

UNIVERSIDAD PANAMERICANA



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR
EN DERECHO PRESENTA:

MAESTRO JORGE HUMBERTO BENÍTEZ PIMIENTA.

**NUEVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL:
EL CAMINO HACIA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN
MÉXICO.**

DIRECTOR DE TESIS:

DOCTOR EDMUNDO ROMERO MARTÍNEZ.

GUADALAJARA, JALISCO, MÉXICO.

“No existen más que dos reglas para escribir: tener algo que escribir y decirlo”.

Oscar Wilde (1854-1900)

AGRADECIMIENTO Y DEDICATORIA:

A ti Dios mío, por darme la oportunidad de existir así, aquí y ahora, por mi vida que la he vivido junto a ti. Gracias por iluminarme, darme fuerzas y caminar por tu sendero.

A mis padres con especial devoción y con el amor que sólo ellos pueden inspirar, por ser ejemplo de arduo trabajo y tenaz lucha en la vida, porque en gran parte gracias a ustedes, hoy puedo ver alcanzada mi meta, pues siempre fomentaron el deseo de superación y anhelo de triunfo, me impulsaron en los momentos más difíciles de mi carrera, además el orgullo que sienten por mí, fue lo que me hizo ir hasta el final. Va por ustedes, por lo que valen, porque admiro su fortaleza y por lo que han hecho de mí.

A Velis, que has sido mi fiel amiga y compañera, que has compartido conmigo los mismos sueños e ideales, que con tu comprensión, cariño y generosa paciencia me has estimulado a realizar esta investigación, con el mismo amor de siempre, pero con mas admiración.

A mis hijas Karina, Clarisa y Karla, que dan sentido a mi vida y que siempre están y estarán en mi corazón con su amor.

A mi familia, sobre todo a mis hermanos que con su apoyo moral y cariño me incentivan a seguir adelante.

A todos mis amigos, en especial a Daniel Carrasco Daza[†], Constancio Carrasco Daza, Arturo Zamora Jiménez y Julio Esponda, el incondicional abrazo que me motiva y recuerda que detrás de cada detalle existe el suficiente alivio para empezar nuevas búsquedas.

A los forjadores de mi trayectoria profesional Magistrado José Manuel Patiño Vallejo[†], Magistrada Alfonsina Bertha Navarro Hidalgo, Ministra Fausta Moreno Flores y Ministro Juan Silva Meza, que con su orientación jurídica y sabios consejos representaron una útil herramienta para aplicarlos en la presente investigación.

Deseo expresar mi más sincero agradecimiento al Doctor José de Jesús Becerra Ramírez y al Doctor Felipe de Jesús Álvarez Cibrián, además de transmitirme su vocación investigadora, me orientaron, colaboraron y estimularon constantemente y directamente en la elaboración de la tesis durante estos años, también por su eficiente labor y apoyo, agradezco a Irma Salas Benítez y mi secretaria Marcela Cristina Monroy Flores.

Al Director de tesis Doctor Edmundo Romero Martínez, por compartir sus conocimientos y por la guía en el desarrollo de la presente tesis doctoral.

A los integrantes del jurado Doctor José Soberanes, Doctora Dora María Sierra Madero, Doctor Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Doctora María del Carmen Platas Pacheco, Doctor Miguel Ángel Lugo Galicia y Doctor Juan Manuel Acuña, por los comentarios y observaciones finales que sirvieron para reflexionar sobre puntos importantes de este trabajo para replantear y enriquecer algunas posturas del mismo.

Para aquellos que incansablemente tienen como misión principal combatir por la libertad y que han hecho de la defensa de los Derechos Humanos una noble profesión.

A todos ustedes, mi mayor reconocimiento y gratitud.

MGDO. Jorge Humberto Benítez Pimienta

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	17
CAPÍTULO I. EL CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	
<i>1.1. Aproximación al nuevo constitucionalismo</i>	27
<i>1.2. El Estado cooperativo</i>	53
<i>1.3. Redefinición de la soberanía nacional</i>	69
<i>1.4. Constitucionalismo supranacional</i>	90
<i>1.5. Vigencia del Estado nacional</i>	114
<i>1.6. El Estado constitucional y su apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos</i>	133

CAPÍTULO II. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

<i>2.1. Qué es la supremacía constitucional</i>	155
<i>2.1.1. Jerarquía normativa</i>	170
<i>2.1.2. Diversas formas de jerarquía</i>	180
<i>2.1.3. Formas de control de supremacía en relación con los tratados internacionales</i>	200
<i>2.2. Bloque de constitucionalidad</i>	212
<i>2.2.1. Acercamiento al término</i>	212
<i>2.2.2. Origen</i>	215
<i>2.2.2.1. Estados Unidos</i>	215
<i>2.2.2.2. Francia</i>	219
<i>2.2.3. La apertura al bloque de constitucionalidad</i>	224
<i>2.2.4. Contenido del término</i>	227

2.2.5. <i>El bloque de constitucionalidad en Latinoamérica</i>	233
2.2.5.1. <i>Colombia</i>	233
2.2.5.2. <i>Venezuela</i>	240
2.2.5.3. <i>Argentina</i>	243
2.2.5.4. <i>México</i>	245
2.3. <i>Nuevos paradigmas</i>	247
2.3.1. <i>Cláusula de interpretación conforme</i>	249
2.3.2. <i>Principio pro persona</i>	264
 CAPÍTULO III. LA CONVENCIONALIDAD	
3.1. <i>Origen del término</i>	275
3.2. <i>Principio de subsidiariedad</i>	295
3.3. <i>Aplicación del término en el sistema</i>	329

<i>3.3.1. Sistema europeo</i>	330
<i>3.3.2. Sistema Interamericano</i>	337
<i>3.3.3. Sistema Africano</i>	349
<i>3.3.4. Sistema Árabe</i>	351

CAPÍTULO IV. LA CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO

<i>4.1. Acercamiento a la convencionalidad en México</i>	365
<i>4.2. Desarrollo del control convencional</i>	372
<i>4.3. El papel del juzgador ante el control de convencionalidad</i>	392
<i>4.3.1. Cuestiones preliminares</i>	392
<i>4.3.2. El juez nacional en su papel de garante del derecho internacional</i>	399
<i>4.3.3. Los nuevos dilemas del juez nacional</i>	402
<i>4.3.4. Los dilemas para otros poderes</i>	410

<i>4.3.5. El juez ante la práctica cotidiana</i>	415
<i>4.4. Debate actual en la Suprema Corte de Justicia de la Nación</i>	435
CONCLUSIONES	454
<i>Bibliografía</i>	464
<i>Enlaces</i>	491

INTRODUCCIÓN

Somos testigos de un debate muy intenso en algunas regiones del mundo, derivado de una nueva realidad en el plano del derecho internacional tradicional, que a su vez incide en el derecho constitucional. Esto debido, entre otras cosas, a que los derechos humanos, emanados de fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, influyen cada vez más en el contexto de los Estados nación. Ello ha generado un marco muy diferente en las relaciones de cada Estado con los demás, al mismo tiempo que se suscita la obligación de adaptar sus constituciones a los contenidos de los instrumentos internacionales en materia de derechos de las personas.

Esta nueva realidad trae consigo la imperiosa necesidad de analizar cuál es la ruta más viable para que los operadores jurídicos nacionales observen y asuman las demandas del derecho internacional de los derechos humanos, ya que uno de los obstáculos para la garantía efectiva de los derechos exigida desde el ámbito internacional es la existencia de ciertas discrepancias constitucionales selladas por vínculos de soberanía

estatal, que ponen candados a las fuentes que derivan del ámbito supranacional, lo cual se plantea como una hipótesis fundamental en el presente trabajo de investigación; es decir, el cómo superar la idea del viejo constitucionalismo caracterizado por el cierre de las fronteras nacionales a la diversidad de fuentes normativas y jurisdiccionales presentes en el derecho internacional de los derechos humanos.

Asimismo, la atención científica al problema mencionado ha sido escasa y con una gran disparidad. En latitudes como Europa o Latinoamérica no es nada nuevo. Puede decirse que en cierta medida algunos aspectos han sido superados, pero en otras regiones del mundo apenas comienzan a surgir voces académicas con producciones modestas, como en nuestro país.

La situación expresa es el motor que impulsa el presente proyecto de investigación, con el que no se pretende colmar el vacío mencionado, sino intentar un primer acercamiento al análisis del proceso de incorporación de los derechos humanos del ámbito

internacional al campo constitucional de cada nación, lo que obliga a replantear el constitucionalismo y responder a la demanda tan apremiante de que los derechos humanos plasmados en múltiples documentos se instauren en una realidad completa y no se queden en meros enunciados desprovistos de efectividad.

Por último, algo muy importante: aunque la investigación se canaliza a diversos aspectos del nuevo paradigma constitucional en relación con el derecho internacional de los derechos humanos, la tesis se enfocará principalmente en cómo ha sido el proceso para incorporar en nuestro país el control de convencionalidad.

Forma de abordarlo

En este proyecto se observará que no solamente se recurre al ámbito del derecho constitucional, sino que también se acude al auxilio de la filosofía del derecho y al derecho internacional, pues parte de un planteamiento general del ámbito constitucional que se desprende del propio título del trabajo. Sin embargo, mediante un

ejercicio de deducción van apareciendo de forma particular los diversos problemas; es decir, mediante el método deductivo se identifica cuál es el camino para desarrollar la presente investigación, lo que queda más que evidente en la estructura final.

Adicionalmente, se acude a la comparación jurídica como un camino de ayuda no sólo para entender los sistemas jurídicos ajenos, sino para conocer el propio, mediante el análisis del significado valorativo de los diversos modelos institucionales operados en relación con el tema que nos ocupa y sin la intención de desconocer la diversidad de culturas. Más bien, ello es con el fin de abonar a comprender la construcción de un nuevo constitucionalismo de índole supranacional.

En lo relativo a las fuentes del presente trabajo de investigación, se recurrió al auxilio de las que a continuación se mencionan:

a) Las bibliográficas: éstas han sido de gran ayuda para darle forma y desarrollo a la investigación,

pues los debates doctrinales contenidos en ellas sirvieron de fundamento para su realización. Emanaron principalmente del trabajo de destacados juristas de diversas latitudes, de quienes se citan varios estudios y análisis del objeto de investigación que nos ocupa en trabajos con carácter general y específico.

Aunque será a lo largo del desarrollo del presente trabajo de investigación, cuando se aclare la verdadera contribución de las obras consultadas que en este momento no nos corresponde valorar.

b) Normativas: se acudió al análisis de diversos cuerpos normativos destinados a la protección de los derechos humanos, especialmente los que contienen obligaciones para los Estados nacionales en dicha materia, al igual que el manejo de las normas constitucionales internas que contienen cláusulas específicas de remisión al derecho internacional de los derechos humanos.

c) Jurisprudenciales: estas fuentes son un elemento fundamental, por ser un claro indicador del grado de compromiso de los entes internacionales y nacionales con los derechos humanos, así como del nivel de articulación entre ambos planos en la materia de referencia. Por ello se analizó de forma específica el manejo que se le ha dado al control convencional.

d) Otras fuentes: de no menor importancia significaron las aportaciones de diversas fuentes, entre las que destacan las consultas de páginas electrónicas de organizaciones supranacionales, algunas creadas por los propios Estados nacionales u otras de carácter no gubernamental de las que emanaron relevantes informes y resolutivos de gran contenido sobre múltiples indicadores en materia de los derechos fundamentales, que indudablemente contribuirán al resultado final del presente ejercicio de investigación.

Estructura

En relación con el desarrollo propio de la investigación, se intentó agrupar en los diferentes capítulos los aspectos considerados más relevantes que nos llevarán a cumplir los objetivos. Derivados de las preocupaciones generadas por el nuevo paradigma constitucional, en el cual el derecho internacional de los derechos humanos y el nacional se convierten en uno solo y que obliga a los diversos operadores jurídicos a realizar ejercicios de control convencional para la tutela de los derechos humanos.

En consecuencia, se ha destinado el capítulo I al análisis del constitucionalismo ante el fenómeno de la internacionalización de los derechos humanos. Éste se enfoca en el estudio de los cambios del constitucionalismo donde ha ganado una dimensión sorprendente el marco internacional de los derechos, debido al reconocimiento y la pretensión de garantizarlos, no sólo por parte de las constituciones, sino también en múltiples instrumentos de carácter regional y universal. Las declaraciones,

convenciones y demás instrumentos no sólo portan derechos que superan el marco moderno del constitucionalismo de los Estados, sino que obligan a éstos a modificar sus normas internas en nombre de una humanidad activa, integrada y solidaria.

En el capítulo II, a su vez, se aborda el debate que ha imperado sobre la supremacía constitucional en nuestro país, así como la configuración reciente debido a la nueva reforma constitucional en materia de derechos humanos, en la cual se han incorporado construcciones jurídicas mucho más actuales en las que resalta la incorporación de la interpretación conforme y el principio *pro persona*, que le han dado un giro sustancial a dicho término.

Asimismo, los capítulos III y IV involucran los aspectos relativos al origen del término de convencionalidad, como se ha proyectado, la forma en que se presenta el control de convencionalidad, en principio en otras latitudes además la manera como se ha manejado en el sistema interamericano de protección de

los derechos humanos, la forma de ejercer el control difuso de convencionalidad por los jueces nacionales, así como la estructura de las sentencias al desarrollarlo, y su consiguiente inclusión en el ordenamiento jurídico mexicano.

Por último, se analiza el debate actual entre los operadores jurídicos nacionales, que deriva precisamente de las nuevas construcciones constitucionales que ocurren en nuestro país, fruto del emergente paradigma legal que demanda una adecuación del marco jurídico del Estado, pero sobre todo, el cambio de comportamiento de todos sus órganos, pues, como se observará, no son pocos los compromisos que el país ha asumido y que forman parte de corpus jurídico nacional. Así que se intentó en el documento que aquí se presenta realizar un acercamiento a los dilemas que enfrentan los entes nacionales ante este nuevo orden internacional de diversidad de fuentes normativas y jurisdiccionales.

CAPÍTULO I.

EL CONSTITUCIONALISMO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

1.1 Aproximación al nuevo constitucionalismo

En las actuales relaciones internacionales, se presentan diversas preocupaciones que son motivos de reflexión en el campo del constitucionalismo, debido a la presencia de múltiples fenómenos circundantes en la sociedad mundial que, si bien han implicado efectos de gran trascendencia en los distintos ámbitos, no menos ha sido en el campo del derecho y de gran calado en el ámbito del derecho constitucional e internacional, cuyos efectos en las diversas variantes de interacción del Estado y la sociedad en el ámbito internacional apuntan a nuevas formas de actuación que permiten a hablar de un nuevo constitucionalismo.

En efecto, se debe a los diversos procesos propios de la evolución de las sociedades que el constitucionalismo también sea sujeto de una transformación constante y se deriva a nuevos horizontes acordes con los cambios que se han venido dando en torno a dos vertientes específicas: la aspiración de la universalidad de los derechos y libertades fundamentales

sobre los cuales se sientan principios y valores universales, y el proceso de globalización iniciado con la apertura del libre mercado económico, que ha implicado un proceso de mundialización cuyos efectos se han manifestado en la sociedad, el Estado, el poder y sus consecuentes efectos en la Constitución misma y por consecuencia en el constitucionalismo que lo abordan hacia una nueva mirada.

Deben recordarse, los antecedentes históricos en los que se basa la construcción del constitucionalismo, procedente de una sociedad sumergida en el absolutismo y la concentración del poder, de donde surge la doctrina liberal y revolucionaria de los siglos XVII y XVIII que dieron cabida a nuevos principios forjadores del constitucionalismo, consistentes en la limitación del poder y el reconocimiento de derechos, instituyendo el poder soberano en el pueblo, cuyos principios fueron formadores de una nueva organización política en que se fincaron las sociedades modernas. Vega García, al referirse a McIlwain señala que los verdaderos orígenes del constitucionalismo surgen en la sociedad medieval

cuya forma de conducción social incubó las libertades modernas, por lo que, este autor considera el principio liberal y el democrático como integradores históricos de la ideología del constitucionalismo.¹

La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 fue referencia importante para la organización de las sociedades modernas, siguiendo el precepto del artículo 16, en la que señalaba como base fundamental para la garantía de los derechos y la limitación del poder, la existencia de una Constitución que así los instituyera y asegurara, encontrándose en ello los elementos para la configuración del constitucionalismo.

De ahí que, como señala Tejadura Tejeda, de este momento histórico ceñido por el absolutismo y en consecuencia las grandes revoluciones libero-burguesas,

¹ Se afirma que el entorno constitucional tiene como centro el límite del poder a través del derecho y la garantía de los derechos fundamentales, lo que caracterizan a un Estado constitucional, en donde el mundo medieval se concibe como génesis de la libertad. VEGA GARCÍA, Pedro de, "Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y Globalización*, México, Porrúa, 2003, p. 177.

se incubaba la teoría liberal y el pensamiento político democrático contenidos en Montesquieu y Rousseau, respectivamente, de donde surgen los tres principios básicos del constitucionalismo: *“el principio democrático basado en que el titular del poder constituyente es el pueblo, el principio liberal basado en la defensa y garantía de los derechos y la separación de poderes y finalmente, el principio de la supremacía constitucional”*,² como forma de asegurar dicho orden político establecido.

Estos elementos se consolidan con la formación de las nuevas sociedades surgidas en el proceso de independencia y la descolonización que dieron lugar a los Estados nacionales, y Estados Unidos es ejemplo de una sociedad constituida sobre la base de una estricta división del poder público. Así los principios que hacen posible el funcionamiento permanente, son la soberanía nacional residente en el pueblo, y en torno a ella, el poder

² TEJADURA TEJEDA, Javier, “¿El ocaso de Westfalia? Reflexiones en torno a la crisis del constitucionalismo en el contexto de la mundialización”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 123, Enero-Marzo 2004, pp. 315-349, recuperado de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=904752&orden=0&info...%E2%80%8E>

constituyente que define la forma de organización y como consecuencia, la reafirmación del principio de la supremacía de la Constitución,³ que se convierten en principios clásicos conforme a los cuales se configura la teoría constitucional y parte del constitucionalismo moderno. Entre ambos existe un punto distintivo: mientras que la primera comprende el estudio de la fenomenología de la Constitución en cuanto a sus principios que la rigen en un aspecto técnico, el constitucionalismo, atiende al aspecto dinámico de la sociedad; es decir, atiende al análisis de los fenómenos circundantes en torno a los principios constitucionales.⁴ Aquí tiene cabida el análisis del impacto de los cambios sociales que inciden en los principios clásicos de la teoría constitucional frente a la realización de los principios rectores del constitucionalismo, referentes a la democracia y la garantía de los derechos fundamentales en la dinámica

³ JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, España, Marcial Pons, 2005, p. 48.

⁴ Para Carbajal, la Constitución como documento fundamental está definida por la organización del poder estatal y los derechos fundamentales de los individuos, en cambio el constitucionalismo lo constituye el análisis de los fenómenos circundantes entorno a los principios constitucionales. CARBAJAL, Juan A., *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 2006, p. 1.

social. De acuerdo con Fioravanti, el constitucionalismo que nace a partir de las doctrinas libertarias del siglo XVII debe ir recuperando su horizonte en la Constitución de los modernos; es decir, el aspecto de límite y la garantía de los derechos y libertades fundamentales de las personas y la democracia, los cuales hacen que el constitucionalismo sea un sistema inacabado en búsqueda de recursos que hagan posible sus principios.⁵

Por su parte, y ante la configuración del Estado soberano, el derecho internacional se encaminó a regular las relaciones entre los Estados nacionales al margen de la soberanía reconocida mediante la Paz de Westfalia, teniendo como regla fundamental, la igualdad soberana de los pueblos en la regulación de los acuerdos políticos. Con ello se configura un derecho inter-estatal, que no tenía efectos mayores en el orden interno de los Estados en aspectos fundamentales del constitucionalismo, únicamente emergía en torno a una política exterior. Diego Valadés, explica que en tanto el derecho constitucional se orientó a la consolidación de las

⁵ FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, España, Trotta, 2001, p. 85.

libertades individuales, el derecho internacional se encaminó a la definición de las identidades nacionales, en donde surgen disciplinas de estudio diferentes.⁶

Sin embargo, estas dos disciplinas en principio con enfoques distintos, van a encontrar puntos coincidentes de interés en regulación, pero no solo eso, sino que además van a implicar una interacción estrecha que da lugar a nuevas relaciones coincidentes con el derecho constitucional, que propician la transformación de concepciones clásicas de ambas disciplinas y demandan la apertura a nuevos mecanismos de acción entre el Estado y el orden internacional. Esto al margen del reconocimiento universal de los derechos humanos y la aparición de nuevos entes de poder ajenos a la globalización.

Estas transformaciones ocurren en un marco emergente de preponderancia del poder, el latente riesgo de guerra por el poder económico y político de las

⁶ VALADÉS, Diego, "Visión panorámica del constitucionalismo en el siglo XX", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 6, núm. 12, Julio-Diciembre 2009, pp. 23-58.

grandes potencias, la inestabilidad económica, política y social y constantes violaciones de derechos humanos, contexto inicial y final de las dos devastadoras guerras mundiales y que en consecuencia, como en aquel contexto en que se forjó el Estado moderno, renace la necesidad de encontrar nuevos caminos que lleven a restaurar y asegurar la paz y la dignidad humana, reconocer y respetar los derechos humanos y las libertades de las personas, fines sólo posibles mediante la cooperación de los Estados, dando lugar con ello a las organizaciones internacionales, cuya base fundamental es la Organización de las Naciones Unidas, constituida en 1945, que tuvo como fin mantener la paz y la seguridad internacional, propiciar relaciones de amistad, promover el progreso social y la mejora del nivel de vida, con base en el reconocimiento y respeto de los derechos humanos.⁷

En este marco, y con la Carta de las Naciones Unidas de 1945, se fijan las bases para dar inicio a un sistema universal al margen del reconocimiento de los

⁷ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Carta de las Naciones Unidas*, San Francisco, 1945, recuperado el 13 de noviembre de 2012 de <http://www.un.org/es/documents/charter/>

derechos humanos, la paz y el progreso social, conforme a lo cual se establecen nuevas reglas en el orden internacional, que se concretan en los derechos y obligaciones de los Estados miembros, así como la creación de los órganos y funcionamiento de las Naciones Unidas. De ahí que, el surgimiento de órganos internacionales tenga como corolario precisamente la creación de un instrumento internacional, llamado Declaración Universal de los Derechos Humanos, ratificado por los Estados soberanos, lo que constituye una fuente de efectos cambiantes que trascienden el orden constitucional de las naciones.

En este nuevo orden converge también la unión de intereses comunes de los Estados europeos en el ámbito económico, con la finalidad de crear mecanismos que propiciaran el desarrollo económico de toda Europa. Ello ha dado lugar a organismos internacionales, cuyo antecedente lo encontramos en la Comunidad Europea del Carbón y el Acero en 1951 con lo que se propicia la unidad regional. La característica diferenciadora que se da paralelamente a este tipo de organizaciones

internacionales es la delegación de facultades propias de la esfera estatal respecto de una materia determinada, cuya transferencia de potestades soberanas correlativas de los Estados dan lugar a la constitución de un órgano externo, el cual funciona dentro de los límites y conforme al tratado constitutivo. Surge así un lento y continuado proceso de integración estatal, mediante la creación de organismos autónomos de derecho internacional que integran paulatinamente un ordenamiento jurídico supranacional que trae a la postre un derecho comunitario.⁸

A este proceso de integración, no puede ser ajeno, el fenómeno de la globalización, que a lado de una sociedad mundial que presenta cambios culturales, avances científicos y tecnológicos, enfrenta un fenómeno de decadencia estatal, ya que dentro de la órbita económica y financiera ha provocado la concentración del

⁸ Valadés, afirma que las relaciones en el entorno internacional crean nuevos órganos de regulación económica, monetaria y técnica, que implica también cambios en el constitucionalismo en cuanto a las relaciones entre Estados y su soberanía, lo cual, sirve como punto de partida para una autoridad regional. VALADÉS, Diego, *op. cit.*, nota 6, p. 29.

poder en entes privados. Este poder económico se sobrepone al poder político estatal, cuya consecuencia es el debilitamiento del poder soberano del Estado y la reducción de su campo de actuación, contra problemas sociales como la pobreza y las consecuencias del estancamiento del desarrollo económico en relación con la garantía de los derechos fundamentales de las personas, panorama ante el cual, la globalización se convierte en eje central y factor determinante en la aparición de nuevos mecanismos y nuevas formas regulatorias en la órbita internacional, y que a ello debe la constante integración entre los Estados europeos y el consecuente entramado de relaciones internacionales al ritmo y requerimiento del proceso globalizador. En este margen se suscitan los paradigmas que enfrentan el derecho constitucional y el internacional, del que se desprende un nuevo constitucionalismo al margen de lo que Ulrich Beck ha denominado meta-juego de la política cosmopolita, en el que las reglas cambian al margen de la política mundial,⁹ en este contexto en el que las fuerzas del mercado global abren las fronteras a un pluralismo

⁹ BECK, Ulrich, "El metajuego de la política cosmopolita", *Claves de Razón Práctica*, núm. 145, 2004, pp. 4-13.

jurídico que demanda una mayor flexibilidad constitucional.

En el contexto internacional, desde una perspectiva formal, con la universalización de principios y valores fundamentales en torno a la dignidad humana, la paz, la justicia, y el progreso social, y con el reconocimiento universal de los derechos fundamentales de las personas en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, y materialmente a fuerza de la globalización, con el forjamiento de nuevas relaciones internacionales que se incluye la diversidad de instrumentos internacionales, estos cambios implican nuevas dimensiones para el derecho constitucional.¹⁰

En efecto, hay un gran avance en el desarrollo de los derechos humanos, reflejado en las declaraciones y tratados emitidos y que no ha sido únicamente en la

¹⁰ LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco J., "Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas Wetsfalianas", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, España, núm. 9, 2005, pp. 177-198, recuperado el 26 de noviembre de 2012 de http://www.uam.es/otros/afduam/pdf/9/177_198%20franci...aporta.indd.pdf

esfera individual, sino que se ha extendido a los derechos sociales y colectivos, ambientales y culturales, con un progresivo interés por parte de la comunidad internacional, cuyos organismos internacionales y regionales trabajan permanentemente en la creación de instrumentos de protección de nuevos derechos demandados por las necesidades actuales. Entre ellos se encuentran los denominados derechos de tercera generación, traducidos en el derecho a la autodeterminación, al desarrollo sustentable, el derecho a la información y los derechos de los pueblos indígenas entre otros. Por otra parte, este interés de la comunidad internacional también se refleja en la creación de organismos operadores que tienen como objetivo la vigilancia del respeto de los derechos humanos. Entre estos se encuentran la figura del ombudsman y las instancias jurisdiccionales en el ámbito internacional y regional que intervienen para que los Estados cumplan con sus compromisos contraídos y que cada vez cobra mayores espacios de acción e injerencia en los Estados nacionales a partir de la constitución de un derecho internacional de los derechos humanos aplicables moral,

política y jurídicamente para todos los Estados del mundo.¹¹

Por otra parte, otro de los factores que han influido de manera contundente en los Estados nacionales en torno al orden internacional ha sido el proceso globalizador que los pone en crisis, tanto por su debilitamiento frente a poderes fácticos y externos del mercado global, como por su consecuente actuación al margen de las nuevas relaciones internacionales en que el Estado participa abiertamente. Esto propicia que el Estado busque nuevos medios de actuación para recuperar su fuerza frente a la concentración de poder en entes privados en consecuencia, aparecen nuevos elementos en el entorno internacional que trascienden en la esfera estatal.

Lo anterior ha implicado nuevos ejes de regulación normativa fuera del Estado y de fuerza en el orden interno estatal, a lo que Julios-Campuzano ha

¹¹ CARRILLO SALCEDO, Juan A., “Derechos humanos y Derecho internacional”, *Isegoría: Globalización y Derechos Humanos*, Madrid, núm. 22, 2000, pp. 69-81, recuperado el 03 de diciembre de 2012 de <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/522/522>

denominado la descentralización normativa del derecho estatal ¹² y que por lo tanto inciden en ajustes y adecuación de conceptos, en cuya dirección los constitucionalistas han suscitado un constante e intenso debate en busca de caminos con mayores aciertos con los que, el Estado constitucional pueda responder a los cambios en vista de un progreso social al margen de la democracia, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas, pilar fundamental del constitucionalismo que constituye un sistema inacabado.

Por ello, las nuevas relaciones, organismos y sistemas jurídicos comunes, han incidido en la transformación de los principios en que se construyen, el Estado nacional y el constitucionalismo; la gobernabilidad sistemática y el afianzamiento de los derechos humanos han llevado a hablar de la necesidad de un pluralismo

¹² Se hace referencia como eje central de los cambios auspiciados en los distintos ámbitos de la sociedad civil, la globalización y la crisis del Estado, que aborda a una redefinición de conceptos clásicos que conforman el Estado nacional y el constitucionalismo que desemboca en la idea del cosmopolitismo. JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de, "Globalización y constitucionalismo: una lectura en clave cosmopolita", *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, núm. 36, 2002, ejemplar dedicado a: El derecho de una democracia cosmopolita, pp. 151-171.

jurídico, encontrándose en contrapartida la globalización y el constitucionalismo. De manera que parte del debate, se centra en el papel del Estado en el desarrollo internacional, en cuanto a los derechos humanos, la democracia y en el hecho de que los nuevos agentes internacionales, traen como consecuencia que el Estado tenga que redefinir su concepto de soberanía y ciudadanía en la medida en que el hombre es parte de la sociedad global, lo que exige ajustes en los principios clásicos del constitucionalismo.¹³

Los elementos forjadores del constitucionalismo que se concentran en los principios de los derechos y libertades fundamentales y la democracia, frente a las condiciones sociales, políticas y económicas actuales de una sociedad mundial, lo que propicia a un pluralismo jurídico que debe proveer mecanismos conjuntos para la solución de problemas de la magnitud en que se presentan. En consecuencia, se discute la posibilidad de adecuar las constituciones estatales, pues de acuerdo con

¹³ El pluralismo jurídico, el papel del Estado en el desarrollo internacional, la democracia y la soberanía, son los puntos de análisis que aborda Julios-Campuzano como consecuencia de la globalización y sus efectos en el constitucionalismo. *Idem*.

Pablo Nuevo, la Constitución asegura las libertades fundamentales del ser humano, por lo que, debe incorporar los valores y principios reconocidos universalmente por el derecho internacional; en torno a la dignidad humana, los valores de la paz y la justicia universal, de ahí que la esencia de la Constitución es precisamente eso: constituir la vida social y política. Por lo tanto, es un proceso indefinido abierto a favor de la consecución y el logro de la paz y la democracia que circundan los derechos y libertades fundamentales¹⁴. En este contexto, la respuesta del constitucionalismo se ha enfocado en un ámbito jurídico universal, también denominado cosmopolita.

Esta concepción se encuentra en el proyecto kantiano, que Habermas expone con precisión, donde las grandes transformaciones sociales han influido en la renovación cosmopolita que implica un paso más allá de un derecho internacional referido exclusivamente a los

¹⁴ NUEVO, Pablo, "Pluralismo y bien común en el derecho constitucional", *Dikaion: Revista de Actualidad Jurídica*, Colombia, núm. 13, 2004, pp. 43-81, recuperado el 12 de noviembre de 2012 de <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1305/1446>

Estados. En este caso, los avances internacionales en el ámbito de los derechos humanos, consistentes en declaraciones, convenciones, organizaciones y procedimientos internacionales, paulatinamente conducen a un derecho universal que al interferir en el orden constitucional, para Habermas se ha progresado en el camino que señaló Kant, hacia un derecho cosmopolita.¹⁵

Por otra parte, la situación cosmopolita se acentúa al margen de la convergencia de que la globalización sea capaz de propiciar en las sociedades a raíz de las transformaciones económicas, científicas, políticas, en donde se había advertido la consolidación de relaciones supranacionales, con la progresiva pérdida de autonomía por parte de los Estados a medida que estos se involucran en las redes horizontales de comunicación e intercambio. Esto ha dado lugar al tránsito de los Estados nacionales a una postura postnacional de una sociedad global.¹⁶

¹⁵ HABERMAS, Jürgen, *El occidente escindido: Pequeños escritos políticos X*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 113.

¹⁶ *Ibidem*, p. 114.

La base central del proyecto kantiano inspirado en el pensamiento Hobbesiano, consiste en que los Estados salgan de la situación de anarquía asentada en la soberanía y la no intervención, entendiéndose como el estado de naturaleza. En este sentido, los Estados deberán sacrificar parte de su soberanía para formar una comunidad cosmopolita sometida a una autoridad superior. Sin embargo, este proyecto cosmopolita no únicamente toma en cuenta a los Estados como entes, sino también entran en esta sociedad cosmopolita los individuos, en tanto que no son sujetos de derechos únicamente por el reconocimiento de ciudadanos de sus respectivos Estados, sino como miembros de una comunidad cosmopolita, puesto que en efecto, la situación cosmopolita se forja sobre la universalidad de los derechos humanos. Es decir, traslada del ámbito nacional al internacional la positivación de los derechos fundamentales, y es ahí donde se encuentra el núcleo innovador de este proyecto que incide en la transformación del derecho internacional, pues en tanto que *“derecho de los Estados, en un derecho cosmopolita en tanto que derecho de los individuos...”* en sus

derechos humanos reconocidos internacionalmente, ya que la unión de los Estados soberanos en un gran cuerpo estatal implica la autorización de los ciudadanos como ciudadanos cosmopolitas.¹⁷

A pesar de lo anterior la discusión sigue en pie; Pedro de Vega García, al referir sobre el constitucionalismo y la globalización, señala que el proyecto de paz perpetua de Kant aún no se ve claro, puesto que a pesar del acelerado proceso de organizaciones e instituciones internacionales, *“continúa siendo el Estado punto de referencia y el marco obligado donde se definen y expresan democráticamente los principios ordenadores de la convivencia”*.¹⁸ Por ello debe debatirse la necesidad y admisión de la flexibilización de los principios ordenadores del Estado ante las exigencias actuales, puesto que el riesgo latente del debilitamiento del Estado así como de los derechos humanos frente a las consecuencias de la globalización, se admite como única respuesta coherente a esta situación, la de apelar a

¹⁷ *Ibidem*, pp. 122-127.

¹⁸ VEGA GARCÍA, Pedro de, *op. cit.*, nota 1, p. 166.

la utopía kantiana entorno a un derecho cosmopolita tendente a una universalización del derecho.¹⁹

La procedencia de la idea de una organización universal o cosmopolita y su posibilidad práctica, la sustenta Pedro de Vega García mediante la reflexión y desmembramiento de los principios formadores del Estado. En primer término se admite que mientras la sociedad es un producto natural, el Estado es un producto de los hombres,²⁰ creado para ciertos fines y bajo principios determinados en un pacto social conforme a un contexto determinado. Sin embargo, el Estado como

¹⁹ Para Vega García, ante la globalización económica y social que es irreversible, la única respuesta coherente en el plano político, jurídico y moral a esa situación de hecho no puede ser otra que la de apelar, reviviendo la utopía kantiana a un derecho cosmopolita. *Ibídem*, p. 170. Habermas señala que la inquietud de Kant es la alternativa entre el dominio mundial de un único gobierno monopolizador de la violencia y el sistema existente de varios Estados soberanos para crear la sociedad de naciones-república mundial y un derecho universal. HABERMAS, Jürgen, *op. cit.*, nota 15, pp. 121-126.

