. LA RECEPCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

Así, como la Corte IDH ha desarrollado jurisprudencialmente su idea del control de convencionalidad, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México, ha desarrollado su idea de recepción de tal jurisprudencia, en ese sentido al resolver la solicitud de modificación de jurisprudencia 22/2011, el expediente varios 912/2010 y últimamente en la resolución de la contradicción de tesis 293/2011, ha determinado a grandes rasgos que, corresponde a la totalidad de los juzgadores y operadores jurídicos del país practicar no sólo un control difuso de convencionalidad, sino también un control difuso de constitucionalidad, precisando además, el nuevo parámetro de dichos controles, que incluye las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales y su interpretación por los tribunales internacionales.

Lo anterior en atención a las reformas constitucionales en materia de derechos humanos,²³¹ y juicio de amparo, ambas de 2011, pero sobre todo para dar

²³⁰ *Idem.*

²³¹ Nos referimos a la reforma Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en la cual se estableció que las normas de derechos humanos contenidas en tratados

cumplimiento a la resolución de la Corte IDH respecto al caso *Radilla Pacheco vs. México*, pues como es bien sabido, el 15 de diciembre de 2009, este tribunal internacional, notifico a las partes su resolución dictada el 23 de noviembre del mismo año, que como ya se ha visto, fue la tercera sentencia condenatoria que emitió respecto al Estado Mexicano. Lo que nos lleva a preguntarnos ¿Por qué es tan importante dicha sentencia, si ya había otras sentencias condenatorias?

Principalmente, porque los temas de que se ocupa la sentencia y la forma en la que los desarrolla representan un giro trascendental para este tribunal internacional, para empezar conoce de hechos ocurridos en 1974 pese a que México ratificó la Convención Americana de Derechos humanos en 1981 y la competencia contenciosa de la Corte IDH el 16 de diciembre de 1998, bajo el argumento de que el caso trataba de una violación continua o permanente, como lo es la desaparición forzada de personas y las consecuencias de ésta, cambiando en parte sus criterios anteriores en casos similares a éste, y aunque se limitó a reconocer el derecho de acceso al expediente por las víctimas como parte de las garantías del debido proceso, ésta también se distingue por ser la primera resolución dictada en contra de México en la cual se vincula directamente al Poder Judicial de la Federación al cumplimiento de algunas medidas de reparación, también por primera vez se hace mención en una sentencia dirigida al Estado Mexicano del llamado *control de convencionalidad ex officio* que deben ejercer los jueces nacionales.²³²

Aunque las medidas de reparación fueron y todavía pueden ser discutidas por los términos en que se formularon, de conformidad con el artículo 68 de la CADH, el estado mexicano tuvo que cumplir con esta decisión de la Corte IDH, sin

internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte demandan igual respeto y garantía que los derechos consagrados en la Constitución, de manera que las autoridades mexicanas, encargadas de crear, aplicar e interpretar estos ordenamientos, deberán, en cada una de sus actuaciones y dentro de sus competencias, dotar de eficacia plena a este nuevo catálogo de derechos y favorecer el mayor ámbito de protección a las personas titulares de los mismos.

²³² Castilla, Juárez, Karlos, "El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco." *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, vol. XI, 2011, p. 594.

embargo, por lo que respecta al tema relativo al *control de convencionalidad ex officio*, este no fue ordenado como medida de reparación ni como obligación directa, pero sí se encuentra en el texto de la sentencia como parte de las consideraciones relativas al análisis de las medidas de satisfacción y garantías de no repetición determinadas como parte de las medidas de reparación, por otra parte, también llama la atención la determinación que tomó, en cuanto a que no debía ser modificado el artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, relativo al fuero de guerra, al considerar que el problema planteado en el caso bajo análisis estaba en el artículo 57 del Código de Justicia Militar y no en el texto constitucional.

Bajo estas bases, el 14 de julio de 2011, la Suprema Corte de nuestro país, dictó la resolución definitiva en el expediente varios 912/2010, tratando de armonizar las reformas antes aludidas y lo establecido por la Corte IDH en el caso Rosendo Radilla. Así, la primera interrogante a dilucidar para la Suprema Corte de México consistió en determinar cómo adoptar estas condenas específicas al Poder Judicial de la Federación. Lo que se vio reflejado en los párrafos 14-19 de dicha resolución: primeramente reconoció la sujeción del estado mexicano a la jurisdicción de la Corte IDH, determinando que, con base en lo anterior, las sentencias dictadas por este tribunal internacional constituyen cosa juzgada y aun cuando tenga el carácter de tribunal constitucional, “no puede evaluar este litigio ni cuestionar la competencia de la Corte IDH, sino solo limitarse a su cumplimiento en la parte que le corresponde y en sus términos.”²³³

Lo que implicaría no sólo que los órganos del Estado de los diversos órdenes jurídicos que componen nuestro Estado federal, estarán obligados a armonizar las fuentes de origen internacional tocantes a esos derechos, sino también retomar el sentido literal del artículo 133 de la constitución mexicana, a la luz de su nuevo

²³³ Lo anterior conforme a lo dispuesto en los artículos 62.3, 67, y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

artículo 1º, para romper el monopolio del control constitucional de la justicia federal, como así lo determinó la Suprema Corte de México:

CONTROL DIFUSO. Con motivo de la entrada en vigor de los párrafos segundo y tercero del artículo 1o. constitucional modificados mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, debe estimarse que han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales P./J. 73/99 y P./J. 74/99, de rubros: "CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN." y "CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN."²³⁴

A raíz de lo anterior, lo obligado es citar directamente lo establecido por estos dos artículos constitucionales, para delimitar en la medida de lo posible la interpretación que ha venido haciendo la Suprema Corte Nacional, pues toda argumentación ha girado principalmente sobre los mismos, así el artículo 1º Constitucional, establece en lo que interesa, lo siguiente:

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

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

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y

²³⁴ Criterio sustentado en la modificación de jurisprudencia 22/2011, cuyos datos de localización son: 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 549; Tesis P. I/2011 (10a.).

progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Por lo que respecta al artículo 133 constitucional, precisa lo siguiente:

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

Sin embargo, antes de analizar la recepción del modelo de control de convencionalidad que ha sido armonizado en base a estos artículos constitucionales, la primera interrogante a dilucidar para la Suprema Corte de México, ha consistido en determinar qué tipo de sistema de control constitucional impera en el orden jurídico mexicano, ya que como hemos dicho ha causado algunos dolores de cabeza tanto en la instancia nacional como en la internacional, para lo cual, desarrollare ambos temas a la luz de las tesis jurisprudenciales emitidas por este alto tribunal.

A) ¿Qué tipo de sistema de control constitucional existe en México: concentrado, difuso o mixto?

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha determinado que existe un modelo mixto de control constitucional en nuestro país, es decir: concentrado y difuso. El primero concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas, a saber, las acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales y amparo directo e indirecto. Por otra parte tenemos un sistema difuso, detentado por parte del resto de los jueces del país en forma incidental, durante los procesos ordinarios en los que son competentes, en donde ambas

vertientes se ejercen de manera independiente sin que se requiera que todos los casos sean revisables e impugnables en ambas, por lo que son finalmente los criterios e interpretaciones constitucionales, ya sea por declaración de inconstitucionalidad o por inaplicación de los que conozca la Suprema Corte para que determine cuál es la interpretación constitucional que finalmente debe prevalecer en el orden jurídico nacional. Aclarando que todas las demás autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, pero sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar su incompatibilidad.²³⁵

B) ¿Cuál sería el fundamento normativo del control de la constitucionalidad y de la convencionalidad para el Estado mexicano?

El parámetro normativo lo indica el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los contenidos ya en la mencionada Constitución, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano. Para lo cual nos indica que se debe adoptar la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio *pro persona*, lo anterior en armonía con lo establecido en el artículo 133 de la misma Constitución, para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, pero con la salvedad de que este último deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país.²³⁶

²³⁵ Así quedo sustentado en la tesis cuyos datos de localización son: 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 557; Tesis P. LXX/2011 (9a.). De rubro: SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO.

²³⁶ Sustentado en la tesis: 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 535; Tesis P. LXVII/2011(9a.). De rubro: CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.

Sí, es en la función jurisdiccional, tal y como estaba indicado en la última parte del artículo 133 Constitucional desde hace más de siglo y medio, en relación con el hoy artículo 1º Constitucional, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Aclarando que los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados, pero sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados sobre la materia.

C) ¿Pero cómo llevaran a cabo dicha inaplicación de leyes los jueces nacionales?

La inaplicación de leyes por los jueces en nuestro país, no supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de las mismas, si no que, precisamente parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. Por lo que el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad *ex officio* en materia de derecho humanos, deberá realizar los siguientes pasos:

- a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país (al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano), deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.
- b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben,

partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos, y

- c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.

Pero aclarando que lo anterior no rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces, por ser estos 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.²³⁷

D) Parámetro general para la aplicación del control de la convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos.

El parámetro de control de la convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos que deberán ejercer todos los jueces del país, deberá ser acorde con el modelo de control constitucional que impera en nuestro país, de la siguiente manera:

- a) todos los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1º y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación;
- b) todos los derechos humanos contenidos en tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte;

²³⁷ Sustentado en la tesis, cuyos datos de localización son: 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 552; Tesis P. LXIX/2011(9a.). De rubro: PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

- c) los criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos derivados de las sentencias en las que el Estado Mexicano haya sido parte, y
- d) los criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no haya sido parte.²³⁸

Sobre los últimos dos puntos (c y d) y como se indico anteriormente, la SCJN, considero, que cuando el Estado mexicano acepto la jurisdicción de la Corte IDH y es parte en un litigio ante esa jurisdicción, la sentencias que dicte junto con todas sus jurisdicciones, constituyen cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas las excepciones formuladas, en este caso por el Estado mexicano, como lo pueden ser, la extensión de la competencia de la Corte IDH, reservas y salvedades formuladas por aquél.

Por tal motivo la SCJN, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Pues considero que lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella.²³⁹

Respecto a los criterios de la Corte IDH que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio, la SCJN considera que estos son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos,

²³⁸ Tesis: 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 551; Tesis P. LXVIII/2011 (9a.). De rubro: PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

²³⁹ Como quedo sustentado en la tesis: 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 556; Tesis P. LXV/2011 (9a.). De rubro: SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO.

siempre que sean más favorables a la persona, aplicando una interpretación conforme. De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución, los tratados internacionales en materia de derechos humanos, los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y los criterios interpretativos de la Corte Interamericana, para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Pero sin prejuzgar la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1º y de acuerdo al principio de subsidiariedad, lo cual, se debe hacer valorando caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos.²⁴⁰

Criterios que poco a poco han ido permeando, por lo menos en el Poder Judicial Federal, como así, se puede apreciar del siguiente precedente emitido por un Tribunal Colegiado de Circuito al enunciar que, la defensa de los derechos previstos en la Constitución y aquellos descritos en los convenios internacionales, se concreta mediante los instrumentos legales al tenor de los cuales se limite el poder de las autoridades; siendo estos, el juicio de amparo, la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad, el juicio de revisión constitucional electoral y el juicio para la protección de los derechos político electorales, ya que a través de éstos se estudia y determina si la normativa en conflicto se contrapone o no con un precepto constitucional, de lo cual deriva la conclusión de resolver sobre su constitucionalidad.

Por su parte, el control de convencionalidad, en su “modalidad de difuso”, si bien es cierto que *se ejerce por todas las autoridades públicas*, tratándose de violación a los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal y en los

²⁴⁰ Tesis, cuyos datos de localización son: 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 550; Tesis P. LXVI/2011 (9a.). De rubro: CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

convenios internacionales suscritos por el Estado Mexicano, también lo es que se circunscribe al deber de analizar la compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que deben aplicarse a un caso concreto y los derechos humanos que establece la Constitución y los tratados internacionales, así como orientados por la jurisprudencia que sobre el tema sustente la Corte IDH, debido a la fuerza vinculatoria de la normativa convencional, lo cual genera la consecuencia de permitir o no la aplicabilidad de alguna disposición a un caso en concreto. Por tanto, en el primer supuesto se determina sobre la constitucionalidad de la norma reclamada, mientras que en el segundo, sólo se atiende a su aplicación.²⁴¹

En ese sentido y tal como lo determinó la SCJN, en materia de derechos humanos puede analizarse la contradicción entre una norma general interna y un tratado internacional a través del juicio de amparo, pues si bien es cierto que los juzgadores federales cuentan con facultades constitucionales para realizar el control concentrado en términos de los artículos 103, 105 y 107 Constitucionales, también lo es que las tienen para efectuar el control de convencionalidad con motivo de lo previsto en los artículos 1º y 133, del mismo ordenamiento, así como de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, y por el Tribunal en Pleno de la SCJN en el asunto varios 912/2010.