²⁰De acuerdo con este, el contrato social mediante el cual surge el Estado es un mero artificio para justificar la organización social, puesto que es ilógico que los hombres hayan renunciado a sus condiciones sociales y económicas que siempre han existido para actuar como si no existirán; por lo tanto, dichas reglas establecidas en el contrato social pueden flexibilizarse para dar cabida a una renovación en sus fórmulas de operación en bien de la sociedad actual. VEGA GARCÍA, Pedro de, *op. cit.*, nota 1, p. 175.

institución al servicio de la sociedad debe responder a los requerimientos de la constante transformación social, por lo que en los tiempos actuales es necesario acudir a un hecho más realista que no se puede negar que, según apunta Habermas, lo constituyen dos aspectos: por una parte, la mundialización económica y sus consecuencias sociales, por otra, la racionalidad instrumental entendida como la creación de las leyes por el hombre, en la cual quedan sometidos el mundo de la sociedad y la economía, así como la política y el Estado.²¹

En este contexto, se afirma que el Estado moderno no puede permanecer intacto en sus principios clásicos, sino que debe estar abierto a un perfeccionamiento de reglas sin perder de vista la esencia del sistema constitucional, en el que se buscó la articulación de un sistema en concordancia con los principios liberales y democráticos sobre los que se montaría el Estado constitucional. Por lo tanto, no debe centrarse en una postura estrecha y dar paso a un nuevo constitucionalismo, en opinión de Pedro de Vega García,

²¹ *Idem.*

es la flexibilización del concepto de soberanía estatal, de la cual depende la apertura a nuevos cambios en el ejercicio de ésta; apertura que también es posible mediante la comprensión directa entre la diferencia de pacto constitucional, los derechos humanos y el acto constitucional que constituyeron el Estado constitucional, puesto que, los primeros dos, constituyen las bases de un nuevo modelo democrático social, mientras que el acto constitucional constituye el acto formal en el que se establece la forma de llevarlo a cabo. No obstante esta forma puede cambiar conforme sea requerido y exigible por la sociedad, puesto que las sociedades son mutables y se encuentran propensas a nuevas formas de ensanchamiento, lo que hace posible admitir nuevas formas del ejercicio de soberanía tanto interno como externo, siempre que tienda a prevalecer y resguardar los principios fundamentales, el principio democrático y el respeto a los derechos y libertades fundamentales de las personas.²²

²² *Ibíd*em, pp. 199-204.

Esta comprensión, permite dar cabida a las condiciones para una transformación del Estado nacional, no en el sentido de su estructura como tal, sino más bien en el sentido de su conducción; es decir, a los ajustes pertinentes y necesarios que tengan como objetivo el reforzamiento de la democracia y la efectiva realización de los derechos universales, como refieren Luigi Ferrajoli,²³ hacia el afianzamiento de un Estado democrático y constitucional, en el que se garanticen los derechos no solo de libertad, sino también sociales, ni nada más frente al poder público sino sobre los poderes privados y en la esferas estatal e internacional. Por ende se demanda la apertura del Estado a la adopción de nuevos recursos que permitan tales efectos, incluso, mecanismos que ayuden a recuperar el poder que se polariza entre entes privados al margen del fenómeno globalizador, mediante el ejercicio adecuado de la soberanía,²⁴ cuyos efectos puedan fluir del ámbito

²³ Dando margen a una pos-ciudadanía de cuya flexibilización da margen a una pos-soberanía. FERRAJOLI, Luigi, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 16, 2002, pp. 16-17.

²⁴ Señala Vázquez, al referir a la obra de Kelsen de 1920, que ya desde esa época sugirió Kelsen que el concepto de soberanía debía ser radicalmente removido o bien replanteado, para lo cual se

internacional por medio de organizaciones internacionales comunes con otros Estados, por el cual se propone en este sentido, un constitucionalismo global.²⁵

Los procesos sociales relacionados con los fenómenos que se presentan en el orden internacional, sitúan en otro contexto al Estado la sociedad y la Constitución. Se transforman en los nuevos paradigmas para el derecho constitucional. El contexto globalizador pone de manifiesto el lugar de los Estados en el orden internacional y el papel de este ante²⁶ la urgente necesidad de crear alternativas para la adecuación del

requería una revolución de la conciencia cultural. VEGA GARCÍA, Pedro de, *op. cit.*, nota 1, p. 191.

²⁵ Carbonell señala como líneas de desarrollo en el constitucionalismo procurar la efectiva democratización de los espacios internacionales reconociendo las organizaciones no gubernamentales; buscar la universalización de la libertad de tránsito; la creación de un Código Penal internacional al margen de lo que representa el Tribunal Penal Internacional; buscar el desarrollo de los derechos a través de la presión ante el dinamismo de las empresas internacionales; construir la parte orgánica del constitucionalismo reduciendo a nivel regional las uniones de Estado; e instrumentar una democracia cosmopolita reconociendo la representación política internacional a los individuos y no solo a los Estados. CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo, *op. cit.*, nota 1, pp. 19-33, 191-192.

²⁶ JÁUREGUI, Gurutz, "Del Estado nacional a la democracia cosmopolita: política y derecho en la era global", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 36, 2002, ejemplar dedicado a: El derecho de una democracia cosmopolita, pp. 127-150.

sistema jurídico de los Estados. Incluso Peter Häberle, generaliza con base en el derecho al señalar la adecuación de un sistema jurídico no solo del constitucionalismo, sino en general del derecho basado en un orden fundamental de libertad y democracia, en consonancia con la dignidad humana.²⁷ Bajo esta perspectiva, obliga a revisar una y otra vez los conceptos sobre el Estado, la soberanía y los principios constitucionales clásicos, para dar lugar a una flexibilización del orden jurídico en el nivel constitucional mediante una concepción acertada de la soberanía. El éxito en la aplicación de estos elementos nos llevaría a la construcción de lo que algunos llaman una identidad constitucional mundial, basada en la democracia cosmopolita y los derechos humanos universales, que a la postre constituyen elementos para un nuevo constitucionalismo.

²⁷ HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, Serie Doctrina Jurídica, núm. 47, p. 75.

1.2 *El Estado cooperativo*

El proceso de transformación mundial y la vigencia de los derechos humanos y las libertades fundamentales nos conducen a analizar el papel del Estado ante las transformaciones sociales que demandan nuevas vías de conducción.

Buena parte se concentra en el análisis del curso y funcionamiento del Estado frente a la denominada globalización, con frecuencia identificada con la gran expansión de capitales que se mueven en todo el mundo, y que según manifiesta Gerardo Pisarello, pretende dar cuenta de la configuración económica, cultural o jurídica de las sociedades de fin de siglo. Sin embargo, este autor prefiere llamar a este fenómeno “*mundialización*” ya que la globalización, en su concepto, se relaciona con el libre mercado, con la intención de crear una sociedad integrada con un entramado de mercados ágiles y eficientes que contribuya al desarrollo económico mundial. Señala que por tanto la globalización no es tan real, ya que sus efectos han sido contrarios, no solo en lo

económico, sino en lo social, cultural y jurídico, fenómeno de mundialización al que también se le ha denominado globalización, utilizándola como una ideología que pretende dar una explicación y orientación del proceso de mundialización que está teniendo lugar, en la que forma también parte fundamental el desarrollo intenso y constante de la universalización de los derechos humanos y libertades fundamentales, aunado a las nuevas estructuras internacionales que provienen de las relaciones entre los Estados nacionales.²⁸

Sin embargo, no puede soslayarse, que este proceso de mundialización ha puesto en entredicho la solidez del Estado nacional. Al margen del capitalismo producido por el libre mercado; coinciden diversos autores ²⁹ en que el crecimiento masivo de flujos

²⁸ PISARELLO PRADOS, Gerardo, "Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico", *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, España, Trotta, 2007, pp. 159-184.

²⁹ Miguel Carbonell, manifiesta la pérdida del poder hacia arriba y hacia abajo, hacia arriba la transferencia de competencias a instancias supranacionales, subordinación de facto a empresas transnacionales y embates a los especuladores financieros mundiales; hacia abajo, el riesgo de secesión y la falta de normatividad adecuada. GARIBALDI, José A., "El dilema de fausto: economía, política y cambio institucional

financieros que se ha concentrado en entes privados, ha roto el nexo entre el espacio político del Estado nacional y el espacio económico que ahora tiene el mercado global. Esto ha propiciado la pérdida de su soberanía en la determinación de sus políticas económicas,³⁰ que ahora depende de políticas ligadas a los intereses de poderes privados, que imponen las reglas del juego y a su vez, un marco regulatorio producido por legisladores fácticos; es decir, por los poderes políticos y económicos que desdeñan el orden jurídico interno e internacional en perjuicio del principio democrático y de respeto a los derechos humanos, y acaban adaptando la ley para ponerla al servicio de los grandes intereses económicos.³¹

en un contexto globalizado”, *Estado Constitucional y Globalización*, *op. cit.*, nota 1, pp. 95-119.

³⁰ También señalándose que el resultado de esta concentración del poder ha conllevado a lo bien sabido, la privatización del sector público, de la economía, pérdida de control de la política monetaria, crisis del sistema fiscal, problemas sucedidos al Estado. TEJARUDA TEJEDA, Javier, *op. cit.*, nota 2, p. 324.

³¹ En la perspectiva de Pisarello, la globalización económica, ha cardado de opacidad el funcionamiento de las sociedades actuales, de tal suerte que los gobiernos democráticos han restringido buena parte de sus autoridad a unas elites que operan casi de manera invisible; en ejemplo el Banco Central Europeo, las Agencias de Calificación de Deuda, los grupos G-7, G-8. PISARELLO PRADOS, Gerardo, *op. cit.*, nota 28, p. 246.

Estas condiciones provocan el paulatino debilitamiento del Estado nacional al ver reducidos sus espacios de actuación y competencia ante poderosas élites de intereses económicos que poseen, entre otros, las empresas transnacionales, uniones monetarias y políticas que ponen al Estado en un proceso de problemas que ya no puede dominar y resolver.³² De acuerdo con Pedro de Vega, estamos asistiendo a un ensanchamiento de espacios económicos y a la reducción de espacios políticos del Estado sujetándolo a las reglas prevalecientes de los poderes fácticos.³³ En consecuencia se observa que aun cuando en el plano formal se ha tenido una progresiva apertura del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones nacionales, ello no ha sido suficiente, pues en el plano real se sobreponen intereses de poderes privados y públicos transnacionales, con lo cual el Estado queda

³² Prólogo de la obra Estado Constitucional y Globalización, CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo, *op. cit.*, nota 1, p. XI.

³³ De Vega, habla de que estamos siendo testigos de un sometimiento de la política a las exigencias y dictados de la tecnócrata e instrumental, ensanchándose y universalizándose los espacios económicos al mismo tiempo en que se aniquilan escandalosamente los espacios políticos. VEGA GARCÍA, Pedro de, *op. cit.*, nota 1, p. 167.

subordinado a ceder ante el poder económico induciendo la pérdida de autonomía política y jurídica, incluso de sus estructuras sociales, según datos que se reflejan en los programas de desarrollo de las Naciones Unidas.³⁴ Esto conduce a la afectación de derechos básicos ante la imposición de normas que implican una restricción y menoscabo de derechos fundamentales.

Este fenómeno de expansión de potencias, la afectación de los derechos humanos y la difamación del Estado no es nuevo, ya que históricamente este expansionismo ha estado presente en sus diferentes contextos, como es el caso de las organizaciones creadas al término de las dos guerras mundiales, como forma de rehabilitar la decadencia política, social y económica del Estado en un ámbito donde la fuerzas estatales no bastan

³⁴ Pisarello, señala ante la actividad febril de los mercados financieros, zonas enteras asisten a la pérdida de autonomía política y jurídica así como el desgaste de sus estructuras sociales y productivas, según datos del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo; el Acuerdo Multilateral de Inversiones, es uno de los instrumentos internacionales de fortalecimiento a las elites económicamente fuertes, cuyas disposiciones son dirigidas a eliminar la capacidad de los gobiernos para regular la entrada y salida de capitales. PISARELLO PRADOS, Gerardo, *op. cit.*, nota 28, pp. 245-256.

para enfrentar los problemas internos y externos, lo que fue posible gracias a la cooperación de los Estados, cuyos ejemplos con mayor rigor se han dado en el espacio europeo.

En efecto, la cooperación entre los Estados surge en principio con el afán de unificar fuerzas estatales bajo un objetivo principal, terminar la guerra, asegurar la paz y el desarrollo social, cuyo antecedente lo encontramos en la Sociedad de Naciones, creada en 1919, pacto que fue posible mediante la cooperación entre las naciones. Se trata de una sociedad común de países entre cuyos objetivos, propiciar el desarrollo de la cooperación entre las naciones y garantizar la paz y la seguridad internacional.³⁵ Al término de la segunda guerra mundial, esta sociedad fue disuelta tras la firma de la Carta de las Naciones Unidas en 1945, que también tuvo presente en su preámbulo la cooperación de los Estados. Este documento dio lugar a la Organización de las Naciones Unidas como medio para alcanzar y asegurar la paz

³⁵ *Pacto de la Sociedad de Naciones*, 1920, recuperado el 26 de noviembre de 2012 de http://ocw.uc3m.es/periodismo/periodismo-internacional-ii/lecturas/leccion-/Pacto_de_la_Sociedad_de_Naciones.pdf

internacional, así como el reconocimiento universal y respeto de los derechos y libertades fundamentales del hombre, como la base para el desarrollo social y el progreso económico.³⁶ Al amparo de este organismo internacional han progresado la universalidad y el desarrollo de los derechos humanos en relación con las necesidades presentes, y se han reconocido a la cooperación entre Estados como un principio fundamental del derecho internacional.

En el ámbito regional, se tienen como ejemplo amplio de la cooperación entre los Estados las diversas organizaciones internacionales, creadas para fines comunes. Incluso la cooperación ha tendido hacia una integración en cuyo proceso al delegar facultades soberanas, se ha logrado integrar la Unión Europea, la cual ha consolidado una fuerte estructura regional para el desarrollo de los Estados europeos. Incluso constituye una organización supranacional, de tal manera que los Estados miembros ya no son extranjeros, sino parte de una misma estructura, con los ciudadanos que comparten

³⁶ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *op. cit.*, nota 7.

una misma ciudadanía.³⁷ Su antecedente lo encontramos en la creación del Consejo de Europa en 1949, tras los movimientos surgidos al término de la segunda guerra mundial que buscó mediante la cooperación de los Estados la creación de un órgano que, bajo la salvaguarda de los principios democráticos, se favoreciera del progreso económico y social de los Estados europeos, reconociendo y salvaguardando los derechos del hombre.

Dos aspectos importantes conducen a la cooperación entre Estados, y los convierten en Estados cooperativos, tal como lo apunta Häberle, uno de carácter sociológico-económico, consistente en circunstancias de un contexto social débil tanto económico y político como de derechos básicos, otro que se refiere al ideal o moral común; es decir, la coincidencia en ideales comunes; en

³⁷ Häberle señala que, en el contexto europeo se cuestiona si los Estados constitucionales que actúan en el contexto de Europa son todavía extranjeros, puesto que con la estructura de la Unión Europea, los Estados entre sí ya no son extranjeros cuya manifestación se refleja en la única moneda, el Euro; incluso también en las constituciones de los países europeos hay cláusulas especiales de apertura o cooperación que se basan en características culturales comunes como en el idioma: la Constitución de Portugal de 1976; la Constitución española de 1978-1992. HÄBERLE, Peter, *op. cit.*, nota 27, pp. 68-69.

este caso, en torno a la democracia y respeto a los derechos humanos, elementos que continúan impulsando a las naciones europeas a unirse mediante la cooperación para crear un espacio político de trascendencia jurídica para su desarrollo y progreso económico, social y cultural que, en efecto, se ha logrado con el fortalecimiento de la Unión Europea y con los efectos de la globalización.³⁸

Así, advertimos que las condiciones sociales, económicas y políticas que enfrentan los Estados nacionales en otras latitudes como consecuencia de la globalización, hacen necesario tener presente que la cooperación entre ellos es la alternativa para restablecer los principios de democracia y respeto a los derechos fundamentales en un contexto de competencias económicas y de poder que desde hace décadas ha asediado los Estados nacionales. En estas condiciones, su actitud cooperativa tenderá a unificar intereses de desarrollo y supervivencia humana, y como punto determinante en las organizaciones interestatales, se

³⁸ *Ibídem*, p. 68.

tendrá el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.³⁹

Debe decirse que los derechos humanos al ser universales, constituyen el fundamento de la cooperación estatal, por ser frente común de los Estados constitucionales, de ahí que se requiera un Estado abierto a lo internacional en función de la democracia y la consignación de garantía de la más amplia libertad y goce de los derechos del ser humano; y que además, el entorno globalizador demanda una apertura a la conciencia de la cooperación entre los Estados constitucionales en los distintos ámbitos, tal como sucede en Europa. Incluso, Häberle apunta hacia un espacio público mundial, que solo será posible en la medida en

³⁹ Häberle señala en las causas del cooperativismo se da un contexto de límites y peligros, en el Estado constitucional hasta 1989, existía un ambiente de competencia entre Estados socialistas y Estados autoritarios de Europa, África, América Latina y Asia, estando expuestos a la amenaza de guerra y en peligro el derecho fundamental a la vida. De ahí que llama miope al hecho de que no se recordara estos hechos al construir las formas de cooperación. *Ibidem*, p. 69.

que se tome más conciencia de la cooperación para el desarrollo económico, social y humanitario.⁴⁰

El sentido de cooperación ciertamente tiene un trasfondo que se da al margen de una cultura, bajo la cual se tiene presente que para el funcionamiento del Estado constitucional en relación con el desarrollo social, en los ámbitos económico, científico y tecnológico, es necesaria la cooperación con otros Estados para crear opiniones eficientes, ya que de cualquier manera siempre han estado presentes las relaciones internacionales entre los Estados. El sentido de esto se ha manifestado ampliamente en la creación de diversos organismos internacionales, tal como se advierte en el preámbulo del Estatuto del Consejo de Europa de 1949 estableciéndose expresamente:

“Convencidos de que la consolidación de la paz,
basada en la justicia y la cooperación internacional, es

⁴⁰ Häberle señala que el espacio público mundial, es más alcanzable a través de la regionalización de los Estados, como se está viviendo en Europa, pues es más fácil construir una regionalización de Estados, siendo más palpable una ciudadanía regional que universal. *Ibidem*, p. 77.

de interés vital para la preservación de la sociedad humana y de la civilización. Reafirmando su adhesión a los valores espirituales y morales que son patrimonio común de sus pueblos y la verdadera fuente de la libertad individual, la libertad política y el imperio del Derecho, principios sobre los cuales se funda la auténtica democracia...”⁴¹

El anterior precepto es una manifestación de los principios que constituirán la base de la internacionalización de la región europea, un aspecto cultural ideológico del que emanan los posteriores acuerdos políticos internacionales creadores de organismos externos con base en la cooperación como alternativa para alcanzar el éxito de ideales comunes; de igual manera se observa en otros, que incluso llevan como epígrafe el sentido de cooperación, como es el Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico de 1960, que se funda en que la prosperidad económica es esencial para alcanzar los objetivos de la ONU, salvaguardar las libertades

⁴¹ *Estatuto del Consejo de Europa*, Inglaterra, 1949, recuperado el 16 de noviembre de 2012 de <http://www.judicatura.com/Legislacion/1437.pdf>

individuales y aumentar el bienestar. Estima que para alcanzar eficazmente dichos objetivos es necesario fortalecer la tradición de cooperación de desarrollo entre los Estados.⁴²

Este sentido cooperativo se ha extendido a ámbitos de más amplitud, como la seguridad militar, en torno a lo cual se firma el acta final de la Conferencia sobre Seguridad y Cooperación en Europa de 1975,⁴³ que hace notar fortalecimiento de la conciencia de los Estados en favor de la cooperación mediante la declaración de sus principios e intereses que convergen en torno al desarrollo de los países y la protección de los derechos humanos. De esta manera, los Estados europeos se muestran ampliamente participativos, sus políticas estatales una gran apertura hacia la cooperación, tradición cultural que desde entonces caracteriza a la región europea.

⁴² *Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico*, Francia, 1960, recuperado el 18 de octubre de 2012 de http://www.oecd.org/document/58/0,3746,es_36288966_36288120_43598138_1_1_1_1,00.html

⁴³ “Conferencia Sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa”, Acta Final, Helsinki, 1975, recuperado el 13 de septiembre de 2012 de <http://www.osce.org/es/mc/39506?download=true>

Lo anterior constituye un marco de referencia general, puesto que los mecanismos que lleven a los Estados a un mejor nivel de desarrollo deben adoptarse. En efecto, la labor de la ONU ha sido fundamental, ya que ha adoptado una Declaración de los Principios del Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados en 1970, estableciendo la cooperación como un principio del derecho internacional. En el inciso d) se reafirma la obligación de los Estados de cooperar entre sí conforme a la carta, voluntad que debe manifestarse en las distintas áreas de acción, según se desprende:

“Los Estados tienen el deber de cooperar entre sí, independientemente de las diferencias en sus sistemas políticos, económicos y sociales, en las diversas esferas de las relaciones internacionales, a fin de mantener la paz y la seguridad internacionales y de promover la estabilidad y el progreso de la economía mundial, el bienestar general de las naciones y la cooperación internacional libre de toda discriminación basada en las diferencias”⁴⁴.

⁴⁴ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las*

Por ello la visión de la ONU es abarcadora y tiene la cooperación como una obligación de los Estados nacionales, tiene actitud que no solo se concreta a promover el respeto de los derechos y libertades fundamentales y su efectividad, sino que debe extenderse a las esferas económica, social y cultural, según señala la Declaración. Ello, además de promover el progreso de la cultura y el crecimiento económico en todo el mundo, particularmente en los países en desarrollo, por lo que además el ideal es que las naciones más avanzadas cooperen con esta meta global.

Sin embargo, aun cuando se establece como principio y obligación la cooperación mutua, esta no ha logrado extenderse en otras latitudes. Incluso en Europa, este principio ha sido reconocido en los textos constitucionales desde hace décadas; Irlanda, por ejemplo lo tiene como base de su política en las relaciones internacionales, en el artículo 29 de su Constitución de 1937: “ *...proclama su identificación con*

relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados de conformidad con la carta de las Naciones Unidas, 1970, recuperado el 17 de febrero de 2012 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/352/16.pdf>

*el ideal de la paz y cooperación amistosa entre las naciones, fundado en la justicia y la moral internacionales”*⁴⁵ ; de igual manera Japón, en el preámbulo de su Constitución de 1946, se declara decidido a “... *asegurar los frutos de la cooperación pacífica con todos los pueblos o naciones*”.⁴⁶

A pesar de estos avances de las naciones europeas, en América Latina aún no es común la cooperación. No se ha creado una cultura en torno a un progreso conjunto entre naciones, menos aún el principio cooperativo forma parte de los textos constitucionales. Sin embargo, hoy constituye más que una obligación o deber de los Estados una alternativa para hacer frente a los desafíos de la realidad social y constitucional imperante, herramientas que pueden tomarse de la experiencia europea, haciendo uso del quinto método de Häberle referente a la comparación jurídica, camino por el cual

⁴⁵ *Constitución de Irlanda*, 1937, recuperado el 18 de febrero de 2012 de http://centros5.pntic.mec.es/ies.manuela.malasana/otros_servicios/ampliacion/ue25/irlanda/irlanda.pdf

⁴⁶ *Constitución de Japón*, 1936, recuperado el 03 de mayo de 2012 de http://www.cu.emb-japan.go.jp/es/docs/constitucion_japon.pdf

deben andar los Estados, puesto que en concordancia con este autor, la cooperación implica grandes oportunidades ante los desafíos actuales sin que por ello se menoscaben los elementos constitutivos del Estado, mediante lo cual se puede construir una comunidad de Estados regionales, que tienda al restablecimiento del poder estatal y al consecuente desarrollo social, político y económico.⁴⁷

La cooperación es fundamental en el Estado constitucional, ya que propicia el fortalecimiento de las naciones, gracias al desarrollo mutuo.

1.3. Redefinición de la soberanía nacional

Desde hace tiempo, la noción de soberanía es materia de debate en torno su concepto clásico, entendido éste como el poder absoluto, perpetuo e indivisible.⁴⁸ La

⁴⁷ HÄBERLE, Peter, *op. cit.*, nota 27, pp. 58-69.

⁴⁸ Attili, al hacer referencia al pensamiento de J. Bodin y T. Hobbes concluye que en ellos se encuentra la acepción absolutista de la soberanía, desprendiéndose como características un poder absoluto, perpetuo, indivisible e inalienable. ATTILI, Antonella, "Derecho y poder en la crisis de la soberanía", *Revista de Estudios Políticos*,

polémica se ha suscitado como consecuencia lógica de la transformación de la sociedad mundial, en la proliferación de relaciones internacionales en las que el Estado nacional participa y se ve involucrado. Por una parte, las consecuencias del proceso globalizador de la economía han conducido al debilitamiento del poder estatal en tanto que cobran fuerza los poderes privados; por otra, la afirmación de valores y principios fundamentales al margen de los derechos humanos en el derecho internacional, que influye en el orden jurídico interno, factores que diversos analistas califican como la erosión o transformación de la soberanía.

Parte muy importante del debate sobre esta crisis de la soberanía, es el proceso de integración que están viviendo los Estados europeos y la delegación de competencias soberanas respecto de organizaciones internacionales. Esto no deja de generar dudas y temores sobre la preservación de la soberanía incluso de lo que llama Javier Roldán Barbero, la permanencia y la preeminencia del Estado nacional soberano dentro de un

España, núm. 103, 1999, pp. 279-295, recuperado el 23 de mayo de 2012 de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=27538>

medio que denominan supranacional. Desde esta perspectiva incluso, algunos afirman que se ve, a la soberanía como una situación incómoda en un ordenamiento jurídico internacional que está siendo modificado por las circunstancias.⁴⁹ En virtud de todo ello, se ha señalado que la realidad imperante intensifica la polémica y la soberanía se convierte en un tema relevante para el análisis teórico político.

Estas manifestaciones sobre el concepto de soberanía no corresponden sino al desenvolvimiento del concepto en contextos específicos, lo cual lleva a considerar que el dilema se debe a ciertas confusiones dialécticas, las variantes obedecen a circunstancias que tratan de responder a una realidad imperante. Dichas manifestaciones, tal como apunta Pablo Antonio Fernández Sánchez, se explican por el hecho de que no

⁴⁹ El debate sobre la crisis de la soberanía ha sido abordada por diversos autores, algunos de ellos se concretan a algunos aspectos, como es el caso del proceso de integración entorno a la Unión Europea. ROLDÁN BARBERO, Javier, "Soberanía del Estado y derecho de la Unión Europea", en SALINAS DE FRÍAS, Ana y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina, (coords.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, España, Universidad de Sevilla, vol. 2, 2005, p. 302.

hay una única forma de entender actualmente la soberanía, razón por la cual suele recibir el título de soberanía poliédrica.⁵⁰

En este margen, los diversos tratadistas recurren a *“Los seis libros de la república”*, escrita por Jean Bodin en 1576, como referencia principal sobre el concepto de soberanía definida por este autor francés, como poder absoluto, indivisible y perpetuo. Sin embargo, habrá que considerar el contexto en que surge esta definición. Como primer elemento, el concepto dogmático se acuña en el contexto del surgimiento del Estado moderno (por consiguiente, de la soberanía estatal), época de conflictos en la que prevalece una pugna constante entre poderes que tratan de imponerse.⁵¹ Debido a ello el *“poder”* va a

⁵⁰ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A., “La soberanía Poliédrica”, en SALINAS DE FRÍAS, Ana y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina, (coords.), *Ibidem*, p. 588.

⁵¹ García, Gestoso, hace referencia al entorno en que se encuentra la época del surgimiento del Estado moderno, prevalece una situación constante de lucha de poderes que reclaman la supremacía en distintas esferas, el enfrentamiento entre el papado y el imperio, una esfera reducida entre los poderes locales, territoriales y funcionales. GARCÍA GESTOSO, Noemí, “Sobre los orígenes históricos y teóricos del concepto de soberanía: especial referencia a los seis libros de la república de J. Bodino”, *Revista de Estudios Políticos*, España, núm.

ser el punto clave que bajo ciertas notas específicas da sustancia para definir el concepto. Así surge la idea de que soberano es quien es capaz de imponerse y que por lo tanto no está sujeto a límites, un poder que no admite otro superior. En este sentido, se denomina soberano al monarca, cuyas características deberán precisarse. Debe ser absoluto atendiendo al hecho de que el poder no debe tener límites, es decir, el soberano es aquel que no está sometido al imperio de ningún otro. Puede dar leyes y anularlas o imponerlas.⁵² En este sentido, como señala Schmitt, se encuentra intrínseco el elemento de capacidad de “*decisión*”, puesto que según la ejemplificación, no puede el príncipe en sus decisiones, consultar al Senado o al pueblo, ya que tendría que hacerse depender de sus súbditos, por lo que el pueblo y el príncipe no pueden ser soberanos alternativamente, lo que también trae consigo el carácter de unidad del poder, concretándose el carácter de potestad soberana.⁵³ De

120, 2003, pp. 301-310, recuperado el 09 de agosto de 2012 de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=668868>

⁵² *Ibidem*, pp. 311-312.

⁵³ Schmitt, señala que el mérito científico de Bodin es haber insertado en el concepto de la soberanía la “*decisión*”; “Si en tal razón, hubiese el príncipe consultar previamente al senado o al pueblo, tendría que hacerse dispensar de sus súbditos, solución que Bodin califica de

igual manera, es perpetuo; irrevocable y no está sujeto a límites temporales, es decir, es propietario y poseedor de la soberanía. En estas circunstancias, J. Bodin definirá la soberanía como “*el poder absoluto y perpetuo de la república*”⁵⁴.

De tal manera que el sentido que denota a la soberanía gira en torno a la capacidad de poder, cuyos caracteres que debe gozar sirven de base para el concepto. Así tenemos que la soberanía se manifiesta como poder, de decisión, absoluto, indivisible y perpetuo. Sin embargo, de acuerdo con Noemí García Gestoso, el carácter absoluto que con frecuencia se le adjudica a Jean Bodin, en realidad no corresponde a dicha apreciación estrecha, en virtud de que describe una realidad imperante en una época, en que sirvió de base para la búsqueda del fortalecimiento del poder del Estado que en ese momento estaba surgiendo. Fue el medio para

absurda... la soberanía sería *Joués á deux parties*, el pueblo y el príncipe serían soberanos alternativamente, lo cual es contra toda razón y derecho”. Lo que también trae consigo la unidad, es decir, poder unitario. SCHMITT, Carl, *Teología política. Cuatro ensayos sobre la soberanía*, trad. De Francisco Javier Conde, Argentina, Struhart & Cía, 1998, p. 19.

⁵⁴ GARCÍA GESTOSO, Noemí, *op. cit.*, nota 51, pp. 315-316.

garantizar la paz y el derecho, dotado de unidad y omnipotencia que representara la unidad del poder político, lo que dio paso al Estado soberano. De ahí que se afirme que la soberanía trata de cubrir las necesidades de una realidad imperante en ese momento; a la necesidad de encontrar una nueva forma de organizar la vida pública, cuyos elementos o caracteres que describen la soberanía constituyen la esencia del concepto.⁵⁵

Este recuento histórico sobre la integración del concepto de soberanía, da pauta para distinguir los efectos que ha causado su “*ejercicio*”, el cual ha dado lugar a la soberanía interna y externa, elementos que provienen de los efectos del ejercicio del poder y que se refleja en el derecho y la política, puesto que, para todo orden es necesaria la construcción de “*un poder político capaz de crear y defender un orden colectivo, superando los conflictos internos (civiles) y externos (guerras), denotando un poder material que le permite imponerse a los confines de su unidad política,*”⁵⁶ esta referencia es

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 318-322.

⁵⁶ ATTILI, Antonella, *op. cit.*, nota 48, p. 281.

expresión de una soberanía que se ejerce en el interior y hacia el exterior.

En este contexto, el carácter absoluto en ambas se justifica. Por una parte, para asegurar el mantenimiento del orden público se requiere de un poder fuerte para dictar leyes e imponer el derecho, poder que en la tradición absolutista lo detentó el monarca como soberano, pero en el surgimiento del Estado moderno se habla de la construcción de un poder político que dicte las leyes, disponiendo de los medios de coacción que le permitan imponer el orden. En este sentido, de acuerdo con Frosini,⁵⁷ en la teoría de Kelsen la soberanía corresponde a la legitimación del derecho, pues éste tiene su fundamento en el principio de soberanía, convergiendo en lo que se ha denominado soberanía interna, es decir, la relación del Estado con los individuos o ciudadanos, la

⁵⁷ Este mismo autor, al hacer referencia sobre las interpretaciones de la soberanía, advierte que referir a una soberanía de derecho internacional y una soberanía estatal, es erróneo, en todo caso se está refiriendo a los efectos de una única característica del Estado, solo se trata de constatar dos características diferentes del Estado. FROSINI, Vittorio, "Kelsen y las interpretaciones de la soberanía", *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, Ministerio de la Presidencia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 11, núm. 31, 1991, pp. 61-63.

imposición del orden interno a través del derecho, legitimado por el poder soberano.

De igual manera, en el contexto latente de las guerras continuas, se impone el carácter absoluto de la soberanía para no admitir la intromisión de ningún otro orden, poder o fuerza exterior sobre el Estado soberano, representar un poder de defensa y exigencia del respeto a sus elementos esenciales, la territorialidad, su orden interno y la plena independencia de su gobierno. Tras la paz de Westfalia en 1648, se reconoce la soberanía de todos los Estados en un margen de igualdad, base sobre la que se desarrolla el derecho internacional teniendo cuyo objetivo es regular las mutuas relaciones entre los Estados, representando la soberanía, la autonomía del poder estatal frente a otro. Por ello, que en su evolución, la soberanía hacia el exterior consiste en la delimitación de atribuciones o capacidades del Estado hacia el exterior. De acuerdo con Fernández, la soberanía se traduce en la capacidad para establecer y disponer relaciones diplomáticas y consulares, asumir

compromisos mediante tratados unilaterales, disfrutar de inmunidad de jurisdicción y de ejecución, entre otras.⁵⁸

De lo anterior se desprende que hablar de soberanía interna y soberanía externa no es más que referirse a distintas formas en que esta se manifiesta; es decir, los efectos que de ella se desprenden. En ambos casos, se está frente al reflejo del ejercicio de la soberanía estatal conservando los elementos con notas específicas en torno al poder, de ahí que en concordancia con García, desde aquel momento y hasta hoy se concibe a la soberanía como el poder único, fuente exclusiva de todas facultades de acción del poder del Estado, que en su acción no reconoce otros límites que los que él mismo se impone voluntariamente.⁵⁹

En este contexto, las distintas formas de concebir la soberanía por diversos teóricos y críticos se debe a las circunstancias que imperan en un contexto determinado del Estado. Así tenemos que el carácter absoluto de la

⁵⁸ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A., *op. cit.*, nota 50, p. 593. / MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., “La subjetividad internacional”, *Derecho Internacional Público*, España, Trotta, pp.102-105.

⁵⁹ GARCÍA GESTOSO, Noemí, *op. cit.*, nota 51, p. 320.

soberanía referido por J. Bodin, debe a la necesidad de afianzar un poder estatal fuerte como el que ostentaba el monarca, puesto que el Estado moderno como medio para garantizar la paz y remediar los excesos del poder arbitrario necesita del poder necesario para su consolidación, y por el hecho de que la nueva organización política surge en contraposición al absolutismo, el ejercicio de la soberanía tiene como límites los derechos fundamentales de las personas. En el Estado moderno, el poder se estatuye para ejercerlo de manera positiva a través del establecimiento de normas en un documento original denominado Constitución, en el que se establece la estructura y funcionamiento del Estado así como los derechos sustantivos de las personas que tiende a garantizar el ejercicio nocivo del poder público en perjuicio de los intereses de la comunidad. Surge así, el imperio de la ley y el consecuentemente Estado de derecho, cuyos límites máximos consisten en los derechos y libertades fundamentales que a su vez se convierten en los límites del ejercicio del poder soberano.

De esta manera se observa a la soberanía como poder ejercido de manera distinta, del Estado absolutista al Estado de derecho, cuyo ejercicio en un régimen democrático–constitucional se determina en la Constitución.⁶⁰ Es en ella donde se establece que el depositario de la soberanía es el pueblo, que delega dicha facultad a los poderes constituidos y estos los ejercen en las formas y con los límites que la misma Carta Magna establece, que no son otros que los impuestos por la justicia y por los derechos del individuo; características actuales de todo Estado moderno y constitucional de derecho actual.

De igual manera ocurre hacia el exterior ya que con la Paz de Westfalia al reconocer en la soberanía la igualdad de los Estados surgen las normas que regulan a los Estados y establecen como regla básica la igualdad soberana de los Estados, a fin de erradicar la inseguridad de la guerra civil y alcanzar la paz y seguridad colectiva a través de la colaboración conjunta. Ello como consecuencia lógica implica el surgimiento de límites

⁶⁰ ATTILI, Antonella, *op. cit.*, nota 48, p. 285.

frente a la condición jurídica igual de los otros Estados; de esta manera, el ejercicio de la soberanía estatal está sometido a los límites jurídicos internacionales, la igualdad soberana y la no intervención.⁶¹ Este último está siendo desplazado por el contexto internacional de los derechos humanos y las libertades fundamentales. En consecuencia, se advierte que los límites de la soberanía están desde el principio determinados tanto por el derecho constitucional en el ámbito interno, como por el derecho internacional en el ámbito externo para evitar el ejercicio arbitrario del poder soberano.

Con base en las anteriores consideraciones, podemos afirmar que la noción de soberanía siempre ha sido polémica, según la realidad sobre el cuál actúa o ejerce su función. Lo mismo ocurre con en el debate cada vez más intenso en relación con su ejercicio en el exterior, con los llamados Estados postmodernos, en especial los

⁶¹ Se ha señalado que la Constitución es la soberana puesto que “El soberano es aquel cuya autoridad reconocida hace posible el gobierno de la nación, y el derecho respaldado por la fuerza, entonces la constitución es la soberana, ella contiene y mantiene la unidad la indivisibilidad y supremacía”. FROSINI, Vittorio, *op. cit.*, nota 57, pp. 67-69.

Estados europeos que están en vías de integración, pues algunos afirman que al ceder atribuciones a órganos supranacionales se vulnera con rapidez la soberanía estatal. Otros afirman que la soberanía no ha perdido su relevancia en las relaciones internacionales y que solo adoptando una nueva dirección en la que se enmarca como funcional, en virtud de las exigencias del orden jurídico internacional. Incluso, según Fernández, el renovado debate parece anunciar un cambio dramático, pero ese cambio consiste en que no hay una única forma de entender la soberanía.⁶² No es más que la visualización de las distintas formas en que se manifiesta la soberanía en virtud de que las mismas circunstancias requieren nuevas formas del ejercicio de soberanía estatal.

La cooperación entre naciones y la atribución de competencias soberanas a órganos internacionales en Europa, surge como una necesidad propiciada por las

⁶² Roldán Barrero, Carrillo Salcedo y Fernández Sánchez en su reflexión sobre la soberanía en tiempos actuales coinciden en la concepción de una soberanía funcional, incluso Fernández la denomina como soberanía virtuosa en un concepto post-moderno. ROLDÁN BARBERO, Javier, *op. cit.*, nota 49, pp. 1215-1225.

condiciones precarias de los Estados europeos tras las dos guerras mundiales, lo cual convirtió en un imperativo la cooperación para asegurar la paz internacional y los derechos fundamentales. A su vez, propició que los Estados delegarán parte de sus decisiones soberanas en un órgano externo para el desarrollo económico, proceso que continúa reforzándose dentro del proceso globalizador de la economía en Europa. Debido a que el Estado no puede por sí solo enfrentar o dar solución a las necesidades relacionadas con su función soberana, las naciones europeas han caminado hacia la integración paulatina construyendo organismos internacionales cuyas funciones son propias del Estado nacional. Sin embargo, estas funciones han sido cedidas voluntariamente por los Estados miembros, es así que hoy tenemos a la Unión Europea que por su estructura y funcionamiento se le ha denominado como organismo supranacional.

Estas circunstancias implican cuestiones positivas y negativas. Por un lado mediante su integración los Estados han logrado un desarrollo social y económico progresivo, por lo que la delegación de competencias

soberanas a favor de órganos externos constituye una herramienta para construir políticas efectivas en intereses comunes. Paralelamente han mantenido una postura fuerte ante organismos que tutelan intereses privados. La parte negativa radica en la pérdida de soberanía estatal, lo que para muchos ha sido motivo de análisis. Sin embargo, ha manifestado que no se trata de una pérdida de soberanía, sino que se enfoca a una diferente forma de ejercerla.

La soberanía nacional sigue estando vigente y presente en todos los ámbitos, pues ésta es condición esencial para las relaciones internacionales. Se trata hoy, de ver la soberanía desde otro ángulo; es decir, desde la realidad presente, y en este sentido puede darse la redefinición de la soberanía desde otra perspectiva en cuanto a su forma de ejercerla.

Con lo anterior se pretende decir que el Estado puede aceptar limitaciones para transferirlas a órganos externos del derecho internacional, como apertura a mejores herramientas para el cumplimiento de fines en

común con otros Estados soberanos, tal como ha ocurrido en Europa, donde hubo una transferencia de competencias soberanas, pero no de la soberanía. La misma jurisprudencia se ha encargado de precisar este aspecto, pues el Tribunal de Justicia Internacional ha señalado en la sentencia de 1923 Wimbledon, que la soberanía no es transferible:

“El Tribunal se niega a ver en la conclusión de un tratado cualquiera, por medio del que un Estado se compromete a hacer o no hacer algo, un abandono de la soberanía (...) la facultad de contraer compromisos unilateralmente es precisamente un atributo de la soberanía del Estado”⁶³.

Desde este punto de vista, la integración basada en la transferencia de competencias estatales al margen de la voluntad soberana, tiene aspectos más positivos que negativos. Ciertamente el Estado nacional, inmerso en el fenómeno globalizador y sus consecuencias, parece ver reforzados poderes privados que imperan y se sobreponen al poder estatal, con un supuesto

⁶³ Sentencia 9-12-1978, p. 81: MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., *op. cit.*, nota 58, p. 110.

debilitamiento en su esfera de actuación. Ante ello, ve necesario recurrir a medios disponibles para conservar su esencia, recuperar su poder y cumplir con sus funciones creadoras y deberes internacionales. De acuerdo con Fernández, el Estado, para que pueda ser soberano, debe disponer de los medios necesarios que permitan ejercer los atributos de la soberanía.⁶⁴

De esta manera, la delegación de competencias soberanas de los Estados jurídicos que dan cabida a órganos internacionales y aun un ordenamiento jurídico, no implica la pérdida de soberanía, puesto que incluso los instrumentos jurídicos de los órganos internacionales instituyen principios del derecho constitucional, como es el caso del tratado de la Unión Europea, que se forja sobre el respeto de la dignidad nacional y la integridad territorial del Estado soberano. Además, de acuerdo con Carrillo y la Jurisprudencia interna, los propios Estados nacionales, dentro sus órganos jurisdiccionales, plasman su postura soberana, tal como consta con la sentencia del Tribunal

⁶⁴ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A., *op. cit.*, nota 50, p. 594.

Constitucional Alemán, que en su sentencia pronunciada sobre el Tratado de la Unión Europea en 1993 estableció:

“Los Estados miembros formaron la Unión Europea con el fin de ejercer mancomunadamente la soberanía (...) El tratado de la Unión tiene presentes la independencia y la soberanía de los Estados miembros por cuanto compromete a la Unión a respetar la identidad nacional de los Estados miembros (...) dotando a la Unión y las Comunidades tan solo de determinadas competencias y facultades (...) y erigiendo acto seguido a la norma de subsidiariedad en principio jurídico vinculante para la Unión”⁶⁵.

Por ello es el Estado en ejercicio de su soberanía, el que decide ceder o delegar facultades o atribuciones soberanas en un órgano externo, hoy denominado supranacional. Sin embargo, la titularidad de la soberanía sigue residiendo en el Estado, de ahí que para Roldán Barbero esté fuera de duda que el ordenamiento jurídico europeo conduzca a erosionar o compartir la soberanía.⁶⁶

⁶⁵ CARRILLO SALCEDO, Juan A., *op. cit.*, nota 11, p. 407.

⁶⁶ ROLDÁN BARBERO, Javier, *op. cit.*, nota 49, p. 1215.

Si bien la realidad da cabida a elementos que tienden a modificar la soberanía, esta sigue manteniendo su esencia en el poder del que está dotado el Estado, por lo que, se trata más bien de la modificación en la forma del “ejercicio” de la soberanía, Attili afirma que “*se trata de ajustar la fórmula de la soberanía para responder al problema concreto, de cómo dar solución a las tensiones entre el poder y el derecho.*”⁶⁷ En este caso, lo que tiende a prevalecer es el sentido de una soberanía funcional en la medida en que ésta debe ser ejercida para responder a todo conflicto que se presente dentro de la jurisdicción estatal. Conforme a la apreciación de Fernández, la soberanía es determinada por el ejercicio de las funciones del Estado atendiendo a las circunstancias, pero la soberanía como poder del Estado sigue en él.⁶⁸

En el ámbito de las tensiones a las que el Estado nacional se ve sujeto por la reducción de espacios de actuación e incremento de poderes privados, debe tenderse a lo que Fernández llama una soberanía virtuosa, basada en la cooperación, conforme a la cual los

⁶⁷ ATTILI Antonella, *op. cit.*, nota 48, p. 283.

⁶⁸ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A., *op. cit.*, nota 50, p. 589.

Estados deciden ceder atribuciones a órganos internacionales, al margen de sí éstas herramientas producen un mayor beneficio que su actuación aislada. Fernández añade además la característica de solidaridad en el ejercicio de la soberanía estatal, situación que deriva en una soberanía virtuosa, pretensión que ha sido parte de las Naciones Unidas a fin de que mediante la cooperación se alcance la solución de problemas internacionales, de carácter económico, social, cultura y humanitario.⁶⁹

Para Frosini, la soberanía debe ejercerse para asegurar el orden y los derechos y libertades fundamentales del hombre, lo que hace necesaria una nueva cultura jurídica que precede a la experiencia política del poder soberano del Estado conduciéndola por la vía del progreso civil de la humanidad.⁷⁰

De esta manera, puede decirse, que la soberanía estatal sigue siendo propia del Estado, sólo que el nuevo elemento consiste en la delegación o transferencia del

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 589-590.

⁷⁰ FROSINI, Vittorio, *op. cit.*, nota 57, p. 74.

ejercicio de atribuciones soberanas a órganos externos mediante tratados, en los que se establece la forma de pertenencia, así como de revocación, conforme a lo cual queda intacta la soberanía. Por ello la redefinición de la soberanía consiste en la apertura de los Estados a incluir nuevos elementos en el ejercicio de sus competencias.

1.4. Constitucionalismo supranacional

Al margen de lo que diversos constitucionalistas denominan supranacional, convergen diversos factores que han dado lugar a estructuras y órdenes jurídicos internacionales legitimados por las nuevas reglas del derecho internacional que implican cambios tanto en el derecho internacional clásico como en el derecho constitucional, lo que da lugar a la supranacionalidad.

La cooperación y la integración estatal han contribuido a una actividad intensa de los Estados y la proliferación de organizaciones internacionales con diversos efectos que tiende a integrar un orden jurídico supranacional. Por una parte se tiene a las

organizaciones internacionales que se constituyen con base en la cooperación para lograr un fin específico, cuyo centro es la Organización de las Naciones Unidas, cuya actividad continua ha dado lugar al surgimiento de diversos organismos e instituciones internacionales, como la Organización Mundial de Comercio, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico entre otras, cada una con su propio régimen y operatividad según su instrumento constitutivo que tiene aplicación para los Estados miembros.

Por otra parte, se encuentran las organizaciones internacionales, cuya esencia radica en el ejercicio de facultades soberanas que le son atribuidas por los Estados miembros, por lo que su constitución deriva de la atribución de competencias soberanas por parte de los Estados nacionales en ámbitos específicos. Estos organismos son fuente de un proceso de integración estatal cuya transferencia de competencias genera un

orden comunitario, lo que ha conducido a la configuración de la supranacionalidad.⁷¹

Este proceso de integración de los Estados soberanos, no ha sido por mera coincidencia, sino que supone un entramado de situaciones sociales, políticas y económicas que los Estados no pueden solventar de manera autónoma, por lo cual aparece la necesidad de buscar medios para dar una respuesta efectiva. En el contexto europeo tras la primera y segunda guerras mundiales, los Estados emplean mecanismos unificadores de intereses mediante la cooperación gracias a tratados que se reflejan en la creación de diversas organizaciones internacionales. En este contexto se crea la Comunidad Europea del Carbón y el Acero en 1951, cuyo objetivo era reconstruir la economía de Europa a través de la expansión económica y el desarrollo social. Dicho tratado

⁷¹ La supranacionalidad surge a raíz de la constitución de las organizaciones internacionales; sin embargo, las que conducen a su estructura como tal, son las que implican la atribución de competencias soberanas y que en tal circunstancia dan cabida a un orden jurídico propio a diferencia de las organizaciones de carácter intergubernamental. SOBRINO HEREDIA, José M., "Las nociones de integración y supranacionalidad en el derecho de las organizaciones internacionales", *Impulso*, núm. 13, pp. 119-137.

supone la generación de un ordenamiento autónomo que da cabida a la construcción de la supranacionalidad, al establecer en el quinto párrafo del artículo 9:

“Los miembros de la Alta Autoridad ejercerán sus funciones con absoluta independencia y en interés general de la Comunidad. En el cumplimiento de sus funciones, no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ningún Gobierno ni de ningún organismo. Se abstendrán de realizar cualquier acto incompatible con el carácter supranacional de sus funciones”⁷².

Esta Comunidad Europea del Carbón y del Acero se fue consolidado el proceso de integración de intereses comunes en otras áreas, dando lugar en 1957 a los Tratados de Roma que crearon la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica, los cuales han generado un orden comunitario que se consolida con la Comunidad Europea y actualmente con

⁷² *Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero*, 1957, recuperado el 5 de marzo de 2012 de http://ocw.uc3m.es/historia-del-derecho/historia-de-la-integracion-europea/tratados/Tratado_Ceca.pdf

la Unión Europea mediante el Tratado de Maastricht en 1992, integrador institucional comunitario.⁷³

La Unión Europea es el modelo más avanzado de este proceso de integración, cuya estructura y funcionamiento derivan de la atribución de competencias soberanas de los Estados miembros. Se le ha concebido como una organización supranacional, según afirma Díez Picazo, en doble sentido, en sentido normativo, derivado de la generación de un ordenamiento comunitario y autónomo que se impone a los órdenes jurídicos internos de los Estados miembros y puesto que la aprobación de decisiones no siempre requieren la unanimidad, requisito que tiende a eliminarse. Los tratados constitutivos de las organizaciones europeas representan la base estructural sustentada en tres pilares: la Comunidad Europea que comprende la Comunidad Económica Europea y la Comunidad Europea de la Energía Atómica. En consecuencia, la política exterior y seguridad común, y finalmente la Cooperación Policial y Judicial en Materia

⁷³ La Comunidad Europea del Carbón y del Acero tuvo vigencia hasta el año 2002. DÍEZ PICAZO, Luís M., “La naturaleza de la Unión Europea”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, España, núm. 4, 2008, pp. 1-39.

Penal. Estas dos últimas son de carácter intergubernamental.⁷⁴ Este vasto campo ha propiciado una integración de las naciones europeas no sólo económica, sino política y social, cuyo elemento más representativo es el euro.

A la vista de diversos críticos, el modelo supranacional europeo constituye un ejemplo para países y regiones de otras latitudes como una forma diferente de emplear mecanismos de desarrollo regional, máxime ante las consecuencias del proceso globalizador, que al reforzar los poderes privados, reduce los espacios de actuación soberana de los Estados, que los coloca en una situación débil frente a otros agentes. Estos factores han propiciado la integración regional europea, la cual ha sido, afirma Balaguer, un recurso fundamental para articular respuestas conjuntas a los problemas permitiendo recuperar el poder perdido y lograr el desarrollo común nacional, mediante las políticas que se concretan en la delegación de atribuciones soberanas a un órgano internacional. Es decir, trasladar al plano internacional los

⁷⁴ *Ibídem*, pp. 6-7.

problemas derivados de las competencias de los Estados para la adopción de decisiones conjuntas efectivas.⁷⁵

Sin embargo, este modelo que provee un recurso para los Estados como medio viable para un mejor desarrollo, produce cambios trascendentales en el constitucionalismo, puesto que el ejercicio de la soberanía de los órganos del Estado está determinado por la Constitución nacional, y como señala Balaguer, en el Estado constitucional todos los poderes del Estado están sometidos a las reglas constitucionales. De ahí que se necesite una apertura de los Estados en la adecuación de sus constituciones nacionales, que radica en la concepción no errada del concepto de soberanía para que su Constitución permita ceder el ejercicio de atribuciones soberanas a órganos internacionales, proveyendo mecanismos para ello.⁷⁶

⁷⁵ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, "La contribución de Peter Häberle a la construcción del Derecho Constitucional Europeo", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, España, núm. 13, 2010, pp. 189-208.

⁷⁶ Un concepto de soberanía no errada, se entiende a una verdadera comprensión del concepto de soberanía, ya que la concesión de atribuciones a órganos supranacionales, no significa una cesión de soberanía o una parte de ésta, sino del ejercicio de dichas

De manera que el modelo de integración estatal que da lugar a la supranacionalidad implica los necesarios ajustes en las constituciones de los Estados. En Europa, la república italiana, tras repudiar la guerra como medio de solución de controversias internacionales, según establece el artículo 11 de su Constitución de 1947, en condiciones de igualdad con otros pueblos acepta las limitaciones de soberanía en aras de asegurar la paz y la justicia entre las naciones,⁷⁷ esta manera hace posible limitar la soberanía interna para transferir atribuciones de competencias a órganos internacionales cuya función tenga como consecuencia la paz y la justicia. De igual manera la república de Alemania establece tal apertura en su Constitución de 1949 al señalar, en la fracción I del artículo 24, que *“la Federación podrá transferir por ley, derechos de soberanía a instituciones internacionales”*⁷⁸;

atribuciones, o mejor dicho, pues como señala Ferrajoli, en cita de Balaguer, que en estas concesión de atribuciones soberanas, “ el sometimiento del poder estatal a límites solo se produce en el ámbito interno, porque en las relaciones internacionales, sigue operando el principio de soberanía estatal”. *Ibidem*, p. 191.

⁷⁷ *Artículo 11 de la Constitución de la República Italiana, 2007*, recuperado el 03 de junio de 2012 de <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=2509>

⁷⁸ *Artículo 24 de la Constitución de Alemania, 1949*, recuperado el 17 de mayo de 2012 de <http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho->

apertura a la que se han ido sumando y se siguen sumando los países de la región europea, lo cual refleja el éxito de la integración supranacional, mediante la delegación de competencias soberanas a órganos internacionales.

Esta delegación de competencias en instituciones comunes internacionales, ha generado la actividad dinámica y progresiva de las instituciones de la Unión Europea, al grado de constituir organismos con poder de decisión como el Parlamento Europeo y el Tribunal de Justicia que de manera sistemática y cotidiana produce normas que han llegado a integrar conformando un ordenamiento jurídico propio y autónomo de la Unión, con efectos no solo para los Estados, sino para los ciudadanos, cuyas normas pueden ser invocadas por los particulares ante los tribunales. El Tribunal de Justicia, conforme apunta Vázquez, ha puesto en relieve la producción de un ordenamiento jurídico diferenciado que deriva de las convenciones de derecho internacional, al

establecer, en el caso *Vand Gend y Loos* en el conflicto entre el Tratado de Roma y la legislación holandesa que:

“La Comunidad Europea constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional en beneficio del cual los Estados han limitado, aunque sea en materias restringidas sus derechos soberanos”⁷⁹.

De acuerdo con Sobrino Heredia, el ordenamiento jurídico de la Unión Europea adquiere cada vez mayor autonomía respecto del derecho nacional. Incluso las normas comunitarias que quedan integradas al sistema jurídico de los Estados miembros a partir de su vigencia, tienen prevalencia sobre el ordenamiento estatal, en las materias específicas de que se trate, cuyos jueces nacionales tienen la obligación de aplicarlas, facultad que proviene tanto del derecho comunitario como el interno, y en este sentido, los particulares pueden invocar las normas comunitarias ante los tribunales y exigir su

⁷⁹ VÁZQUEZ, Rodolfo, “Soberanía, supranacionalidad e integración: la cuestión en los países del Mercosur”, *Anuario de Derecho Constitucional*, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, p. 234, recuperado el 05 de junio de 2012 de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2001/pr/pr16.pdf>

cumplimiento, derivando el carácter prevalente solo en la materia específica, conforme ha establecido el Tratado de la Unión Europea en el artículo I-6:

“Se contrae expresamente al ejercicio de las competencias atribuidas a la Unión Europea. No es por tanto una primacía de alcance general, sino referida exclusivamente a las competencias propias de la Unión. Tales competencias están delimitadas con arreglo al principio de atribución, en cuya virtud la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros”⁸⁰.

Dados la estructura, funcionamiento y derecho derivados de la Unión Europea, se manifiesta una verdadera supranacionalidad sin que ello implique, coinciden los críticos, la creación de un Súper Estado; es decir, un órgano superior a los Estados nacionales dotado de soberanía, puesto que carece de los elementos constitutivos de un Estado reconocido en el derecho internacional. Además, la esencia de estos órganos supranacionales reside en la delegación de competencias

⁸⁰ Tratado referido por CARRILLO SALCEDO, Juan A., *op. cit.*, nota 11, p. 410.

soberanas que los Estados miembros en el ejercicio de su soberanía ceden voluntariamente a los órganos internacionales, lo que se insiste no implica la renuncia de la soberanía por parte de los Estados, sino que únicamente estos delegan facultades soberanas en entes internacionales. Para Sobrino Heredia, la supranacionalidad se manifiesta en la existencia de una estructura integrada por Estados soberanos, pero dotada de órganos propios, cuyas decisiones se imponen a los Estados miembros, pero que también funcionan al margen de los respectivos tratados constitutivos que contienen las cláusulas de separación.⁸¹ De igual manera Carrillo Salcedo afirma, que la supranacionalidad no debe ser entendida en el sentido de una transferencia de la soberanía, sino en el ejercicio en común de competencias soberanas de los Estados nacionales que siguen siendo sujetos primarios del derecho internacional por lo tanto no se trata de un desplazamiento de los Estados soberanos, puesto que la base sobre la que operan estos órganos

⁸¹ SOBRINO HEREDIA, José M., *op. cit.*, nota 71, p. 127.

internacionales supone más un principio de coordinación que de subordinación.⁸²

A lo anterior se le atribuye que la transferencia de competencias estatales a órganos internacionales proviene del permiso que otorga la Constitución nacional; es decir, que la delegación de competencia estatales tenga fundamento constitucional, de ahí la importancia de que las constituciones tengan la cláusula de apertura, la cual se hace cada vez con mayor amplitud en las Constituciones de los Estados europeos en vista de los avances y beneficios que se han logrado con la unidad regional al margen de la Unión Europea en cuanto al derecho comunitario. La Constitución de Irlanda, en el artículo 29 punto 1, establece que *“Irlanda proclama su identificación con el ideal de paz y cooperación amistosa entre las naciones, fundando en la justicia y la moral internacionales”* y en el punto 3, faculta expresamente:

“El Estado podrá convertirse en miembro de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (establecida por el Tratado de París de 18 de abril de

⁸² CARRILLO SALCEDO, Juan A., *op. cit.*, nota 11, pp. 410-411.

1951), de la Comunidad económica Europea (establecida por el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957) y la Comunidad Europea de Energía Atómica (establecida asimismo por el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957). ningún precepto de esta Constitución invalidara leyes aprobadas, actos ejecutados o medidas adoptadas por el Estado por exigencia de las obligaciones de pertenencia a las Comunidades en cuestión ni impedir que las leyes promulgadas, actos ejecutados o medidas adoptadas por las Comunidades o instituciones de estas tengan fuerza de ley en el Estado”⁸³.

De igual manera, el artículo 8.3. de la Constitución de Portugal establece la incorporación directa de las normas emanadas de los órganos internacionales:

“Las normas emanadas por los órganos competentes de las organizaciones internacionales de las que Portugal forme parte entran en vigor en el ámbito interno directamente, siempre que así se encuentre establecido en los respectivos tratados constitutivos”⁸⁴.

⁸³ Artículo 29 de la Constitución de Irlanda, 1937, *op. cit.*, nota 45.

⁸⁴ Artículo 8.3 de la Constitución de Portugal recuperado el 13 de julio de 2012 de <http://www.viajeuniversal.com/portugal/constitucion1.htm>

A través de la reforma de 1992 al artículo 23, incorporó una apertura amplia a la actividad de la Unión Europea en el marco de su competencia.⁸⁵

Díez Picazo afirma que, en el marco en que se ha venido desarrollando la Unión Europea, hay una tendencia acentuada en el funcionamiento del derecho internacional con clave de derecho constitucional, puesto que, en principio, el Tratado de la Unión Europea cuenta con los rasgos propios de una Constitución estatal establece las reglas básicas de funcionamiento, al que añade la inclusión de la Carta de Derechos Fundamentales aprobada en 2000⁸⁶. También Roldán coincide en ello. El Tribunal de Justicia desde hace tiempo ha sostenido la equiparación de los tratados con una carta fundamental, observándose en la sentencia de 1986 de *Parti écologiste – Les Verts*, tal carácter atribuido:

⁸⁵ El artículo 23 de la Constitución de Alemania, establece en seis puntos un procedimiento que da apertura a la integración mediante la delegación de facultades soberanas. Recuperado el 6 de junio de 2012 de <http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-internacional-publico-1/ejercicios-proyectos-y-casos-1/capitulo4/documento-20-constitucion-de-alemania.pdf>

⁸⁶ ROLDÁN BARBERO, Javier, *op. cit.*, nota 49, p. 1218.

“La Comunidad Económica Europea es una comunidad de derecho, en la medida en que ni sus Estados miembros ni sus instituciones pueden sustraerse al control de la conformidad de sus actos con la carta constitucional fundamental que es el Tratado”⁸⁷.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha contribuido a la delineación de un derecho autónomo, que además sustenta que los tratados constitutivos de las organizaciones supranacionales no son interpretados ni aplicados conforme a las normas del derecho internacional, puesto que a la luz de los valores superiores universales, no hay cabida para la reciprocidad establecida como regla del derecho internacional clásico; la sentencia *Luxemburgo y Bélgica* de 1964 estableció que si bien, de acuerdo con las normas del derecho internacional se permite a quien es parte en un tratado internacional justificar su incumplimiento en virtud de que la otra parte también ha incumplido, en el derecho comunitario no hay espacio para el principio de reciprocidad. Otro rasgo diferenciador y que se equipara al carácter de rigidez de la constitución es el relativo a la

⁸⁷ DÍEZ PICAZO, Luis M., *op. cit.*, nota 73, p. 13.

modificación conforme a los procedimientos, estableciéndose en la sentencia *Reino Unido C. Consejo* en 1988 que “*los tratados constitutivos no pueden ser tácitamente modificados por vía consuetudinaria, ya que las instituciones carecen de un poder de decisión sobre ellos*”⁸⁸.

La tendencia es crear un constitucionalismo supranacional, tanto por el proceso de integración que han alcanzado los países europeos a través de las organizaciones internacionales que conforman la Unión Europea, como por el modelo de la alternativa que proporciona a otros Estados de otras latitudes como mecanismos para hacer frente a las consecuencias del proceso globalizador.

En el contexto latinoamericano aún no se puede hablar de organizaciones con carácter supranacional la organización regional más cercana hacia la integración en los países latinoamericanos es el denominado Mercosur,⁸⁹

⁸⁸ *Ibidem*, p. 12.

⁸⁹ Su antecedente se encuentra en el tratado de Montevideo de 1960 que crea la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio,

con una tendencia hacia la unión de todo el continente americano, creado a raíz de diversos documentos del gobierno brasileño y argentino a partir de 1985, en el que los Estados partes deciden crear un Mercado Común del Sur, cuyo tratado constitutivo de Asunción en 1994 fija como objetivo primordial ampliar la dimensión de mercados nacionales a través de la integración, implicando la armonización de las legislaciones en las áreas correspondientes para el fortalecimiento del proceso de integración; sin embargo, el desarrollo y funcionamiento de dicha organización internacional ha sido diametralmente distinta a la Unión Europea.

posteriormente, con la firma de un nuevo tratado de Montevideo en 1980 se constituyó la Asociación Latinoamericana de Integración, que tuvo como objeto la conformación de un mercado común, a su vez propiciar la construcción de un proceso de integración que permitiera promover el desarrollo económico y social armónico de la región; así mismo se produce en diversos países latinoamericanos una integración mediante la creación de organismos, como La Asociación de Libre Comercio del Caribe entre diversos países del Caribe, la que se transformó en la Comunidad del Caribe y en el Mercado común del Caribe; el Tratado General de Integración Centro-Americana entre diversos países centroamericanos, y el Tratado de Libre Comercio entre Canadá, Estados Unidos de Norte América y México. SABSAY, Daniel A., *Integración y supranacionalidad sin considerar los desarrollos europeos recientes, bases constitucionales y límites. La experiencia del Mercosur*, presentación en el simposio "Process of European and Global Constitutionalization", Alemania, 1999, recuperado el 02 de junio de 2012 de <http://cdi.mecon.gov.ar/biblio/docelec/farn/insup.pdf>

La estructura institucional del Mercosur, conforme al artículo 1 del Protocolo de Ouro Preto de 1994, establece como órganos con poder de decisión el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur; el primero de ellos está formado por ministros de relaciones exteriores y de economía o sus equivalentes en los Estados miembros, a quien corresponde la conducción de la política del Mercosur y es el que tiene mayor coincidencia con el Consejo de Ministros de la Unión Europea, sin embargo, los integrantes de las instituciones del Mercosur no son electos para su ejercicio autónomo, sino que tienen el carácter de ser representantes de los Estados miembros, como ocurre con la Comisión Parlamentaria Conjunta que, a diferencia del Parlamento Europeo que es propiamente un órgano legislativo autónomo, representa a los poderes legislativos de los Estados parte, cuyos parlamentarios son designados por sus respectivos parlamentos estatales y se encarga de coordinar la actividad comunitaria con la legislación interna para agilizar la puesta en vigencia nacional de las normas emanadas del Mercosur.⁹⁰

⁹⁰ *Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura*

La estructura del Mercosur y funcionamiento de las instituciones que lo integran no son totalmente independientes de los Estados miembros, ya que parte de los procedimientos de integración están ligados con los sistemas jurídicos internos, y por lo tanto, tampoco producen un marco jurídico derivado de un funcionamiento autónomo como organización internacional. Sabsay señala que la diferencia fundamental radica en que en la creación del Mercosur en realidad no hay transferencia de potestades soberanas, como ocurre con la Unión Europea; no hay una cesión voluntaria de atribuciones soberanas de los Estados miembros de manera absoluta a un órgano internacional, sino que rige más bien por la cooperación entre los Estados miembros. No obstante que existe el acuerdo de ejercer atributos soberanos a través del Mercosur, su estructura y marco normativo no crea órganos supranacionales para un funcionamiento autónomo, actúan por medio de representantes de los Estados parte y, como se señala, tienen dependencia orgánica y

Institucional del Mercosur. Protocolo de Ouro Preto, 1991, recuperado el 18 de septiembre de 2012 de http://www.mercosur.int:8081/innovaportal/file/721/1/cmc_1994_protocolo_ouro_preto_es.pdf

funcional de los entes estatales, y se expresa en normas que emanan de distintos órganos, de ahí su carácter intergubernamental.⁹¹

El poco éxito del funcionamiento del Mercosur y el lento proceso de integración ha sido porque los Estados latinoamericanos no han mostrado una apertura hacia la delegación de atribuciones soberanas en sus constituciones nacionales a órganos internacionales de intereses comunes, cuyo factor principal es por la resistencia de los Estados nacionales a los nuevos cambios que implica la redefinición de la soberanía o mejor dicho, a la concepción correcta de la soberanía. En este sentido Sabsay señala que los negociadores integrantes del Mercosur han preferido emplear el término trasnacional en lugar de supranacional, puesto que el contexto de este último implicaría para estos una clara pérdida de soberanía nacional.⁹²

Esta postura conlleva a la falta de apertura a la integración de intereses comunes estatales se refleja en

⁹¹ SABSAY, Daniel A., *op. cit.*, nota 89.

⁹² *Idem.*

los propios textos constitucionales, en los que hay ausencia de adecuación de las normas tendentes a prever nuevos mecanismos incluso en las constituciones de los Estados miembros del Mercosur, no existe una apertura amplia que conduzca a una integración armoniosa entre ellos. La Constitución de Argentina, es el que muestra mayor apertura que da cabida a lograr una integración regional, pues en su artículo 27 establece como obligación del Estado fortalecer sus relaciones con otras potencias extranjeras en el ámbito económico y de paz internacional, mientras que el artículo 75 punto 24, otorga facultad al Congreso para:

Aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.⁹³

⁹³ *Constitución de Argentina*, recuperado el 19 de noviembre de 2012 de <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>

El texto constitucional además establece expresamente la facultad del Congreso para aprobar tratados de integración a organismos supranacionales, con respeto siempre el principio democrático y los derechos humanos, otorga además jerarquía superior a las leyes, más no constitucional, con lo cual se da un paso importante para la construcción de una integración regional. Asimismo establece el procedimiento para su aprobación según se trate de tratados celebrados con Estados latinoamericanos de otras latitudes: la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de las cámaras, para el primer caso y para el segundo, la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada cámara, quienes aprobarán la conveniencia de su celebración; posteriormente, para su aprobación se requiere la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada cámara.

La Constitución de Brasil, muestra su intención a la apertura de una integración regional, al establecer en su artículo 4 que: *“La República Federativa del Brasil buscará la integración económica, política, social y*

*cultural de los pueblos de América Latina, con vistas a la formación de una comunidad latinoamericana de naciones*⁹⁴; sin embargo en sus preceptos sobre la distribución de competencias no establece facultad expresa para delegar competencia y jurisdicción a órganos supraestatales con fines comunes.

La Carta Magna de la república mexicana, ha tendido al proceso de apertura hacia lo exterior, en las últimas reformas ha introducido el reconocimiento universal de los derechos humanos y las libertades fundamentales, avance que se considera de gran envergadura, puesto que da apertura al derecho internacional, al reconocimiento universal de los derechos y libertades fundamentales, así como a su interpretación y aplicación; sin embargo, en cuanto al ejercicio de la soberanía aún conserva el tradicionalismo internacional, pues no contempla cláusulas de apertura que permitan la integración mediante la delegación de atribuciones soberanas a órganos externos.