Lo anterior significa que una vez que el juzgador realice el control de convencionalidad y determine que una norma interna es contraria a determinado derecho humano contenido en un tratado internacional e, incluso, a la interpretación efectuada al respecto por la Corte IDH, debe analizar el acto reclamado prescindiendo del precepto de derecho interno y aplicando el instrumento internacional en materia de derechos humanos. Siendo innecesario reflejar la inconventionalidad de una norma de derecho interno en los puntos

²⁴¹ Criterio sustentado en la siguiente tesis: 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5; Pág. 4319; Tesis: III.4o. (III Región) 2 K (10a.). De rubro: CONTROL CONSTITUCIONAL Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO. SUS CARACTERÍSTICAS Y DIFERENCIAS A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011.

resolutivos de la sentencia en la que se hace dicho pronunciamiento, pues éste sólo trasciende al acto de aplicación, en tanto que el control de convencionalidad no puede llegar más allá de la inaplicación de la norma interna en el caso específico; esto es, la inaplicación de la norma cuya inconventionalidad se declara sólo trasciende a una inconstitucionalidad indirecta del acto reclamado, por lo que es innecesario llamar a juicio a las autoridades emisoras de la norma cuya inconventionalidad se demanda, pues no habrá una declaratoria de inconstitucionalidad de ésta, sino sólo su inaplicación respecto del acto reclamado.²⁴²

Con base en los anteriores precedentes, ahora tenemos un diagnóstico de aplicación de cómo la Suprema Corte de México ha desarrollado su idea de control de convencionalidad de acuerdo a los criterios jurisprudenciales de la Corte IDH, además, la primera de las mencionadas, indicó que la citada reforma también dio origen a la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación, medio de difusión del Poder Judicial Federal, aclarando que ello no implicaba que la jurisprudencia emitida con anterioridad, se tornaría obsoleta, sino que seguirá vigente y es obligatoria, siempre y cuando no contradiga el contenido del artículo 1º constitucional y atendiendo las particularidades de cada caso.²⁴³

Pero los anteriores precedentes darían un cambio inesperado, ante la determinación de la SCJN al resolver la contradicción de tesis 293/2011 que, como jurisprudencia obligatoria para todos los operadores jurídicos, debió haber materializado la más ambiciosa reforma en materia de derechos fundamentales, sin embargo, esto no fue así, como veremos en el siguiente capítulo.

²⁴² Precedente jurisdiccional sustentado por el Pleno de la SCJN, cuyos datos de localización son los siguientes: 10a. Época; Pleno.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1; Pág. 363; Tesis Aislada (Común).

²⁴³ Así lo sostuvo la Segunda Sala de la SCJN en la: [TA]; 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 2; Pág. 1217. 2a. LXX/2012 (10a.). De rubro: JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN Y LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO. LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011, NO IMPLICA QUE LA EMITIDA CON ANTERIORIDAD A AQUÉLLA SE TORNE OBSOLETA.

CAPITULO IV. LA FUERZA SINERGICA DEL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y DE LA CONVENCIONALIDAD: PARA EL EFECTIVO ACCESO A LA JUSTICA EN MÉXICO.

I. SOBRE EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD Y DE LA CONVENCIONALIDAD. EL PRINCIPIO DEL FIN.

Partamos, pues que, es precisamente ese “arte”, o sea el artificio que “crea ese gran Leviatán que llamamos República o Estado, y que no es otra cosa que un hombre artificial. Es éste de mayor estatura y fuerza que el natural, para cuya protección y defensa fue concebido.”²⁴⁴ Y, el nexo entre este *Leviatán*, los derechos fundamentales, sus garantías y la persona humana o natural aparece expresamente afirmado en el artículo 1º de nuestra Constitución, que enuncia, además, el nexo medio/fin entre las instituciones políticas y la persona humana. Mismo que implica una viva interacción sinérgica entre el derecho constitucional y el derecho internacional, que siempre debió existir, pero ahora aún más con la reciente modificación al artículo 1º, pues el texto constitucional había sido utilizado como el último bastión para la negación de lo que nunca debió estar prohibido, el disfrute de los derechos humanos reconocidos por ella misma y por los tratados internacionales, pues estos derechos nunca fueron normas programáticas o meras buenas intenciones, como antaño se les veía, se les ve y todavía se les quiere ver, en amplios sectores del foro nacional e internacional.

Ahora y como siempre tenemos los derechos, pero con la diferencia de que ahora también tenemos amplias garantías para su protección y reparación, como así lo han venido reconociendo por un lado, la Corte IDH y la Suprema Corte de Justicia Mexicana que, por lo que hace a ésta última, ha manifestado que a partir de reforma en materia de derechos humanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se ha rediseñado la forma en la que los

²⁴⁴ Hobbes, Thomas, *Leviatán; o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, 3ª ed., trad. de Manuel Sánchez Sarto, México, FCE, 1987, introducción, p. 13.

órganos del sistema jurisdiccional mexicano, deberán ejercer el control constitucional, ya que con anterioridad este se ejercía de manera hegemónica por el Poder Judicial de la Federación, pues se ha establecido un nuevo tipo de control: el control de convencionalidad, concluyendo que, en el sistema jurídico mexicano de la actualidad los jueces nacionales, tanto federales, como del orden común, están facultados para emitir pronunciamiento en respeto y garantía de los derechos humanos reconocidos por la Constitución Federal y por los tratados internacionales.²⁴⁵

Pero qué más ha dicho la SCJN sobre los conceptos contenidos el texto constitucional en su artículo primigenio: *respecto a que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia y que por lo mismo 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. Dando como consecuencia, que todas las autoridades del Estado, deban prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.* Tratemos de averiguarlo, para utilizarlo como una base que, finalmente nos servirá para generar nuestro propio criterio de aplicabilidad que involucre a todos los operadores jurídicos.

Primeramente, recordemos que los valores o principios de los derechos fundamentales no solamente tienen aplicación en la relación entre Estado y los ciudadanos, sino, mucho más aún, “a todos los ámbitos del derecho”, lo que produce un “efecto irradiante”²⁴⁶ de los derechos fundamentales sobre todo el sistema jurídico. En ese sentido, el texto constitucional no solo irradia a los jueces

²⁴⁵ Así lo determinó la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante el siguiente criterio jurisprudencial de observancia obligatoria para todas los operadores jurídicos del país: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1; Pág. 420. 1a./J. 18/2012 (10a.). De rubro: CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011).

²⁴⁶ Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, p. 109.

nacionales, pues esto solo debe verse en sentido estricto, ya que la reforma de la que estamos hablando, es mucho más amplia, así las obligaciones en materia de derechos humanos también lo son para todos los operadores jurídicos del país, los cuales deberán interpretarlas conforme a la integridad constitucional y a todos los tratados internacionales que prevean algún derecho fundamental, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, pero además, en el ámbito de sus competencias, deberán promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, y que, en consecuencia, el Estado también debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley, lo cual conlleva a que las autoridades actúen atendiendo a todas las personas por igual, con una visión interdependiente, ya que el ejercicio de un derecho humano implica necesariamente que se respeten y protejan múltiples derechos vinculados, los cuales no podrán dividirse, y todo habrá de ser de manera progresiva, prohibiendo cualquier retroceso en los medios establecidos para el ejercicio, tutela, reparación y efectividad de los derechos fundamentales.²⁴⁷

*¿A qué se refieren con el principio *pro personae*?*

Por su parte la Suprema Corte de México ha indicado que el segundo párrafo del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, exige que las normas relativas a los derechos humanos se interpreten de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de los que México es parte, de forma que favorezca ampliamente a las personas, lo que se traduce en la obligación de analizar el contenido y alcance de tales derechos a partir del principio *pro personae*, el cual ha sido definido como el: criterio hermenéutico que integra a todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en virtud del

²⁴⁷ Criterio jurisdiccional, cuyos datos de localización son los siguientes: 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro IX, Junio de 2012, Tomo 1; Pág. 257; Tesis 1a. XVIII/2012 (9a.). De rubro: DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES DE LAS AUTORIDADES EN LA MATERIA.

cual debe acudirse a la norma más favorable, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria, es decir, dicho principio permite, por un lado, definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor de la persona humana, pues ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, obliga a optar por la que protege en términos más amplios. Esto implica acudir a la norma jurídica que consagre el derecho más extenso y, por el contrario, al precepto legal más restrictivo si se trata de conocer las limitaciones legítimas que pueden establecerse a su ejercicio.²⁴⁸

Por lo tanto, la aplicación del principio *pro personae* en el análisis de los derechos humanos es un componente esencial que debe utilizarse imperiosamente en el establecimiento e interpretación de normas relacionadas con la protección de la persona, a efecto de lograr su adecuada protección y el desarrollo de la jurisprudencia emitida en la materia, de manera que represente el estándar mínimo a partir del cual deben entenderse las obligaciones estatales en este rubro.

¿A que nos referimos con el principio de subsidiariedad?

En atención al principio *pro personae*, no resulta necesario considerar el contenido de tratados o instrumentos internacionales que formen parte de nuestro orden jurídico, si es suficiente la previsión que sobre los derechos humanos que se estiman vulnerados, dispone la Constitución y, por lo tanto, basta el estudio que

²⁴⁸ 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1; Pág. 659; Tesis 1a. XXVII/2012 (10a.). PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL.

se realice del precepto constitucional que lo prevea, para determinar la constitucionalidad o no, del acto que se reclama.²⁴⁹

De igual manera e inversamente proporcional, en atención al principio *pro personae*, debe considerarse que no resulta necesario considerar el contenido que dispone la Constitución o las normas que conforman nuestro sistema jurídico, si es suficiente la previsión que sobre los derechos fundamentales que se estiman vulnerados, dispone la norma de un convenio internacional, por lo que, bastaría el estudio que se realizará del precepto de convencionalidad que lo previera, para determinar la constitucionalidad o no, del acto que se reclama.

Es decir que, el principio de subsidiariedad obliga a los operadores jurídicos, a analizar una cuestión planteada, atendiendo la norma ya sea de carácter nacional o convencional, de manera ascendente o descendente, pues la única limitante es que dicha norma se más favorable para la protección del derecho humano vulnerado de acuerdo al principio *pro personae*.

¿Dónde quedó la interpretación conforme?

Al respecto, permítasenos apegarnos a la siguiente definición, del jurista Eduardo Ferrer Mac-Gregor, para quien la “cláusula de interpretación conforme” constituye una:

...técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones

²⁴⁹ 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 2; Pág. 1348; Tesis 2a. XXXIV/2012 (10a.).DERECHOS HUMANOS. SU ESTUDIO A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011, NO IMPLICA NECESARIAMENTE QUE SE ACUDA A LOS PREVISTOS EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, SI RESULTA SUFICIENTE LA PREVISIÓN QUE SOBRE ÉSTOS CONTENGA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección”.²⁵⁰

Sin embargo, aunque compartimos este punto de vista, es esencial advertir que dicha interpretación conforme, al contener elementos subjetivos de discrecionalidad, debe ejercerse prudentemente y consistentemente fundada y motivada por los operadores jurídicos, como una facultad constitucional que les fue otorgada por el aparato legislativo, por lo que, toda interpretación conforme, que no logre la mayor eficacia y protección de los derechos fundamentales, o en su caso, la menos lesiva, es inconstitucional y potencialmente inconvencional.

¿Y si no existe ley que enuncie las atribuciones y parámetros de los operadores jurídicos? ¿Qué hacemos?

Ante este panorama, la SCJN ha indicado que los ordenamientos constitucionales poseen la calidad de verdaderas normas, pues tienen las características y los efectos propios de un postulado enunciativo, así como la fuerza de una fuente de derecho, toda vez que, su condición de norma suprema los habilita para:

- a) Regular la legislación, entendida en sentido material como la función de crear el derecho;
- b) Normar las relaciones entre el Estado y los gobernados, a través de principios que armonizan a todo el sistema jurídico;
- c) Abrogar y/o invalidar normas anteriores de rango subconstitucional materialmente incompatibles con ella; y,
- d) Anular normas sucesivas de rango subconstitucional, formalmente disconformes o materialmente incompatibles con ella.

²⁵⁰ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional en derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM-IIJ, 2011, p. 358.

De esta manera, aunque materialmente las normas constitucionales configuran un cuerpo jurídico coherente y conexo de principios cuya identidad axiológica descansa en ese conjunto de valores, y su aplicación a los casos concretos ocurre a través de la legislación secundaria, mediante normas que regulan los principios fundamentales consagrados en la Constitución, ello no merma su condición de fuente de derechos, pues las normas que contiene son idóneas para regular no sólo la organización estatal y las relaciones entre el Estado y los gobernados, sino también aquéllas entre particulares y son, por tanto, susceptibles de aplicación directa por cualquier Juez, incluido, desde luego, “el juez constitucional”, en la medida en que la norma constitucional sea suficientemente completa para poder valer como regla para los casos concretos, pudiendo ser invocada como regla aplicable de manera directa si su texto no requiere regulación posterior para definir una situación individual.²⁵¹

En ese orden de ideas, inclusive se podrán aplicar directamente los tratados internacionales y sus interpretaciones, pues (por ejemplo) una vez que el Estado Mexicano se adhirió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos el 24 de marzo de 1981 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 16 de diciembre de 1998, mediante declaración unilateral de voluntad que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1999. Los artículos 133 y 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconocen la vigencia de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico interno y establecen la obligación para todos los operadores jurídicos nacionales de aplicar los derechos fundamentales de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales vigentes en nuestro país.