⁹⁴ *Constitución de Brasil*, recuperado el 15 de noviembre de 2012 de <http://www.angelfire.com/va/derecho/cnbrasil1988.html>

Diversos autores coinciden en que el eje central de esta apertura hacia la integración entre los Estados como medio de fuerza regional es de aspecto cultural que reside en una posición abierta a lo que ocurre en el exterior. Este aspecto debe responder a la exigencia de nuevas herramientas que lleven al Estado a un mejor desarrollo en sus funciones, pero que además, busque lo fundamental de la base del Estado constitucional: la democracia y el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de las persona. Los órganos internacionales que operan al margen de la atribución de competencias de los Estados miembros, son un instrumento al servicio de este, y se implementan de acuerdo a la voluntad de cada Estado con el fin de buscar una respuesta a las exigencias y necesidades del contexto actual.⁹⁵

1.5. Vigencia del Estado nacional

Las reflexiones hechas en torno a la realidad mundial imperante pone de manifiesto que el orden

⁹⁵ CARRILLO SALCEDO, Juan A., *op. cit.*, nota 11, p. 411.

internacional penetra cada vez más en las naciones, tanto por la presión que sobre él ejerce la globalización y sus consecuentes mecanismos de defensa en las cuales está implicada la redefinición de la soberanía, así como por la aspiración universalista de los derechos humanos, elementos que trascienden al orden constitucional, esto nos lleva también a la reflexión obligada de la vigencia del Estado nacional.⁹⁶

La principal amenaza para la subsistencia del Estado nacional se concentra en la progresiva integración de los Estados a la tendencia de la regionalización y en seguida por los principios universalistas de los derechos humanos, ambos fenómenos relacionados a la aparición de organismos internacionales supranacionales que conforman un orden jurídico supranacional y comunitario;

⁹⁶ Señala Hoffe que el Estado nacional, modelo paradigmático de configuración política, en la modernidad se encuentra hoy profundamente cuestionado, sin embargo, ningún otro modelo – supranacional- ha podido remplazarle, incluso existen dificultades para presentar una alternativa válida al modelo de Estado constitucional democrático. HÖFFE, Otfried, “Estados nacionales y derechos humanos en la era de la globalización”, *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, España, núm. 22, 2000, pp. 19-36, recuperado el 14 de junio de 2012 de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=149552>

sin embargo, como se ha señalado, en toda relación internacional la soberanía es condición para que el Estado pueda ser generador de estos órdenes, y por lo tanto, constituye punto de referencia importante en el derecho internacional.

En efecto, el fenómeno estatal está ligado al surgimiento del Estado moderno, como sucede en Europa del Estado moderno; sin embargo, la construcción de su identificación teórica y jurídica emerge dentro del derecho internacional como sujeto del mismo, y en lo que aquí corresponde habrá que confrontar, al margen de los elementos de identificación de un Estado, su condición jurídica actual.

Así tenemos que el derecho internacional exige como elementos constitutivos de un Estado, el territorio, la población y el gobierno, los cuales fueron reconocidos en el Convenio sobre Derechos y Deberes de los Estados firmado en Montevideo en 1933, el artículo 1 dispone:

“El Estado como persona del Derecho Internacional debe reunir los siguientes requisitos: I. Población

*permanente. II. Territorio determinado. III. Gobierno. IV. Capacidad de entrar en relaciones con los demás Estados*⁹⁷.

En cuanto el primer elemento, supone que toda sociedad se encuentra asentada sobre un territorio, y por lo tanto el Estado ejerce sus poderes jurídicos sobre un espacio que se convierte en frontera entre lo interno y lo internacional, sea cual fuere su extensión territorial, o bien si las fronteras terrestres no estuvieran completamente determinadas e incluso si el territorio o parte de éste es objeto de reclamación por otros diversos.⁹⁸

El segundo elemento se da por sí solo, puesto que es un asentamiento humano creador de la estructura para asegurar el orden, cuya exigencia según el derecho internacional se debe a la existencia de población causa

⁹⁷ *Convención sobre derechos y deberes de los Estados* recuperado el 15 de septiembre de 2012 de <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-40.html>

⁹⁸ Citando a Mariño, actualmente ningún Estado se ha formado jurídicamente sin territorio, siendo irrelevante la mayor o menor extensión que éste tenga, incluso si el territorio sea sujeto de reclamación por tercero al margen que no es el único elemento que determina un Estado. MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., *op. cit.*, nota 58, pp. 100-101.

generadora para una organización política, de manera similar al territorio, es irrelevante la magnitud de la población, al igual que las condiciones en las que se encuentre. Sin embargo, si puede estar determinada por el elemento nación, es decir, por una identidad cultural.

El tercer elemento, relativo a la existencia de un gobierno efectivo, dotado de poderes suficientes para mantener el orden dentro del territorio, posee una mayor relevancia, puesto que cuando existan los dos elementos anteriores, pero se carezca de un gobierno, no se configura un Estado, en virtud de que, el derecho internacional no considera como persona a un determinado grupo poblacional que carezca de un gobierno estable, es decir, que otros entes le disputen su poder por medio de las armas. Uno de los principales elementos en el ámbito jurídico es la legitimidad del gobierno; de ahí que la inexistencia de un gobierno estable puede variar en mucho para el reconocimiento de un Estado por el derecho internacional, sólo al tener los tres elementos referidos se obtiene el reconocimiento

jurídico de la existencia del Estado como sujeto del derecho internacional.⁹⁹

Ahora bien existe un elemento más que caracteriza al Estado nacional, la soberanía acorde con la independencia. Afirma Mariño que el requisito más específico y esencial en la identificación del Estado en el ámbito internacional es la independencia y, en consecuencia, la soberanía, que constituyen dos aspectos diferentes pero inseparables de la personalidad jurídica internacional; la soberanía, por su parte, constituye el conjunto de poderes supremos que conforman la condición jurídica general del Estado, mientras que la independencia significa la condición libre de decidir una forma de gobierno; consecuentemente, *“soberanía equivale a estatalidad, mientras que la independencia es el aseguramiento que el gobierno no esté subordinado a ningún otro poder”*¹⁰⁰.

Sobre esta característica especial de soberanía, se centra el análisis de la existencia y vigencia actual del

⁹⁹ *Ibidem*, p. 102.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 104.

Estado nación, en el sentido de que, en ella descansa su plena autonomía y autodeterminación,¹⁰¹ es decir si la soberanía subsiste en el Estado nacional, lo que conduce a confrontar los hechos que se presentan en el orden internacional con la posición jurídica del Estado dentro de las relaciones internacionales en las que se ve involucrado que inciden la aparición de organismos internacionales que ejercitan atribuciones estatales al margen de lo cual se configura un orden jurídico supranacional; consecuentemente, las implicaciones de las organizaciones internacionales y el aspecto de supranacionalidad, constituyen un aspecto de mayor fuerza.

La reflexión sobre la preminencia y permanencia del Estado nacional y soberano se da en el marco de la supranacionalidad que caracteriza a la región europea, cuyos Estados se distinguen por una transnacionalidad integrada en sus economías, un gobierno multi-nivel¹⁰² conformado al margen de un orden jurídico autónomo al cual los Estados están en cierta forma

¹⁰¹ ATTILI, Antonella, *op. cit.*, nota 48, p. 281.

¹⁰² FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A., *op. cit.*, nota 50, p. 589.

subordinados, pues incluso se señala la preminencia de éste sobre el orden jurídico interno de los Estados miembros de la Unión Europea, características de los que Roldán señala como Estados postmodernos que tienden a la superación del Estado nacional, puesto que las organizaciones supranacionales ejercen atribuciones que son propias de los Estados a cuya virtud deben la conformación de un orden jurídico comunitario.¹⁰³

De las características que permiten la identificación jurídica del Estado por el derecho internacional al margen de la soberanía, se desprende que este goza de los poderes inherentes a la soberanía tanto en su ejercicio interno como externo. En estas condiciones, el Estado en su potestad soberana decide voluntariamente delegar parte de sus atribuciones a un órgano externo como mejor medio para la prosecución de un fin común, en este sentido, decide libremente poner en práctica la política exterior que estima adecuada a sus intereses conforme a las normas internacionales. Consecuentemente, su condición soberana reconocida en

¹⁰³ ROLDÁN BARBERO, Javier, *op. cit.*, nota 49, p. 1223.

el exterior le permite participar en la *“formación de normas generales, asumir compromisos y obligaciones mediante tratados y actos unilaterales, establecer y mantener relaciones diplomáticas y consulares, disfrutar de inmunidad de jurisdicción y de ejecución, ser miembro de organizaciones intergubernamentales...”*¹⁰⁴, con lo que se afirma que la existencia del Estado nacional es condición para las relaciones internacionales, margen en el cual, los Estados europeos han decidido voluntariamente delegar el ejercicio de atribuciones estatales a órganos supranacionales para la consecución de fines específicos, conservando su soberanía con las limitaciones que ellos mismos han establecido.

Es precisamente el marco del derecho internacional el que pone la base al Estado y su estrategia para seguir operando, puesto que las relaciones internacionales tienen lugar sólo a partir del reconocimiento y personalidad del Estado al margen de la integridad de los elementos que lo constituyen. Sobrino Heredia, señala que el Estado nacional, continúa siendo

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 593.

la espina dorsal de la sociedad internacional, es tal reconocimiento, él que le permite contraer compromisos y obligarse a través de tratados internacionales, a ejercer su soberanía en el exterior como mejor convenga a sus intereses estatales, conservando en todo momento su potestad soberana¹⁰⁵.

En este contexto, el fenómeno de la supranacionalidad no ha desplazado al Estado nacional, sino más bien ha dado margen a un proceso de cooperación e integración que ha llevado a la construcción de nuevos entes internacionales, conformando a su vez un orden jurídico supranacional. En realidad éstos entes operan dentro de los lineamientos establecidos en el documento constitutivo, máxime cuando se trata de organizaciones internacionales a las que los Estados transfieren el ejercicio de competencias soberanas, característica por la que adquiere fuerza la supranacionalidad sin embargo, la cesión de atribuciones estatales, que se hace mediante la adecuación del texto constitucional, no implica una transferencia de parcelas de

¹⁰⁵ SOBRINO HEREDIA, José M., *op. cit.*, nota 71, p. 120.

soberanía, solo implica el ejercicio de funciones soberanas, cuyas normas derivadas del derecho comunitario están delimitadas únicamente en la materia específica de interés común, de esta manera no se trata de la creación de un Súper-Estado, puesto que las organizaciones internacionales no suponen el desplazamiento de los elementos propios del Estado.¹⁰⁶

En este marco, la base del proceso de integración son los tratados concluidos por los Estados en el ejercicio de su condición soberana, en los cuales establecen los principios y objetivos comunes, así como su estructura y funcionamiento. Las organizaciones internacionales tienen una personalidad distinta a los Estados, de acuerdo con Carrillo Salcedo, la subjetividad o existencia jurídica de las organizaciones internacionales es distinta a la de los Estados, ya que éstas se constituyen en torno a objetivos comunes en un área determinada, y por lo tanto poseen

¹⁰⁶ Sobrino Heredia en su exposición sobre las nociones de integración y supranacionalidad, deja en claro que éstas solo tienen lugar bajo la voluntad de los Estados para participar en la delegación de competencias a órganos internacionales, por lo que no puede dar lugar a un Súper-Estado puesto que el Estado sigue conservando su soberanía. *Ibidem*, p. 127.

una personalidad jurídica y efectos determinada por su especialidad, mientras que los Estados poseen derechos y deberes de acuerdo con el derecho de gentes. En efecto, la Corte Internacional de Justicia ha señalado que la personalidad jurídica de las organizaciones internacionales se encuentra implícita en el tratado constitutivo, cuyo reconocimiento internacional se realiza para alcanzar sus propósitos; sin embargo; no significa que éstos tengan los mismos derechos y obligaciones de un Estado, como lo asegura Carrillo:

*“Mientras que un estado posee la totalidad de derechos y deberes internacionales reconocidos por el Derecho internacional, los derechos y deberes de una organización internacional dependen de sus propósitos y funciones tal como son enunciados o estén implícitos en sus tratados constitutivos, y hayan desarrollado en la práctica”*¹⁰⁷

De este marco y de la condición jurídica del Estado, se desprende como elemento importante que dentro del entramado de relaciones internacionales

¹⁰⁷ CARRILLO SALCEDO, Juan A., *op. cit.*, nota 11, p. 404.

propiciadas por los Estados, son éstos mismos a través de los cuales pueden ejecutarse las decisiones y las consecuencias generadas en el derecho internacional, los acuerdos de los que forman parte, así como las decisiones que en virtud de éstos emanen de los órganos jurisdiccionales regionales o internacionales.

Por otra parte, las organizaciones internacionales, a diferencia de los Estados no tienen un territorio y una población, únicamente tienen un elemento constitutivo; consistente en los órganos a los que el tratado fundacional concede el ejercicio de las competencias atribuidas por los Estados miembros, cuyos órganos internacionales la ejercen bajo los lineamientos del tratado, Carrillo Salcedo señala, que la idea de función es punto clave en su operatividad, la cual es análoga a la de soberanía, y que otros de los elementos que presiden a la aceptación de compromisos, adhesión a órganos internacionales, o la transferencia de atribuciones soberanas, lo es la voluntad de los Estados, puesto que, aun cuando se esté en presencia de necesidades que demanden medios o recursos de una viable solución,

sigue estando en la voluntad de los Estados proceder a la cooperación o transferencias de atribuciones soberanas.¹⁰⁸

La comunidad europea es el reflejo del avance del proceso de integración, que ha tenido como eje central la delegación de atribuciones soberanas por los Estados miembros, el constante aumento de atribuciones y la funcionalidad, ha llevado a integrar la vertebración de estas relaciones internacionales constituyendo así el Tratado de la Unión Europea en 1992. La Unión Europea constituye la unidad del sistema europeo; sin embargo; la supranacionalidad que de ésta deriva, no implica la superación del Estado nacional, Roldán Barbero sostiene, que la Unión ayuda a reforzar la unidad nacional y al realizar un análisis a su tratado constitutivo, sus principios sobre el respeto de la igualdad soberana, la identidad nacional, las estructuras políticas incluso sobre la integridad territorial, afirma que el punto clave de la Unión

¹⁰⁸ Los diversos críticos que abordan el fenómeno de la supranacionalidad, coinciden en que la integración basada en la delegación de facultades soberanas se da al margen de la voluntad de los Estados, la cual hacen al margen de su soberanía. DÍEZ PICAZO, Luís M., *op. cit.*, nota 73, pp. 343-404.

es el componente estatocéntrico, puesto que, el Estado es actor protagonista, pues solo el Estado independiente disfruta de importantes prerrogativas que le permite entrar en estas relaciones internacionales.

Los mismos Estados miembros han resaltado esta importancia en sus interpretaciones al Tratado de la Unión Europea. El Tribunal Europeo ha sostenido que dicho tratado parte del respeto a la identidad de los Estados integrados en ella y de sus estructuras constitucionales, básicas, conforme al artículo 1.5.1:

“La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante la Constitución, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar la integridad territorial mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional”¹⁰⁹.

Los mismos Estados miembros defienden su soberanía a través de sus interpretaciones y, en última

¹⁰⁹ CARRILLO SALCEDO, Juan A., *op. cit.*, nota 11, p. 410.

instancia, son los que determinan los efectos de esta supranacionalidad. El mismo Tribunal español ha establecido que:

“La cesión del ejercicio de competencias de la Unión Europea y la integración consiguiente del Derecho comunitario en el nuestro impone límites...únicamente aceptables en tanto sea compatible con los principios fundamentales...de derecho establecidos por la Constitución nacional”¹¹⁰.

Cuestión que resulta lógica ya que, es en el marco de las atribuciones donde se hacen la delegación de las mismas, las cuales deben ser conformes con los principios que la Constitución establece.

De lo analizado, se desprende que la vigencia del Estado nacional, no sólo está presente, sino que el punto de partida en el que se configuran las relaciones internacionales, y por medio del cual es posible la ejecución o realización de lo que se integra en el exterior. El Estado sigue poseyendo los tres elementos

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 409.

constitutivos, así como la soberanía reconocida por el derecho internacional, lo que permite que se sigan forjando las relaciones internacionales.

Aun cuando la globalización ha orillado a nuevas formas de operatividad jurídica, no puede considerarse al Estado nacional como una fórmula superada; en una óptica abierta, se diría que ante problemas globales, soluciones y acciones de manera conjunta o global, sin que ello implique la superación del Estado, que es la forma de organización política primaria y mediante la cual es posible la conformación de redes en el orden internacional, incluso es más cercano a sus ciudadanos y necesidades particulares. Lo que si puede es denominarse de conformidad con los cambios que demanda el orden internacional, un Estado nacional ilustrado, entendiendo por éste la comprensión de una nación de ciudadanos al margen del reconocimiento de los principios universales de los derechos humanos que dan lugar a la creación de comunidades regionales y universales mediante las cuales se resuelvan la mayor parte de los problemas de la sociedad mundial con miras

hacia la justicia, la libertad, la democracia y los derechos y libertades fundamentales.¹¹¹

De acuerdo con Carrillo, los Estados posmodernos y la supranacionalidad corresponden a la comprensión de la realidad política y jurídica que se presenta en el orden internacional sin embargo, el Estado nacional y soberano es punto central en el proceso de institucionalización internacional que se ha dado a raíz de las múltiples y diversos organismos internacionales; incluso, así como el Estado delega facultades a órganos externos, de igual manera puede separarse de éstos mediante las condiciones que el propio tratado constitutivo establece.

En este contexto, son los Estados sujetos de las relaciones internacionales los que crean el orden jurídico internacional, los que se comprometen y obligan a través de acuerdos, y los que reconocen el derecho internacional y que con base en su soberanía, muestran la apertura a los nuevos cambios al reformar sus constituciones

¹¹¹ HÖFFE, Otfried, *op. cit.*, nota 96, pp. 31-36.

nacionales; son los Estados, exclusivamente, los que en última instancia deciden los alcances y ejecutan las decisiones de los órganos internacionales, cobrando mayor relevancia la ejecución de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales en el cumplimiento de sus compromisos contraídos; es decir, los que hacen posible la operatividad de los cambios suscitados en el derecho internacional en sus espacios internos.

Por último, Tejadura Tejeda en su reflexión sobre el Estado westfaliano, afirma que el Estado es la única fuente mediante la cual puede alcanzarse la garantía de los derechos.¹¹² La supranacionalidad es una herramienta más no puede suplir al Estado por dos razones en principio, es la célula primaria de la organización política de una sociedad determinada y concreta, y sólo en el nivel estatal se produce una ordenación de los derechos en virtud de su organización política soberana, por consiguiente, está en posibilidad de ejecutar el ordenamiento internacional. Por otro lado, se corre el riesgo de que la sociedad globalizada sea

¹¹² TEJADURA TEJEDA, Javier, *op. cit.*, nota 2, p. 334.

devorada por las mafias internacionales y no se encuentre una fuerza concreta ante la cual los ciudadanos puedan alegar derechos y asegurar su garantía de éstos. Lo que, se requiere en el mejor de los casos, es la integración en plenitud en la interacción del Estado con el orden internacional, ya que de acuerdo con Gomes Canotilho, el Estado debe caminar en torno a sus fines renovadores a un Estado de derecho democrático, social y ambiental dentro del plano interno en consecuencia, deben mostrarse como Estados abiertos internacionalmente, amigos y cooperantes en el plano exterior a fin de articular lo interno con lo externo de la órbita estatal.¹¹³

1.6. El Estado constitucional y su apertura al Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Reflexionando sobre el Estado constitucional, éste se sustenta sobre las bases de la limitación del poder en contraposición del poder arbitrario para asegurar a su vez la garantía de los derechos fundamentales de las

¹¹³ GOMES CANOTILHO, José J., *Teoría de la Constitución*. España, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2003, p. 46.

personas, de ahí que entonces, la cuestión de los derechos se configura como uno de los puntos principales del constitucionalismo, en ello se legitima el cambio del sistema político que sustituyó al sistema absolutista o Estado totalitario.

En este contexto, se puede admitir que la limitación del poder implica en cierto modo una relación a la soberanía, cuyos límites únicamente se sujetan o se constituyen alrededor del derecho, tanto en el ejercicio del poder soberano del Estado en el exterior, como en el interior. Así se explica que el eje central de la paz westfaliana, que se encuentra en la igualdad soberana de los Estados como principio del derecho internacional, propició el establecimiento de reglas que representan límites al ejercicio del poder soberano del Estado en vista del respeto de la igual soberanía de sus homólogos; consecuentemente, por segunda ocasión ante el contexto histórico de las guerras beligerantes que alcanzaron su mayor expresión en la denominada segunda guerra mundial, condujo al derecho internacional al reconocimiento de la dignidad humana sobre la que se

fundamentan los derechos humanos y las libertades fundamentales, nueva fuente y eje central del desarrollo del derecho internacional, que a su vez se convierte en condicionante en el ejercicio de la potestad soberana del Estado ¹¹⁴.

De tal manera que lo que antes constituyó fuente de protección por el derecho constitucional, la limitación del poder y la protección de derechos, y como única instancia de reconocimiento y establecimiento de los derechos por la Constitución estatal, ahora se extiende, al ámbito mundial que encuentra su punto de partida en el derecho internacional con la firma de la Carta de las Naciones Unidas en 1945, la cual reafirma y es base de su constitución, “*la fe en los derechos fundamentales del hombre, la dignidad humana y el valor de la persona humana...*”¹¹⁵ a partir de la cual, se sientan las bases para un sistema universal que se reafirma con la Declaración

¹¹⁴ SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, España, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 35-42.

¹¹⁵ ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *op. cit.*, nota 7.

Universal de los Derechos del Hombre emitida en 1948, instrumentos a partir de los cuales se han venido emitiendo múltiples y diversos documentos y tratados sobre derechos humanos al margen de las cuales también se han creado organismos jurisdiccionales internacionales que se encargan de darle contenido y eficacia, al margen de ello, se ha delineado un derecho internacional de los derechos humanos.

Este avance también ha tenido eco en el ámbito regional, se ha instituido un sistema en pro de los derechos humanos. En el sistema europeo tenemos el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, cuyo órgano jurisdiccional se concentra en el denominado Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el sistema interamericano surgido con la Carta de la Organización de los Estados Americanos de 1948, se ha proclamado la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, conformándose un sistema operativo para su observancia mediante la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, creadora a su vez de la

Comisión Interamericana y Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el sistema africano se tiene la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 y 1986, lo que ha implicado la expansión y reforzamiento de instrumentos y organismos internacionales que trascienden en la esfera de actuación de los Estados y especialmente en la renovación de sus órdenes constitucionales internos.¹¹⁶

De esta manera, el derecho internacional ha sido forjador del establecimiento de un sistema de valores universales relacionados con el reconocimiento de la dignidad humana en todos los ámbitos, identificados en el desarrollo económico, social y cultural, que tiene como consecuencia, la paz, la justicia y la democracia, cuyo eco alcanzado en los sistemas regionales ha contribuido a la formación de un consenso internacional que ejerce fuerza en el orden interno estatal y que reclama su inclusión en las Constituciones de los Estados, puesto que, al tener los

¹¹⁶ FERRER MAC GREGOR, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez mexicano", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Chile, año 9, núm. 2, 2011, pp. 531-622, recuperado el 12 de junio de 2012 de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4039895>

derechos fundamentales como punto central de la dignidad humana, éstos tienen una vinculación de alcance general o universal.¹¹⁷

Lo anterior nos permite entrar al análisis sobre su importancia y sobre el proceso de apertura del derecho internacional de los derechos humanos en el orden interno de los Estados. Generalmente los textos constitucionales habían aceptado la incorporación del derecho internacional como parte de las relaciones internacionales de los Estados en el marco de la política externa, regida por el derecho internacional convencional donde es clasificado como derecho internacional público, de ahí que los tratados internacionales que conformaban el derecho internacional, se enunciaba como parte del orden interno de los Estados. Como ejemplo tenemos la Constitución mexicana que desde su promulgación en 1917 reconoció en el artículo 133 la incorporación del

¹¹⁷ APARICIO PÉREZ, Miguel Á., “La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como la cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales”, *Jueces para la Democracia*, España, núm. 6, 1989, p. 12, recuperado el 23 de agosto de 2012 de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2529904>

derecho internacional al establecer que los tratados internacionales ratificados por México serán ley suprema de toda la Unión.¹¹⁸ Este precepto tiene su referencia en la Constitución estadounidense emitida en 1787, en términos similares incorpora el derecho internacional en ese país. De igual manera, la Constitución española de 1978, reconoció expresamente en el artículo 96.1 que *“Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados en España, formaran parte del ordenamiento interno”*¹¹⁹.

Esta incorporación del derecho internacional en el orden interno constitucional, opera de acuerdo con las normas convencionales establecidas por el derecho internacional clásico, al margen de la soberanía de los Estados. Estas normas, reglas y principios se transforman por la adopción de principios universales, como los valores fundamentales del derecho en torno a la justicia,

¹¹⁸ *Artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, recuperado el 23 de agosto de 2012 de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos/133.pdf>

¹¹⁹ *Artículo 96.1. de la Constitución Española* recuperado el 18 de junio de 2012 de <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=93&fin=96&tipo=2>

los derechos humanos y libertades fundamentales, los cuales se colocan en un nivel máximo.¹²⁰ Como vemos, es de gran relevancia no sólo la incorporación del derecho internacional sino la apertura de la Constitución a los derechos universalmente reconocidos por el derecho internacional, así como del nuevo orden internacional que converge en torno a ellos, como legitimación y fortalecimiento del Estado constitucional.

Sin embargo, el proceso de apertura en las constituciones estatales ha sido lento, gracias a una postura cerrada que se encubre en el concepto de soberanía. En el panorama que aún persiste y que dificulta una actitud positiva hacia la apertura a lo internacional, se refleja en las disyuntivas a que hace alusión Gomes Canotilho, como consecuencia de la soberanía, cuyo ejercicio se ejecuta en un sistema de relaciones horizontales donde el Estado conserva su

¹²⁰ Este nivel máximo se esgrime de que todo régimen democrático debe tener a los derechos fundamentales como centro y eje de todo el ordenamiento jurídico. TORO HUERTA, Mauricio I. del, "La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 112, 2005, pp. 325-363.

potestad como afirmación de su soberanía. Consecuentemente se conserva la centralidad jurídica de la Constitución interna, puesto que al ser dada por el poder constituyente representante del pueblo soberano, se presenta como carta de soberanía e independencia frente a otros Estados; por ende, la aplicación del derecho internacional se realicen conforme a los términos fijados por la Constitución frecuentemente con rango supralegal, rechazándose en muchos casos la aplicación de normas internacionales en el orden interno.¹²¹

Este panorama, como seguramente se habrá presentado en muchos de los casos, se reflejó en el debate sobre el artículo 10.2 de la Constitución española, que proponía la recepción expresa de los convenios y pactos internacionales sobre derechos humanos en el texto constitucional, a lo cual se opuso rotundamente un grupo contrario, cuyos argumentos se basaban en la soberanía y la supremacía del orden constitucional, según los argumentos del senador socialista Sainz de Baranda referidos por Aparicio Pérez; consistentes en que, España

¹²¹ GOMES CANOTILHO, José J., *op. cit.*, nota 113, pp. 46-47.

ya estaba inserta en el orden internacional de los derechos humanos con la incorporación constitucional de los convenios y tratados internacionales como derecho interno propio, además, no podía aceptarse otro criterio integrador que el que le dieran los propios constituyentes, puesto que de lo contrario se iría contra las decisiones soberanas del poder constituyente, y porque *“esa enmienda pretendía introducir por la puerta falsa un precepto que rompía con los pactos constitucionales. Según su análisis, el permitir y ordenar la integración del derecho español en ellos, no implicaba una mera introducción en el orden jurídico interno de los tratados, sino que se estaría aceptando otra Constitución paralela, lo que traería como consecuencia la destrucción del esquema del sistema constitucional”*¹²².

¹²² Señala, que en realidad el punto central de los argumentos opositores consistían en las implicaciones políticas, puesto que refiriendo al derecho de educación establecido en el artículo 13.3. de los Pactos Económicos y Sociales, que otorgaba la libertad a los padres o tutores a escoger para sus hijos o pupilos a las escuelas distintas a las autoridades públicas y de hacer que reciban la educación religiosa o moral que este de acuerdo a sus convicciones, implicaba que en el ejercicio de éste, se podía dar la posibilidad de que cualquier padre pudiera solicitar una subvención del Estado y éste tendría que dársela, puesto que está garantizado en los pactos y en su momento por la Constitución; lo que de algún modo implicaría

Finalmente, y después de ajustes y reajustes a la propuesta de iniciativa, la Constitución española se abrió a la recepción expresa de los convenios y pactos internacionales de derechos humanos, al establecer en el artículo 10.2 expresamente:

*“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.*¹²³

A este precepto le antecede el reconocimiento de la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes, éstos como, fundamento del orden público y la paz social ;¹²⁴ conforme a lo cual, la Constitución española incorpora los valores de la libertad y la dignidad

una intromisión a las decisiones soberanas internas del Estado. APARICIO PÉREZ, Miguel Á., *op. cit.*, nota 117, pp. 9-10.

¹²³ *Artículo 10.2 de la Constitución Española*, recuperado el 16 de julio de 2012 de <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=10&fin=55&tipo=> Esta redacción final integró expresamente la Declaración Universal de Derechos Humanos y admitió la interpretación conforme.

¹²⁴ *Ibidem*, artículo 10.1 de la Constitución Española.

política como parte de la justicia y la paz social, dotando de contenido a todo el sistema de los derechos y de la Constitución misma, al instituir, en el segundo apartado del artículo 10, la recepción expresa de los instrumentos internacionales de derechos humanos como canon de regulación y aplicación de los derechos constitucionalizados.

El gran contenido implica el reconocimiento de los derechos humanos en el ámbito internacional justifica la importancia de su constitucionalización por parte de los Estados; puesto que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de alcance universal establecidos por el derecho internacional que a su vez contribuyen al fortalecimiento del Estado constitucional, tal como se ha reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su preámbulo refiere a las libertades fundamentales como exigencia de un régimen político verdaderamente democrático.¹²⁵

¹²⁵ APARICIO PÉREZ, Miguel Á., *op. cit.*, nota 117, pp. 9-10.

La apertura al derecho internacional de los derechos humanos en los textos constitucionales refuerza el compromiso interno con el derecho internacional y asegura el camino hacia un Estado constitucional democrático de derecho. De acuerdo con Saiz Arnaiz, la apertura internacional del Estado exige que en la Constitución se inserte la cláusula de apertura, lo que trae como consecuencia el reconocimiento constitucional de los valores fundamentales inherentes a toda persona, por lo tanto, le permite ampliar sus normas relativas a los derechos y libertades de las personas.

La respuesta al progresivo avance del desarrollo de los derechos humanos en el ámbito internacional, se ha venido dando en un lento pero continuado proceso en los Estados a través del establecimiento de cláusulas de apertura en las constituciones.

Así tenemos que Argentina, de acuerdo al precepto establecido en el punto 22 del artículo 75, incorporó los tratados internacionales sobre derechos humanos; a los cuales les otorgó una jerarquía

constitucional, puesto que adquieren una jerarquía supralegal.

En el caso de Colombia, mediante la disposición establecida en el artículo 93 de la Constitución: *“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”*¹²⁶. Aunque su redacción no es muy clara en cuanto al reconocimiento sí implica una apertura al reconocimiento de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

El texto constitucional de Chile es un claro ejemplo de la admisión expresa de la limitación de la soberanía del Estado en aras de la prevalencia de los derechos humanos que son reconocidos en los tratados internacionales, al establecer en su artículo 5:

¹²⁶ *Artículo 93 de la Constitución colombiana*, recuperado el 19 de noviembre de 2012 de <http://www.banrep.gov.co/regimen/resoluciones/cp91.pdf>

*“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.*¹²⁷

Con dicho precepto se da una apertura más amplia, ya que los admite como límites de la soberanía y además se refiere a ellos como derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconociendo como parte de ellos los establecidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado chileno.

En el caso de Perú, la apertura se hace de manera similar a España, al incorporar expresamente la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás tratados internacionales como parámetros en la aplicación de los derechos constitucionalizados, pues establece en la cuarta de disposición final y transitoria, que:

¹²⁷ *Artículo 5 de la Constitución Política de la República de Chile*, recuperado el 13 de junio de 2012 de http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú¹²⁸

En tanto la República Dominicana en su artículo 74, inciso 3), establece que:

“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado”¹²⁹.

Este precepto es una clara apertura al derecho internacional de los derechos humanos, porque aparte de que los reconoce expresamente como parte de la

¹²⁸ *Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución del Perú* recuperado el 03 de mayo de 2012 de <http://www.tc.gob.pe/legconperu/constitucion.html>

¹²⁹ *Artículo 74 de la Constitución de la República Dominicana*, recuperado el 13 de julio de 2012 de http://www.suprema.gov.do/PDF_2/constitucion/Constitucion.pdf

constitución, ordena que sean de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado. También además agrega en el inciso 4) que los derechos humanos se interpretarán y aplicarán por los poderes públicos en el sentido más favorable a la persona, que constituye el reconocimiento del principio pro-persona por el texto constitucional, es decir, conforme a los estándares del derecho internacional en la interpretación y aplicación de los derechos.

De igual manera, México reformó del 10 de junio de 2011, el Capítulo 1 del Título Primero para denominarlo de los Derechos Humanos y sus Garantías, en cuyo artículo 1 reconoce a los tratados de derechos humanos como parte de la Constitución para todos los mexicanos. Asimismo, estableció las reglas de interpretación y aplicación que corresponden a los principios de interpretación conforme pro persona, con lo que se mostró acorde con los avances del derecho internacional en el ámbito de los derechos humanos, lo que significa un avance en el constitucionalismo estatal:

“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...

*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”.*¹³⁰

Estos casos de apertura al derecho internacional de los derechos humanos, incluso en algunos casos haciendo referencia directa a instrumentos internacionales y a la adopción de la interpretación evolutiva de los derechos humanos, contribuyen a la reafirmación de un Estado constitucional democrático, en la medida que el constitucionalismo tiene como fin la garantía de los derechos humanos y, como consecuencia, un régimen democrático de derecho.

¹³⁰ *Diario Oficial de la Federación*, viernes 10 de junio de 2011, recuperado el 11 de julio de 2012 de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011

Del Toro Huerta, afirma que la dignidad humana ha sido la premisa principal del Estado constitucional, ya que este tiene como objetivo la limitación del poder a través del derecho y, como consecuencia, la sublimación de los derechos fundamentales, eje central del derecho internacional en las relaciones en que interactúa el Estado y la sociedad mundial. En esta esfera, se ha obtenido una definición y un desarrollo más amplio y protector de los mismos, de ahí que lo que antes solo constituía competencia de las constituciones estatales o leyes fundamentales, hoy se ha extendido al ámbito internacional, lo que representa nuevos mecanismos que contribuyen a hacer factibles los derechos humanos. Así se afirma que el derecho internacional se hace útil para los fines del derecho constitucional, al tener como fin primordial la vigencia y la eficacia en la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.¹³¹

En definitiva, la vinculación cada vez más creciente del derecho constitucional con el derecho internacional en especial la protección de los derechos y

¹³¹ TORO HUERTA, Mauricio I. del, *op. cit.*, nota 120, pp. 331-334.

libertades fundamentales, llega a tener un soporte fuerte, en vista de que se construye un régimen democrático propio del constitucionalismo. En ese sentido, en palabras de Mauricio del Toro, los poderes constituidos de los Estados no deben seguir viendo a la Constitución como un sistema cerrado de ordenamiento estatal, sino que las constituciones deben estar abiertas a la adopción de nuevas formas que contribuyan a la consolidación del régimen democrático y la vigencia plena y efectiva de los derechos humanos.¹³²

¹³² *Ibidem*, p. 333.