Por lo anterior, la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte

²⁵¹ 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXXIII, Enero de 2011; Pág. 1471; Tesis 2a. CXXVIII/2010. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUPUESTO EN QUE PUEDE SER INVOCADA DIRECTAMENTE POR CUALQUIER JUEZ.

Interamericana de Derechos Humanos, generan como una consecuencia ineludible que las sentencias emitidas por dicho tribunal internacional, en aquellos casos en los cuales México haya sido parte en el juicio, resulten obligatorias para el Estado mexicano, incluidos todos los jueces y tribunales que lleven a cabo funciones materialmente jurisdiccionales. Esta obligatoriedad alcanza no sólo a los puntos resolutivos de las sentencias en comento, sino a todos los criterios interpretativos contenidos en las mismas.²⁵²

¿Y las restricciones constitucionales?

El 3 de septiembre de 2013 el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la contradicción de tesis 293/2011, siendo una decisión histórica que trata de consolidar al nuevo paradigma constitucional mexicano, al intentar dotar de total eficacia a las reformas constitucionales de junio de 2011 y consolidar la vigencia de un “bloque de convencionalidad”, el cual amplía considerablemente el catálogo de derechos humanos así como su ámbito de protección, reconstituyendo el parámetro de control de la regularidad constitucional y convencional conforme al cual los operadores jurídicos, evaluarán la validez de todas las leyes y actos jurídicos dentro del orden jurídico mexicano.

Al respecto, el Ministro Ponente del asunto nos indicó: “uno de los temas pendientes del constitucionalismo mexicano era que a pesar de que en el orden jurídico nacional se habían incorporado diversos derechos humanos, éstos no se entendían como parte integrante de nuestra Constitución y, en consecuencia, no tenían la misma *resistencia normativa* ni eran protegidos con la *misma intensidad* que aquéllos que estaban contemplados expresamente en el texto constitucional.”²⁵³ En otras palabras, las citadas reformas buscaron acabar con la

²⁵² 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1; Pág. 650; Tesis 1a. XIII/2012 (10a.). CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. EFECTOS DE SUS SENTENCIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO.

²⁵³ Voto aclaratorio y concurrente que formuló el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, en la resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011, p. 3. En el cual señaló que la doctrina especializada indica que: “la especial posición que ocupan los derechos fundamentales en el

existencia de “derechos humanos de segunda categoría”, para situar en el corazón de nuestra carta constitucional *un solo catálogo de derechos* protegidos con la misma intensidad.

Ahora, de dicha resolución se emitieron dos criterios jurisprudenciales, siendo el primero, el siguiente:

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 relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose 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

Estado constitucional se manifiesta en un *reforzamiento de sus garantías* o de su *resistencia jurídica* frente a eventuales lesiones originadas en la actuación de los poderes públicos y en primer lugar del legislador”. Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 230. En el mismo sentido, Riccardo Guastini ha sostenido que “en los sistemas de Constitución rígida los derechos subjetivos conferidos por la Constitución [...] se caracterizan por una especial capacidad de “resistencia”, por una protección realmente especial”. Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, p. 232.

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 mexicano.²⁵⁴

Derivado esta última interpretación jurisprudencial cabe hacernos la siguiente pregunta: ¿La SCJN se está tomando en serio la protección de los derechos fundamentales?

Al respecto, consideramos que aparentemente sí, pero en la realidad no, ya que contrariamente a la razón, el proyecto definitivo retomó en sentido literal lo que establece el artículo 1º Constitucional al indicar que: “cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica el texto constitucional”, luego entontonces, se razonó, si dichas “restricciones expresas” son también normas constitucionales, éstas están jerárquicamente por encima de los derechos humanos, aún, los contemplados en los convenios internacionales. Por lo cual, se considera que dicha jurisprudencia es inconvencional, por contener elementos de regresividad ¿Porqué?

Porque a nuestro parecer el proyecto original, sí garantizaba de manera efectiva la tutela de los derechos fundamentales, pues compartíamos en esencia que, la cuestión planteada no versaba sobre el principio de supremacía constitucional y por lo tanto tampoco sobre jerarquía normativa, lo que hubiera permitido hacer una realidad la aplicación directa de las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales, cuando estas resultaran más favorables a la persona.

²⁵⁴ Texto de engrose de la resolución del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la contradicción de tesis 293/2011, bajo la ponencia del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, el 3 de septiembre de 2013, pp. 64-66. Consultable en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659> (última consulta el 2 de mayo de 2014).

En ese sentido, la tesis jurisprudencial aludida, no sólo derriba los precedentes jurídicos que la misma SCJN había construido y que habíamos desarrollado hasta ahora, sino que, además, se considera como una resolución regresiva, ya que mientras se tenga la falsa concepción de que la Constitución está por encima del Sistema Internacional de Derechos Humanos, éste siempre estará sometido invariablemente, ya no solo a las cortes supremas de cualquier país, sino, de cualquier operador jurídico, reduciéndolo a la impotencia, en el entendido que con esta postura solo se demuestra, de que a la Constitución se le quiere seguir imaginando como la cúspide de todo sistema normativo, atendiendo el principio de supremacía constitucional. Cuando de lo que estamos hablando es de un bloque de convencionalidad como forma de integración de la norma que, incluya a los Convenios y la Constitución de manera complementaria, con la intención de armonizar ambos sistemas sin que uno u otro se contraponga, pues la finalidad de ambos ordenamientos es garantizar de la forma más amplia los derechos fundamentales, de acuerdo al principio *pro personae*.

Dicho precedente jurisprudencial, tendría como consecuencia directa dejar en la ineffectividad, por lo menos, el artículo 1º Constitucional que garantiza los derechos fundamentales contenidos en la Constitución y convenios internacionales, es decir, tenemos una reforma poderosa en materia de derechos humanos, pero inaplicable, porque según la interpretación constitucional de la SCJN, así lo establece. Sin embargo, pasó desapercibido para ésta, y por lo consiguiente, para casi todos los operadores jurídicos que, *el principal objetivo legítimo de las situaciones excepcionales, por las cuales tendrían que existir tales restricciones para los derechos, no es la protección del Estado como fin en sí mismo, sino el de aquellas instituciones que brindan garantía precisamente: a los derechos fundamentales.*

Además, si las cosas fueran como se sostuvo en esa resolución jurisdiccional, no tendría sentido decir que, los derechos humanos establecidos en tratados

internacionales tienen jerarquía constitucional, pues el consenso histórico sobre el rango constitucional de todos los derechos humanos quedaría reducido a letra muerta. Asimismo, no hay necesidad de recurrir al criterio jerárquico para explicar que “cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica el texto constitucional”, ya que las restricciones expresas previstas en la Constitución han operado tradicionalmente como *reglas especiales* o *excepciones*, donde la regla general está constituida por el contenido del derecho humano, por lo que, ante tales restricciones se deberá atender siempre de acuerdo al criterio de especialidad de la norma.

Y por otra parte, solo se expone su total desconocimiento del sistema internacional de protección para los derechos humanos, pues no conformes con restringir los derechos humanos contenidos en el sistema jurídico mexicano, incluida la Constitución, pretenden restringir los derechos fundamentales emanados de los convenios celebrados por el Estado mexicano, a los cuáles, incluidas todas las resoluciones e interpretaciones de los organismos internacionales, no están, más que, obligados a respetar y aplicar, de acuerdo a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, pero sobre todo al principio de progresividad, pues recordemos que los derechos humanos en su conjunto son el estándar mínimo a garantizar, y por eso mismo, cualquier avance para su efectiva protección les está vedada a todos los Estados y la comunidad internacional: limitar, restringir o minimizar, ya que, ello representaría, como se dijo, una regresión totalmente inconvencional.

Por lo que hace al segundo criterio jurisprudencial referido, éste enuncia lo siguiente:

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con

independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1º constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.²⁵⁵

Si queremos ser congruentes, sobre este precedente cabe apuntar que, legítimamente la SCJN puede hacer vinculante para todos los operadores jurídicos las interpretaciones constitucionales que crea convenientes, y sobre esto no hay discusión, pero, con lo que no podemos estar de acuerdo, es cuando pretende hacer vinculante los “mandatos” constitucionales que ésta misma no acata. Me explico, en la practica esta última tesis jurisprudencial, no tendría sentido de ser, si tomamos en cuenta que para la mayoría de los integrantes de éste órgano colegiado, la jurisprudencia emitida por la Corte IDH, la propia CADH y en general todos los convenios internacionales de derechos humanos de los cuales el Estado Mexicano sea parte, se encuentran en un plano inferior de acuerdo a la supuesta supremacía constitucional, porque, por más que se argumente en un determinado caso que la interpretación del tribunal internacional es más favorable a la persona que el texto constitucional, validamente tambien se podría argumentar que como dicha interpretación no puede ir más allá de lo que enuncia dicho texto, se tendría

²⁵⁵ *Idem.*

que aplicar en última instancia el contenido constitucional y no la norma del tratado internacional que contenga el derecho fundamental o su interpretación, aunque éste fuese más favorable.

Peor aún, lejos de arrojar luz, genera mayor incertidumbre, y por lo mismo apuntábamos que cualquier interpretación que se pretendiera hacer, debe velar siempre por la mayor efectividad de los derechos, a nuestro parecer las presentes tesis jurisprudenciales que, son nada menos que el resultado de una contradicción de tesis resuelta por el Pleno de la SCJN que, como su nombre lo indica, resuelve la posible confrontación de dos criterios ya sean jurisprudenciales o aislados, de dos o más órganos en este caso del Poder Judicial Federal facultados para emitir precedentes, y así, unificarlos en uno solo con carácter jurisprudencial, resultó que, lejos de cumplir su cometido, generó una nueva contradicción de tesis que solo refleja las varias posturas de la SCJN, en dos bloques, de acuerdo a lo siguiente:

- a) Por un lado, tenemos la jurisprudencia que postula, que los derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales, constituyen el parámetro de regularidad constitucional, pero que cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se deberá estar a lo que establece el texto constitucional.
- b) Pero por otro, está el precedente que indicá, que la jurisprudencia emitida por la Corte IDH, es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona.

Con lo que, dónde quedó la “fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana” que se desprende del artículo 1º constitucional que, según la SCJN obliga a los jueces nacionales y a los operadores jurídicos a resolver cada caso atendiendo la interpretación más favorable a la persona, si en todo caso podrán limitar dicha jurisprudencia convencional e interpretación *pro persona*, a lo que el texto constitucional establece.

Así, entonces debemos entender que la SCJN, da un paso para adelante, pero en realidad da dos hacia atrás, siendo que, como tribunal constitucional debería apuntalar que la protección de los derechos fundamentales no es una cuestión de supremacía constitucional o jerarquía normativa, sino, insisto, de la supremacía de los derechos fundamentales que permitiera la supervivencia del Estado en sí mismo, pero también su supervivencia como su principal garante en el sistema jurídico mexicano.

Esperemos pues, que, en breve rectifique el paso y se tome en serio la fuerza vinculante de la jurisprudencia convencional, como parametro mínimo de control de la regularidad no ya solo contitucional, si no, también convencional, conforme al cual deben analizarse la validez de las normas y actos del orden jurídico mexicano, ya que, en la medida en que unifique y armonice sus precedentes jurisprudenciales con los convencionales, los demás operadores jurídicos tendran más claridad y menos resistencia en aplicar o inaplicar los derechos humanos en su conjunto atendiendo la interpretación que más favorezca a la persona.

Por lo que, ante este escenario, resulta elemental que todos los operadores jurídicos: órganos legislativos, órganos jurisdiccionales, órganos protectores de derechos humanos, principalmente, pero en general todas las autoridades del país, se familiaricen con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y sus distintas fuentes e interpretaciones, dado que, es en su seno donde se habrán de librar las primeras batallas para la salvaguarda de los derechos fundamentales.

Por lo que, se considera que el parámetro básico del control de la constitucionalidad y de la convencionalidad, a que, están obligados de manera oficiosa, y por lo tanto, no disponible, los operadores jurídicos e incluso los particulares, es el siguiente:

- a) Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, irradian a todos los derechos fundamentales, sean estos de

naturaleza constitucional y convencional (sustantivas y adjetivas), por lo que en su conjunto constituyen el parámetro de control de regularidad, conforme al cual debe analizarse y armonizarse la validez de las normas y actos que forman parte del sistema jurídico mexicano, entendido como un mínimo irrenunciable y progresivo.

- b) Asimismo, todas las interpretaciones emitidas por los organismos internacionales y nacionales de Derechos Humanos (cortes, comisiones, órganos de supervisión, comités), es vinculante para los operadores jurídicos y para los particulares, siempre que sea más favorable a la persona y en el ámbito de su competencia.
- c) En todo caso que se involucren normas de derechos humanos, se deberá realizar de manera obligatoria y *ex officio* de acuerdo al principio de subsidiariedad, una interpretación conforme al principio *pro personae*, es decir, no solo se debe aplicar a los derechos humanos contenidos en la constitución y los tratados internacionales, sino también, comprende a los derechos infraconstitucionales, ya que este criterio hermenéutico se aplica con independencia del rango o jerarquía que tenga la norma en cuestión.
- d) Cabe aclarar que, en no pocos casos dicha interpretación conforme, se tendrá que realizar en sentido estricto que, como bien se sabe, significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente viables, se debe preferir la que haga a la norma interna acorde al respeto y garantía de los derechos fundamentales, con la finalidad de evitar precisamente que estos se vean vulnerados, y así generar una responsabilidad internacional.
- e) Finalmente, todos los operadores jurídicos, deberán prevenir e investigar cuando se vean vulnerados los derechos fundamentales, pero sobre todo sancionar a los responsables para evitar la impunidad en primer término y

en segundo, garantizar la reparación integral del daño, de acuerdo a los estándares constitucionales y convencionales.

Sin embargo, el control de la constitucional y el control de la convencionalidad, no debe conducir a la idea de que un tipo de control se impone al otro, el constitucional al convencional o viceversa, porque como se ha dicho, la finalidad de ambos es crear una sinergia constitucional y convencional para garantizar los derechos fundamentales y el efectivo acceso a la justicia. Por todo esto, es que ahora hablamos de un principio del Derecho Internacional Garantista y el fin del Derecho Estatal, garantista en el papel, pero contragarantista en la realidad.

II. DE LA SINERGIA A LA DISYUNTIVA.

Derivado de que los jueces y operadores jurídicos nacionales, poco hacen por aplicar el derecho de origen internacional, pero también porque la Corte IDH quiere descongestionarse de todos aquellos casos que contienen elementos respecto a los cuales ya ha hecho alguna interpretación pero que, sin embargo, se le siguen presentando porque, los tribunales nacionales no son capaces de atenderlos pese a que tienen a su alcance el tratado y las interpretaciones. Consideramos que el delegar en manos del Estado de manera tan abierta, una labor tan específica como lo es el control de convencionalidad no es la mejor opción y debería replantearse el objetivo y medios para que, la aparente solución no se convierta en un nuevo problema que solo genere un mayor caos y resistencia que los beneficios que se pretenden alcanzar.

Por lo que, se considera que la obligación de todos los jueces y en general de todos los operadores jurídicos, es precisamente únicamente aplicar o inaplicar *ex officio* en todas sus resoluciones y/o determinaciones, lo delimitado primeramente por lo que enuncia la Convención Interamericana de Derechos Humanos y complementado por la Jurisprudencia de la Corte IDH, en el entendido de que esta última es la única facultada para ejercer el control de convencionalidad derivado

del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y no ninguna otra invención innecesaria, llámese especie de control de convencionalidad, control concentrado de convencionalidad o control difuso de convencionalidad.

Pues el derecho internacional es parte relevante del sistema jurídico mexicano y debe ser observado y aplicado, por la sencilla razón de que fue incorporado a nuestro orden jurídico nacional de conformidad con lo establecido en la Constitución, y con el sustento de ésta adquirimos las obligaciones internacionales que hoy se reclaman y que debemos de cumplir, además de que esto no es una cuestión de Soberanía, ni mucho menos de supremacía o jerarquía constitucional que, como se ha explicado esta ya debe ser superada, sino de observancia de la Ley Suprema de toda la Unión por los jueces y todos los operadores jurídicos nacionales, enmarcada, en los artículos 1º y 133 constitucionales.

Asimismo, es deseable que, los jueces y en general todos los operadores jurídicos del país, al advertir graves vulneraciones a derechos fundamentales, realicen un *análisis preventivo de convencionalidad ex officio*, pues no sería lógico pensar que si de los hechos se desprenden este tipo de actos, se esperara a que el asunto llegara hasta la Corte IDH, alegando que no tienen facultades para determinar la responsabilidad internacional del Estado Mexicano, sino que, al advertirlos deberá realizar las manifestaciones sobre los criterios de constitucionalidad y convencionalidad, dejando a salvo, claro está, la posibilidad de que la instancia superior dentro del estado nacional analice el asunto, o bien, se opte directamente de acuerdo a las características del caso, hasta la propia Corte IDH (excepciones a la definitividad), pues debemos recordar que agotar todas las instancias nacionales nos llevaría varios años y que por lo tanto, esto mismo haría nugatorio alcanzar un efectivo acceso a la justicia; un argumento a favor, es precisamente, el ya establecido en la jurisprudencia de la Corte IDH al sostener que esta no es una “cuarta instancia”, por lo tanto, ni primera, ni segunda, ni tercera, y que por ello mismo debe conocer de forma inmediata, asuntos de suma importancia para todo el continente, y no por el contrario, se

tenga que esperar un tiempo indefinido que, aparte de ser inhumano, impediría salvaguardar los derechos fundamentales de todas y todos.

Esto, consideramos sería la consecuencia esencial de la sinergia que se ha venido dando entre el control de la constitucionalidad y el control de la convencionalidad y no, como, desgraciadamente de manera errada se ha implantado, pues como se desarrolló desde el primer capítulo de este trabajo, una cosa es el control constitucional que se ha venido desarrollando a lo largo de la historia, con sus muchas variantes que puede tener en cada Estado, pero congruente y uniforme en su esencia, ya que, se tiene la misma referencia normativa, normas a contrastar y fines, aunque los órganos, medios y efectos suelen tener diferentes variantes, llevan al mismo fin, a pesar de que el sistema se considere concentrado, difuso o mixto, con las reservas que se han explicado. Ya que, desde el mismo control de la constitucionalidad, hay vicios que aún no han sido superados, explicados y que como era de esperarse, han ocasionado consecuencias detestables.

Una de estas consecuencias es “sin duda alguna, plantear la similitud entre la labor de la Corte IDH y los tribunales constitucionales, la cual resultaba útil para explicar su funcionamiento, por tener ambos una norma base a partir de la cual evalúan todo o el resto de normas y hechos que se ubican bajo los supuestos normativos de dicho documento base, pero ahí debió de quedar la comparación”.²⁵⁶ Ya que si la única similitud consiste, en que ambos tienen una norma suprema o base para evaluar todo lo que se encuentra bajo ese sistema, así, los tribunales internacionales, el tratado que les reconozca competencia para ello y los nacionales la Constitución, la conclusión es totalmente distinta, porque, mientras en el control de constitucionalidad se llega a la conclusión de que las normas o actos contrarios a la Constitución son anulables por ser inconstitucionales. “En el control de convencionalidad los actos y hechos

²⁵⁶ Castilla, Juárez, Karlos, *op. cit.*, p. 73.

contrarios a la Convención son hechos internacionalmente ilícitos”²⁵⁷, cuyo incumplimiento de una obligación internacional, genera responsabilidad internacional. Dando como resultado un gran error, pretender meter en un solo “molde” o entendimiento a operaciones jurídicas con naturaleza diferente, por el simple hecho de que un tribunal u órgano internacional nunca expulsa, ni inaplica como principal resultado del ejercicio de su competencia a las normas que se opondan al tratado, “sino tan solo determinarían el incumplimiento de una obligación internacional y, posterior a ello, indirectamente podría pedir que se inaplique o expulse una norma, pero dejando eso a cargo del Estado internacionalmente responsable, y sin que en todos los casos eso sea la regla a seguir.” Como tampoco, “un órgano nacional nunca va a poder determinar la responsabilidad internacional, si más bien, puede ser la fuente de ello.”²⁵⁸

Por lo que ¿Cómo esperamos que ahora se realice una operación similar a nivel internacional de control de actos y leyes? Si es precisamente estos vicios, los cuales queremos erradicar para tener un efectivo acceso a la justicia y protección a los derechos fundamentales, cuyas vulneraciones se han venido legitimando a lo largo de la historia, gracias a la falacia de la soberanía estatal y su sistema cada vez más desequilibrado. No otra vez no, superemos de una buena vez, este abismal desconcierto por medio del llamado estado internacional garantista a través de nuestra carta regional de derechos humanos, pues la ocasión está enfrente y debemos aprovecharla. No más un derecho internacional ausente y mucho menos impotente.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 74. Asimismo este autor nos indica en la cita 46 de su trabajo: “No hay que olvidar que para los tribunales internacionales las leyes internas, incluida la Constitución son hechos, según lo establecido desde muchos años atrás en su momento la Corte Permanente de Justicia Internacional, antecedente de la Corte Internacional de Justicia, en el caso Ciertos Intereses Alemanes en la Alta Silesia Polaca, 1926, seria A, núm. 7, doctrina que prevalece hasta hoy.”

²⁵⁸ *Idem*.

III. EL ESTADO INTERNACIONAL GARANTISTA ¿ESTA EN CONSTANTE CONSTRUCCIÓN O DESTRUCCIÓN?

No podemos sentirnos satisfechos de lo que hasta ahora se ha logrado en materia de derechos fundamentales. Esta insatisfacción no puede ser una llamada al inmovilismo o el estatismo, sino todo lo contrario, en razón de que, como lo señala Norberto Bobbio: “respecto a las grandes aspiraciones del hombre ya vamos con excesivo retraso. Procuremos no incrementarlo con nuestra desconfianza, con nuestra indolencia, con nuestro escepticismo. No tenemos tiempo que perder.”²⁵⁹

Así, hemos visto que el surgimiento de los derechos en la historia, primero como derechos naturales, existentes solamente en los textos de algunos pensadores que se adelantaron a su tiempo y luego como derechos positivos establecidos en las grandes declaraciones, lo cual supuso un cambio radical en la concepción de la persona y del entendimiento moral de la vida. Gran parte de ese cambio se debe, a una verdadera revolución copernicana que consiste en la “inversión de punto de vista” que hasta entonces había existido sobre la relación entre la persona y el grupo social, ya que, tradicionalmente esa relación era observada desde el punto de vista de los “deberes”, pero no de los derechos, en ese sentido, lo que aporta la modernidad es justamente la inversión de ese punto de vista, de modo que a partir del siglo XVIII, los derechos pasan a primar sobre los deberes,²⁶⁰ y también sobre el Estado mismo, como un fuente de su legitimación.

Sin embargo, hay una última lección que debemos tomar de los clásicos del iusnaturalismo: la dimensión normativa de la ciencia jurídica, y en particular de la internacionalista, ligada al carácter positivo y “artificial” del derecho moderno. Si, el derecho moderno no tiene nada de “natural”. Se presenta tal como va

²⁵⁹ Bobbio, Norberto, *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, p. 520.

²⁶⁰ Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, UNAM-PORRÚA-CNDH, 2005, p. 5.

configurándose a través de diversas relaciones de poder. Pero se presenta también, de forma más general, como lo quieren y lo construyen los hombres, con sus reivindicaciones y sus luchas y también con el trabajo de filósofos y los juristas. Para bien o para mal el Estado moderno, junto con este complejo sistema de garantías que, a pesar de sus limitaciones es el Estado democrático de derecho, el producto de la filosofía política y de la cultura jurídica. Por lo que, el “cómo es” y el “cómo será” del derecho y también del derecho internacional, depende en parte de lo que nosotros, en cuanto filósofos o juristas hacemos y hacemos.²⁶¹

En ese sentido la historia de los derechos es, a la vez, y sin que en ello haya contradicción alguna, nacional y global. Las declaraciones de derechos, tanto las internas de cada Estado, como las internacionales, tienen una misma fuente y una tradición filosófica bien definida, pues los textos escritos que recogen a nivel constitucional e internacional los derechos, tienen redacciones parecidas; se toman prestados no solamente los conceptos, sino también las palabras y las forma de enunciar los derechos. Es decir, la historia de los derechos fundamentales, como la historia del Estado constitucional en su conjunto, es una mezcla tanto de grandes corrientes de pensamiento y de una serie compartida de problemas, como de circunstancias locales y de intereses concretos. Las tradiciones de cada país, la distribución del poder y su limitación, la forma en que en que se conciben las relaciones entre los particulares y el Estado, la capacidad de integración supranacional de gobiernos y ciudadanos, entre otros muchos factores, tienen un peso evidente en el establecimiento y la garantía de los derechos.