CAPÍTULO II.

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La evolución histórica que ha tenido esta forma de regular la jerarquía de los elementos jurídicos dentro de nuestro estado haremos un recuento de las prescripciones establecidas en la Constitución antes de la reforma del 10 de junio de 2011, para efecto de comprender los problemas tanto de resistencia por parte de los operadores jurídicos como la falta de elementos prácticos y hasta pedagógicos para materializar las obligaciones que actualmente demanda nuestra Carta Magna.

Dicho así, analizaremos lo establecido en el artículo 133 de nuestra Constitución, de cuya interpretación han surgido debates tan conocidos como el de dilucidar cuál es la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano; si los tratados internacionales forman parte del derecho interno directamente y cuál es el peldaño que ocupan dentro del sistema jurídico; si existe supremacía entre el derecho federal sobre el local, o bien, cuál derecho aplicar en caso de haber divergencia entre

dos normas de igual jerarquía. Estos cuestionamientos llevan a enmarcar diversos puntos en el tema de supremacía constitucional, donde la nueva tendencia se inclina, de acuerdo con la reforma constitucional al artículo 1º, a hacer prevalecer en todo tiempo la norma que más favorezca a las personas o que otorgue la protección más amplia a los derechos humanos.

2.1. Qué es la supremacía constitucional

Este término significa preeminente o superior. En la teoría del derecho constitucional, la supremacía constitucional corresponde a un principio, que caracteriza a toda Ley fundamental de un Estado, y que por ser ésta fundamental,¹³³ adquiere el carácter de suprema; es decir, la Constitución goza del carácter preeminente y superior en relación con todo el ordenamiento jurídico de un Estado.

¹³³ La fundamentalidad también corresponde a otra característica de una Constitución de un Estado, la cual consiste en que, siendo la Constitución ley suprema, funciona como base de todo el sistema jurídico normativo, lo que nos conduce a la validez de las normas emitidas conforme a ella. CARBAJAL, Juan A., *op. cit.*, nota 4, p. 217.

En efecto, con base en este principio la Constitución, viene a ser la columna vertebral de la organización de una sociedad plasmada en un documento. En este sentido, la Constitución ha sido definida desde diversas perspectivas de donde derivan las diversas clasificaciones.

Dentro de la teoría política encontramos que la Constitución se clasifica en sentido político y en sentido normativo. Según Carl Schmitt, en el sentido político, la Constitución se concreta a la manera de ser resultante de cualquier unidad política derivada del poder constituyente que contiene las decisiones políticas fundamentales; en el sentido normativo, la Constitución comprende la regulación legal fundamental del sistema de normas supremas; o bien en el concepto de Kart Loewenstein, integra la estructura de la sociedad política organizada con el objeto de limitar la arbitrariedad del poder y de someterlo al derecho.¹³⁴

¹³⁴ Corresponde al concepto y clasificación de la Constitución aludida por diversos constitucionalistas. *Ibidem*, pp. 27-36 / URIBE BENÍTEZ, Oscar, *Supremacía Constitucional*, México, Centro de Estudios de Derechos e Investigaciones Parlamentarias, abril de 2009, pp. 28-32.

En la teoría del derecho, generalmente se conceptualiza en un sentido formal y material; en este último, la Constitución está referida a los principios incorporados por el poder constituyente en un momento dado que por lo tanto son prevalentes en el país, establece la parte orgánica referida al funcionamiento del poder público así como la parte dogmática consistente en los derechos individuales de las personas.¹³⁵ Por su parte, en sentido formal, la Constitución viene a ser el orden jurídico fundamental de la sociedad, establecido de una sola vez, cuyo sentido formal, señala Uribe Arzate (2010) al referir a Gudiño Pelayo, que es el de mayor importancia en el derecho constitucional.¹³⁶

De las referencias anteriores se desprende que la Constitución de un Estado es el documento más importante de carácter político, social y jurídico y que como tal ninguna norma puede ser superior a ella. En este sentido, adquiere preeminencia y se justifica supremacía, pues en palabras de Jorge Carpizo, la Constitución es la

¹³⁵ Giorgio del Vecchino, Thomas Payne entre otros referidos por CARBAJAL, Juan A., *op. cit.*, nota 4, pp. 27-36.

¹³⁶ URIBE ARZATE, Enrique, *Principio de Supremacía Constitucional, El exégesis y prolegómenos*, México, Porrúa, 2010, pp. 42-43.

norma cúspide de todo el orden jurídico al ser el alma y la savia que vivifica el derecho, base de todas las instituciones del Estado.¹³⁷

Este principio, proviene de Estados Unidos al margen del constitucionalismo naciente, aunque algunos autores hacen referencia a diversos órdenes jurídicos anteriores a la formación del Estado nacional.¹³⁸ Recordemos que anteriormente a la formación como Estado las “*trece colonias inglesas*” al momento de independizarse consideró a su Constitución como ley fundamental, y es precisamente por esta situación que la integración del Estado reviste especial importancia, pues el éxito de la unión de las colonias se encuentra en la determinación de la supremacía de la Constitución de

¹³⁷ CARPIZO MAC GREGOR, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 4, 1969, pp. 3-32, recuperado el 16 de diciembre de 2012 de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2170266>

¹³⁸ Carpizo, hace referencia a una evolución del principio de supremacía constitucional, en el que señala como parte de los antecedentes, la existencia de la teoría en la Edad Media en las que primaba la superioridad del derecho natural sobre el derecho positivo, el cual debería ir conforme a materializar los principios del derecho natural; o bien, la existencia en Francia del siglo XVII de la figura *Heureuse impuissance* figura mediante la cual, el rey no podía dictar un acto contrario contra las leyes constitucionales, de lo contrario éste era nulo. *Ibidem*, pp. 4-7.

Estados Unidos de América que constituyó la unión del Estado.

Colombo Campbell afirma que la idea de la supremacía de la Constitución fue desarrollada por primera vez en 1788 por Alexander Hamilton, quién afirmó que *“una Constitución es de hecho, y así debe ser considerada por los jueces, como una ley fundamental. Si se produce una situación irreconciliable entre la Constitución y la ley, por supuesto la Constitución debe prevalecer por sobre las leyes”*.¹³⁹ Formalmente, la supremacía de la ley fundamental fue incorporada en la Constitución estadounidense de 1789, en el artículo sexto, sección 2 a donde se estableció que la Constitución y las leyes de Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, así como los tratados celebrados y que se celebraran por las autoridades, serían la ley suprema de la unión.¹⁴⁰

¹³⁹ COLOMBO CAMPBELL, Juan, “Funciones del Derecho Procesal Constitucional”, *Ius et Praxis*, vol. 8, núm. 2, 2002, pp. 11-69, recuperado el 18 de junio de 2012 de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2270116>

¹⁴⁰ GUDIÑO PELAYO, José de J., “Lo confuso del control difuso de la Constitución. Propuesta de interpretación del artículo 133 constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*

En la interpretación judicial, el antecedente histórico y teleológico del principio de supremacía constitucional, y a su vez el de jerarquía de las leyes, se encuentra en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América, al resolver el célebre caso *Marbury versus Madison* en 1803, cuyo razonamiento, al margen de la interpretación de los artículos tercero, sección 2ª, párrafo 1,¹⁴¹ y sexto, sección 2ª,¹⁴² circunscribió los alcances de la supremacía, y dio lugar a los puntos centrales del constitucionalismo moderno, al considerar la Suprema Corte que:

Constitucional, México, núm. 3, 2005, pp. 159-187, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2530974>

¹⁴¹ Gudiño Pelayo, al realizar un análisis sobre la interpretación de la Corte Suprema de Estados Unidos, refiere la sincronía entre los dos preceptos, respecto al primero que establece “El poder judicial se extenderá a todos los casos en la ley y equidad que surjan de la Constitución, las leyes de la Federación y todos los tratados hechos o que se hagan bajo su autoridad”, emanado el control de la constitucionalidad, así también la supremacía constitucional. *Ibidem*, p. 33.

¹⁴² “Esta Constitución y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la constitución o las leyes de cualquier Estado”. CARBAJAL, Juan A., *op. cit.*, nota 4, p. 487.

“Como documento dado por la voluntad soberana y originaria del pueblo, los principios de la constitución se consideran fundamentales; todos aquellos que han elaborado constituciones las consideran como ley fundamental y suprema de la nación.

La Constitución consigna facultades y límites a la actuación de los poderes públicos que no pueden ser traspasados. De lo contrario, las constituciones escritas son un intento absurdo por parte del pueblo para limitar el poder que por su propia naturaleza es ilimitable.

*La Constitución prevalece sobre todo acto legislativo que la contraría. La teoría de los gobiernos debe ser que una ley que repugne con la Constitución debe considerarse inexistente. Los tribunales deben tomar en cuenta a la Constitución, la cual es superior a toda ley ordinaria del legislativo, y por lo tanto, tiene que prevalecer en aquellos casos en que otro precepto se oponga a la ley fundamental, o bien, cuando ambas sean aplicables”.*¹⁴³

¹⁴³ Estas puntualizaciones se desprenden de los argumentos establecidos en el fallo de la Corte de 1803 a los que hace referencia literalmente Carbonell. CARBONELL, Miguel, “Marbury versus Madison: en los orígenes de la supremacía constitucional y el control

Tales puntualizaciones se desprenden de la sentencia de la Corte, conforme a los cuales se encuentran los puntos centrales que fundamentan el carácter supremo de la Constitución, desde la premisa de que en ella se contienen los principios fundamentales derivados de la voluntad del pueblo, sometiendo el ejercicio del poder público a los lineamientos determinados por la ley fundamental. Por consecuencia esto da la pauta para la determinación del principio de jerarquía normativa al margen de establecer la superioridad de la Constitución sobre cualquier acto del Legislativo, conforme a la cual se determina la validez de las normas conforme al control constitucional por parte de los órganos jurisdiccionales.

Al margen de lo señalado, la propia Constitución establecía para sí su carácter supremo; coinciden los diversos constitucionalistas, que el principio de supremacía de la Constitución se centraba en el precepto establecido en el artículo 133 constitucional, al señalar

de constitucionalidad”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 5, 2006, pp. 289-300, recuperado el 03 de agosto de 2012 de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2528935>

que la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados internacionales que estén de acuerdo con la misma, serán la ley suprema de la unión, precepto cuya redacción se afirma, proviene del artículo 6º segunda sección de la Constitución estadounidense y que México lo incorporó, en la Constitución de 1857 en el artículo 126 y posteriormente a la Constitución de 1917 en el artículo 133, cuya única reforma a este artículo en 1934 dejó establecida específicamente la competencia del Senado en la ratificación de los tratados internacionales como requisito en el ejercicio de la facultad del presidente de la república para celebrar tratados internacionales, los cuales se incorporan al derecho interno.¹⁴⁴

Otros diversos constitucionalistas contemporáneos, como Gudiño Pelayo y Jorge Carpizo en sus reflexiones en torno a la Constitución, señalan que la Constitución es suprema por sus características y por provenir de un poder constituyente; de igual manera, la inexistencia del precepto constitucional establecido en el

¹⁴⁴ ORTIZ AHLF, Loretta, et al., *Ensayos en torno a una propuesta de reforma constitucional*, México, Porrúa, 2004, pp. 135-136.

artículo 133 no implicaría que nuestra Constitución dejará de tener el carácter supremo, pues éste se deduce de otros diversos artículos de la ley fundamental, que para Tena Ramírez, es consecuencia lógica del carácter rígido de la Constitución.¹⁴⁵

Ante esta perspectiva se afirma, que si bien la supremacía de la Constitución se encuentra formalmente establecida en el artículo 133, no únicamente este precepto la hace suprema, sino que se encuentra reconocida en diversas disposiciones del cuerpo constitucional. Para Jorge Carpizo, se reconoce principalmente en el artículo 41, que establece expresamente la atribución de competencias, delimitando las facultades a los gobiernos federal y local. De igual manera, el artículo 128 reafirma la supremacía al consignar el juramento de todo funcionario público de

¹⁴⁵ Tena Ramírez, citado por Carpizo, señala que no es necesario anunciar el principio de la supremacía de la Constitución, pues emana lógicamente de la soberanía rígida de la Constitución, considerando Carpizo que utiliza un término mal empleado, ya que la soberanía es la facultad del pueblo para constituir su orden jurídico, y la supremacía es un principio que el pueblo asienta en la creación de ese orden primario; el primero corresponde al concepto creador y el segundo corresponde a un concepto creado. CARPIZO MAC GREGOR, Jorge, *op. cit.*, nota 137, pp. 16-17.

guardar la Constitución, teniendo como fin no trastocar los principios establecidos en la Constitución, y en el artículo 135, el cual establece un procedimiento rígido a diferencia del ordinario para reformar el texto constitucional, con el fin de asegurar la justificación necesaria de la reforma constitucional.¹⁴⁶ En estos preceptos se contiene y refuerza implícitamente el carácter supremo de la Constitución, considerando Gudiño Pelayo que la institución formal de la supremacía no es indispensable, pero puede considerarse como útil o conveniente.¹⁴⁷

¹⁴⁶ Carpizo al citar el pensamiento de Bourdeau, señala que existe supremacía material y supremacía formal; la primera se refiere al estatuto primordial que determina la actividad jurídica, y se encuentra establecida en los artículos 41, 128 y 133, y la supremacía formal, se refiere a las constituciones escritas y rígidas, encontrándose en el artículo 135 de nuestra Carta Magna. *Ibidem*, p. 17. De igual manera, la Suprema Corte, señala que la superioridad de la Constitución no solo se encuentra explícitamente por el artículo 133 sino que se distribuye a lo largo de todo el ordenamiento jurídico a través de las múltiples disposiciones que regulan los procedimientos de creación normativa, así, el artículo 89 fracción X, señala los lineamientos que el Presidente de la República debe observar al ejercer la facultad de la celebración de tratados internacionales. *La Constitución y los tratados internacionales. Un acercamiento a la interpretación judicial de la jerarquía de las normas y la aplicación de los tratados en la legislación nacional*, recuperado el 19 de octubre de 2012 de <http://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/LA%20CONSTITUCION%20Y%20LOS%20TRATADOS%20INTERNACIONALES%201103.pdf>

¹⁴⁷ GUDIÑO PELAYO, José de J., *op. cit.*, nota 140, p. 18.

En efecto, en la percepción de Uribe,¹⁴⁸ la supremacía constitucional generalmente se aborda en un sentido dogmático, aludiendo al estudio del precepto constitucional establecido en el artículo 133, de cuya interpretación y de acuerdo con la teoría kelseniana, la Constitución se encuentra en la cúspide de la pirámide normativa, y por lo tanto es ley suprema de la unión. Se justifica teóricamente en el carácter fundamental de la Constitución por ser la base de donde emana el orden jurídico estatal, en consecuencia de lo cual adquiere el carácter primario por ser fuente de las normas.

Al margen de la concepción formalista, la Constitución es el fundamento de todo el orden jurídico. Según el señalamiento del Tribunal peruano, la supremacía se obtiene de dos vertientes, la objetiva y la subjetiva. En el aspecto objetivo, la Constitución preside el ordenamiento jurídico, y en el aspecto subjetivo, ningún acto del poder público puede vulnerarla válidamente;¹⁴⁹

¹⁴⁸ URIBE ARZATE, Enrique, *op. cit.*, nota 136, pp. 43-45.

¹⁴⁹ PALOMINO MANCHEGO, José F., "Constitución, supremacía constitucional y teoría de las fuentes del derecho", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, España, núm.

como norma suprema prevalece sobre todas las demás condicionando a las normas que de ella derivan.

El aspecto dogmático de la supremacía constitucional que se concreta en el artículo 133 constitucional, va adquiriendo nuevos matices sobre los debates suscitados al respecto. Como quedó expresado, se abre, se desplaza y se fundamenta en otros dispositivos al margen del contenido de la Constitución. Incluso algunos criterios tienden hacia la superación del concepto formalista del principio de supremacía constitucional, lo cual hace necesario reflexionar más allá del sentido formal y abarcar los distintos aspectos de la Constitución; es decir, que la razón de ser del documento fundamental tienda a alcanzar su sentido pleno, que consiste, afirma Uribe Arzate, en el control efectivo de quienes ejercen el poder y la garantía de los derechos esenciales de los seres humanos, pues *“la supremacía constitucional debe verse como una proyección normativo-legal pero también como algo más que*

58-59, 2007, pp. 227-242, recuperado el 22 de julio de 2012 de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=345>

graduación y jerarquía normativa”; debe verse reflejada en la práctica jurídica ¹⁵⁰.

En este sentido, se trata de ver a la Constitución no solo en el ámbito normativo, sino también incorporar su parte esencial, que consiste, junto con la limitación de los actos del poder público, en la garantía de los derechos

¹⁵⁰ URIBE ARZATE, Enrique, *op. cit.*, nota 136, p. 8. Respecto de la eficacia y realización en la práctica jurídica de las normas constitucionales, cabe mencionar que una de las condiciones de constitucionalización del ordenamiento jurídico que maneja Guastini, radica precisamente en la fuerza vinculante de la constitución, dice él, que en la mayoría de las constituciones contemporáneas, la declaración de derechos que acompaña al conjunto de normas que organizan al Estado, comprende no únicamente normas claras y precisas que los confieren, sino además principios generales y disposiciones programáticas que no son susceptibles de aplicación inmediata, por exigir los primeros una interpretación y concretización por parte ya sea de los legisladores, juristas o jueces; y las segundas, la realización por ley de los programas económicos y sociales previstos por la constitución para el cumplimiento de los derechos conferidos. De tal manera que aunque estos principios generales y estas disposiciones programáticas son parte de las normas constitucionales, no son considerados por muchos como normas jurídicas genuinas y vinculantes, ni como normas jurídicamente eficaces, es decir, capaces de producir efectos jurídicos como la abrogación de leyes incompatibles anteriores a la constitución, ni la invalidez de leyes incompatibles sucesivas; sin embargo, dice Guastini, debe considerarse que toda norma constitucional independientemente de su estructura o contenido normativo, es una norma jurídica genuina, vinculante y susceptible de producir efectos jurídicos. Carbonell, Miguel (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2º ed., España, Editorial Trotta, 2005, pp.52-53.

fundamentales de las personas, por lo que a parte del aspecto formal de ser un cuerpo normativo, también contiene elementos denominados metajurídicos, que incluso señalan Suárez Camacho y Palomino Manchego, la supremacía que con ordinaria frecuencia se predica de la Constitución solo se justifica si se repara tanto en su origen y contenido como en el papel que le corresponde cumplir en el mundo del derecho,¹⁵¹ tendencia que apunta a mirar más allá de la cuestión formal y a abrirse a nuevos mecanismos que, sin lesionar la Constitución, tiendan a hacer factibles los pilares del constitucionalismo, la limitación del poder así como la protección y garantía de los derechos humanos al margen de la democracia. De ahí que este autor afirme que son las razones de origen, contenido y función, y no solo argumentos formalistas lo que permiten circunscribir la supremacía constitucional.¹⁵²

¹⁵¹ SUÁREZ CAMACHO, Humberto, *El sistema de control constitucional en México*, México, Porrúa, 2007./PALOMINO MANCHEGO, José F., *op. cit.*, nota 149, p. 230.

¹⁵² *Ibidem*, p. 231.

2.1.1. Jerarquía normativa

La jerarquía, implica la asignación de diferentes rangos de distinción de las normas jurídicas. Para ello se establece la relación de supra y subordinación dentro del orden jurídico; la relación de supra porque la Constitución es la máxima jerarquía; y de subordinación, porque las normas posteriores están siempre subordinadas a la Constitución.¹⁵³ De esta manera, afirma Palomino que hay diversas categorías de normas jurídicas que tienen diferente rango, relacionándose de manera jerárquica entre sí.¹⁵⁴

En efecto, al afirmarse la supremacía de la Constitución, se da la jerarquización de las leyes, donde la Constitución es la base del ordenamiento jurídico, y por lo tanto, es norma suprema; en consecuencia, el orden jurídico deja de ser una coordinación de normas para instituir una construcción escalonada de diversos estratos

¹⁵³ QUISBERT, Ermo, *Principios constitucionales*, recuperado el 12 de junio de 2012 de <http://ermoquisbert.tripod.com/dc/05.pdf>

¹⁵⁴ PALOMINO MANCHEGO, José F., *op. cit.*, nota 149, p. 232.

de normas jurídicas, tal como lo anunció Kelsen, al señalar que:

*“El orden jurídico no es un sistema de normas de derecho situadas en un mismo plano, ordenadas equivalentemente, sino una construcción escalonada de diversos estratos de normas jurídicas. Su unidad está configurada por la relación resultante de que la validez de una norma, producida conforme a otra, reposa en esa otra norma, cuya producción a su vez está determinada por otra; un regreso que concluye, a la postre, en la norma fundante básica presupuesta”.*¹⁵⁵

De esta manera, al ser la norma original fuente primaria, se crea una producción de normas jurídicas subordinadas, cuya estructura escalonada surge a partir de que la norma original, se convierte en directriz jurídica de las demás normas, lo cual produce la supra y subordinación jerárquica de las leyes, en donde la Constitución, se encuentra en la cúspide de la pirámide kelseniana y todas las demás normas que de ella emanen deben estar de acuerdo con la misma. Señala Suárez que es por virtud de relación de supra y subordinación en

¹⁵⁵ URIBE ARZATE, Enrique, *op. cit.*, nota 136, pp. 45-46.

que se encuentran las normas dentro de un ordenamiento jurídico dado, que se constituye la jerarquización de las leyes.¹⁵⁶

Para Colombo Campbell, las normas contenidas en la Constitución son de la mayor jerarquía dentro del orden jurídico, en virtud de constituir los lineamientos de la sujeción del poder del Estado y obren como límites a sus atribuciones y a la salvaguarda de los derechos de las personas.¹⁵⁷ Por eso, la jerarquía normativa constituye el elemento mediante el cual se tiende a garantizar el carácter supremo de la Constitución.

Diversos autores hacen referencia a los aspectos que determinan la jerarquía normativa, como consecuencia de la supra y subordinación del sistema jurídico. Por una parte, implica el sometimiento del poder público a la norma suprema; es decir, limita su actuación a lo establecido en la ley fundamental, en dos aspectos: en la emisión de las leyes reglamentarias, las cuales deben estar conformes a ella misma, y por otro lado, la

¹⁵⁶ SUÁREZ CAMACHO, Humberto, *op. cit.*, nota 151, p. 24.

¹⁵⁷ COLOMBO CAMPBELL, Juan, *op. cit.*, nota 139, p. 17.

observancia de los preceptos constitucionales en la aplicación de las leyes, lo que nos conduce a que ante la incompatibilidad de una norma frente a otra, los jueces deben preferir la que esté conforme a la Constitución, en este último aspecto, nos conduce al control constitucional de las leyes.¹⁵⁸

En consecuencia, la jerarquía determina la validez de las normas jurídicas. De acuerdo con Kelsen, el derecho regula su propia creación, una norma pauta la creación de otra, cuya relación es de supra y subordinación, en la que se coloca en el rango superior la Constitución, y las leyes que emanen de ella deben serle conformes. En este sentido, la jerarquía normativa consiste en hacer prevalecer la validez de unas normas jurídicas sobre otras.¹⁵⁹ De esta manera, la validez de una norma está determinada por otra, y ésta otra por una de mayor rango hasta llegar a la Constitución; de ahí que la validez de las normas dependen de otras.

¹⁵⁸ PALOMINO MANCHEGO, José F., *op. cit.*, nota 149, p. 232.

¹⁵⁹ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Argentina, Eudeba, 2004, p. 111.

En este sentido, para Palomino Manchego, una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de esta depende de aquella en cuya aplicación, una norma que contradice a otra superior carece de fuerza normativa e incurre en un vicio de invalidez, por lo que, la jerarquía normativa puede ser comprendida desde dos perspectivas; la que se basa en la cadena de validez de las normas y basada en las distintas fuerzas normativas.¹⁶⁰ Parece ser, que desde esta perspectiva se suscitan las divergencias en la jerarquización de leyes, pues para Gudiño Pelayo, lo correspondiente a la valoración de la fuerza de las normas dentro de un orden jurídico corresponde a un carácter de relación a *primacía* de la ley, donde la primacía significa *preferencia* y no jerarquía, lo que da lugar a diversas formas de jerarquía que posteriormente se expondrán.¹⁶¹

Sin embargo, existe coincidencia en las consecuencias que produce la jerarquía de las leyes:

¹⁶⁰ PALOMINO MANCHEGO, José F., *op. cit.*, nota 149, pp. 232-238.

¹⁶¹ GUDIÑO PELAYO, José de J., *op. cit.*, nota 140, p. 19.

a) La unidad del orden jurídico, la que a través de su graduación jerárquica se asegura la compatibilidad vertical y horizontal de las normas en un ordenamiento jurídico. Así, las normas inferiores deben adecuarse a las superiores y las de igual rango no deben contradecirse; es decir, debe haber la armonía en la producción de las normas conforme al texto constitucional. Una norma está condicionada a otra superior de la cual proviene hasta llegar a la última en jerarquía.

b) El control de las leyes, que conduce a revisar que las normas sean válidas de conformidad con la Constitución, cuya constitucionalidad, lleva a la eficacia de la supremacía constitucional.

c) Algunos autores señalan el estatus razonable como parte de la jerarquía, consistente en que las normas, como instrumentos para lograra los fines de la Constitución, deben producirse en concordancia con la efectiva realización de los preceptos constitucionales.¹⁶²

¹⁶² SUÁREZ CAMACHO, Humberto, *op. cit.*, nota 151, p. 25.

Dentro de una ubicación jerárquica general, se coincide en que la norma de mayor rango es la Constitución, y sobre los demás rangos existen diversos criterios. Para Palomino Manchego, la visión peruana ubica dentro de la jerarquía dos tipos de grupos; las normas con rango de ley, que vienen a ser las leyes, los tratados, los reglamentos y los decretos, y por otra parte se encuentran las fuentes con distinto rango de la ley, y en este grupo están la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho.

En nuestro sistema jurídico, el artículo 133 constitucional que establece en principio la supremacía constitucional, también es fundamento de la jerarquía normativa, conforme a él, se establece:

“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 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*¹⁶³.

Conforme a este precepto constitucional, señala Juan Alberto Carbajal, se refleja la jerarquía de leyes expresada por Kelsen, conforme a la cual no existe un sistema coordinado de normas, sino que se instituye un sistema jerarquizado al señalar que la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados internacionales que estén de acuerdo con la misma, serán la ley suprema de la Unión.¹⁶⁴

Sin embargo, hay diversas interpretaciones del referido artículo que discrepan de la jerarquización de las leyes. Por una parte, conforme a una lectura literal, señalan algunos autores que aparentemente las tres categorías de normas enunciadas se encuentran en el mismo rango jerárquico y forman la ley suprema. Sin embargo, en una reflexión más profunda, la Constitución es la ley suprema, en tanto que el propio precepto

¹⁶³ Recuperado el 04 de julio de 2013, de Secretaría de Gobernación, Unidad General de Asuntos Jurídicos, Orden Jurídico Nacional, <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos/133.pdf>

¹⁶⁴ CARBAJAL, Juan A., *op. cit.*, nota 4, p. 31.

constitucional establece una dependencia con respecto a la Constitución tanto de las leyes del Congreso de la Unión como de los tratados internacionales, los cuales deben estar de acuerdo con la Carta Magna. De ahí, claramente se desprende la supremacía de la Constitución sobre las dos posteriores categorías normativas. Asimismo, lo soporta el argumento de que la Constitución proviene de un Congreso constituyente que se reúne en momento y para siempre, mientras que las normas que emanan de ella son producto de los poderes constituidos por ésta. De esta manera, la Constitución se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico conforme a la pirámide kelseniana.

Respecto a los posteriores niveles jerárquicos, las diversas interpretaciones generan variadas posturas que se abordarán más adelante. Sin embargo, en México, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia por mucho tiempo se determinó que en el siguiente peldaño inmediatamente después de la Constitución, se encontraban las leyes federales y los tratados internacionales, y de acuerdo con Suárez, los posteriores

rangos jerárquicos coinciden en su asignación, de tal manera que por debajo de las leyes federales y tratados internacionales se encuentran las leyes ordinarias; es decir, materias del orden federal, local o municipal. Luego por debajo de éstas se ubican las normas de carácter administrativo denominadas, reglamentos, decretos, circulares y acuerdos, y en el último peldaño las normas individualizadas expedidas en ejercicio de las atribuciones constitucionales.¹⁶⁵

Dentro de esta pirámide existió un debate permanente a las leyes del Congreso de la Unión, también denominadas leyes generales y su vínculo con los tratados internacionales. Durante mucho tiempo se consideró que las leyes federales y los tratados internacionales se encontraban en el mismo rango jerárquico. Autores como Jorge Carpizo y Elisur Arteaga sostuvieron que los tratados son jerárquicamente superiores a las leyes ordinarias pero de igual jerarquía con las constitucionales.¹⁶⁶ Por su parte, la Suprema

¹⁶⁵ SUÁREZ CAMACHO, Humberto, *op. cit.*, nota 151, pp. 26-31.

¹⁶⁶ Jorge Carpizo y Elisur Arteaga, principales constitucionalistas que interpretaban en igual jerarquía normativa los tratados internacionales

Corte de Justicia de la Nación, al hacer una interpretación respecto al artículo 133 constitucional en 1992, sostuvo el criterio bajo el rubro “*Leyes federales y tratados internacionales. Tienen la misma jerarquía normativa*”¹⁶⁷. Actualmente se ha determinado bajo una nueva interpretación del artículo constitucional referido, la jerarquía superior de los tratados internacionales sobre las leyes generales, federales y locales.

El principal objetivo de esta jerarquización, en relación con el principio de supremacía es la articulación de las leyes, manteniendo el orden y respeto a la suprema ley constitucional como fuente del orden jurídico.

2.1.2. Diversas formas de jerarquía

Dentro de este debate, se han señalado diversas formas de jerarquía en cuanto a la interpretación del artículo 133, que se modificó una vez reformado el artículo primero de nuestra Carta Magna en 2011.

y las leyes constitucionales. Citados por ORTIZ AHLF, Loretta, *op. cit.*, nota 144, p. 137.

¹⁶⁷ Tesis P.C./1992, Registro No. 205596, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta LX, Octava época, Pleno, p. 277.

Siguiendo el análisis de lo que acontecía con anterioridad recordemos que el debate se había concentrado en dos aspectos, tanto en la jerarquía de los tratados internacionales y las leyes del Congreso de la Unión, como en el criterio con respecto a la relación jerárquica entre el orden federal y el orden local.

En opinión de algunos especialistas, la redacción del artículo 133 es imprecisa y oscura,¹⁶⁸ puesto que no precisa el orden jerárquico entre las leyes constitucionales y los tratados internacionales, que en su sentido literal vienen a ser la ley suprema de la unión. Algunos otros contemporáneos no comparten esta opinión, principalmente Gudiño Pelayo¹⁶⁹ señala que no es que se

¹⁶⁸ “El artículo 133, es por cualquier lado que se le considere, un precepto oscuro, incongruente y dislocador de nuestro sistema”. TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1998, p. 548.

¹⁶⁹ GUDIÑO PELAYO, José de J., *op. cit.*, nota 140, pp. 15-16. En este mismo sentido concuerda Carpizo, quien al hacer referencia a Waver, afirma que, las circunstancias de haber establecido el artículo de la supremacía constitucional en la Constitución norteamericana, obedeció a asegurar la unión y armonía entre los Estados que integraron Norteamérica, por lo que, era necesario, la unidad del sistema jurídico, es decir, que los Estados coexistan con el gobierno federal, que ninguna ley se expida átonamente contraviniendo los principios establecidos en la Constitución, sino que, cada una debe

trate de un artículo mal redactado, sino que el problema estriba en que se ha pretendido interpretar conforme a la tradición angloamericana. Sin embargo, debe interpretarse de acuerdo con nuestra tradición jurídica, puesto que no son las mismas circunstancias en las que se redactó el artículo de la Constitución estadounidense.¹⁷⁰

Lo anterior ha propiciado que se pretenda resolver tales problemas de la jerarquía de las normas mediante distintos criterios entre ellos el otorgamiento de un rango jerárquico igual entre las leyes del Congreso de la Unión y

contribuir a vivificar la Constitución misma que los une. CARPIZO MAC GREGOR, Jorge, *op. cit.*, nota 137, p. 12.

¹⁷⁰ De acuerdo con José Luis Caballero, la disposición del artículo 133 constitucional, tuvo como propósito fundamental establecer la primacía del pacto de la Unión a través de la conformación de un extracto normativo nacional -Constitución, tratados internacionales y leyes de desarrollo constitucional- como ley suprema en relación con el sistema de distribución de competencias establecido entre la federación y las entidades federativas. Cuyo propósito fue dejado de lado con el paso del tiempo, que ante un Ejecutivo federal hegemónico se supeditó el ámbito local, estableciéndose una jerarquía de leyes en cuyo vértice se ha destacado la supremacía constitucional. CABALLERO OCHOA, José L., *La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1º., segundo párrafo, de la constitución)*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, recuperado el 12 de junio de 2012 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/6.pdf>

los tratados internacionales, o bien, la primacía de las primeras frente a los segundos, y en el último de los casos, de los tratados internacionales frente a las leyes del Congreso de la Unión. Por otra parte, la importancia del orden federal sobre el local, o bien, la misma jerarquía entre éstas.

No existe controversia respecto a que la Constitución, es la ley suprema, de donde emerge el orden jurídico de toda la nación. El propio texto constitucional establece una subordinación con relación a las leyes del Congreso de la Unión, las cuales deben emanar de ella misma y los tratados internacionales los que deben integrarse como parte del derecho interno.

Durante mucho tiempo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia prevaleció una interpretación literal del artículo 133, consistente en que ambas categorías normativas mantenían una igual jerarquía, lo cual se sustentó en el criterio del máximo tribunal sentado en 1992, en cuya interpretación del artículo 133 constitucional, en el rubro: “LEYES FEDERALES Y

TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA” se estableció que tanto las leyes federales como los tratados internacionales tenían la misma jerarquía normativa; es decir, las dos categorías de ordenamientos se encontraban en igual nivel jerárquico.¹⁷¹

La anterior tesis fue sustituida, por el criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia en 1999, con el rubro: “TRATADOS INTERNACIONALES, SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.¹⁷² Se sostuvo la superioridad jerárquica de los tratados internacionales respecto a las leyes federales. Lo anterior, con el argumento de que los tratados internacionales son compromisos asumidos por el Estado mexicano conforme a las facultades que le otorga la Constitución al presidente de la república, así como al Senado, los cuales comprometen a sus autoridades frente a la comunidad

¹⁷¹ *Idem*

¹⁷² Tesis P. LXXVLL/1999, Registro 192867, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta X*, Novena época, 1999, p. 46.

internacional, por lo que de esta manera los tratados llegan a tener el segundo grado inmediatamente después de la Constitución, criterio que dirime las controversias.

Sin embargo, este criterio fue reforzado por la tesis emitida en 2007, por el máximo tribunal. Con base en una nueva interpretación del artículo 133 constitucional, estableció que los tratados internacionales son integrantes de la ley suprema y se ubican jerárquicamente por encima de las leyes generales, federales y locales:

TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los

principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "*pacta sunt servanda*", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.¹⁷³

Este criterio, aun cuando no constituye jurisprudencia, es decir, no es de carácter obligatorio, puntualiza diversos aspectos; en principio, constituye un

¹⁷³ Tesis P.IX/2007, Registro No. 12650, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, Novena época, instancia Pleno, 2007, p. 6.

discernimiento y una postura que establece plenamente la jerarquía entre las dos categorías de normas, tratados internacionales y leyes que emanan de ella misma, otorgando un rango supra legal a los primeros. Es decir, los tratados internacionales tienen un rango superior a las leyes, generales, federales y locales, pero inferior respecto de la Constitución. Dicha superioridad jerárquica que emana de la ley fundamental se sustenta en una armonía de principios del derecho establecidos tanto en el orden constitucional como en el derecho internacional, con el cual se le otorga un valor primordial al principio *pacta sunt servanda*, conforme al cual el Estado contrae libremente obligaciones frente al derecho internacional, y por lo tanto, obliga a las partes a cumplirlo. En estas circunstancias, los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por debajo de la Constitución, pero por encima de las leyes generales, federales y locales.¹⁷⁴

¹⁷⁴ En este contexto, de acuerdo con la opinión de Ruperto Patiño, el criterio de la Suprema Corte de otorgar una mayor jerarquía a los tratados suscritos por el Estado mexicano frente a las leyes del Congreso, se debe a que por tratarse de compromisos internacionales su cumplimiento es incuestionable de acuerdo al principio *pacta sunt servanda*. PATIÑO MANFFER, Ruperto, *Algunos problemas derivados de la incorporación del derecho internacional al derecho nacional y la jerarquía de los tratados*. Biblioteca Jurídica

De esta manera, ha quedado resuelto, al menos conforme al anterior criterio, el dilema relativo a la superioridad jerárquica entre los órdenes que señala el primer párrafo del artículo 133 constitucional, dejando claramente establecido el rango supralegal de los tratados internacionales dentro del sistema jurídico mexicano.

Un segundo dilema se relaciona con la jerarquía normativa respecto de las demás normas del derecho interno. Al margen de la determinación del rango supralegal de los tratados internacionales, quedan en un tercer rango jerárquico las leyes del Congreso de la Unión, a las que se aplican también diversos criterios que divergen sobre las leyes que se comprenden en este rango, ya que generalmente se han referido a ellas como las leyes federales a las cuales se les asigna un grado superior frente a las leyes locales.

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia hace referencia a leyes generales, federales y locales, y

Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, recuperado el 14 de junio de 2012 de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/posder/cont/5/cnt/cnt2.pdf>

distingue por tanto, tres estratos jurídicos diferentes, lo que nos conduce a tratar de determinar el contenido de cada uno para poder ubicar su jerarquía correspondiente, pues conforme a estas asignaciones, se infiere que hay normas nacionales, federales y locales, y que en apariencia podría decirse que existe una jerarquía de supra a subordinación entre ellas.

Para Suárez, por normas generales se entiende aquellas que desarrollan directamente un precepto constitucional, y que conforme al orden jerárquico, se encontrarían en el tercer peldaño de la escala normativa.¹⁷⁵

Gabino Fraga distingue dos categorías distintas. La primera coloca a leyes que rigen sobre territorios federales y del Distrito Federal, incluidas las leyes ordinarias, reglamentarias y normas individuales, a las cuales les otorga un rango superior a las leyes de las

¹⁷⁵ Suárez, denomina como leyes constitucionales las que desarrollan de manera directa un precepto de la constitución, las que según su percepción, son denominadas leyes reglamentarias, cuando desarrollan postulados sustantivos. SUÁREZ CAMACHO, Humberto, *op. cit.*, nota 151, p. 28.

entidades federativas, dentro de las cuales se comprenden las constituciones de los Estados, las ordinarias, los reglamentos, leyes municipales y normas individuales. Sobre esta base determina que las leyes federales son de mayor jerarquía que las locales, comprendiendo dentro de las primeras las constitucionales.¹⁷⁶

Mario de la Cueva parece que es el más congruente respecto a esta distinción de tres tipos de norma: las constitucionales o generales conformas por las leyes orgánicas, las leyes federales y las leyes locales, las cuales son parte de las leyes ordinarias que a su vez se concretan en la distribución de competencias. Conforme a ello, las primeras se colocan en el tercer rango de la jerarquía normativa, y son las que se refieren el primer párrafo del artículo 133, por lo que las leyes federales, que son distintas de las generales así como las leyes locales, se colocan en un mismo rango jerárquico; es

¹⁷⁶ FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1992, p. 38.

decir, las leyes ordinarias vendrían a ocupar el cuarto grado jerárquico.¹⁷⁷

Con respecto a este último nivel normativo también se ha suscitado controversia, puesto que, como se ha visto, hay quienes les otorgan a las leyes de federales y locales un mismo rango jerárquico, mientras que otros otorgan a las leyes federales un rango superior frente a las leyes locales.

En iguales circunstancias se encuentra el pensamiento de los contemporáneos Gudiño Pelayo y Jorge Carpizo; ambos coinciden en que las divergencias en la interpretación del artículo 133 derivan de que se le ha pretendido interpretar desde una perspectiva y tradición angloamericana y no con base en el contexto jurídico mexicano. Sin embargo, Gudiño Pelayo, señala que el precepto es claro y transparente con la condición de que se precise función dentro del sistema constitucional mexicano. Considera que al estar la federación y los Estados en una situación de igualdad,

¹⁷⁷ CARPIZO MAC GREGOR, Jorge, *op. cit.*, nota 137, p. 19.

ambos poderes son conexos. De ahí surge la pregunta siguiente: cuando las normas jurídicas federales y locales regulan un mismo objeto y además lo hacen diferente, ¿cuál de ellos debe aplicarse? Para Gudiño, aquí se encuentra precisamente la función del artículo 133, según el cual la Constitución establece que la supremacía corresponde únicamente a la Constitución, en segundo, la primacía del orden federal sobre el local cuando ambos coincidan en una misma materia, pero advierte que primacía significa preferencia, no jerarquía.¹⁷⁸

Por su parte, Carpizo afirma que en México no existe supremacía del derecho federal frente al local, como sucede en Estados Unidos, pues en el orden constitucional mexicano, el artículo 124 otorga la clave para resolver la confusión. Este precepto delimita facultades y establece que cuando estas no se le conceden expresamente a la federación se entenderán reservadas a los estados. Conforme a este mismo orden, no se dan las facultades concurrentes; es decir, que ambas esferas reglamenten sobre una misma causa,

¹⁷⁸ GUDIÑO PELAYO, José de J., *op. cit.*, nota 140, pp. 15-19.

pues dicho precepto delimita y establece la competencia del gobierno federal y la de los gobiernos locales. De esta manera no cabría la posibilidad de que el derecho federal quiebre el local o viceversa, puesto que ambos tienen delimitadas sus facultades, por lo que no hay rango superior del orden federal frente al local.¹⁷⁹

Gudiño Pelayo se refiere a una forma de resolver el conflicto entre leyes de diferente ámbito de validez que regulen sobre el mismo objeto, puesto que para este autor sí pueden darse las facultades concurrentes, en este sentido, ante facultades concurrentes entre el orden federal y local, el primero tendría primacía sobre el segundo, recordando que la primacía significa preferencia y no jerarquía, en tanto que las leyes federales y locales tienen el mismo nivel jerárquico por tratarse de normas ordinarias de distribución de competencia. Ello que también coincide con el pensamiento de Carpizo al afirmar que no existe superioridad entre ambos órdenes,

¹⁷⁹ “Al no existir en nuestro orden jurídico las facultades concurrentes, nunca el derecho federal quiebra al local, cosa que si acontece en Norteamérica donde si existe esta clase de facultades”. CARPIZO MAC GREGOR, Jorge, *op. cit.*, nota 137, p. 21.

federal y local, ya que ambos se encuentran en un mismo nivel jerárquico.¹⁸⁰

Se ha determinado que el problema entre el orden federal y el local no radica en el grado jerárquico, sino en una distribución de competencia, ya que ambos órdenes constituyen dos esferas independientes de validez, cuyas facultades las determina el artículo 124 constitucional. Suárez señala que ha existido una confusión contextual, ya que el nivel jerárquico no deriva del ámbito territorial de aplicación, puesto que la propia Constitución señala la competencia. En este sentido, la prelación jerárquica no deriva del carácter federal o local de las leyes, puesto que de acuerdo con el principio de distribución de competencia, puede haber en un mismo nivel jerárquico diversas categorías de normas, por lo que diversas normas federales y locales se encuentran en un mismo nivel jerárquico.¹⁸¹

¹⁸⁰ Carpizo señala expresamente que “en México, donde no existe facultades concurrentes y sí tenemos un artículo 124, es imposible que haya una supremacía del derecho federal sobre el local”. *Ibidem*, p. 23.

¹⁸¹ SUÁREZ CAMACHO, Humberto, *op. cit.*, nota 151, pp. 43-44.

También hay confusión en cuanto a la jerarquía de las leyes con la validez de las normas otorgadas por el órgano que las aplica, es decir, con el control constitucional; pues para Palomino Manchego, una norma es jerárquicamente superior cuando ésta esté de acuerdo con la Constitución, lo que causa confusión entre jerarquía y validez, puesto que el rango jerárquico lo define el lugar que ocupan ciertas normas en una escala constitucional, mientras que la validez corresponde a un aspecto de constitucionalidad de las leyes, ya que considerar como superior la norma que va de acuerdo con la Constitución, corresponde a un criterio de preferencia en cuanto a su aplicación. De esta manera, entre dos leyes aplicables que se contrapongan debe preferirse la que esté conforme con la Constitución.¹⁸²

En este último sentido se pronuncia Tena Ramírez cuando señala que las leyes federales y los tratados tienen superioridad jerárquica con respecto a las leyes locales y demás ordenamientos, en tanto éstos estén de acuerdo con la Constitución. De lo contrario, prevalecerá

¹⁸² PALOMINO MANCHEGO, José F., *op. cit.*, nota 149, pp. 232-233.

el ordenamiento que vaya conforme a la Constitución, por lo que desde su perspectiva, la primacía deriva de la congruencia con la Constitución:

*“Claro que las leyes y tratados federales, cuando son constitucionales prevalecen sobre las leyes inconstitucionales de los Estados. Solo en este sentido las leyes federales tienen primacía sobre las locales, como éstas las tendrían si aquellas fueran inconstitucionales; pero esta supremacía no proviene de la desigualdad de las jurisdicciones, sino que en caso de conflicto entre éstas goza de supremacía la que está de acuerdo con la Constitución. Se trata, en último análisis, de la supremacía única de la Constitución frente a los actos que están de acuerdo con la misma, no se trata de la primacía de lo federal sobre lo local, sino de lo constitucional sobre lo inconstitucional”.*¹⁸³

De acuerdo con la cita, se desprenden dos situaciones: la primera, en tanto una ley esté conforme con la Constitución, goza de preferencia en su aplicación, independientemente de la jerarquía de la cual goce, de

¹⁸³ Citado por SUÁREZ CAMACHO, Humberto, *op. cit.*, nota 151, p. 44.

ahí que la jerarquía y validez de las normas corresponden a campos distintos y en la segunda, nos da a entender que no existe dependencia jurídica entre leyes federales sobre las locales, sino que corresponde a una distinción de sus ámbitos territorial y material de aplicación. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia ha sustentado que no hay distinción jerárquica entre el orden federal frente al local, conforme al criterio jurisprudencial bajo el rubro: “LEGISLACIÓN FEDERAL Y LOCAL. ENTRE ELLAS NO EXISTE RELACIÓN JERÁRQUICA, SINO COMPETENCIA DETERMINADA POR LA CONSTITUCIÓN”;¹⁸⁴ la preferencia estriba en la conformidad con la Constitución.

Sin embargo, debe advertirse que al dejar establecido que existe una supra subordinación de las leyes a la Constitución, y el hecho de garantizar la subordinación de todas las normas jurídicas esta la ponen por encima de todo el ordenamiento jurídico.

¹⁸⁴ Tesis J. X/1991, Registro No. 207030, Semanario Judicial de la Federación VII, Octava época, Tercera Sala, VII, 1991, p. 56.

En especial, la determinación jerárquica que tanto revuelo causó tanto en la doctrina como en la jurisprudencia respecto de los tratados internacionales dentro del sistema mexicano, paulatinamente fue evolucionando en su interpretación al margen del desarrollo del derecho internacional, que llevó a considerar, como un aspecto en la interpretación, las obligaciones provenientes del derecho internacional en referencia al principio *pacta sunt servanda*; por lo que de esta manera se ha establecido conforme a los criterios sustentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 1992 así como el reiterado en el 2007 al interpretar el artículo 133, el rango supra legal de los tratados internacionales en general. Es decir, que estos tienen rango superior a las leyes del ordenamiento interno pero son inferiores a la Constitución.

Pero además, el incuestionable desarrollo que está teniendo el derecho internacional, en especial en relación con los derechos humanos, lleva a posicionar a los tratados internacionales en igual jerarquía que la Constitución, o mejor dicho, los tratados sobre derechos

humanos se constitucionalizan al reconocer aquellos derechos como parte de los derechos que establece el texto constitucional, como ha sucedido recientemente en nuestro sistema jurídico con la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 al artículo 1º al establecer que las personas gozarán tanto de los derechos establecidos en la Constitución como en los tratados internacionales de los que México sea parte.¹⁸⁵ La propia Suprema Corte de Justicia ya reconocía este carácter en específico, conforme a la tesis emitida en mayo de 2010 bajo el rubro: “TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE AL NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN”.¹⁸⁶

De esta manera, la reforma viene a cambiar la posición piramidal de la jerarquía de leyes al incorporar al

¹⁸⁵ Reforma constitucional a los artículos 1º y 103 publicada en el Diario Oficial de la Federación los días 06 y 10 de junio del año 2011, respectivamente. *op. cit.*, nota 130 / recuperado el 08 de junio de 2012 de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5193266&fecha=06/06/2011

¹⁸⁶ Tesis XI/2010, Registro No. 162509, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXXI, Novena época, Tribunal Colegiado de Circuito, 2010, p. 207.

texto de la Constitución los principios interpretativos de los derechos humanos que se establecen en el párrafo segundo del actual artículo 1º.

2.1.3. Formas de control de supremacía en relación con los tratados internacionales

La incursión progresiva del derecho internacional en el derecho interno, se ha convertido en uno de los temas principales del derecho constitucional. El Estado no puede desconocer normas que ha suscrito y ratificado, el punto de la controversia, tiene que ver, con la forma en que los tratados internacionales son asimilados por el derecho interno de cada Estado.¹⁸⁷

¹⁸⁷ Los constitucionalistas e internacionalistas defienden posturas diversas en relación a la validez y jerarquía de los tratados internacionales en el orden interno. TENA RAMÍREZ, Felipe, *La Constitución y los Tratados Internacionales. Un acercamiento a la interpretación judicial de la jerarquía de las normas y la aplicación de los tratados en la legislación nacional*, recuperado el 22 de junio de 2012 de <http://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/LA%20CONSTITUCION%20Y%20LOS%20TRATADOS%20INTERNACIONALES%201103.pdf>

Una de las corrientes teóricas de los constitucionalistas sostiene que las normas internacionales serán derecho vigente únicamente si la Constitución las incorpora, dado que es el Estado con base en la soberanía del pueblo el que se da así mismo su orden jurídico.¹⁸⁸ En este sentido, la propia Constitución establece la forma en que las normas internacionales se integran al derecho interno, cuyas disposiciones constituyen una forma de control, a fin de que prevalezca en todo tiempo el carácter supremo de la ley fundamental.

Contrario a esto, hay quienes afirman que el derecho internacional debe prevalecer frente al derecho interno, puesto que precisamente en ello radica la validez y vigencia del derecho internacional, ya que no puede dejarse a la voluntad de los Estados el cumplimiento de los compromisos contraídos internacionalmente.¹⁸⁹ Aunado al hecho de que, las normas internacionales del derecho público, en el que se encuentra inmerso el derecho internacional de los derechos humanos, deben

¹⁸⁸ SUÁREZ CAMACHO, Humberto, *op. cit.*, nota 151, p. 27.

¹⁸⁹ *Idem.*

primar sobre cualquier otra norma por tratarse de derechos fundamentales de las personas.

Desde la perspectiva interna, tenemos que la Constitución mexicana consagra de forma inmanente su carácter supremo, por encima de todas las demás normas jurídicas, pero en este carácter supremo, establecido en el artículo 133 constitucional también admite la incorporación de los tratados internacionales.

El primer elemento para la incorporación de las normas del derecho internacional al derecho interno, lo constituye la forma. Por una parte, la Constitución establece una facultad expresa en la fracción X del artículo 89 al presidente de la república para celebrar tratados internacionales, que a su vez deben ser ratificados por la Cámara de Senadores, de acuerdo con la facultad establecida en la fracción I del artículo 76 constitucional. Por ello, el presidente de la república y el Senado, son los únicos facultados para la celebración de tratados internacionales.

El segundo elemento es el fondo, es decir, dilucidar si los tratados internacionales armonizan con el espíritu de la Constitución, como lo marca el artículo 133. En este aspecto, cuidar que no vayan contra las normas constitucionales establecidas en la fracción X del artículo 89:

*“En la conducción de tal política, el titular del Poder Ejecutivo observará los siguientes principios normativos: la autodeterminación de los pueblos; la no intervención; la solución pacífica de controversias; la proscripción de la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales; la igualdad jurídica de los Estados; la cooperación internacional para el desarrollo; el respeto, la protección y promoción de los derechos humanos y la lucha por la paz y la seguridad internacionales”.*¹⁹⁰

Al establecer estos principios la Constitución reafirma su carácter supremo y condiciona que los tratados internacionales que suscriba el presidente de la república estén conformes con los preceptos constitucionales. Este es el requisito para que los tratados

¹⁹⁰ Artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, recuperado el 04 de agosto de 2012 de <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos/89.pdf>

se incorporen al derecho interno, como también lo ha establecido la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹⁹¹

Respecto al procedimiento para la incorporación del derecho internacional existen dos posturas, la teoría monista, que incorpora plenamente las normas internacionales a las del país en cuestión; y la teoría dualista, que establece una separación entre el orden jurídico internacional y el interno, cada uno con su propio espacio. La primera doctrina se aplica al ámbito interno, para lo cual es necesaria su transformación mediante un acto legislativo.¹⁹²

Se habla también de dos diversas formas, la automática y la de recepción especial. Es automática cuando se prescinde de algún acto normativo especial de incorporación, y simplemente se suscribe, aprueba y ratifica con la eventual exigencia de su publicación oficial

¹⁹¹ Tesis I 3º. C. 79, Registro No. 171888, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, Novena época, Tribunales Colegiados de Circuito, 2007, p. 2725.

¹⁹² LINARES, Antonio, *Derecho Internacional Público*, EUA, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1983, p. 83 / QUISBERT, Ermo, *op.cit.*, nota 153, p. 32.

para incorporar la norma internacional al sistema jurídico interno. La recepción especial, requiere la adecuación del tratado mediante un acto interno y un decreto, ley u orden para hacerlo propio.¹⁹³

De acuerdo con diversos constitucionalistas, nuestro sistema adopta la teoría monista o automática, ya que los únicos requisitos consisten en que sean celebrados por el presidente de la república y aprobados por el Senado, así como estar conformes con la Constitución. Cumplidas estas condiciones sólo resta la publicación en el Diario Oficial de la Federación para que adquiera vigencia en el ordenamiento interno, como lo señala el artículo 4^o de la ley sobre la celebración de tratados en México.¹⁹⁴

De esta manera, se afirma, no existe un reconocimiento de validez intrínseco del derecho

¹⁹³ *Idem.*

¹⁹⁴ Entre éstos se encuentra, Felipe Tena Ramírez citado por SUÁREZ CAMACHO, Humberto, *op. cit.*, nota 151, p. 44. / ORTIZ AHLF, Loretta, *Derecho Internacional Público*, México, Oxford University Press, 2000, pp. 35-36.

internacional,¹⁹⁵ o bien, dichas normas internacionales no tienen un efecto *per se* en el orden interno. Su eficacia depende de su aceptación expresa en la Constitución y se incorporan de acuerdo con los requisitos y las formas de incorporación de los tratados internacionales establecidos en ella.

Otro aspecto trata de la jerarquía de los instrumentos internacionales dentro del orden jurídico interno y de las consecuencias dentro del sistema jurídico de cada Estado. Ayala Corao hace referencia a cuatro tipos de valor jerárquico que las Constituciones le otorgan a las normas internacionales:¹⁹⁶

¹⁹⁵ Una excepción a este respecto, se encuentra el precepto establecido en el artículo 27 constitucional en relación al dominio de la nación respecto al espacio situado dentro del territorio nacional que señala “en los términos que fije el derecho internacional”, aceptando expresamente dichas normas internacionales, sean cuales fueren.

¹⁹⁶ AYALA CORAO, Carlos M., “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias”, en MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002, pp. 43-50, recuperado el 04 de agosto de 2012 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/342/4.pdf>

Rango	Descripción
Supraconstitucional ¹⁹⁷	Los tratados internacionales prevalecen sobre la propia Constitución del Estado.
Constitucional ¹⁹⁸	Los tratados se posicionan en la misma jerarquía normativa que la Constitución del Estado, es decir, los tratados adquieren un rango constitucional dentro del orden jurídico interno.
Supralegal ¹⁹⁹	Los tratados internacionales tienen una jerarquía superior a las leyes internas y no pueden modificar la Constitución; los

¹⁹⁷ Entre éstos se encuentran Guatemala y Honduras, el primero de ellos, la Constitución admite que tratándose de tratados internacionales sobre derechos humanos, éstos tienen primacía sobre el derecho interno; es la propia Constitución del Estado, la que le otorga el grado supraconstitucional.

¹⁹⁸ A decir de Ayala Corao, adquieren la supremacía y consecuentemente la rigidez propia de la Constitución. En este sistema encontramos a Argentina que en su artículo 72, punto 22 otorga específicamente a los tratados internacionales de derechos humanos relacionados en el precepto constitucional, la jerarquía constitucional, considerándolos como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución; de igual manera todos los tratados que versen sobre derechos humanos, aprobados por las dos terceras partes del Congreso, podrán gozar de la jerarquía constitucional, recientemente México únicamente en tratados sobre derechos humanos.

¹⁹⁹ En este sistema supralegal de las normas internacionales se encuentra, Alemania, Italia y Francia; en América Latina, Costa Rica, el Salvador, Guatemala Honduras, Colombia, en México todos los tratados internacionales con excepción de los que sean en materia de derechos humanos, los cuales han adquirido el rango constitucional con la reforma del 10 de junio de 2012.

	tratados prevalecen sobre el derecho interno.
Legal ²⁰⁰	Los tratados internacionales tienen el mismo rango o jerarquía normativa que las normas internas.

Fuente: Cuadro de creación propia²⁰¹

En México, los tratados internacionales tienen un rango supralegal desde 1999, conforme al criterio de la Suprema Corte de Justicia, los tratados adquirieron el rango superior a las leyes internas pero inferior a la Constitución, carácter reforzado por el criterio sostenido en 2007. Conforme al cual se reiteró el carácter supralegal de los tratados internacionales. No obstante, con la reforma del 10 de junio de 2011 al artículo 1º de la Carta Magna, los tratados internacionales forman parte de ella.

²⁰⁰ En el rango legal de los tratados internacionales conforme al cual, éstos tienen el mismo rango o jerarquía normativa que las normas internas; en el cual, se encuentra el sistema norteamericano conforme al artículo IV de la Constitución de Estados Unidos.

²⁰¹ Referencias tomadas de: AYALA CORAO, Carlos M., *op. cit.*, nota 196, pp. 45-50.

Estas categorías respecto al valor jerárquico de los tratados internacionales son otorgados por la propia Constitución de cada Estado, y se advierte que cada vez los países los reconocen mayormente como tales y les otorgan un rango, supralegal o constitucional.

Sin embargo, los tratados internacionales tienen dos particularidades que fluyen en las normas de derecho interno. Por una parte, las normas del derecho internacional establecen sus propias reglas de observancia y aplicación de los tratados. La intención legislativa con la que fueron creadas las alienta en el sentido de hacerlas prevalecer sobre las de derecho interno, independientemente del rango jerárquico que la Constitución del Estado les reconozca. En efecto la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados, en la parte III que trata de su observancia y aplicación, establece, en el artículo 26, el principio *pacta sunt servanda*, conforme al cual, todo tratado en vigor obliga y debe ser cumplido de buena fe por ambas partes. Asimismo, el artículo 27 establece que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como

justificación del incumplimiento de un tratado, a menos que, según establece el artículo 46, la violación del derecho interno sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

De ahí que al margen del desarrollo del derecho internacional en el ámbito de los derechos humanos, se reafirma la tendencia hacia la prevalencia de los tratados internacionales que tienen por objeto el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales de la persona humana, independientemente del rango jerárquico que la Constitución del Estado les reconozca. Es decir, se tiende a la prevalencia de los tratados más favorables a los derechos humanos sobre las normas de la propia Constitución si éstas limitan derechos reconocidos. Así el derecho internacional justifica la primacía de éste sobre el derecho interno.

En este ámbito de desarrollo entorno a los derechos humanos, constituye un soporte más en la observancia de los tratados internacionales sobre las normas del derecho interno, el principio de efectividad,

que rige para la teoría del derecho internacional, el cual consiste en que las normas constitucionales que consagran principios y valores fundamentales sean pragmáticas; así la teoría señala como una de las reglas del derecho internacional, la eficacia de las normas del derecho:

*“Para que un orden jurídico pueda ser válido debe tener cierto grado de eficacia; la Constitución establecida, es válida a condición de ser eficaz; la realidad a la cual se aplica, debe corresponder de una manera general al orden jurídico construido por sus disposiciones”.*²⁰²

De esta manera, los derechos fundamentales establecidos en los diversos tratados, convenciones y pactos deben ser observados por el derecho interno, pues es un principio universal garantizarle al ser humano el goce de las más amplias libertades. De aquí se deriva el principio *pro persona*, método de interpretación que debe primar en la aplicación de las normas jurídicas; es decir, se deben preferir las disposiciones que más favorezcan al

²⁰² KELSEN, Hans, *op. cit.*, nota 159, p. 116.

individuo. Así, el derecho internacional procura constreñir a los Estados a la realización de los principios del derecho en relación con el individuo y sus libertades fundamentales. A su vez, con este principio, afirma Ayala Corao, se contribuye a minimizar las posibilidades de conflicto entre las normas internas e internacionales y obtener una mayor coordinación.²⁰³

2.2. Bloque de constitucionalidad

2.2.1. Acercamiento al término

Tradicionalmente los sistemas jurídicos han sido considerados como un conjunto de normas cuyos contenidos y formas de creación se encuentran determinados por la constitución, que es la cúspide

²⁰³ Héctor Fix Zamudio, al prologar la obra de Ayala Corao, afirma que “En la interpretación entre el derecho internacional y el derecho constitucional, el principio de progresividad determina que si un mismo derecho es regulado con un contenido diferente por la constitución, y por un tratado, debe aplicarse la disposición más favorable a la persona; de igual manera, si ese derecho es regulado por diversos instrumentos, debe observarse aquel que resulte más favorable a la persona; en consecuencia, una norma constitucional puede aplicarse con preferencia al derecho internacional, si consagra una norma más favorable a los derechos humanos”. AYALA CORAO, Carlos M., *op. cit.*, nota 196, pp. 25-26.

jerárquica de dichos sistemas. Desde un enfoque positivista, la constitución ha sido entendida como un texto único y cerrado que contiene los principios fundamentales que son cimiento de la legislación secundaria, de tal manera que todo acto de autoridad, derechos y obligaciones de las personas han de estar expresamente señaladas como tales en el texto constitucional para ser válidos. Contrario a esto, partiendo de una corriente neoconstitucionalista, las cláusulas de apertura prevén la incorporación al derecho constitucional de normas internacionales, reconociéndolas con ese nivel previa evaluación que de ellas se haga en relación a los principios fundamentales del sistema adoptante; toda norma que se pretenda integrar al mismo ha de ser sometida a una evaluación de compatibilidad no sólo respecto del texto constitucional, sino además con otras normas y principios universales para el respeto de los derechos humanos incorporadas como normas de máxima jerarquía normativa, y que en conjunto integran un bloque de constitucionalidad, que es el parámetro de validez de toda norma y acto de autoridad²⁰⁴.

²⁰⁴ Las ideas aquí descritas se amplían en ARJONA ESTÉVEZ, Juan

La supremacía de la constitución está sustentada en que es el Estado a través de la soberanía del pueblo el que se da a sí mismo un orden jurídico con la constitución como base fundamental. Por otra parte tenemos el derecho internacional, que regula las relaciones y compromisos entre los Estados con base en los derechos humanos, por lo que genera un debate sobre la supremacía entre el orden interno y el derecho internacional de los derechos humanos.

De acuerdo con la importancia de los derechos humanos reconocidos internacionalmente y su eficacia en el orden jurídico, puede aplicarse el bloque de constitucionalidad, entendido como una herramienta para lograr la armonización entre el derecho interno y el internacional.

La noción de bloque constitucional ha sido utilizada para integrar a la propia constitución normas y principios no expresamente establecidos en su texto, por

Carlos *et al.*, "Bloque de constitucionalidad en México", *Metodología para la Enseñanza de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, t. 2, pp.7-9.

mandato expreso de ella. Para algunos tratadistas, el concepto de esta figura jurídica, aún no está bien definido, incluso se han utilizado varios términos como bloque de constitucionalidad, bloque constitucional o bloque de la constitución; sin embargo, la práctica jurídica ha contribuido a definir tanto los elementos que la constituyen, como sus alcances, los cuales serán abordados a detalle en el transcurso del presente capítulo.

2.2.2. Origen

2.2.2.1. Estados Unidos

Rodrigo Uprimny señala que Estados Unidos es un ejemplo histórico del fenómeno jurídico asociado al bloque de constitucionalidad, ya que es sabido que en su evolución jurídica, el derecho constitucional comprende mucho más normas y principios que los establecidos en el texto mismo²⁰⁵.

²⁰⁵ Este autor señala que la idea de bloque de constitucionalidad existe desde que se conoce la justicia constitucional, como ejemplo se habla de la evolución jurídica de Estados Unidos de Norteamérica;

Al consumarse la independencia de las trece colonias, estas se organizaron en una confederación sujeta a un poder central, pero con soberanía interna en los estados. Esta forma de organización fue puesta pronto a consideración para su modificación proponiéndose la eliminación de las soberanías estatales a cambio del fortalecimiento de una soberanía única ostentada por el poder central. Algunas de las circunstancias que pusieron el debate sobre la mesa fueron los problemas económicos suscitados porque el fortalecimiento de los estados debilitó en gran medida el poder central; además, políticamente los estados también habían adquirido gran fuerza al obtener igual número de representantes en la cámara de senadores, independientemente del porcentaje de habitantes que tuvieran. Así, en distintas convenciones, como la de Pensilvania, Virginia y Carolina del Norte, entre otras, fue reiterativa la intención de

la categoría con su nombre y con los intentos de precisión dogmática se origina en la práctica del Consejo Constitucional francés, en el marco de la llamada V República. UPRIMNY, Rodrigo, *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, recuperado el 22 de junio de 2012 de http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=72

eliminar las soberanías estatales. Algunos pensadores como Hamilton impulsaron la idea de insertar en el texto constitucional una cláusula que estableciera la inexistencia de las soberanías estatales y la prevalencia del ámbito federal. Las confrontaciones políticas suscitadas entre federalistas y antifederalistas con motivo de la situación antes descrita pueden advertirse incluso claramente en el famoso caso *Marbury vs Madison*, donde se hacen latentes las posturas de cada corriente en un asunto inminentemente político que pretendía dejar sin efecto los nombramientos de jueces de distrito aprobados por la corriente contraria. Esta pugna recurrente entre federalistas y antifederalistas tuvo remedio a través de la integración de un bloque de constitucionalidad que definió las normas de carácter supremo, siendo tales la constitución, las leyes federales y los tratados. Al configurarse el bloque de constitucionalidad, los estados perdieron su soberanía; sin embargo, se dio un equilibrio al otorgarles una posición estratégica en el senado, donde todos contaban con una representación igualitaria en un órgano cuyas atribuciones comprendía la participación y decisión en la creación de la ley suprema, es decir, del

bloque de constitucionalidad. Así, aunque finalmente la cláusula de supremacía expresara la primacía del orden federal sobre el orden estatal, eran los estados los principales agentes para la elaboración o reforma de esta ley suprema²⁰⁶.

Llama la atención el hecho de que en Estados Unidos, el proceso para la integración del bloque de constitucionalidad se complicó y debatió por lo que ve a la jerarquización de las soberanías internas y no a la subordinación del Estado nacional a competencias supraestatales. La integración de los tratados internacionales al bloque de constitucionalidad fue aceptado sin mayor problema, mientras la imposición de la soberanía nacional a la estatal constituyó el centro de los debates al respecto.

²⁰⁶ Este tema se encuentra más ampliamente desarrollado en HERRERÍAS CUEVAS, Ignacio F. y RODRÍGUEZ, Marcos del R., *El Control de Constitucionalidad y Convencionalidad. Sentencias que han marcado un nuevo paradigma (2007-2012)*, México, Ubijus, 2012, pp. 53-59.

2.2.2.2. Francia

Por otra parte, el origen de la figura se atribuye al derecho francés. Se ha establecido que el proceso constitucional de Francia, aun cuando estuvo determinado por las consecuencias de la revolución, que fue precursora del reconocimiento de los derechos del hombre, las diversas constituciones de los siglos XVI-XVII no establecieron derechos, sino que se enfocaron en la separación de poderes²⁰⁷, principio proveniente del artículo 16 de la propia Declaración, cuya garantía de los derechos se hizo residir en la efectiva separación de poderes, principalmente del Ejecutivo y Legislativo, pues con ello se pretendió establecer el imperio de la ley sobre la corona, en tanto que la ley es la expresión de la voluntad general.²⁰⁸ En este sentido, señala Rubio

²⁰⁷ La primera Constitución de 1791, así como las posteriores de 1793 y 1795, se caracterizan por contener una estricta separación de poderes, cuyo factor determinante fue la desconfianza del poder ejecutivo, y reconociéndose la ley como expresión de la voluntad general, estableciéndose el imperio de la ley. BLANCO VALDÉS, Roberto, *El Valor de la Constitución*, España, Alianza, 1998, pp. 207-244.

²⁰⁸ La Constitución de 1795, estableció en su artículo 22, el principio de separación de poderes, observándose una estricta observancia como principio fundamental en la garantía de derechos “La garantía

Llorante, referido por Ospina Mejía, que los derechos están garantizados cuando los legisladores son efectivamente los representantes del pueblo.²⁰⁹

La Constitución de 1958 hizo referencia a los derechos únicamente en su preámbulo, en el que reafirma su vinculación con los derechos definidos tanto en el documento de 1789 como en la Constitución de 1946, y estableció expresamente:

*“El pueblo francés proclama solemnemente su vinculación a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía nacional tal como los define la Declaración de 1789, conformada y complementada por el preámbulo de la Constitución de 1946.”*²¹⁰

social no puede existir si la división de poderes no está establecida, ni sus límites no están fijados, ni la responsabilidad de los funcionarios públicos no está asegurada”. *Ibidem*, p. 238.

²⁰⁹ Rubio Llorante, citado por OSPINA MEJÍA, Laura, *Breve aproximación al bloque de constitucionalidad en Francia*, Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, recuperado el 05 de junio de 2012 de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/2/cnt/cnt8.pdf>

²¹⁰ *Ibidem*, p. 187.