Ciertamente no hay ninguna razón, a corto plazo, para ser optimistas, sin embargo, en nuestra opinión, debemos rechazar las actitudes excesivamente escépticas y resignadas que comparten junto con los defensores del orden desigualitario existente, la misma falacia realista que en derecho internacional

²⁶¹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., p. 155.

adopta el nombre de “principio de efectividad.” Contra esta falacia que equipara al derecho y el hecho, debemos recuperar la dimensión normativa y axiológica de la ciencia jurídica internacional. En un doble sentido: rehabilitando su función creativa y al mismo tiempo “tomando en serio” el derecho y reconociendo que el derecho es como lo hacen los hombres y, por tanto, como nosotros lo construimos, comencemos pues, por nosotros mismos los juristas que, somos en buena medida responsables de él, y al mismo tiempo que el derecho mismo es un sistema normativo, de manera que los posicionamientos y comportamientos efectivos de los Estados que se hallen en contradicción con él no suponen “desmentidos” a su existencia, como a menudo lamentan juristas y politólogos realistas, sino más bien “vulneraciones” ²⁶² *cuya ilegitimidad debe ser obligatoriamente denunciada, investigada, sancionada y reparada.*

Así, el conflicto entre ser y deber ser del derecho, entre normatividad axiológica y efectividad concreta, entre justicia y derecho, entre idealismo y realismo, entre racionalidad sustancial y racionalidad formal, que hasta el momento ha gravado la cultura jurídica internacionalista sea desplazado en realidad, a través de las cartas internacionales de derechos, al cuerpo mismo del derecho internacional positivo. Sea transformado en una antinomia jurídica entre normas positivas, recorriendo nuevamente el proceso de formación que había dado lugar, a través de la constitucionalización de los derechos naturales, al Estado constitucional de derecho y a nuestras democracias.²⁶³

Gracias a esta penetración de la racionalidad sustancial en las formas del derecho internacional positivo, se dispone ya de una embrionaria constitución mundial.²⁶⁴ Los valores incorporados a ella, como lo es la prohibición de la guerra y los derechos de los hombres y de los pueblos, al no ser ya externos al ordenamiento y al haberse convertido en normas jurídicas supraordenadas a todas

²⁶² *Ibidem*, pp. 155 y 156.

²⁶³ *Ibidem*, p. 156.

²⁶⁴ Ferrajoli Luigi, “De la Carta de Derechos a la formación de una esfera pública europea”, en Häberle, Peter, Habermas, Jürgen *et al*, *La Constitucionalización de Europa*, México, UNAM-IIJ, 2004, pp. 75-90.

las demás, no son formas de deslegitimación ideológica sino fuentes de deslegitimación jurídica. La validez de las normas, por consiguiente, no es ya un atributo puramente formal dependiente tan sólo de sus formas de producción, Pues ha pasado a ser al mismo tiempo un elemento sustantivo que condiciona los contenidos de las decisiones, que resultarán inválidas en aquellos casos en que entren en conflicto con los nuevos principios positivos de derecho internacional. “Hasta el punto que es posible afirmar que hoy el positivismo constitucional desempeña al derecho vigente esa misma función crítica y normativa que, en el pasado, había correspondido al iusnaturalismo.”²⁶⁵

Así, este constitucionalismo mundial es, por tanto, el horizonte axiológico que hoy se impone a los juristas en su trabajo y para la doctrina internacionalista, esto supone liberarse de la falacia realista de la reducción del derecho al hecho, que pesa sobre ella bajo la forma del “principio de efectividad”, y asumir como tarea científica y no solo política la crítica jurídica de las dimensiones de invalidez y falta de plenitud del derecho vigente y la formulación de las garantías del derecho futuro. Tarea, pues, a más de urgente, es ineludible, cuya única alternativa a la que nos enfrentamos no se da entre un realismo y utopía normativista, sino entre realismo a corto plazo y realismo a largo plazo, ya que una verdadera universalización de los derechos fundamentales como la que traería, por decir, la apertura de las fronteras de los países más “opulentos”²⁶⁶, puede parecer hoy en día irreal, pero mucho más ilusoria e irreal es la idea de que su vulneración en cuatro quintas partes del planeta pueda coexistir durante mucho más tiempo en esa utopía conservadora que es el cierre de la “fortaleza Europea” para con los países africanos, o el cierre de la “fortaleza norteamericana” para con los países Latinoamericanos, sin poner en peligro la paz y la seguridad interior de dichas fortalezas.

²⁶⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., pp. 156 y 157.

²⁶⁶ *Idem*.

Es difícil prever si la progresiva extensión de los derechos fundamentales y de sus garantías a la totalidad del género humano llegará a tiempo para prevenir y desactivar los violentos conflictos que su vulneración produce tanto fuera como dentro de los países “opulentos”, o si, en otras palabras, la presión de quienes se encuentran excluidos de dichos privilegios, alcancen formas de violencia explosiva (guerras, criminalidad endémica, terrorismo) o por el contrario se obligue a los ricos países, poco importará ya si es por idealismo o por realismo, a contrarrestar de una vez por todas sus causas: anulando la deuda externa de los países pobres, poniendo en marcha una efectiva política de desarrollo, ampliando gradualmente el derecho de asilo hasta anularlo junto con el privilegio de la ciudadanía. Lo que sí es seguro, no obstante, que con esta apuesta está en juego el futuro de la humanidad, así que más allá de las diferentes actitudes (optimistas o pesimistas, realistas o idealistas), los juristas debemos de asumir la responsabilidad que corresponde a nuestro oficio.

Y si es cierto que a corto plazo no podemos hacernos ilusiones, también lo es que los derechos no caen del cielo, y que un sistema de garantías efectivas no se construye a priori, ni en pocos años o décadas. Como ha sido el caso del Estado de derecho y en el de nuestras aún frágiles democracias, implantadas por medio de duras batallas, ideales y de luchas sangrientas. El avance de los derechos suele ser muy lento, a veces desesperadamente lento. Pero los retrocesos en la materia tienen una velocidad increíble. Por lo que, no sería razonable pensar que éste no será el caso del derecho internacional, y tampoco lo sería dejar de comprometernos con el papel que nos corresponde.

Siendo esto así, la sinergia del constitucionalismo y el convencionalismo debe verse no sólo como una conquista del pasado, en los albores del siglo XXI, sino también como un programa para el futuro, ante todo porque los derechos fundamentales recogidos por las constituciones y convenciones internacionales, deben ser plenamente garantizados y satisfechos en la práctica, para lo cual se requiere la elaboración y puesta a punto de técnicas adecuadas de garantía, en

ese sentido, el garantismo del que hemos venido hablando, desde esta perspectiva, es la otra cara de la sinergia constitucional y convencional, en la medida en que supone la elaboración de técnicas capaces de asegurar al máximo el grado de efectividad de los derechos constitucionalmente y convencionalmente reconocidos, para poder acceder a una justicia universal.

Pues, el paradigma de la democracia constitucional en el ámbito interno y el derecho internacional en el ámbito externo, debe extenderse aún más, en tres direcciones, que el multicitado jurista Luigi Ferrajoli, nos indica:

1. Se debe desarrollar la garantía de todos los derechos, no sólo de los derechos de la libertad sino también y especialmente de los *derechos sociales*.
2. Vinculando a todos los poderes, no sólo a los públicos, sino también a los privados.
3. Debe extenderse en todos los niveles, no sólo en el plano estatal, sino también en el plano del derecho internacional.

Pues como ya se mencionó, los derechos fundamentales, se han afirmado siempre como la ley del más débil, frente a la ley del más fuerte que regía y regirá en su ausencia. Del más fuerte físicamente, como en el estado de naturaleza hobbesiano; del más fuerte económicamente, como en el mercado capitalista; del más fuerte militarmente, como en la comunidad internacional. *Todo el derecho en realidad, es ley del más débil, y como ha ido avanzando siempre.* Y es más que nunca ley del más débil, el derecho internacional que, debería tutelar con más fuerza a los individuos de la violencia de sus Estados, a los Estados más débiles de los más fuertes y a toda la humanidad de la amenaza de la guerra, de la lógica desenfrenada del mercado o de los atentados contra el medio ambiente.

Es así lanzado el desafío de las democracias contemporáneas del siglo XXI, que por un lado, la violencia y las guerras civiles continúan ensangrentando el

planeta, y de otro, la creciente y cada vez más intolerable desigualdad entre países ricos y países pobres. Sin embargo, de manera aparentemente paradójica, tanto la violencia como la desigualdad se han agravado, al tiempo que ha crecido en nuestras democracias el reconocimiento de las garantías de la paz y de los derechos. Así como la equiparación en derechos genera sentido de igualdad y, con ello, tolerancia y respeto del otro como igual, así también la desigualdad en derechos, sobre todo en sociedades fundadas en la igualdad interna, genera un imaginario del otro como desigual, es decir, como inferior desde el punto de vista antropológico en cuanto inferior desde el punto de vista jurídico.

Así la cosas, el salto anunciado y prometido por la Carta de la ONU y por los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, así como las distintas convenciones regionales, desde la europea a la de los Estados americanos y africanos, no sólo de la libertad sino también económicos y sociales, es un salto nuevo y grandioso. Salto del que depende no sólo el futuro de la convivencia mundial, sino también la credibilidad de nuestras democracias nacionales. En efecto, ya no es posible hablar de forma decente de democracia, de igualdad, de garantía y de universalidad de los derechos humanos, sino se toman finalmente en serio.

Debemos luchar para lograr que esta herramienta creada por la razón del ser humano, sea una herramienta poderosa que nos permita alcanzar un nuevo estatus de convivencia, no material, ni de colores o razas, sino un estatus inmaterial en donde todos, ahora sí, gocemos de los derechos fundamentales que siempre fueron nuestros y han sido arrebatados, pues así como el derecho puede ser utilizado para legitimar los hechos más catastróficos de la historia de la humanidad, este es un argumento más, para tener la absoluta convicción de que esta abstracción, el derecho, puede ser la llave para alcanzar primeramente la evolución de la humanidad y el fin último, es decir, la felicidad de todo ser humano.

Adicionalmente, estando las cosas en el estado en que están, el derecho de reciprocidad ya no puede sostenerse más como una promesa incumplida que, a través de la historia primeramente fue construida y exigida para explotar todos los pueblos más inermes de la faz de la tierra y ahora pretendan olvidar sus palabras, como si nunca hubieran sido pronunciadas o escritas. Esta vez no, esta vez deben ser cumplidas, pues esto ya no es decidible por los “Estados soberanos”, sino que es una obligación nacida de sus propios argumentos y que debe ser satisfecha, pues de lo contrario en verdad entraremos al caos.

Este es nuestro primer objetivo y la premisa primordial del presente trabajo que, los Estados hoy obsoletos y carentes de toda credibilidad, se sometan a un verdadero Estado Internacional Garantista, que tutele los derechos fundamentales y no por el contrario se sigan escudando en la imaginaria soberanía o supremacía constitucional.

Sí, es en estas últimas premisas, donde encontramos la amenaza real que plantea una Constitución, pues sabemos que en las complejas democracias representativas la voluntad de las mayorías no puede gobernar siempre. Pero normalmente aceptamos que en una democracia la mayoría *debería* gobernar, creemos que a pesar de que son necesarias en la práctica, las estructuras institucionales que aíslan de la opinión popular a los funcionarios, son también indeseables en principio. “Pero cuando las constituciones establecen límites al poder de la mayoría, aquella suposición democrática es dejada de lado: *no se* pretende, entonces, que las decisiones reflejen la voluntad de la mayoría. Todo funcionario jura lealtad a la Constitución²⁶⁷ y, por ello, tiene la responsabilidad de

²⁶⁷Así, la Constitución mexicana establece: Artículo 128. Todo funcionario público, sin excepción alguna, antes de tomar posesión de su encargo, prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen. Artículo 87... El Presidente, al tomar posesión de su cargo, prestará ante el Congreso de la Unión o ante la Comisión Permanente, en los recesos de aquél, la siguiente protesta: "Protesto guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que de ella emanen, y desempeñar leal y patrióticamente el cargo de Presidente de la República que el pueblo me ha conferido, mirando en todo por el bien y prosperidad de la Unión; y si así no lo hiciere que la Nación me lo demande..." Artículo 97... Cada Ministro de la Suprema Corte de Justicia, al entrar a ejercer su encargo, protestará ante el Senado, en la siguiente forma: Presidente: “¿Protestáis desempeñar leal y patrióticamente el cargo de

desafiar la voluntad popular cuando las garantías constitucionales están en juego.”²⁶⁸

Bajo esta premisa, se considera que nuestros derechos fundamentales y sus garantías constitucionales y convencionales se encuentran en juego, pues aunque pareciera que los derechos humanos están de moda, en realidad, este solo es un discurso político que ningún operador jurídico se toma en serio, por lo que, siendo realistas la tradición jurídica tanto nacional como internacional, ha sido traicionada o se encuentra reducida a la impotencia, es decir, una vez que se alcanza cierto grado de progresividad para alcanzar un efectivo acceso a la justicia, y así garantizar los derechos fundamentales, rápidamente y de manera sigilosa, se mueven extrañas fuerzas para contrarrestarlos, a decir verdad, hasta antes de hacer un reconocimiento formal, ya hay una propuesta de cómo minimizar el impacto que permitiera en realidad alcanzar un *deber ser* del derecho, en sí mismo, por eso, creo que este trabajo finalmente puede ser un punto de partida para entender que efectivamente, el derecho siempre está en constante construcción por aquellos que pretendemos que sea usado como fruto de la razón en busca de la progresividad de la humanidad, pero también en constante destrucción por aquellos poderes insaciables y muchas veces incontrolables. Con todo, no dejamos de considerar que siempre habrá un motivo para seguir insistiendo en que el derecho, fue, es y será una herramienta poderosa para alcanzar en mayor o menor medida las aspiraciones de la humanidad.