Dentro de su articulado únicamente estableció expresamente en el artículo 1º el derecho de igualdad y a todas las creencias, y consecuentemente, en el artículo 34 difiere la regulación de los derechos y libertades en general a la ley, por lo que los derechos que se aludían en el preámbulo debían ser regulados por las leyes reglamentarias. Sin embargo, para los constitucionalistas, ni la Declaración ni el preámbulo tenían valor jurídico, eran concebidas como fuentes de inspiración y no como fuente de derecho.²¹¹

Los derechos fundamentales en los términos establecidos en el preámbulo de la Constitución de 1957 alcanzan validez jurídica cuando se reconoce el valor jurídico de dicho preámbulo, que fue otorgado por el Consejo Constitucional francés en su resolución del 16 de julio de 1971. Este resolvió sobre la constitucionalidad de una ley sometida a su juicio referente a la libertad de

²¹¹ Tres tesis determinaban el valor jurídico del preámbulo; la primera señalaba que el valor del preámbulo no era solamente jurídico sino supra-constitucional; otra diversa, sostenía que únicamente constituían valores morales o filosóficos; una más determinada por el Consejo de Estado, señalaba que dichas declaraciones no tenía valor jurídico *per se* sino en cuanto aquellas hicieran parte de los principios generales del derecho. *Ibidem*, p. 188.

asociación, en la cual se alegaba la limitación de dicha libertad con la referida ley en relación con los principios fundamentales reconocidos por las Leyes de la República. En consecuencia y para resolver ese caso se tuvo que reconocer el valor jurídico del preámbulo de la Constitución, y con ello fue posible remitirse al preámbulo de la Constitución y con ello fue posible de 1946, la que a su vez remitió a los principios fundamentales de las Leyes de la República, otorgándole valor jurídico y vigencia. Se llegó a determinar que la ley referente a la libertad de asociación era inconstitucional en relación con los principios fundamentales de las Leyes de la República.²¹²

Con dicha resolución del 16 de julio de 1971 concluye que el preámbulo de la Constitución de 1958 hace parte integrante de ella y posee la misma fuerza jurídica que el cuerpo de la Constitución; puesto que se advierte que en Francia, el preámbulo de la Constitución da cabida al reconocimiento de otras normas relativas a los derechos humanos que no se encuentran expresamente en el texto constitucional. En esto consiste

²¹² Rivero Jean, citado en *Ibidem*, p. 189.

el bloque de constitucionalidad, que acorde con diversos autores, está integrado por el articulado de la Constitución de 1958, la Declaración francesa de 1789, el preámbulo de la Constitución de 1946, los principios fundamentales de las Leyes de la República y además por la Carta del Medio Ambiente que contiene los derechos de la denominada tercera generación. Unas y otras forman el bloque de constitucionalidad, que forman parte de las normas constitucionales; y en el caso específico implicó el ascenso al rango constitucional de los derechos fundamentales reconocidos en los diversos textos enunciados. Este bloque lo integraron ordenamientos internos del sistema jurídico francés que establece expresamente la Constitución.²¹³

²¹³ MORALES MORALES, Alejandra y ODIMBA ON'ETAMBALAKO WETSHOKONDA, Jean C., "La incorporación del concepto del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos en México", *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, vol. 14, núm. 27, 2011, pp. 135-146, recuperado el 04 de junio de 2012 de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3699186> / AYALA CORAO, Carlos M., *op. cit.*, nota 196, pp. 25-56. / OSPINA MEJÍA, Laura, *op. cit.*, nota 209, pp. 179-196.

2.2.3. *La apertura al bloque de constitucionalidad*

Dice Ronald Dworkin que el derecho internacional es para “*tomarse en serio*”; sus principios son vinculantes y los Estados tienen la obligación de hacerlos valer como referentes interpretativos y como base para la proyección de formas institucionales, garantías jurídicas y estrategias políticas necesarias para su realización²¹⁴, de tal manera que en el mismo sentido habrá de proceder el Estado frente a los principios supraestatales de derechos humanos, al ser parte de un consenso mundial que integra el derecho internacional de los derechos humanos, cuya normativa se ve obligado a integrar en su sistema jurídico a nivel constitucional.

La creciente conciencia acerca de los derechos de las personas y los pueblos está provocando benéficamente una crisis de legitimación en las soberanías de los Estados, cuyos sistemas jurídicos y políticos se ven en la necesidad de ser modificados a favor de los mismos, al fundar su identidad y legitimidad

²¹⁴ Citado en FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, 3º ed., España, Trotta, 2002, p. 148.

democrática precisamente en las promesas de su universalidad. El nuevo paradigma no puede ser otro que el de un estado constitucional de derecho sujeto a los instrumentos internacionales para la instauración de garantías que efectivicen los derechos fundamentales²¹⁵.

La apertura constitucional de un Estado al consenso internacional de los derechos humanos es una característica propia de las sociedades democráticas y se manifiesta a través de la recepción en su sistema jurídico y con jerarquía constitucional, de normas y valores superiores internacionales o supraestatales que reconocen y tutelan la dignidad y los derechos inherentes a las personas. Lo anterior conlleva un nuevo paradigma de la soberanía nacional que se refleja en el sistema jurídico a nivel constitucional, puesto que los instrumentos internacionales a cuya vinculación se han sometido libre y voluntariamente los Estados, les obligan a garantizar por ese medio los derechos contenidos en ellos, autoimponiéndose así la limitación de su soberanía y la obligación de cumplirlos. Cabe mencionar que al ser los

²¹⁵ FERRAJOLI, Luigi, *ibídem*, pp. 148-152.

derechos humanos un consenso internacional, su cumplimiento requiere una cooperación interestatal fundada en una autolimitación de los Estados a favor de una apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos, lo que Häberle denomina Estados Constitucionales Cooperativos, que son aquellos que no asumen monopólicamente la jurisdicción e interpretación jurídica, sino que progresivamente se abren a jurisdicciones e interpretaciones internacionales para evolucionar hacia textos constitucionales con mayor contenido de derechos fundamentales, yendo más allá de una simple coordinación de esfuerzos y una coexistencia pacífica, hacia una tutela efectiva de los derechos humanos, objetivo que debería ser un factor común de cooperación entre ellos y por el cual solidaria y cooperativamente deberían asumir esa responsabilidad a través de la autoimposición de cláusulas constitucionales acordes a dicho propósito²¹⁶.

²¹⁶ Estas ideas fueron tomadas de la explicación detallada que al respecto se hace en BECERRA RAMÍREZ, José de J., *El constitucionalismo ante los instrumentos internacionales de derechos fundamentales*, México, Ubijus, 2011, pp. 118-121.

En efecto, la Constitución, como ley fundamental de un Estado, afianza dos aspectos trascendentales en la vida social: la organización del poder público y la garantía de los derechos de las personas.

La importancia de incorporar las normas internacionales de derechos humanos a la Constitución estriba en que abre la puerta a la incorporación de los estándares normativos del derecho internacional de los derechos humanos al orden interno, y de esta forma también proporciona un argumento sólido para el reconocimiento de nuevos derechos, así como la protección más amplia de estos.

2.2.4. Contenido del término

El bloque de constitucionalidad es, primeramente, un mecanismo de apertura del derecho constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos. De manera práctica y general, el concepto puede ser entendido como el conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional dentro del ordenamiento jurídico

de un Estado, comprendiéndose como tales no únicamente las expresadas en la constitución, sino además los principios y los valores que aun sin aparecer en dicho texto, son remitidos expresa o tácitamente por él; un ejemplo de estos son los estándares internacionales de derechos humanos. La integración del bloque de constitucionalidad implica entonces la identificación dentro de todo el sistema jurídico, de las normas que son materialmente constitucionales para integrarlas al bloque descrito ²¹⁷ . Asimismo, el bloque constitucional comprende, además de la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos, los principios hermenéuticos del derecho internacional, creando armonía entre las normas internas y las normas internacionales.

El análisis del alcance del bloque de constitucionalidad se encuentra directamente relacionado al estudio del sistema de fuentes del derecho internacional de los derechos humanos, lo que hace

²¹⁷ Estas ideas fueron retomadas de la conceptualización explicada más ampliamente en ARJONA ESTÉVEZ, Juan Carlos *et al.*, *op. cit.*, nota 204, pp. 17-20.

necesario cuestionarse si el bloque de constitucionalidad integra únicamente esta fuente, o si incluye también a otras fuentes del derecho internacional, como lo son la costumbre, los principios generales del derecho, la jurisprudencia y la doctrina. La tendencia es a responder afirmativamente a esta cuestión, dado que los tratados de derechos humanos son parte del bloque de constitucionalidad, habrían de incluirse en él también las interpretaciones emitidas por los órganos facultados por ellos mismos para tal efecto, como un parámetro vinculante de constitucionalidad de las leyes y no solamente un parámetro orientador y auxiliar de las mismas, puesto que al crear los Estados organismos para la interpretación y aplicación de los tratados, se están vinculando a dicha interpretación, y todo ello es producto de la propia aplicación de los tratados, que les dan origen y competencia a estos órganos²¹⁸.

Los tratados internacionales ingresan al bloque de constitucionalidad vía de remisión que la propia

²¹⁸ Véanse los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007, pp.227-231.

constitución establece; por esta vía se integran al bloque también las demás fuentes del derecho internacional de los derechos humanos que desarrollan o aclaran las normas de esos tratados, ya que son elementos jurídicos que determinan su contenido y alcance, y son parámetros ineludibles para la interpretación conforme y el principio pro persona. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido como derecho aplicable a los casos sometidos a su conocimiento, tanto los tratados internacionales de derechos humanos, como las resoluciones y declaraciones en la materia emitidos por diversos organismos internacionales ²¹⁹ . Para la consideración de estos criterios vinculatorios para el Estado Mexicano, la citada Corte ha señalado en el caso *Cabrera García Vs México*, en la parte final del párrafo 225, lo siguiente: *“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 Las ideas aquí descritas se amplían en ARJONA ESTÉVEZ, Juan Carlos *et al.*, *op. cit.*, nota 204, pp.26-32.

*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** [énfasis añadido] que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.*

Las ventajas derivadas son muchas y primordiales en el derecho constitucional, Uprimny señala que entre las más importantes están²²⁰:

a) Favorece la adaptación histórica de las constituciones a las nuevas realidades sociales y políticas, manteniendo el dinamismo de los textos constitucionales, que se convierten en documentos vivientes. De acuerdo con Kelsen, una Constitución es válida con la condición de que sea eficaz, es decir, que debe corresponder a la realidad a la cual se aplica.

b) En consecuencia, obliga a los jueces a que en su función jurisdiccional tomen en cuenta otros principios

²²⁰ *Ibidem*, pp. 1-6.

y derechos que no están incluidos en la Constitución, pero que con el transcurso del tiempo lleguen a tomar un papel fundamental. Por ello, los operadores jurídicos al interpretar sus disposiciones están obligados a tomar en cuenta como parámetro normativo el bloque de constitucionalidad, lo que contribuye a construir un sistema más garantista de los derechos.

c) Un punto importante en el uso del bloque de constitucionalidad viene a ser la observancia del principio *pro homine*, pues al incorporarse los tratados internacionales de derechos humanos a la Constitución, pueden presentarse diversas situaciones al aplicar las normas de derechos humanos, como la discrepancia o contradicción en disposiciones de derechos ya reconocidos expresamente en la Constitución. En estos casos, los jueces deben interpretar las normas según el principio *pro persona*, conforme al cual, debe aplicarse la norma más favorable a la persona, conduciendo a evitar conflictos y coordinar las normas del derecho internacional sobre derechos humanos y las normas de la Constitución.

2.2.5. El bloque de constitucionalidad en Latinoamérica

En el ámbito latinoamericano, el bloque constitucional quedó implícito en diversas constituciones, incorporando a las normas constitucionales los tratados internacionales de derechos humanos, con lo cual se acepta el derecho internacional de los derechos humanos como base de su interpretación.

2.2.5.1. Colombia

Colombia constituye uno de los países que han integrado el bloque constitucional y además con el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional ha tratado de enmarcar sus alcances definitorios conforme a un bloque de constitucionalidad.

La Constitución colombiana ha incluido claramente un bloque constitucional reconociendo plenamente el derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 53 que rige sobre el derecho al trabajo establece que los convenios internacionales del

trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna, específicamente sobre los tratados internacionales de derechos humanos, el artículo 91 dispone:

*“Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.*²²¹

Conforme a esta disposición, los tratados internacionales ratificados por Colombia que reconozcan los derechos humanos entran a formar parte del texto constitucional al establecer su prevalencia en el orden interno, y se advierte que los tratados, aun cuando no sean específicamente de derechos humanos, sus disposiciones tienden a proteger derechos fundamentales.

²²¹ Artículo 93 de la Constitución Política de Colombia, op. cit., nota 126.

El artículo 94 protege todo derecho aunque no esté expresado en el texto constitucional o en los tratados internacionales, al señalar que la enunciación que éstos hacen sobre los derechos no debe entenderse como la negación de otros que al ser inherentes a la persona humana no figuren expresamente en ellos, disposición que se le ha denominado como la incorporación de la cláusula de derechos innominados.²²²

La determinación del bloque constitucional en el sistema jurídico colombiano puede advertirse de la sentencia C-225 emitida por la Corte Constitucional el 18 de mayo de 1995, al dilucidar un supuesto problema de contradicción de textos constitucionales proveniente de los artículos 4º y 93 de la Constitución, consistente en que, por una parte, el artículo 4º consagra el principio de supremacía constitucional, al establecer que la Constitución es norma de normas y que ante una incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma

²²² Artículo 94 de la Constitución colombiana: “La enunciación de los derechos y garantías contenidas en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no deben entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Entretanto, el artículo 93 dispone la prevalencia en el orden interno de los convenios y tratados internacionales sobre derechos humanos, aprobados y ratificados por Colombia, incluso las normas del derecho humanitario no pueden ser suspendidas aun en estados de excepción.

Ante esta disyuntiva, la Corte razona que si hay dos disposiciones que aparentemente se contraponen, como la primacía de la Constitución contra la otra la primacía de los tratados internacionales de derechos humanos, ello indica que ambas se encuentran en el mismo nivel jerárquico. Es decir, que sí ambas tienen rango constitucional, integran por tanto, el bloque constitucional, consistente en que disposiciones que no están expresamente en la Constitución, pero que por mandato de ella misma tienen la misma fuerza normativa, que a su vez ha caminado hacia un bloque de constitucionalidad, en el que se expresa:

“El bloque de constitucionalidad está compuesto por aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional,

*son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional stricto sensu”.*²²³

A partir de esta consideración analógica, la Corte encuentra en esta figura la posibilidad de armonizar las disposiciones constitucionales puestas en análisis. Por una parte, la supremacía de la Constitución, y, por otra, la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos y normas de derecho humanitario internacional en el orden interno, en donde los tratados adquieren el rango constitucional por disposición expresa de la propia Constitución²²⁴.

²²³ UPRIMNY, Rodrigo, *op. cit.*, nota 205, p. 17.

²²⁴ *Ibidem*, p. 18.

En Colombia que ha tenido un mayor desarrollo en la jurisprudencia, se sigue discutiendo sobre los aspectos de dicha figura en relación con la función que le corresponde. Uprimny señala que la propia Corte ha otorgado tres significados distintos; en la sentencia C-225 se establece que el bloque de constitucionalidad incorpora las normas de rango constitucional por disposición expresa de la Constitución; por otra parte, en la sentencia C-578 de 1995 y C-135 de 1996 adopta un concepto más amplio, en el que incluye también las leyes estatutarias. En consecuencia, afirma Uprimny, el bloque de constitucionalidad parece referirse también a todas aquellas disposiciones cuya violación acarrea la inconstitucionalidad de una ley. Es decir, hay normas que sin tener el rango constitucional son relevantes para decidir sobre su constitucionalidad, lo que algunos denominan “*parámetros de constitucionalidad*” de una ley. En este sentido, el bloque de constitucionalidad también puede comprender las normas que tienen relevancia para decidir un asunto concreto.²²⁵

²²⁵ UPRIMNY, Rodrigo, *op. cit.*, nota 205, p. 10.

En este marco, la Corte constitucional colombiana se ha pronunciado sobre una noción en sentido amplio y en sentido estricto conforme a la sentencia C-191 de 1998, que determinó que el bloque de constitucionalidad, lo integran las normas y principios de valor constitucional y se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consignan los derechos humanos, cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción. En sentido *lato sensu* el bloque de constitucionalidad está compuesto por todas aquellas normas de diversa jerarquía que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación.²²⁶

Desde esta perspectiva, en el primer aspecto se habla de un bloque constitucional consistente en incorporar normas no establecidas en el texto constitucional pero que por disposición de la propia Constitución forman parte de ella. En el segundo de los aspectos, se refiere a una de las funciones que comprende el control constitucional; es decir, diversas

²²⁶ *Ibidem*, pp. 10-12.

normas que sin tener el rango constitucional funcionan como parámetro para realizar el control constitucional de las leyes.

Concretándonos al primer aspecto, el bloque constitucional es una respuesta a los pasos gigantescos del derecho internacional, principalmente en el ámbito de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en relación con el orden jurídico interno de los Estados y su interferencia con los principios del derecho constitucional tradicional.

2.2.5.2. Venezuela

Venezuela es otro de los países que han integrado el bloque constitucional al establecer expresamente la jerarquía constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, ya que expresamente señala el artículo 23:

“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y

*prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta constitución y la ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.*²²⁷

Conforme a este precepto, los tratados de derechos humanos, al tener la misma jerarquía que la Constitución, están situados en el nivel constitucional por mandato expreso. En este sentido, afirma Ayala Corao que en las fuentes del derecho constitucional, además de las normas constitucionales contenidas, deben entenderse incorporados todos los tratados relativos a los derechos humanos ratificados por Venezuela; los que al ser incorporados expresamente con la jerarquía constitucional, se integran por ende, el bloque constitucional, que conforme al precepto constitucional citado, está integrado por el propio texto de la

²²⁷ Artículo 23 de la Constitución de Venezuela, recuperado el 22 de junio de 2012 de <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>

Constitución y por los tratados de derechos humanos ratificados por Venezuela.²²⁸

Ayala Corao, precisa que a este fenómeno prefiere llamarlo bloque de la Constitución o bloque constitucional para diferenciarlo del bloque de constitucionalidad término introducido en Francia por Favoreu y la jurisprudencia del Consejo Constitucional, que no solo implica la incorporación de normas internacionales, sino de otros principios que derivan del derecho internacional. Por ello el bloque constitucional no es sino la incorporación al texto constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, acto jurídico con el cual adquieren el rango y con ello el mismo rango que las normas contenidas en la Constitución²²⁹. Mac Gregor refiere en este mismo sentido que no hay que confundir “*bloque constitucional*” con el “*bloque de constitucionalidad*”, que se refleja en el “*bloque de convencionalidad*”, puesto que, mientras el primero comprende y define las normas de rango constitucional, el bloque de constitucionalidad comprende además la

²²⁸ AYALA CORAO, Carlos M., *op. cit.*, nota 196, pp. 67-68.

²²⁹ *Ibidem*, pp. 67-70.

incorporación de un criterio hermenéutico de las normas de derechos humanos; es decir, se extiende además a las interpretaciones que de ellos hacen los órganos jurisdiccionales internacionales.²³⁰

2.2.5.3. Argentina

El sistema jurídico de Argentina es otro ejemplo sobre cómo se integra el bloque de constitucionalidad. El artículo 31 de su Constitución vigente integra a los tratados internacionales en general como parte de la ley suprema de la nación, junto a las leyes que en consecuencia se dicten por el Congreso. De manera específica el punto 22 del artículo 75 establece la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, al señalar:

²³⁰ En relación a nuestro sistema jurídico, y tomándolo como ejemplo, Mac Gregor refiere que, “mientras el primer párrafo establece un “bloque constitucional” (normas que integran el texto constitucional), el segundo párrafo refiere a una “pauta” o “criterio hermenéutico” de las normas de derechos humanos (con independencia de su rango o jerarquía), que será el instrumento fundamental que utilicen los jueces en esa materia” que llevan a la configuración del “bloque de constitucionalidad/convencionalidad. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *op. cit.*, nota 116, p. 537.

*“Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención Americana de derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarias de los derechos y garantías por ella reconocidos”.*²³¹

Este precepto, admite la incorporación de otras normas y principios contenidos en textos internacionales de derechos humanos al texto de la propia Constitución,

²³¹ *Artículo 72 de la Constitución de Argentina, op. cit., nota 93.*

los cuales, al reconocerles expresamente el rango constitucional, se integran al sistema jurídico argentino. Se aduce que además de reconocer el rango supralegal de los tratados en general conforme al artículo 31, se les otorga el rango constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos.

2.2.5.4. México

En el caso de México, en el texto constitucional ya fueron reconocidos recientemente los tratados internacionales sobre derechos humanos. Desde Junio del 2011, no sólo es en el artículo 133 donde se incorporan los tratados internacionales al orden interno; sino que con la reforma constitucional del 10 de junio del 2011 al artículo 1º se reconocen formalmente como derechos humanos los establecidos en la Constitución y además, como parte de éstos, los reconocidos en los tratados internacionales.

Diversos autores manifiestan que las normas internacionales de derechos humanos deben elevarse a

rango constitucional, aunque la Constitución, no lo tenga previsto en sus artículos, como en el caso de Venezuela o en el de Argentina, donde se aseguró que con tal disposición integradora de los tratados sobre derechos humanos a la Constitución, éstos se colocan en el rango constitucional. No obstante la reforma representa un gran avance en el sistema constitucional al incorporar de manera expresa las normas internacionales sobre los derechos humanos al texto constitucional y no solo eso, sino que privilegia el principio *pro persona*, conforme al cual, el gobernado puede gozar de una protección más amplia de sus derechos, lo cual equivale a integrar un auténtico bloque de constitucionalidad.

Sin embargo algunos críticos, como Alejandra Morales y Jean Cadet, afirman que en México aún no puede hablarse de un bloque de constitucionalidad formal, pues aunque así lo expresen tanto el texto constitucional como los tratados de derechos humanos, no se ha

reconocido expresamente el rango constitucional de estos.²³²

2.3. Nuevos paradigmas

El desarrollo constante en el orden internacional en el ámbito de los derechos humanos han derivado en la creación de un derecho internacional de los derechos humanos con reglas específicas de operatividad en su interpretación y aplicación, lo cual trasciende a los textos constitucionales, pues ya no se trata de una simple incorporación de normas internacionales al orden interno, sino que ahora exige otorgarles su valor correspondiente a los tratados que contengan normas de derechos humanos.

En nuestro sistema, durante décadas se mantuvo un debate en la jerarquía de los tratados internacionales, en el que la supremacía constitucional impidió que hubiera una apertura firme al derecho internacional, lo cual hizo prevalecer el sistema de supra-subordinación de

²³² MORALES MORALES, Alejandra y ODIMBA ON'ETAMBALAKO WETSHOKONDA, Jean C., *op. cit.*, nota 213, pp. 135-146.

la teoría kelseniana. Conforme a la cual, se orientó la interpretación por la Suprema Corte de Justicia respecto al artículo 133 constitucional frente a la jerarquía de los tratados internacionales, y en su último criterio, pronunciado en abril de 2007, determinó el rango supralegal o infraconstitucional de los mismos en el sistema interno.²³³

Sin embargo, el desarrollo de los derechos humanos en el orden internacional obliga a los textos constitucionales a abrirse al reconocimiento especial y específico de los derechos humanos conforme a los tratados internacionales, y no solo eso, sino que además tiende a establecer en las cláusulas de incorporación de las normas de derechos humanos los principios del derecho internacional con relación a su interpretación y

²³³ Incluso, esta resistencia se observa en la discusión del proyecto de reforma al artículo 1º de la Constitución, cuya Cámara de Diputados en defensa de la supremacía constitucional, en el dictamen aprobado en abril del 2009 al incorporar los tratados sobre derechos humanos, establece como candado, el principio de no contradicción ante su interpretación, señalando textualmente “En su aplicación, bajo el principio de no contradicción con esta Constitución, se observarán aquellas que resulten más favorables”; lo que la supremacía se convierte en barrera indeleble en la jerarquía normativa. CABALLERO OCHOA, José L., *op. cit.*, nota 170, p. 121.

aplicación en el orden interno, integrados éstos por la *cláusula de interpretación conforme* y el *principio pro persona*, con los cuales la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos en el orden jurídico interno desaparece, dando prioridad a la norma que otorguen mayor protección a la persona.

2.3.1. Cláusula de interpretación conforme

La apertura de los estándares establecidos en el derecho internacional se ha reflejado de manera paulatina en los textos constitucionales. Han reconocido expresamente los tratados de derechos humanos sobre los tratados en general; en casos como Venezuela, conforme al artículo 23; y Argentina, en el artículo 75, punto 22, se les ha reconocido y son ratificados por los Estados, con lo cual se abre hacia un reconocimiento formal de derechos contenidos en las normas internacionales y de estas forma es como se integra el bloque de constitucionalidad, ya que normas que no están

establecidas en la Constitución vienen a formar parte de ella.²³⁴

En algunos otros casos, además del reconocimiento de los tratados internacionales, se han adoptado los principios del derecho internacional en relación con la interpretación y aplicación de la cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona. Con ello, el texto constitucional incorpora el derecho internacional de los derechos humanos, puesto que implica, de acuerdo con José Luis Caballero, no solo el reconocimiento formal en la constitución, sino del bagaje doctrinario y jurisprudencial internacional.²³⁵

La cláusula de interpretación conforme y principio pro persona constituye, la incorporación de un nuevo sistema acorde con la concepción de los derechos

²³⁴ Se ha señalado que el Bloque de constitucionalidad consiste en una herramienta de integración del derecho internacional en el orden jurídico constitucional, a la vez un medio de ampliación de la normatividad constitucional. Los tratados sobre derechos humanos pasan a formar parte del bloque de constitucionalidad al otorgarle la jerarquía constitucional. MORALES MORALES, Alejandra y ODIMBA ON'ETAMBALAKO WETSHOKONDA, Jean C., *op. cit.*, nota 213, p. 138.

²³⁵ CABALLERO OCHOA, José L., *op. cit.*, nota 170, p. 105.

humanos que implica en especial dos puntos en específico:

- El reconocimiento de la naturaleza de los derechos humanos distinta a la peculiar concepción de garantías individuales establecidas en la Constitución las cuales pueden ampliarse mediante un sistema de reenvíos y de integración con otros ordenamientos, conforme a lo cual se constituye la cláusula de interpretación conforme.²³⁶
- Consecuentemente, la aplicación del principio *pro persona* con base en la norma que resulte de mayor protección de los derechos.²³⁷

²³⁶ Caballero hace referencia, que la adopción de estos principios, devuelve a las personas la apropiación de sus derechos que bajo la concepción de garantías individuales, fue cerrando los cauces propios para su exigibilidad y justiciabilidad, conforme a un juicio de amparo tecnificado. *Ibidem*, p. 103.

²³⁷ Este principio también se le conoce como cláusula de favorabilidad, la cual proviene de las normas de interpretación establecidas en los propios tratados internacionales, conforme al cual, no puede restringirse ni menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos por un Estado o por los tratados internacionales; ejemplo de ello lo constituye el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La *cláusula de interpretación conforme*, trata de integrar los elementos que deben ser protegidos en el goce de un derecho fundamental en específico. Sirve para interpretar conforme a varias disposiciones protectoras de un derecho. Esta la han llevado a cabo los órganos jurisdiccionales con criterios que también deben ser observados por los jueces en la aplicación de normas, por lo que, la interpretación conforme ha sido constituida precisamente por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluso, esta última ha recurrido a la jurisprudencia internacional europea para la interpretación de los dispositivos de la Convención Americana.²³⁸

En el marco del desarrollo del control de convencionalidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a partir de la sentencia del 26 de septiembre del 2006 relativa al caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, la Corte ha señalado que los Estados no solo deben observar las normas establecidas en los tratados internacionales, en este caso la Convención

²³⁸ CABALLERO OCHOA, José L., *op. cit.*, nota 170, pp. 110-112, 119-121.

Americana, sino que también la interpretación que de ella ha realizado la misma Corte:

*“El Poder Judicial debe ejercer una especie de control de la convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea el Poder Judicial debe tener en cuenta no solo el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.*²³⁹

Estos criterios establecen en principio un orden jurídico abierto a un sistema de reenvío para una integración entre derecho interno e internacional, así como la adopción de una nueva fórmula para interpretar las normas de los derechos humanos para los órganos internos de los Estados, incorporando asimismo la jurisprudencia y la doctrina internacional, lo cual implica

²³⁹ Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Excepciones Preliminares, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, Punto 124, p. 53, recuperado el 22 de junio de 2012 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

una renovación en el orden constitucional que se fortalece en la práctica jurisdiccional.

El sistema de reenvío hacia otros ordenamientos que se centra en la interpretación conforme, tiene como fin identificar el contenido esencial de los derechos humanos, en este sentido, los tribunales constitucionales deberán aplicar la hermenéutica teniendo en cuenta la norma constitucional en relación con los elementos normativos provenientes de la norma convencional, apunta Luis Caballero, tanto la norma internacional como los criterios jurisprudenciales de los organismos internacionales a cargo de su interpretación, a fin de determinar la preponderancia en su contenido conforme a una protección de mayor amplitud.²⁴⁰

En este contexto, señala Luis Caballero que un sistema de reenvíos amplio y de interpretación judicial en

²⁴⁰ Enrique Linde, citado por José Luis Caballero, señala que al adoptar la cláusula de interpretación conforme, no sólo permite que el Tribunal constitucional interprete los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales suscritos en la materia, sino que además asume la aplicación de la interpretación de un tribunal internacional de los derechos fundamentales y libertades públicas. CABALLERO OCHOA, José L., *op. cit.*, nota 170, p. 110.

diálogo con la jurisprudencia internacional permite determinar el alcance de la integración y la norma preferente que debe ser aplicada:

*“La interpretación conforme debe de correr libre para que efectivamente pueda tener una mayor preponderancia la norma que acredita ser mayormente protectora...un sistema de reenvíos amplio y de interpretación en sede judicial en diálogo con la jurisprudencia internacional determina el alcance de la integración y de la norma que debe ser aplicada preferentemente en caso de conflicto”.*²⁴¹

Esta práctica de reenvíos tiende a armonizar el derecho interno con el internacional en materia de derechos humanos. Ocurre con más frecuencia en el ámbito europeo a partir de la reforma de la Constitución española, al establecer en el artículo 10.2 que los derechos y libertades fundamentales reconocidos en ella se interpretarán conforme con la Declaración Universal de Derechos Humanos y tratados ratificados en esa materia

²⁴¹ *Ibidem*, p. 112.

por España,²⁴² con lo cual incorpora la cláusula de interpretación conforme. A partir de esta disposición, se establece la vinculación de España con todos los tratados internacionales sobre derechos humanos pero de manera especial con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como la observación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos encargado de su observancia.

Aun cuando el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española fue controvertido, puesto que inicialmente se proponía una redacción con la cual se buscaba reconocer el carácter constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos,²⁴³

²⁴² El artículo 10.2 dispone “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”

²⁴³ Originalmente el texto que se proponía introducir a la Constitución expresaba: “Las libertades y derechos serán tutelados y garantizados de conformidad con los acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España”. El cual tenía justificación en que, la incorporación de España al orden internacional en relación a la defensa y protección de los Derechos Humanos concebido como base y fundamento de la organización del Estado, debía recogerse en la Constitución para que sirviera además como criterio orientador en

después de muchas correcciones fue aprobado en su redacción establecida, que de acuerdo con Mac Gregor fue una disposición acertada que dio inicio a la cláusula de interpretación conforme. Dicha cláusula no solo implica la vinculación del derecho interno con las normas internacionales sobre derechos humanos, sino su interpretación conforme a la jurisprudencia internacional, lo que refuerza el diálogo entre el derecho interno y el derecho internacional.²⁴⁴

Está práctica de la cláusula de interpretación conforme, sobre todo en Europa, ha fortalecido la vinculación del derecho interno con el derecho internacional.²⁴⁵

la aplicación de la misma. APARICIO PÉREZ, Miguel Á., *op. cit.*, nota 117, p. 9.

²⁴⁴ Este autor refiere que el Tribunal Español ha extendido el canon hermenéutico más allá de lo previsto expresamente en la norma constitucional al ampliarlo a las pronunciaciones del Comité de Derechos de las Naciones Unidas, a los Convenios de la OIT, informes del Comité de Libertad Sindical, incluso a documentos que no tienen vinculación obligatoria. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *op. cit.*, nota 116, p. 360.

²⁴⁵ SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *op. cit.*, nota 114, pp. 38-39.

En el ámbito latinoamericano también se ha reconocido este canon interpretativo sobre los derechos humanos en diversos textos constitucionales, del que también ha hecho uso la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que ha contribuido para que la cláusula de interpretación conforme sea reconocida en el derecho interno, como es el caso de México al margen de las diversas sentencias condenatorias por vulnerar derechos fundamentales, y de manera especial en la sentencia del caso Radilla Pacheco en el 2009,²⁴⁶ la cual influyó para la reforma constitucional de junio de 2011.

El caso colombiano es el que cuenta con una trayectoria favorable y desarrollada conforme al Tribunal Constitucional. De manera formal, la Constitución de Colombia ha incorporado la cláusula de interpretación conforme, con la cual se ha sumado al canon hermenéutico, mediante el dispositivo establecido en el artículo 93:

²⁴⁶ Corte IDH, Caso Radilla Pacheco Vs. México, Excepciones Preliminares, Sentencia de 23 de Noviembre de 2009, Serie C No. 209, recuperado el 04 de agosto de 2012 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf

“Los convenios y tratados internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecerán en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en la Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”²⁴⁷

Conforme al texto, la Constitución colombiana incorpora el derecho internacional de los derechos humanos, que lleva implícita la cláusula de interpretación conforme. Aceptando con ello que los derechos constitucionales pueden ampliarse. De igual manera, la Constitución peruana incorpora claramente en la cuarta disposición final y transitoria, la cláusula de interpretación conforme al disponer que todas las normas relativas a los derechos y a las libertades reconocidas en ella deberán interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás tratados internacionales sobre la materia ratificados por Perú.

²⁴⁷ *Artículo 93 de la Constitución de Colombia, op. cit., nota 126.*

Sin embargo, la práctica del canon hermenéutico en sede jurisdiccional se ha manifestado con mayor amplitud en el caso de Colombia, cuya actividad del Tribunal Constitucional ha contribuido a una integración del derecho interno con el internacional consolidando consecuentemente, el bloque de constitucionalidad.

México acaba de incorporar el derecho internacional por vía de las citadas reformas en especial, al artículo 1º de la Constitución Política,²⁴⁸ con lo cual experimenta una renovación constitucional que si bien atañe a todos los agentes, tanto particulares como poderes públicos, representa un gran reto para los órganos jurisdiccionales en cuanto a respetar y garantizar los derechos reconocidos tanto en la Constitución como en el orden internacional.

En primer término, la Constitución, conforme al primer párrafo del artículo 1º, adopta la naturaleza de los derechos humanos, al reconocer como tales a los que denominó como garantías individuales. Constitucionalizó

²⁴⁸ Reforma constitucional al artículo 1º publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio del 2011, *op. cit.*, nota 130.

también los reconocidos en los tratados internacionales, al incorporarlos al derecho interno, y en consecuencia, reforma el título del capítulo I del Título Primero, para denominarlo *“De los Derechos Humanos y las Garantías Individuales”* ²⁴⁹ . Sin embargo, no solo reconoce expresamente los tratados internacionales de derechos humanos como parte de la Constitución,²⁵⁰ sino que además adopta y establece los principios del derecho internacional sobre las reglas de interpretación y aplicación; al establecer en el segundo párrafo que:

“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia

²⁴⁹ El Artículo 1º, párrafo primero, establece textualmente: “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 supeditarse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.”