Analicemos lo anterior con más detenimiento, en gran medida la intención del presente trabajo era generar una mejor expectativa de cara a la garantía de los derechos fundamentales y el acceso a la justicia, para eso, nuestra premisa fundamentalmente se basó en que ha habido una sinergia entre entré el derecho

Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se os ha conferido y guardar y hacer guardar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes que de ella emanen, mirando en todo por el bien y prosperidad de la Unión?..”

²⁶⁸ Dworkin, Ronald, “Igualdad, democracia y constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010, p. 118.

constitucional y el derecho convencional, hoy llamado bloque de convencionalidad, lo cual aunque había sido enunciado, no ha sido plenamente desarrollado por la doctrina jurídica, sino más bien, ha sido aceptado y dado por sentado como una verdad indiscutible, justificándola, como si fuera una cuestión menor, en el hecho de que al no ser suficientes los derechos ni las garantías en el sistema jurídico nacional, tenemos que allegarnos de un sistema internacional que no solo fortalezca los derechos sino que además nos brinde mayores garantías para garantizarlos.

En ese sentido, nos hemos tropezado con la misma piedra, pues al analizar de manera somera, los distintos sistemas regionales, comunitario y universal de protección a derechos humanos, estos carecen de verdaderas herramientas que garanticen su supervivencia, es decir, están en la impotencia y como hemos visto aunque pareciera que se están tomando los derechos en serio, en la realidad, por mencionar nuestro sistema regional, los países de la OEA en su interior no garantizan que ejecutaran las sentencias, por ejemplo, de la misma Corte IDH, y hasta ésta, se ha vuelto un cuanto tanto incómoda para dichos miembros, peor aún, basta observar tan solo unos minutos la internet, televisión, radio, un diario o revista, y nos podremos dar cuenta del doble discurso en que siempre han vivido los derechos humanos, ya que se puede observar como esos países que muy pomposamente se dicen los máximos defensores de los derechos y la democracia, también son los primeros en vulnerarlos y no dudar ni un momento en arrastrar a toda la humanidad en un debacle termonuclear, de pandemia, hambruna y catástrofe natural. Claro está, sin ninguna consecuencia o sanción, pues estas fortalezas opulentas, son también los controladores de los organismos internacionales, la economía y por lo tanto el derecho.

Así, ésta es la otra cara de la moneda, la que también se ha venido construyendo de forma quizá, más concreta que el mismo Estado Internacional Garantista al que aspiramos como una solución pacífica a los grandes problemas que aquejan a la humanidad, pues el presente trabajo es un prueba fiel de que el

camino planteado puede estar equivocado, no porque la idea en si misma este mal plateada, sino, porque tenemos que reestructurar todo el camino que está siendo manipulado por los poderes insaciables de unos cuantos, pues si el camino está manipulado, naturalmente las instituciones también lo estarán y por obvias razones el resultado de esa operación no será el esperado sino el que quieren que sea.

Como sea observado, desde siempre hemos intentado dar soluciones nuevas a los problemas de antaño y solo logramos trasladar lo que no podemos solucionar, a un nuevo escalón, para luego darnos cuenta que primero teníamos que solucionar ese problema de antaño y después crear situaciones “modernas”, a que me refiero, mientras no haya personas decididas defender sus derechos, no habrá funcionarios capaces de defender a las instituciones y a los derechos fundamentales, ahora no solo constitucionales sino también convencionales, pues veo remotamente que la mayoría de esos funcionarios que juraron lealtad a la Constitución, salgan a desafiar la voluntad popular de una supuesta mayoría o a los denominados poderes insaciables, cómo premisa fundamental de la libertad.

Finalmente, es de destacarse que, hasta esta última consecuencia, podría ser rebasada por el derecho si no lo proponemos, pues al considerar al derecho como un producto científico que nació como una necesidad de limitar el poder (en cualquiera de sus vertientes), como la ley del más débil, debemos empoderarnos y exigir como sociedad nuestros derechos en serio, como una necesidad básica de la libertad y la razón,²⁶⁹ pues la misma está siendo sometida a una dura prueba que tendrá como resultado definir el futuro próximo de la humanidad, es decir, el sometimiento, puesto en marcha, del derecho a los poderes insaciables o, por el contrario, el sometimiento definitivo de esos poderes insaciables al derecho.

²⁶⁹ Libertad y razón, legitimada por el derecho como garantía última, enunciada en el artículo 39 Constitucional: La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.

CONCLUSIONES

- A través de la historia de la justicia constitucional hemos evidenciado que la abstracción a la que llamamos derecho, es un ente cambiante que trata de resolver los problemas existentes del hombre, y así, como los problemas del hombre cambian continuamente, lo mismo ocurre con el derecho, sus normas, procedimientos e instituciones.
- En un inicio la justicia constitucional solamente limitaba el poder del gobierno o Estado, pero con el tiempo dicha limitación se ha ido extendiendo a todos los factores reales de poder o poderes insaciables, públicos o privados; a través de medios de defensa, procedimientos e instituciones específicos. Pues un poder no controlado, aún los de “supuestas mayorías”, termina por deformar el sentido común de la justicia.
- Con lo que, en la actualidad, cualquier Estado que se pretenda una Democracia Constitucional, ha adoptado una Constitución escrita que, enuncie el principio de división de poderes en sus tres clásicas divisiones, llámese Ejecutivo, Legislativo y Judicial; han introducido unos límites estrictos al procedimiento de reforma o enmienda de la Constitución, amparando de esta manera las nuevas leyes básicas frente a los caprichos de las mayorías pasajeras; han incluido un catálogo o declaración de derechos en la Constitución; han confiado la aplicación de la Constitución, y de su catálogo o declaración de derechos, a tribunales judiciales con independencia, y por último, cuentan con un sistema de garantías, entendidas éstas como los mecanismos de control de la constitucionalidad.
- Así, la justicia constitucional, es un producto de la evolución histórica, como fenómeno de lo que se ha llamado el derecho común y el derecho civil, dividido en tres etapas o épocas: primero la etapa de la *justicia natural*, donde los actos del monarca y del parlamento eran combatidos por principios

superiores no escritos de derecho natural, a manera de *higher law*; luego, con la gloriosa revolución inglesa y la revolución francesa un siglo después, viniera la etapa de la *justicia legal*, donde prevaleciera el *principio de legalidad*, para después conjugar ambas ideologías después de las guerras mundiales alemanas, en el periodo de la *justicia constitucional*, a través de los mecanismos para garantizar las constituciones.

- En ese sentido, aunque inicialmente la justicia constitucional era inexistente, posteriormente y derivado del abuso de poder por parte del Ejecutivo y el Legislativo, se vio en la justicia constitucional una fórmula, mediante la cual los jueces pudieran controlar las leyes y, en su caso, invalidarlas cuando fueran contrarias al derecho natural, los principios y a la razón misma, pues el juez dejó de ser solo la boca de la ley, para convertirse en un verdadero interprete que buscara el espíritu de las leyes, incluida la constitución.
- Ahora, al control de la constitucionalidad, se ha desarrollado básicamente en dos amplias doctrinas, la que defienden el llamado control difuso de la constitucionalidad, mediante el cual la garantía de la Constitución y derechos fundamentales, se atribuye a todos los jueces, y la doctrina del control concentrado de la constitucionalidad, mediante el cual la garantía de la Constitución y los derechos fundamentales queda cargo en un único órgano *ad hoc*, llamado tribunal o corte constitucional, es decir, los jueces de los sistemas difusos pueden desaplicar la norma al caso particular, cuando consideran que ésta es contraria a la constitución; o bien por el juez constitucional en los modelos concentrados, puede declarar la invalidez de las normas con efectos generales. Sin embargo, hoy en día hay otra corriente que sostiene que dichos sistemas de control, pueden considerarse modelos extremos, y que actualmente puede apreciarse una tendencia hacia la unificación, por lo que ya no existen *modelos puros*, sino, que se combinan las características de ambos sistemas clásicos produciendo una amplia variedad de sistemas “mixtos” e “híbridos”, duales o paralelos. Pero nosotros

concluimos que, es más lógico hablar de un sistema difuso de control de la constitucionalidad con garantías jurisdiccionales mixtas y/o híbridas.

- Con lo que, al texto constitucional se le ha dejado de ver como una simple hoja de papel con meras buenas intenciones, subordinado a la voluntad de los gobernantes en turno que, además, con la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, se convirtió plenamente en un documento legalmente vinculante y judicialmente protegido, con la finalidad de garantizar los derechos fundamentales y la democracia constitucional. Porque todo lo que pueda reforzar la libertad de los ciudadanos, también reforzará con toda seguridad a la democracia.
- En ese sentido, se ha generado una tendencial reestructuración de la teoría constitucional que, sumada al advenimiento del derecho internacional de los derechos humanos, a partir de la segunda posguerra, advirtieron repercusiones trascendentales en los Estados nacionales, que implicaron nuevas y complejas relaciones, con motivo de la aparición en el ámbito interamericano de la doctrina del control de la convencionalidad que, como vislumbró Kelsen, nos ha conducido a una nueva y única dimensión en el extraordinario desarrollo y crecimiento de la revisión judicial, es decir, *la dimensión transnacional*.
- Además, la reestructuración de la teoría del constitucionalismo también ha dejado en descubierto, por una parte, lo que la ciencia política ya había desenmascarado una y mil veces referentes a que la ficción de esa persona “estatal”, no es más que una representación, una pantalla, una máscara, de los poderes insaciables, y que desde la ciencia jurídica, esta concepción desempeñaba una función de gran importancia e incidencia práctica, pues permite poner al derecho creado exclusivamente por el Estado, exclusivamente a su servicio.

- Lo que como se dijo, cambia de manera radical con el reconocimiento de la Constitución como norma suprema, a la que todas las normas se encuentran rígidamente subordinadas y la legalidad cambia de naturaleza, pues ya no sólo condiciona y disciplina, sino resulta, a su vez, condicionada y disciplinada por vínculos jurídicos no sólo formales sino también sustanciales. No es ya simplemente un producto del legislador sino también una proyección jurídica del propio derecho y, por tanto, un límite y un vínculo para el legislador. Resultando positivizado no sólo el “ser” del derecho, es decir su “existencia”, sino también su “deber ser”, o sea, sus condiciones de “validez”. No sólo el “quién” y el “cómo” de las decisiones sino también “qué” no debe decidirse, esto es, la lesión de los derechos de libertad o, al contrario, aquello que debe decidirse, o sea, la satisfacción de los derechos sociales. No existía pues, en el imaginario de los juristas y del sentido común la idea de una ley de leyes, de un derecho sobre el derecho, que propugnara que las garantías y los derechos no son derogables, ni disponibles, y si, por el contrario, en torno a lo indecible por cualquier mayoría, bien porque no puede decidirse, bien porque no puede dejar de decidirse.
- Si bien la palabra garantía en nuestra Constitución, era considerada como un sinónimo de derecho, en la actualidad, esa percepción ha quedado superada pues ahora a lo que se conocía como garantía se le conoce como derechos humanos y a lo que se le conocía como garantía, ahora, se le conoce como el mecanismo para protegerlos, defenderlos y hacerlos valer. Sin embargo, dicha percepción aún le falta madurar, pues para nosotros, lo lógicamente correcto es llamarle a los derechos humanos: derechos fundamentales, entendidos éstos como todos aquellos derechos que corresponden universalmente a “todos” en cuanto “personas naturales”, en cuanto “ciudadanos”, en cuanto personas naturales “capaces de obrar”, o en cuanto “ciudadanos capaces de obrar”. Siendo la universalidad el rasgo distintivo, y de donde deriva una específica forma de garantía, pues siendo universales (*omnium*), los derechos fundamentales se hallan garantizados por deberes absolutos (*erga omnes*), ya

sean a su vez universales, dirigidos a todos, ya singulares, dirigidos a determinados sujetos público. A lo que se añade que los derechos fundamentales, propiamente porque conferidos en el interés de *todos* en cuanto a personas y/o ciudadanos y/o capaces de obrar, postulan para su garantía funciones de carácter público, constituyendo así, la base y al mismo tiempo la justificación de la “esfera pública, con lo que podemos concluir que los derechos fundamentales no suponen normas sino que *son* ellos mismos normas.

- Una plena igualdad jurídica sólo será alcanzada, con la superación del carácter privilegiado y discriminatorio que hoy representa la ciudadanía, lo que se conseguirá como se vio en su momento, mediante dos formas de universalización, convergentes entre sí, aunque orientada la primera al progreso de los ordenamientos estatales, y centrada la otra, en la esfera del derecho internacional: la superación de la ciudadanía a través de la progresiva transformación de un número creciente de derechos del ciudadano en derechos de la persona, o su progresiva extensión hasta la instauración de una ciudadanía mundial.
- Como consecuencia de esto, cambia finalmente la relación entre la política y el derecho. Puesto que el derecho no resulta ya subordinado a la política, convirtiendo a ésta en un instrumento de actuación del derecho, sometida a los vínculos que le imponen los principios constitucionales. Como vínculos negativos, como los generados por los derechos de libertad, que no pueden vulnerarse; y vínculos positivos, como los generados por los derechos sociales, que deben ser satisfechos. Así, la política y mercado se configuran como la esfera de lo decidible, rígidamente delimitada por los derechos fundamentales. Los cuales, precisamente al estar garantizados a todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, determinan la esfera de lo que debe y no debe decidirse. Dado que, ninguna mayoría, ni siquiera

por unanimidad, puede decidir legítimamente vulnerarlos o no satisfacerlos, constituyéndose como al mismo tiempo como la ley del más débil.

- Por otra parte, la reestructuración de la teoría del derecho constitucional, también evidenció una severa crisis de Soberanía que existe en el Estado Constitucional de Derecho, y que evidenció su suicidio final tras las dos guerras mundiales del siglo XX, lo que quedo sancionado en el ámbito del derecho internacional por la *Carta* de la ONU, aprobada en San Francisco el 26 de junio de 1945, y luego por la *Declaración Universal de Derechos del Hombre*, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas, que transforman, por lo menos, en su dimensión normativa el orden jurídico mundial, pues la soberanía externa del Estado (en principio) deja de ser una libertad absoluta y salvaje y queda subordinada, jurídicamente, a dos normas fundamentales: el imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos. Es entonces cuando el propio concepto de soberanía externa comienza a ser lógicamente inconsistente y puede hablarse, siguiendo la doctrina monista de Kelsen, de derecho internacional y de los diferentes derechos estatales como un ordenamiento único.
- Pues dicha Carta y Declaración, representaron un “auténtico” pacto social internacional, histórico y no metafórico, por medio del cual, ahora también, el derecho internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema *pacticio* basado en tratados bilaterales *inter pares*, y convirtiéndose en un *auténtico ordenamiento jurídico supraestatal*, como límites no sólo internos-constitucionales, sino también externos a la potestad de los Estado. También porque la comunidad internacional, se extiende por vez primera a todo el mundo como orden jurídico mundial. Y en este “nuevo” ordenamiento pasan a ser sujetos de derecho internacional no sólo los Estados, sino también los individuos y los pueblos: los primeros, en cuanto titulares frente a sus propios Estados de los derechos humanos que les confieren la declaración de 1948 y los Pactos de 1966; los segundos, en cuanto a titulares del derecho de

autodeterminación reconocido por el artículo 1º de esos mismos Pactos, pero que aún, se mantiene en la práctica tan sólo sobre el papel, no habiéndose introducido aún un adecuado sistema de garantías jurisdiccionales, por decir del sistema universal, volviéndose a aparecer entonces la contradicción originaria, entre la *communitas orbis* y la igual soberanía entre Estados, pues el principio de la paz, todavía sigue estando confiado al dominio soberano de las grandes potencias. Lo que quiere decir en otras palabras, que el ordenamiento internacional actual es ineficaz por el hecho de que sus órganos no son ya un “tercero ausente”, sino un “tercero impotente”, incapaz de contener las vulneraciones, precisamente de esas grandes potencias como la ley del más fuerte.

- Pero además, se puede concluir válidamente que, en el Estado de derecho no existe por tanto ningún soberano, a menos que entendamos como “soberana”, con un puro artificio retórico, la Constitución misma, es decir el sistema de límites y vínculos jurídicos impuestos a unos poderes públicos que ya no son soberanos, y en ese estado de cosas reconsiderar al Estado en sus relaciones exteriores a la luz del derecho internacional actual es lo mismo que pensar el Estado en su dimensión interna a la luz del derecho constitucional. Pero que puede ser superado bajo una misma fórmula, “tomar en serio” el derecho internacional y, por tanto, aceptar que sus principios son vinculantes y que su diseño normativo ofrece una diferente alternativa a lo que de hecho ocurre, esta perspectiva, ofrece hacerlos valer como claves de interpretación y como fuentes de crítica y de deslegitimación de lo existente, lo que permitirá proyectar las formas institucionales, las garantías jurídicas y las estrategias políticas, como una perspectiva obligada, pues este *sistema* no podrá ser tolerado, a largo plazo, o quizá no a tan largo plazo, por los propios ordenamientos políticos de los países avanzados, que curiosamente fundan su identidad y su legitimación democrática, precisamente en las promesas de la paz, la igualdad, el desarrollo, los derechos universales de los hombres y de los pueblos, entre muchos otras y su universalidad.

- Ya que, después de haber sido precisamente Europa quien invadió durante siglos el resto del mundo, como hoy en día lo hacen los Estados Unidos de América, con sus conquistas y con sus promesas, no se puede realizar una operación inversa que transforme los derechos del hombre en derechos de los ciudadanos, porque de lo contrario, se estaría abdicando del universalismo de los principios en que se funda la credibilidad de todas las democracias. Por lo tanto tomar en serio aquellos valores, los derechos humanos proclamados en las cartas constitucionales, significa, por consiguiente, tener el valor de desvincularlos de la ciudadanía, es decir, del último privilegio de “estatus” que subsiste en el derecho moderno. Y reconociendo su carácter supraestatal, garantizarlos no solo dentro, sino, también fuera y contra todos los Estados, poniendo fin a este gran *apartheid* que excluye de su disfrute a la mayoría del género humano.
- En ese sentido, la crisis de los Estados puede ser superada en sentido progresista tan sólo admitiendo su decadencia cada vez mayor y reconduciendo en el ámbito internacional los aspectos tradicionalmente estatales del constitucionalismo, pero no solo en la enunciación de principios, tal como ha sucedido con la *Carta* de la ONU, y con las Declaraciones y Convenciones, incluidas las regionales, de derechos, sino también en sus concretas garantías, con lo cual ya no es utópico pensar, pues esto puede realizarse a través de la elaboración de un *constitucionalismo mundial* capaz de atribuir a las diferentes cartas de derechos fundamentales, de las que dispone ya la comunidad internacional, aquellas garantías jurídicas cuya ausencia genera ineffectividad, lo anterior con el ánimo de que esas cartas sean tomadas en serio como normas y no como meras declaraciones retóricas, como en antaño eran reconocidas las mismas Constituciones de los Estados, lo que no debe confundirse con un improbable y no deseable gobierno mundial, sino en la perspectiva de una efectiva limitación de la soberanía de los Estados mediante el establecimiento de garantías

jurisdiccionales contra las violaciones de la paz en el exterior y de los derechos humanos en el interior, como se ha visto reflejado de manera progresiva, mediante el llamado derecho comunitario y los sistemas regionales de protección a derechos humanos.

- Es innegable la existencia de una economía internacional incontrolada, fuente de desequilibrios e injusticias, la brecha existente entre el mundo opulento y los excluidos de la tierra, y la permanente amenaza de guerras y catástrofes ecológicas han colocado a la humanidad en una crisis civilizatoria que podría conducir a su extinción o, por lo menos, a una buena parte de ella, pero a la par, existe una explosión de los derechos fundamentales que no es otra cosa, sino el intento de dar una respuesta a aquellos problemas que, más que nunca amenazan a la civilización y la supervivencia del género humano.
- Con lo que, está en marcha un proceso de internacionalización y estandarización del derecho constitucional de los derechos fundamentales, como piso mínimo que debe ser respetado por todos a nivel mundial, creando a su vez *un efectivo acceso a la justicia, el cual será garantizado por lo que se conoce como el control de la constitucionalidad en conjunción con el control de la convencionalidad*, y a lo que hemos llamado *la sinergia del control de la constitucionalidad y el control de la convencionalidad, para la progresividad y evolución de los derechos fundamentales*. En razón, de que al elevar los derechos fundamentales, al carácter de normas jurídicas internacionales y crear mecanismos y organismos en cargados de velar por su cumplimiento, responde a la necesidad de complementar y subsanar las fallas existentes en las legislaciones nacionales al respecto, y no para sustituirlas, como se ha querido malentender, al no captar su esencia ni su importancia para la convivencia de los Estados. Ya que, de esta manera se constituyó una protección adicional a la de los Estados en particular, y también remedial, cuando aquélla no fuera lo suficientemente eficaz, mediante la aplicación del llamado *principio de subsidiariedad*. Como se pudo apreciar de manera

regional, en la jurisprudencia de la Corte IDH y el llamado *control de convencionalidad*.

- Sin embargo, de la jurisprudencia interamericana también podemos concluir que es falso que su desarrollo ha sido uniforme, y la construcción doctrinaria de la mayoría de los académicos, ha partido de un uso intencionalmente selectivo de dicha jurisprudencia referida al control de convencionalidad, para facilitar la conclusión que buscaban, evidenciando con ello que el término *control de convencionalidad* tiene puntos débiles en su construcción, que debemos reconfigurar de mejor manera.
- Así, inicialmente a lo que se le llamó una especie de control de convencionalidad, pasó a denominarse control de convencionalidad y finalmente, control difuso de convencionalidad, pero sin dejar en claro o dar una razón del porqué, eso por decir de la concepción, pero que, también ha ido reconfigurando al sujeto obligado ejercerlo, así, el primer obligado sería el Estado, para después delimitarlo a los órganos jurisdiccionales y finalmente estableciendo que todos los operadores jurídicos están internacionalmente obligados a ejercer un control de convencionalidad *ex officio*.
- Con lo que, asemejar la labor del control de constitucionalidad que, hacen los tribunales constitucionales, con la labor que hace un tribunal internacional, es inaceptable, pues la naturaleza de ambos es totalmente distinta, y es precisamente de esta idea que en la mayoría de la doctrina que se desarrolló posteriormente, se empezó a reiterar el llamado control de convencionalidad, para deducir que, sí en los Estados podía existir el control de constitucionalidad concentrado y difuso, de igual forma, podía existir el control de convencionalidad concentrado o exterior y difuso o interno, sin verter razonamiento alguno y de lo que se puede concluir que dicho control no es ninguna novedad, pues de todo caso la novedad estaría en el imperativo que nació de la Corte IDH, al establecer un *bloque de convencionalidad*.

- Y, para implantar dicho bloque convencionalidad se propuso un modelo general de aplicación para todos los operadores jurídicos en aras de alcanzar un efectivo acceso a la justicia, con la salvedad de que antes se debe asumir que las grandes problemáticas de las naciones no solo se van resolver con elocuentes sentencias de un tribunal internacional, ya que la tarea principal es tener operadores jurídicos comprometidos, y ciudadanos empoderados que ejercitan sus derechos y sus garantías, primeramente en el ámbito nacional y posteriormente en el internacional, pues llevar fórmulas desencantadas del control de la constitucionalidad al control de la convencionalidad, además de parecernos un error, condena a la Corte IDH, al mismo fracaso del que precisamente queremos escapar. Pero, se concluye en el sentido de que los operadores jurídicos nacionales, no pueden ejercer un control de convencionalidad, pues esta es una atribución que solo le compete a la Corte IDH, y que por el contrario el objeto de este control es precisamente condenar al Estado en su conjunto cuando estos operadores jurídicos fallan, siendo por esta razón que el objeto de control nunca puede convertirse en el controlador, como se ha querido interpretar, sino más bien, de un *análisis preventivo de convencionalidad ex officio*, mediante el cual dichos operadores solo aplican o inaplican, la norma o jurisprudencia internacional, atendiendo el principio *pro personae*.
- A su vez, como la Corte IDH ha desarrollado jurisprudencialmente su idea del control de convencionalidad, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de México, ha desarrollado su idea de recepción de tal jurisprudencia, determinando a grandes rasgos que, corresponde a la totalidad de los juzgadores y operadores jurídicos del país practicar no sólo un control difuso de convencionalidad, sino también un control difuso de constitucionalidad, precisando a su parecer, el nuevo parámetro de dichos controles, que incluye las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacional y su interpretación por los tribunales internacionales que, sin embargo, resulto una simulación de progresividad.

- Pues ante la severa crisis en que se encuentran los Estados Nacionales, ya no es posible que se siga considerando a la Constitución, contrariamente a la razón, como una fuente inmutable, pues la mayoría de los operadores jurídicos, dentro de los cuales se encuentra la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación, aún quieren considerar a la Constitución como la norma de normas y se aferran al principio de supremacía constitucional, siendo que la realidad pertenece a lo que se ha denominado, “bloque de convencionalidad”, como producto de la “evolución” del derecho mismo, precisamente ante el incumplimiento de los principios y promesas de esos mismos Estados que pregonan la defensa de la democracia y los derechos fundamentales en teoría, pero que los vulneran en la realidad.
- Por otra parte, en lo que concierne a las interpretaciones de la SCJN, no compartimos su último criterio jurisprudencial acerca del control de la convencionalidad, emanado de la resolución de la contradicción de tesis 293/2011, pues como se observó, con ese criterio los tratados internacionales quedarían reducidos a la nada, pues al “dotarlos” de jerarquía normativa y subordinarlos a la constitución, se pierden en esencia los criterios de la más reciente reforma en materia de derechos humanos y específicamente del artículo 1º constitucional, que consagra los principios de progresividad, indivisibilidad, interdependencia y universalidad. En ese sentido, se hace patente la posible contradicción de criterios en que puede estar incurriendo el Tribunal en Pleno de la SCJN, así como la regresividad y por lo tanto inconventionalidad en que ha incurrido con sus interpretaciones, con las que lejos de crear certeza jurídica, lo único que ha genera es incertidumbre y resistencia por parte de los demás operadores jurídicos. ¡Si así está la Corte cómo estarán los demás operadores jurídicos!
- Pues como se ha dicho, una de las grandes revoluciones culturales del pasado siglo XX, es precisamente la consagración de un número cada vez más importante de derechos humanos tanto en las cartas constitucionales

como en instrumentos de carácter internacional. Derechos en relación con los cuales, al margen de la concepción jurídica que se sostenga (iusnaturalista o iuspositivista, por ejemplo) existe un consenso en la comunidad internacional sobre la necesidad de su positivización y su protección procesal. La idea que está a la base del control de la constitucionalidad y de la convencionalidad, es la tentativa de volver, superando la pretendida *neutralidad* ética y política de legalismo positivista, a una afirmación de valores jurídicos superiores y relativamente inmutables, aunque sin alinearlos en una empírea atmósfera iusnaturalista de irrealidad abstracta; y la tentativa de tornar actuales esos valores a través del esfuerzo de positivización en concreto por parte de los operadores jurídicos del siglo XXI, pero en especial por parte de jueces decididos y comprometidos con la democracia y la defensa de los derechos fundamentales.

- En ese sentido, se sostiene, que el instituto de la *revisión judicial* expresa uno de los momentos éticos, ideológicos y filosóficos fundamentales de nuestra época: la tentativa de superar a un tiempo el iusnaturalismo abstracto y el concreto pero efímero iuspositivismo que se ha estado contraponiendo a aquél. De donde se sigue la exigencia de que con independencia de las instancias internacionales, en primera instancia se cuente con instrumentos procesales de derecho interno que defiendan eficazmente esos derechos, pues los jueces internos son los primeros en acercar a las personas eso a lo que llamamos la sinergia de la justicia constitucional y la justicia convencional. Lo cual no es un asunto menor, y aquí encontramos otra conclusión, ya que el concepto sustancial de la democracia depende de la existencia y la efectividad de dichos instrumentos procesales protectores de los derechos fundamentales, en otras palabras, *se trata de hacer realidad el nuevo paradigma de la democracia constitucional* defendido por la teoría garantista del derecho.

- También es necesario generar puentes entre los demás mecanismos de protección de derecho humanos, como el sistema Africano, pues de sus aciertos y desaciertos podemos aprender aún más y quizá en un futuro podamos celebrar convenios de colaboración que sean vinculantes para ambas regiones, que aunque diferentes en muchos aspectos, todos persiguen la misma finalidad: la defensa de los derechos fundamentales, en especial, los derechos económicos sociales y culturales. Sin embargo, todos los esfuerzos se verán rebasados si las grandes potencias, no se adhieren a las distintas convenciones regionales y universales de Derechos Humanos, así como a los mecanismos que las garantizan, donde se comprometa a ver y respetar a todos los países como iguales, a través de un efectivo Estado Internacional Garantista.
- Desafortunadamente, el presente trabajo también podría considerarse una prueba fiel, de que los derechos humanos y en sí el derecho mismo, son utilizados por los poderes insaciables que propagan la desigualdad, pues muchos de los progresos no pasan de ser meras buenas intenciones o en el discurso político, solo para tomarse la foto, así es, los derechos están en constante juego y cualquier avance puede considerarse efímero, pues siempre está en marcha la contrarreforma o interpretación para dejarlos como letra muerta, por lo que, hasta en tanto esos poderes insaciables no se sometan al derecho, no podremos pensar en un futuro más prometedor, pero si esto se vuelve una realidad, será una gran oportunidad para satisfacer las grandes aspiraciones de la humanidad.
- Nosotros los juristas y todos los operadores jurídicos, que directamente o indirectamente somos los responsables del derecho, debemos tomarnos en serio la defensa de los derechos fundamentales y su garantías, pues no basta con poseerlos, sino más bien hay que ejercitarlos, ya que en la medida en que pongamos a prueba nuestras garantías y derechos, podremos estar en aptitud de saber si son efectivos o están condenadas a perecer, una de esas tareas precisamente es exigir que toda vulneración a un derecho fundamental, sea

debidamente investigada, pero sobre todo que se sancione a los responsables para evitar la impunidad en primer término y en segundo, garantizar la reparación integral del daño, de acuerdo a los estándares constitucionales y convencionales.

- Finalmente llegamos a la firme convicción y conclusión de que el Estado Internacional Garantista, es un realidad aún en construcción que ésta coadyuvando a resolver los grandes problemas que aquejan a la humanidad, y aunque en nuestro país la sinergia del control de la constitucionalidad y del control de la convencionalidad, está siendo limitada por ciertos operadores jurídicos, también es cierto que existen ciudadanos empoderados que estamos exigiendo a esos mismos operadores jurídicos, garantizar un efectivo acceso a la justicia, ya no solo a través de "jueces constitucionales" y derecho interno, sino, también a través de tribunales y tratados internacionales obligatoriamente vinculantes, como una apuesta inmediata de tomar los derechos fundamentales en serio y someter los poderes insaciables al derecho como producto científico de la razón, pues en la construcción de la democracia no existen alternativas al derecho, y que en la construcción del derecho no existen alternativas a la razón.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010.
- Aragón, Manuel, *Constitución democracia y control*, México, IJ-UNAM, 2002.
- , “La constitución como paradigma”, en Carbonell, Miguel, (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.
- Asimov, Isaac, *La República Romana*, Madrid, Alianza, 2008.
- Becerra Ramírez, Manuel, “Rusia, la Revolución Bolchevique y la Perestroika”, en Arredondo Ramírez, Vicente (coord.), *Ciudadanía en movimiento*, México, Universidad Iberoamericana, Fundación Demos, Instituto de Análisis y Propuestas Sociales, 2000.
- Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, trad. de Rafael de Asís Roig, Madrid, Sistema, 1991.
- , *Estado, gobierno y sociedad*, trad. José F. Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- Cappelletti, Mauro, “¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la ‘Justicia Constitucional’”, trad. de Pablo de Luis Durán, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, año 6, núm. 17, mayo-agosto de 1986, pp. 9-46.
- Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional en derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM-IJ, 2011.
- Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, México, UNAM-Porrúa-CNDH, 2005.
- , (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2006, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho.
- , *Los derechos fundamentales en México*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004.
- Castilla, Juárez, Karlos “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados.” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, vol. XIII, 2013, pp. 51-97.

- , “El control de convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco.” *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, vol. XI, 2011.
- Corzo Sosa, Edgar, “Control constitucional, instrumentos internacionales y bloque de constitucionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de la Larrea, Arturo (coord.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, t. IV. pp.
- Dienheim Barriguette, Cuauhtémoc Manuel de, *Constitucionalismo universal: la internacionalización y estandarización de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ac Hoc, 2009.
- Dworkin, Ronald, “Igualdad, democracia y constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales”, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, (eds.), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2010.
- Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Madrid, Dykinson, 2009, t. I.
- , *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México, UNAM, 2004.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al, Madrid, Trotta, 2004, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho.
- , “De la Carta de Derechos a la formación de una esfera pública europea”, en Häberle, Peter, Habermas, Jürgen et al, *La Constitucionalización de Europa*, México, UNAM-IIJ, 2004.
- , *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 5ª ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2006, Colección estructuras y procesos, Serie Derecho.
- , *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al., Madrid, Trotta, 2011, Colección estructuras y procesos. Serie Derecho, vol. I.
- , “Razón, derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Democracia y garantismo*, 2ª ed., Madrid, Trotta, 2010.

- , *Razones jurídicas del pacifismo*, Gerardo Pisarello (ed), Madrid, Trotta, 2004, Colección estructuras y procesos, Serie Derecho.
- , “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, Colección estructuras y procesos, Serie Derecho.
- Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, 2012.
- , “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional en derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM-IIJ, 2011, p. 358.
- Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa-UNAM, 2010.
- Fix-Zamudio, Héctor, “La Corte Europea de Derechos Humanos y el derecho de amparo internacional”, en Fix-Zamudio, Héctor y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, México, UNAM-Porrúa-Konrad Adenauer Stiftung, 2006, pp. 1105-1155.
- , *Introducción a la defensa de la constitución en el ordenamiento mexicano*, 2ª ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, Colección Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica.
- , “Reflexiones comparativas sobre los sistemas Interamericano y Europeo de protección de los Derechos Humanos”, en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, UNAM-IIJ, 2008, t. I.
- García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 3ª. ed., Madrid, Civitas, 2001.
- García Roca, Javier, “Originario y derivado en el contenido de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: los test de Constitucionalidad y Convencionalidad”, en *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, España, nueva época, núm. 119, enero-marzo, 2003.
- Gascón Abellán, Marina, “Justicia constitucional: la invasión de lo político”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de la Larrea, Arturo (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, t. I. p. 687-710.

- González Martín Nuria, “La unión europea como una fotografía en continuo movimiento. El tratado de Lisboa”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 124, enero-abril, de 2009, pp. 343-254.
- Hamilton et al., *El Federalista*, 2a ed., trad. Gustavo R. Velasco, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- Herrerías Cuevas, Ignacio Francisco y Del Rosario, Rodríguez, Marcos, *Control de convencionalidad y efectos de las sentencias*, México, UBIJUS, 2011.
- , *El control de constitucionalidad y convencionalidad*, México, UBIJUS, 2012.
- Hitters, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (Control de Constitucionalidad y Convencionalidad)”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 10, julio-diciembre, 2008.
- Hobbes, Thomas, *Leviatán; o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, 3ª ed., trad. de Manuel Sánchez Sarto, México, FCE, 1987.
- Jolowicz, John Anthony, “El control judicial de las leyes en el Reino Unido”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de la Larrea, Arturo (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, t. I. pp. 785-803.
- Kelsen, Hans. “La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional)”, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, revisión de Domingo García Belaunde, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 10, julio-diciembre, 2008, pp. 3-46.
- Lasalle, Ferdinand, *¿Qué es una Constitución?*, México, Ed. Colofón, 2009.
- Locke, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de José Carner, México, Ed., Porrúa, 1997.
- Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, 2ª ed., trad. de Carlos Sierra, México Ed. Fondo de Cultura Económica, 1989.
- Mommsen, Theodor, *Compendio de derecho público romano*, Buenos Aires, Impulso, 1942.
- , *Historia de Roma*, trad. A. García Moreno, México, Helios, 1986, ts., V, VI y VIII.

- Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, 16ª ed., trad. de Nicolás Estévez México, Porrúa, 2005.
- Nieto, Alejandro, *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ed., Ariel, 2000.
- Odimba, Jean Cadet, “Los Derechos Humanos en la Historia de África”, en Méndez Silva, Ricardo (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, UNAM-IIJ, 2008, t. I, pp. 453-485.
- Peltason, J.W. (ed.), *Sobre Estados Unidos: la Constitución de los Estados Unidos de América con notas explicativas adaptadas de The World Book Encyclopedia*, E.U.A., Departamento de Estado de los Estados Unidos, 2004, p. 30 en: http://www.usembassy-mexico.gov/bbf/le/constitution_sp.pdf.
- Pisarello, Gerardo, “Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico”, en Carbonell, Miguel, (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.
- Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho.
- Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho.
- , “Neoconstitucionalismo y ponderación judicial”, en Miguel Carbonell (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, 3ª ed., Madrid, Trotta, 2006, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho.
- , “Supremacía, rigidez y garantía de la Constitución”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de la Larrea, Arturo (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México, UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, t. I. pp. 805-824.
- Rey Cantor, Ernesto, *Control de Convencionalidad de las leyes y Derechos Humanos*, México, Porrúa, Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008.
- Rey Martínez, Fernando, “Una relectura del *Dr. Bonham’s case* y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la *Judicial Review*”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de la Larrea, Arturo (coords.), *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, México,

- UNAM-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional-Marcial Pons, 2008, t. I. pp. 847-866.
- Rolla, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2006.
- Rousseau, Jean Jacques, *El Contrato Social o Principios de Derecho Político*, 2ª ed., trad. de Rafael Rutiaga, México, Ed. Tomo, 2005.
- Saavedra Álvarez, Yuria, “El sistema africano de derechos humanos y de los pueblos. Prolegómenos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, vol. VIII, 2008, pp. 671-712.
- , “La Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos: su situación actual”, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, UNAM-IIJ, 2008, t. II, pp. 477-482.
- Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica-IIJ-UNAM, 2006.
- Sepúlveda, César, *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*, México, Fondo de Cultura Económica-UNAM, 1995.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la constitución*, 2ª ed., México, Fontamara, 2002.
- Torres Espinoza, Eduardo, “La comunidad europea del carbón y el acero. Un inacabado experimento institucional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, vol. VIII, 2008, pp. 713-742.
- Zagrebelski, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 10ª ed., Madrid, Trotta, 2011, Colección estructuras y procesos, Serie Derecho.
- , “El juez Constitucional en el siglo XXI”, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 10, julio-diciembre, 2008.