²⁵⁰ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, Afirma que en el caso de México, a partir de la reforma de junio de 2011 adquieren rango constitucional los derechos humanos previstos en los tratados constitucionales. FERRER MAC GREGOR, Eduardo, *op. cit.*, nota 116, p. 547. Caballero Ochoa expresa que el artículo 1º permitirá la irrupción de derechos constitucionalizados al tener los tratados jerarquía constitucional. CABALLERO OCHOA, José L., *op. cit.*, nota 170, p. 121.

favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia".²⁵¹

De esta manera queda implícita la cláusula de *interpretación conforme* y el principio *pro persona*, con lo cual, se incorpora el bagaje internacional sobre los derechos humanos que, obliga a interpretar y aplicar los derechos conforme a los tratados internacionales y especialmente conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1968, que es vinculante para México, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como órgano encargado de su aplicación. De ahí que las interpretaciones que de los derechos humanos ha realizado la Corte, constituyan un parámetro en la interpretación y aplicación de los derechos por los órganos jurisdiccionales de los Estados.²⁵²

²⁵¹ Artículo 1º de la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, *op. cit.*, nota 130.

²⁵² Al día de hoy, esta aceptación expresa del derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución, se advierte que la observancia, la interpretación y aplicación de los derechos reconocidos en los tratados internacionales es de manera voluntaria del Estado voluntaria, por lo que no podrá oponer resistencia, del mismo modo que no deberá de ser de manera obligada por condena de los organismos jurisdiccionales internacionales como sucedió con

Lo que significa que con la apertura de México al orden internacional de los derechos humanos, en palabras de Vázquez, el *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos,²⁵³ se abren las posibilidades de un sistema más garantista de los derechos, puesto que el establecimiento de la cláusula de interpretación conforme necesariamente implica el ejercicio hermenéutico no solo con respecto a las normas internacionales sobre derechos humanos, sino también de la jurisprudencia internacional emitida como consecuencia de la interpretación. Para José Luis Caballero, esta incorporación es acorde con la naturaleza de los derechos que permite ampliar e identificar el contenido o la esencia del derecho protegido y que además es compatible con la

las 6 sentencias emitidas por la Corte Interamericana- *Caso Castañeda Gutman* del 6 de agosto del 2008; *caso González y otras* relativa al “*Campo Algodonero*” del 16 de noviembre del 2009; *caso Radilla Pacheco* del 23 de noviembre del 2009; *caso Fernández Ortega y otros* del 30 de agosto del 2010; *caso Rosendo Cantú y otra* del 31 de agosto del 2010; *caso Cabrera García y Montiel Flores* del 26 de noviembre del 2010, recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

²⁵³ VÁZQUEZ, Luis D., y SERRANO, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica” en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y SALAZAR UGARTE, Pedro, (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, pp. 135-165.

doctrina del control de convencionalidad que ha venido desarrollando la Corte Interamericana de Derechos Humanos.²⁵⁴

2.3.2. Principio pro persona

Al ejercer la cláusula hermenéutica de interpretación conforme, se tiende a optimizar el contenido de los derechos, cobra esencial importancia el principio *pro persona* ya que esta actividad de interpretación, integración y ampliación de los derechos se encamina a otorgar una mayor protección de los derechos de las personas. Por ello Luis Caballero, afirma que el principio *pro persona* constituye el criterio indispensable para el reenvío interpretativo de las normas sobre los derechos humanos, puesto que tiene como fin último otorgar la mayor protección a la persona sobre sus derechos.

A este principio se le conoce también como cláusula de favorabilidad,²⁵⁵ prevista en los tratados

²⁵⁴ CABALLERO OCHOA, José L., *op. cit.*, nota 170, p. 105.

²⁵⁵ En el supuesto de contradicciones entre normas, los convenios de derechos humanos incorporan una cláusula hermenéutica de

internacionales sobre derechos humanos, conforme a la cual, estos no pueden restringirse ni menoscabarse; particularmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al margen de los dispositivos establecidos en el artículo 29, relativo a las normas de interpretación, donde se establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce o excluir otros derechos inherentes al ser humano.²⁵⁶ En el mismo sentido se reglamenta en el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos.²⁵⁷

favorabilidad que responde al principio *pro homine*, UPRIMNY, Rodrigo, *op. cit.*, nota 205, p. 23.

²⁵⁶ Artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos: “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”.

²⁵⁷ Artículo 53 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos recibidos

Este principio debe aplicarse cuando ante la existencia de dos o más normas de diversos órdenes jurídicos que reglamentan sobre un mismo derecho, deberá preferirse o aplicarse la que otorgue mayor protección del derecho en cuestión. De esta manera, la colisión entre disposiciones constitucionales y las que establezcan los tratados internacionales deberá resolverse mediante el principio *pro persona*.

Para diversos autores, como Caballero y Mac-Gregor, mientras la cláusula de interpretación conforme, tiende a ampliar, reforzar y expandir los derechos humanos, el principio *pro persona* es el indicador de su aplicación en determinado caso. De esta manera para la interpretación de las normas junto con la jurisprudencia internacional, debe tomarse como criterio definitorio este principio de favorabilidad.²⁵⁸

Los diversos textos constitucionales que integran la cláusula de interpretación conforme no siempre

conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”.

²⁵⁸ CABALLERO OCHOA, José L., *op. cit.*, nota 170, pp. 130-132. / FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *op. cit.*, nota 116, pp. 553-559.

adoptan de manera expresa este principio, como es Colombia, en su artículo 93, y Perú, en la cuarta disposición final y transitoria, en cuyos dispositivos solo establecen que los derechos humanos serán interpretados conforme a los tratados en la materia que hayan sido ratificados por el Estado. Sin embargo esta disposición implica que el referido principio se aplique, ya que éste se encuentra establecido dentro de los tratados internacionales, es decir, es consecuencia obligada del uso del canon hermenéutico en los derechos humanos.

A diferencia de estos países, el Estado mexicano sí reconoce este principio en el párrafo 1º de la Constitución, pues aclara: “...favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”

En este sentido, la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al sistema jurídico mexicano se considera una apertura amplia que conduce a superar la jerarquización de leyes en torno a la supremacía constitucional, lo que fue tema de debates previos a la aprobación de las reformas. Hoy el artículo

133 manifiesta el sistema de fuentes de derecho interno, y los tratados internacionales conforme, a la última interpretación de la Suprema Corte de Justicia, mediante la tesis del 2007, les concede el rango supralegal.

De esta manera, la cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* constituyen fuentes de renovación en la concepción clásica y cerrada de la supremacía constitucional. En efecto, el principio *pro persona*, al margen de la cláusula de interpretación conforme, actúa como criterio indicador de aplicación indispensable en la actuación del órgano jurisdiccional.

Al incorporar ambos queda cimentado el llamado bloque de constitucionalidad dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos la cual ha dispuesto que el Poder Judicial de los Estados debe tener en cuenta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como las interpretaciones de la misma Corte, que, en seis ocasiones ha vinculado a México a la aplicación del bloque, para dar un ejemplo más concreto de estas interpretaciones podemos mencionar el caso

García Cabrera y Montiel y Flores Vs. México, como antecedente preciso de que todos los órganos del Estado se encuentran obligados ante la Convención Americana.²⁵⁹ En concreto este canon hermenéutico adoptado constitucionalmente tiende a armonizar la norma interna con la internacional teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana, prefiriendo las disposiciones e interpretaciones más expansivas y protectoras de los derechos humanos.

Por otra parte, si se atiende a que la reforma constitucional dispone que todos los órganos del Estado tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, con mayor razón deben hacerlo todos los órganos jurisdiccionales obligados por ello a observar y aplicar las reglas. Incluso la misma Corte, en el citado caso *Cabrera García y Montiel Flores*

²⁵⁹ Textualmente cita en el punto número 124, el criterio que también aplico para el caso de Chile: “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 también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Vs. *México*, precisa que todos los operadores de la administración de justicia en todos sus niveles están obligados a ejercer *ex officio* el control de convencionalidad.

La aplicación del canon hermenéutico implica a la construcción de un nuevo sistema de interpretación constitucional y de un nuevo derecho procesal constitucional, que junto con el bloque de convencionalidad favorezca un sistema más garantista de los derechos humanos.

Caballero Ochoa, dice que los derechos humanos son un material normativo sedimentado en normas de contenido mínimo, y por lo tanto, con posibilidad de ampliación. En concordancia con ello, la cláusula de interpretación conforme cumple esta función y dimensión que entrañan los derechos humanos.²⁶⁰

La adopción de este diálogo con la jurisprudencia internacional, permite integrar un bloque de

²⁶⁰ CABALLERO OCHOA, José L., *op. cit.*, nota 170, pp. 114-115.

constitucionalidad al que deben apegarse los operadores de justicia, lo que implica un reto para los jueces mexicanos al superar la jerarquía normativa en relación con la supremacía constitucional, a fin de que prevalezca en todo momento el principio *pro persona* y no el de jerarquía normativa; entonces podría hablarse de un sistema de mayor garantía y protección de los derechos.

En este sentido, el nuevo constitucionalismo frente al avance del derecho internacional de los derechos humanos, plantea una renovación en sí mismo, la cual ya ha sido puesta en marcha y de alguna manera ha contribuido a flexibilizar los conceptos clásicos del derecho constitucional.

El bloque constitucional integrado gracias al reconocimiento e integración de los tratados internacionales sobre derechos humanos al contenido de nuestra Carta Magna ha permitido la constitucionalización de todos los derechos reconocidos en los mismos tratados; lo cual, a su vez, lleva a determinar un control difuso; es decir, consiste en que todos los órganos que

ejerzan la actividad jurisdiccional, tengan la obligación de observar la conformidad de las leyes con los dispositivos de la constitución. En este caso, un juez podrá, sin lugar a dudas ni reticencias, inaplicar una norma cuando esta contradiga los dispositivos constitucionales.

CAPÍTULO III.

LA CONVENCIONALIDAD

LA CONVENCIONALIDAD

La convencionalidad²⁶¹ no es una figura de reciente creación, sino un concepto occidental que se encuentra incluido en la subsidiariedad; sus orígenes los encontramos en el Tratado Maastricht de 1992, a raíz de la integración europea, pero con antecedentes todavía mucho más lejanos²⁶².

²⁶¹ La noción de control de convencionalidad no es exclusiva del sistema interamericano; es un término general que alude a un control de legalidad en el ámbito supranacional realizado con la finalidad de evaluar el cumplimiento de las obligaciones internacionales con base en la consonancia entre la actuación del Estado y las prescripciones jurídicas internacionales. LONDOÑO LÁZARO, María C., "El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes: confluencias y perspectivas en el pensamiento de la corte interamericana de derechos humanos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 128, 2010, p.797. Recuperado el 02 de junio de 2013, de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3212723>

²⁶² El término control de convencionalidad fue utilizado por primera vez en Francia en 1975 por el Consejo Constitucional en la sentencia "Interruption volontaire de grossesse"(IVG); dicho pronunciamiento fue en el sentido de que correspondía a los jueces ordinarios la competencia para realizarlo respecto de las leyes francesas con un tratado internacional. El artículo 55 de la Constitución Francesa preveía el control de convencionalidad y establecía el principio de superioridad del tratado internacional sobre la ley nacional, desde entonces dicho control implicaba ya la comparación, aplicación e interpretación de las normas locales no sólo de conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, por ejemplo, sino además

3.1. Origen del término

El control de convencionalidad tiene su fuente en la subsidiariedad, y se trata de un concepto que surge a partir de la recolección y ordenamiento de múltiples aportaciones intelectuales previas que han coincidido en su esencia protectora sin utilizar un término común.

Este control de convencionalidad podemos advertirlo, sin que se le mencione como tal, sino como un esbozo en los autores clásicos, como una aportación para la construcción del principio de subsidiariedad. La aportación de estos autores fue definir un patrón general de conducta para alcanzar la perfección humana, condición trascendental que se asocia íntimamente con dos *status*: la autonomía subjetiva y la santidad.

con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano de interpretación final del mismo. SAGÚÉS, Néstor Pedro, "El 'control de convencionalidad' en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo", pp. 402-408, recuperado el 02 de julio de 2013, de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursososp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/Nestor%20Sagues.pdf>

Aristóteles consideraba que el hombre poseía una orientación natural hacia el bien, que discernía la diferencia entre lo justo y lo injusto, y que su autonomía individual - *Autarkeia* - era sinónimo de perfección.²⁶³ Con esta base describió en *La política* a una sociedad estandarizada denominada *la polis*, un espacio político-social con características de desigualdad que correspondía perfectamente a las consideraciones anteriores del hombre puesto que: a) la organización social de la polis tendía a un mayor bien, a un bien común; b) la integración lograda en la polis proyectaba la justicia como su principio de orden; y c) la polis era el medio para que los individuos fueran capaces de bastarse por sí mismos en el dominio de sus propias actividades.

No obstante, la visión aristotélica contó con dos déficit subsidiarios: 1) percibió a los poderes públicos sólo con potencial para crear orden, sin considerar la necesidad de reducir su carácter de poder de dominación; y 2) sobrevaloró la autonomía de la polis con la exclusión

²⁶³ ARISTÓTELES, *La Política*, México, Editores Mexicanos Unidos, 2006, p. 09.

temática de relaciones panhelénicas, limitando así la creación de sociedades más amplias.²⁶⁴

Para Santo Tomás de Aquino, quien se centró en el adoctrinamiento de la santidad espiritual en lugar de la autarquía, el hombre consagra la dignidad de su sustancia autónoma, por lo cual, ninguna autoridad tiene permitido ignorar esta sustancia utilizándola como medio. La relación íntima e individual con Dios trasciende a su pertenencia, es dependiente por ser miembro de una sociedad y por estar obligado a captar de su entorno social los elementos vitales y de su desarrollo físico, intelectual y moral. No obstante, puesto que es un ser espiritual cuyas acciones propias son inmanentes, la persona trasciende el medio social en el que se encuentra incrustada.

La orientación devota de Santo Tomás de Aquino se centra en la formación subjetiva en función de un mandato dividido, la insuficiencia de su enfoque fue haber obviado las características sociales del medio contextual.

²⁶⁴ HÖFFE, Otfried, *La subsidiariedad como principio de filosofía política*. Alemania, Konrad Adenauer Stiftung, 2002, p. 480.

Como variante con respecto a Aristóteles, si bien la conducta humana fue acotada por el orden social y por la aceptación de la desigualdad, Tomás estableció que ninguna autoridad tenía permitido ignorar la dignidad humana utilizándola como medio, argumentando que la “*santidad espiritual*” trascendía al medio social²⁶⁵.

En la tradición liberal, existen autores que formaron su pensamiento en el marco de los desequilibrios que generaba la acción de los Estados totalitarios en sus respectivas jurisdicciones. Su visión surgió cuando contrastaron la imagen de la autoridad con ideales como igualdad, libertad, derecho y democracia. Entre ellos tenemos a Johannaes Althusius (1557-1638), John Locke (1632-1704), Pierre-Joseph Proudhon (1809-1865) y John Stuart Mill (1806-1873).

Para Johannes Althusius, filósofo y teólogo calvinista, el Estado no debía intervenir en las

²⁶⁵ MENDOZA RUÍZ, Joel, *El Principio de Subsidiariedad en la Evaluación del Federalismo Mexicano*, p. 15, recuperado el 22 de junio de 2012 de http://www.uaeh.edu.mx/sistema_investigacion/funciones/bajarArchivo_web.php?producto=1519&archivo=6.pdf

comunidades más simples, sino que debía ocuparse de asuntos que se delegaban a su competencia como la paz, la defensa, la policía y la moneda. Althusius recogió el modelo básico de argumentación aristotélica y avanzó en el recuento de unidades sociales: el matrimonio, la familia, los gremios, la comuna, la ciudad, el país, la provincia y el imperio. Sin embargo, no estableció teoría para la comunidad jurídica internacional²⁶⁶.

John Locke, considerado como el padre del empirismo y del liberalismo, señaló la libertad del Estado, quitó el fundamento a cualquier tipo de absolutismo y laicizó la razón. Esta última le fue entendida como la inteligencia empírica, comprensión y control del mundo de la experiencia, que desvinculaba los términos autoridad y privilegio, y que abría un discurso político potencialmente revolucionario. A su vez, el concepto del libre consenso de los ciudadanos fue el fundamento de la ley civil y la garantía insustituible de los intereses y de la felicidad de cada uno.²⁶⁷

²⁶⁶ *Idem.*

²⁶⁷ LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de Armando Carlini, México, Porrúa, 2005, p. XVIII.

Por su parte, John Stuart Mill, representante de la Escuela de Economía Clásica y teórico del utilitarismo, a través de su obra *sobre la libertad*, concretó la naturaleza y los límites del poder que puede ser legítimamente ejercido por la sociedad sobre el individuo. Un concepto establecido por Isaiah Berlin sugiere que la libertad negativa es la ausencia o carencia de impedimentos, obstáculos o coerción. Esto contrasta con la idea de Mill sobre la libertad positiva, definida como la capacidad de comportarse y la presencia de condiciones para ejercer la libertad, sea esto mediante recursos materiales, cierto nivel de ilustración o la oportunidad para la participación política.

De este modo, Mill razonó que el papel del gobierno es eliminar barreras tales como leyes, a los compartimentos que no dañen a otros.

Con el surgimiento del pensamiento socialista, Pierre-Joseph Proudhon, coincidió en términos generales con la línea subsidiaria de delimitación del poder

público.²⁶⁸ Proudhon percibe la vida como lucha, tanto en el plano biológico como social, y del equilibrio de ese constante enfrentamiento surge el progreso y la continuidad de la vida.²⁶⁹ El ciudadano se mueve entre estos dos polos, con sus competencias al servicio de las comunidades simples (familia, talleres, sindicatos) y de las comunidades más complejas (comuna, cantones, regiones, estados). El fin buscado en cada frase es siempre la autosuficiencia. De esta manera, el ciudadano conserva en cada orden su espacio de soberanía que le convierte en un actor responsable. Proudhon esgrime que la sociedad debe, en la medida de lo posible, superar al Estado si pretende mejor vida.²⁷⁰

Y aunque poco reconocimiento se le ha dado al germen del principio de subsidiariedad el visualizado y establecido en los clásicos, como ya lo hemos mencionado, la doctrina de manera indirecta, mucha razón les confiere en donde señalan que la perfección

²⁶⁸ MENDOZA RUÍZ, Joel, *op. cit.*, nota 265, p. 17.

²⁶⁹ Es curioso, que esta visión parezca a priori tan diferente a la que desarrollaría posteriormente Kropotkin, con su teoría del "apoyo mutuo" como factor determinante de progreso.

²⁷⁰ MENDOZA RUÍZ, Joel, *op. cit.*, nota 265, p. 42.

humana se asocia íntimamente con dos *status*: la autonomía subjetiva y la santidad espiritual, en esta última es en donde descansa de mayor manera el reconocimiento de la doctrina del origen del germen del “*principio de subsidiariedad*”.

La mayoría coincide diciendo que la subsidiariedad obedece originariamente a una preocupación específicamente católica y a una reflexión históricamente bastante bien determinada, sigamos pues esta idea, reforzando así el “*status de la santidad espiritual*” que distinguieron los clásicos, moviéndonos en la exposición de los que refieren el origen de la “*subsidiariedad*” en otros tiempos diferentes a los clásicos.

En comienzo, la subsidiariedad es tanto el resultado como la respuesta del catolicismo europeo al clima político del periodo anterior a la segunda guerra mundial²⁷¹.

²⁷¹ MALDONADO, Carlos E., *Derechos humanos, solidaridad y subsidiariedad*, Colombia, Editorial Temis S.A., 2000, p. 114.

El esfuerzo y recurso por pensar y hacer posible la subsidiariedad quiere ser la respuesta a tres retos bien determinados: la defensa de la autoridad de la iglesia en un clima político cada vez más hostil, la reconciliación del catolicismo con las metas del progreso social y con las políticas sociales por parte del Estado – político - y el análisis del compromiso de los laicos católicos en un orden político cada vez más secular o laicizado.

Así pues, es perfectamente posible situar los orígenes del concepto de subsidiariedad. Como tal, aparece por primera vez en la encíclica *Quadragesimo Anno* del papa Pío XI en el año de 1931, en el contexto de la lucha contra el totalitarismo²⁷², y se proyecta, más allá de ésta, en todas las encíclicas posteriores producidas hasta la fecha.

Los derechos del individuo, de las sociedades intermedias y de los grupos sociales fueron defendidos en la encíclica de Pío XI contra el creciente totalitarismo de

²⁷² McCADDEN, Carlos, *El principio de subsidiariedad y el tratado de Maastricht*, ITAM, 1992, recuperado el 05 de noviembre de 2012 de http://biblioteca.itam.mx/estudios/estudio/letras30/notas2/sec_1.html

entre-guerras; esto es, frente a los regímenes fascista, socialista y comunista, que buscaban politizar o incluso aplastar a la Iglesia.²⁷³

El estudio del concepto de subsidiariedad ha sido el objeto, por fuera de los círculos directa o inmediatamente católicos, principalmente de juristas, administradores y políticos. En la mayoría de los casos, los estudios coinciden en señalar la influencia de la escuela francesa de juristas institucionalistas y de la escuela alemana de economistas católicos en la introducción y la aceptación de la subsidiariedad, como concepto y como principio, por parte de Pío XI. La encíclica *Quadragesimo Anno* fue redactada por el joven jesuita alemán B. von Nell-Breuning, por encargo de Pío XI y que es en la persona de Nell-Breuning en quien se conjuga esta doble influencia francesa y alemana.²⁷⁴

²⁷³ ADONIS, Andrew y JONES, Stuart, *Subsidiarity and the Community's constitutional future*, EUA, Oxford, Nuffield College, 1991, p. 180.

²⁷⁴ SCHICKENDANTZ, Carlos. "El Principio de Subsidiariedad en la Iglesia. Breve historia, discusiones recientes y campos de aplicación práctica", *Teología y Vida*, vol. 42, número 3, 2001, recuperado el 03 de julio de 2012 de http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0049-34492001000300003&script=sci_arttext

Como tal, la subsidiariedad es introducida como una forma de crear un principio de armonía entre los diferentes grupos sociales - que componen, todos, la sociedad civil - y, mediante este balance de fuerzas, controlar los abusos del poder por parte del Estado o de los principales ejes del poder - político, militar, económico -.

Originalmente, la introducción del concepto de subsidiariedad tiene, pues, una fuerte carga antiestatal, en el sentido de expresar un rechazo o por lo menos un llamado crítico a fenómenos como la concentración del poder, los usos y abusos del poder y las relaciones entre Estado político y sociedad civil.²⁷⁵

En otras palabras, *“la subsidiariedad surge como un reconocimiento de que no todas las instancias, decisiones, poderes y realidades del Estado son soberanas”*.²⁷⁶ No se trata, sin embargo, de puntualizar qué instancias y esferas del Estado sean autónomas y cuáles no, por el contrario, la subsidiariedad aparece indicando que los derechos del Estado - y también los de

²⁷⁵ McCADDEN, Carlos E., *op. cit.*, nota 272, p. 110.

²⁷⁶ MALDONADO, Carlos E., *op. cit.*, nota 271, p. 117.

las instituciones sociales - tienen un origen externo a la propia realidad y al ejercicio del poder estatal.

Ese origen externo remite al dominio de la sociedad civil, de los diferentes grupos de la sociedad civil y, en última instancia, pero al mismo tiempo como la instancia auténticamente fundante, en la realidad de la persona humana, esto es, de los individuos humanos.

Fijándonos la anterior idea en la mente tenemos que se aplica esta lógica tanto entre la nación como entre naciones, en el entendido de que los individuos humanos forman la sociedad civil. De ahí tenemos uno de los más notables ejemplos, los referidos a los pactos internacionales de derechos humanos. Los pactos fueron una solución de compromiso - atendiendo claramente a sus necesidades específicas provenientes de sus diferencias - entre las distintas concepciones de los Estados en materia de derecho humanos; esto es, entre las posiciones de los Estados occidentales, los Estados de etiqueta socialista, y los no alineados.

Por eso son “*dos pactos*”: uno de derechos económicos, sociales y culturales, y otro de derechos civiles y políticos, a fin de satisfacer tanto a los Estados socialistas como a los occidentales; por la misma razón contienen disposiciones comunes en las que se dio entrada a la aspiración de los Estados del Tercer Mundo, en su mayor parte surgidos del proceso de descolonización, a proclamar y definir derechos “*colectivos*” o de los pueblos.²⁷⁷

En cuanto a los orígenes del concepto de subsidiariedad, es preciso señalar un fundamento filosófico, éste se encuentra en el “*Personalismo*” -de E. Mounier-.²⁷⁸ Así, el llamado a la aplicación de un principio de subsidiariedad obedece, originariamente, a una tendencia a favorecer y a estimular consiguientemente al individuo y las actividades y organizaciones de los individuos.

²⁷⁷ CARRILLO SALCEDO, Juan A., *Soberanía de los estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*, España, Tecnos, 1996, p. 57.

²⁷⁸ RODRÍGUEZ LIZANO, Jesús, “El personalismo: sus luces y sus sombras”, QUIRÓS, Antonio, et al, (coords.), *El Primado de la persona en la moral contemporánea*, España, Universidad de Navarra, 1997, p. 301.

En contra de lo que pudiera pensarse a primera vista, se trata en realidad de un proceso a través del cual la subsidiariedad va ganando realidad. Así, por ejemplo, Juan XXIII en *Mater et Magistra* en 1961, extiende la subsidiariedad, del terreno de las competencias económicas por parte de las autoridades públicas, al de las preocupaciones relativas a la ayuda regional por parte de los gobiernos centrales - en cada país, naturalmente -. Y en 1963, el mismo papa, en *Pacem in Terris*, extiende la subsidiariedad a la esfera de los asuntos internacionales, los cuales por su complejidad requieren una intervención supranacional –aún prematura-, que no debe limitar la esfera de acción de la comunidad política nacional, y mucho menos tomar su lugar.²⁷⁹

Ulteriormente, la subsidiariedad aparece referida igualmente a los campos de la educación y de la cultura, ya que estos problemas, por su extrema gravedad, amplitud extraordinaria y urgencia inmediata, presentan

²⁷⁹ ADONIS, Andrew & JONES, Stuart, *op. cit.*, nota 273, p. 182.

dificultades superiores a las que pueden resolver satisfactoriamente los gobernantes de cada nación.²⁸⁰

El concepto de subsidiariedad era, hasta los años cuarenta, apenas conocido por ciertas minorías católicas. Es sólo después de la segunda guerra mundial cuando, por obra de la democracia cristiana, específicamente, la subsidiariedad alcanza dominios de discusión diferentes a los estrictamente referidos a los intereses de la Iglesia católica.

Con todo, el vector principal que le confiere importancia al concepto-problema de la subsidiariedad sigue siendo el mismo, a saber: el reconocimiento de una determinada legitimidad y soberanía de las - diversas - agrupaciones sociales frente a la hegemonía y a una cierta prepotencia del Estado.

El principio que se halla en la base de esta idea que propugna una defensa de los derechos individuales, tanto como de los de ciertas organizaciones cívicas, para

²⁸⁰ McCADDEN, Carlos E., *op. cit.*, nota 272, p. 112.

que se conformen, y puedan desarrollarse, es una determinada concepción iusnaturalista.²⁸¹

Frente al derecho positivo, patrimonio por excelencia del estado político con sus aparatos de poderes propios, se defiende y se propugna la idea de una necesidad creciente de apoyar cualquier otra forma de organización social o cívica que se conforme natural o, digamos, espontáneamente. De esta suerte, los conceptos y las prácticas de la solidaridad y de la subsidiariedad se implican recíprocamente, de una forma creciente.

La función de la subsidiariedad es, a decir de Nell-Breuning, la de salvaguardar la *“autonomía y la responsabilidad propias del individuo humano frente a la sociedad. Pero, asimismo, se trata de salvaguardar la autonomía y la responsabilidad de los círculos de vida social más pequeños frente a los procesos de socialización más amplios y omniabarcantes, y que se*

²⁸¹ MALDONADO, Carlos E., *op. cit.*, nota 271, p. 119.

estatuyen así, claramente en niveles ordenados y superpuestos".²⁸²

Sólo en los años ochenta adquiere el concepto de subsidiariedad un lugar propio en el lenguaje de la Comunidad Europea. Se trata, más allá de las preocupaciones meramente económicas - como un medio de "responder" a la fuerte presión del poderío económico, comercial y financiero japonés de un lado, y norteamericano del otro, y con ello consiguientemente, como un medio para convertirse de hecho en un bloque mundial propio -, de la fuerte influencia de las fuerzas de la democracia cristiana y del propio catolicismo en la integración de la Comunidad y de la Unión Europea.²⁸³

Con ello no hay que entender, sin embargo, que la incidencia de las fuerzas liberales, socialistas y socialdemócratas, particularmente, hayan sido menores. Se trata tan solo de trazar un puente entre el origen "religioso", digamos, y el origen "laico" de la subsidiariedad.

²⁸² ADONIS, Andrew & JONES, Stuart, *op. cit.*, nota 273, p. 09.

²⁸³ MALDONADO, Carlos E., *op. cit.*, nota 271, p. 120.

En el contexto de la conformación de la Comunidad Europea, el concepto de subsidiariedad se va colocando en el centro y se va aclarando a la vez, alrededor de los principales conceptos y problemas de la filosofía social y política. De esta forma, la subsidiariedad se halla cada vez más asociada a la solución de los problemas del interés común, la democracia y la federalización; es decir, lo que se discute en torno y a propósito de la subsidiariedad son problemas de la descentralización del poder y de las decisiones, el federalismo e incluso el confederalismo consiguiente, y el concepto particular del bien común.

Varios autores, entre ellos Carlos McCadden y Manuel Becerra, coinciden en que Jacques Delors es uno de los principales impulsores de la discusión acerca de la subsidiariedad. Sobre la base de las experiencias canadiense, estadounidense y alemana, cada una con características propias, la subsidiariedad supone la distinción de dos esferas: de un lado la privada y la del Estado, y por el otro la repartición de las tareas entre los diferentes niveles del poder político.

La subsidiariedad comprende dos aspectos infranqueables: en un plano el derecho que tiene cada quien de ejercer sus responsabilidades allí donde puede actuar de la mejor manera; y, en el otro plano, la obligación que tienen las autoridades públicas de suministrarle a cada quien los medios para desarrollar o alcanzar todas sus capacidades.²⁸⁴

En cuanto tal, la subsidiariedad implica consiguientemente, toda una serie de formas dentro, tanto de las constituciones nacionales de cada país – europeo-, como la asignación de un lugar y de un estatuto propio en el proceso de configuración del tratado de construcción europea.²⁸⁵

Más allá de las particularidades específicamente jurídicas, cabe mencionar, sin embargo, que toda la discusión se concentra principalmente en la serie de

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 121.

²⁸⁵ Aquí se está hablando de un “bloque regional”, entendiéndose como un sistema regional, es de entenderse que al aceptar y adoptar una Nación ser parte de un Sistema Regional y así adoptar su mecanismo, se entiende pues que acepta y adopta el mismo comportamiento de donde proviene tal sistema.

reformas que sean necesarias y modificaciones legales a nivel nacional y confederal, en donde sea necesaria la inclusión del principio de subsidiariedad, en cualquiera de sus formas: recomendación, declaración - directiva - o de enmienda.

La historia de la subsidiariedad, en el contexto de la construcción europea, trata de un problema en vías de discusión y de resolución en donde confluyen diferentes intereses con fines múltiples. Las comprensiones y aplicaciones de la subsidiariedad tienen en realidad una historia de multiplicidades antes que de unidad simple y de humanismo.

En la aclaración de subsidiariedad hay dos grupos distintos: de un lado se encuentran quienes piensan que se hace imperativo definir la subsidiariedad, no solamente como una forma de hacer posible su aplicabilidad, sino, además, para sustentar las bases de sus posibilidades de universalidad.

Por el otro lado, están las comprensiones de la subsidiariedad en términos ya no jurídico-constitucionales, sino sociopolíticos. Desde este punto de vista, la subsidiariedad se trata de un principio rector o de una guía de acción.

Para Maldonado, la confrontación de estas posturas no es más que la “*tensión específica de las democracias liberales occidentales*”.²⁸⁶

3.2. Principio de subsidiariedad

Existe un acuerdo generalizado que, en sus raíces político-filosóficas, puede ser rastreado hasta la obra de Proudhon, quien le confiere particular importancia a la subsidiariedad entendida en términos de un “*principio contractual encargado de establecer y de garantizar la coherencia social y política*”.²⁸⁷

²⁸⁶ MALDONADO, Carlos E., *op. cit.*, nota 271, p.123.

²⁸⁷ PROUDHON, P. J., *Du principe fédératif et la nécessité de reconstituer le parti de la révolution*, trad. de Richard Vernon, 1863, recuperado el 20 de mayo de 2012 de <http://www.ditext.com/proudhon/federation/federation.html>

El principio de subsidiariedad surge en una etapa bien determinada en el desarrollo de la sociedad humana, de tal suerte que era extremadamente difícil que apareciera en etapas anteriores de la formación de la conciencia ciudadana.

El marco social y cultural que le da origen al principio de subsidiariedad, explica que los orígenes de la sociedad moderna se sitúan en el momento en el que aparece el proceso de diferenciación estructural y funcional de Durkheim,²⁸⁸ mediante el cual se distinguen y se separan dos poderes: el político y el religioso.

En el proceso de individualización - que constituye por lo demás la base de todo contrato social - tiene lugar precisamente en la medida en que el individuo se separa y puede separarse de los vínculos que lo ataban "*naturalmente*".

²⁸⁸ GARMENDIA, José A., "El estudio de la estructura social desde la perspectiva procesal", *Revista de Sociología*, núm. 10, España, Universidad de Málaga, 1978, p. 74, recuperado el 20 de abril de 2012 de <http://www.raco.cat/index.php/papers/article/viewFile/24716/60550>

En la sociedad contemporánea, los individuos participan en una multiplicidad de sistemas funcionales, los cuales, debido a una relativa autonomía, se encuentran sin mayor coordinación entre sí. Los diversos sistemas funcionales ya no se encuentran en una relación jerárquica; lo que se puede decir es, en el mejor de los casos, que existen relaciones múltiples de complementariedad.

Sin embargo, los diversos sistemas funcionales se encuentran organizados sobre la base de una más rígida o más flexible estructura burocrática. Es preciso reconocer al mismo tiempo el carácter abierto de las organizaciones, de tal suerte que existen cadenas de acción y de independencias cada vez más amplias.

Frente a la sociedad altamente organizada y estructurada, últimamente se rescatan, con diferentes modalidades y fines, las calidades de las comunidades a menos escala, tanto como los méritos de una solidaridad elemental. Mejor aún: en ocasiones, frente a una mayor o menor indiferencia o impotencia por parte del Estado - de

sus fuerzas, aparatos y poderes - para afrontar las necesidades de las comunidades, estas prácticas de solidaridad refuerzan la idea de una eventual “*ética comunitarista*”.²⁸⁹

Frente a los principios defendidos y propugnados - desde siempre - por los poderes centrales, parece imponerse y redescubrirse un pragmatismo ético en las instancias más básicas de la sociedad. El conflicto se establece entre las políticas y los planes a gran escala, y las necesidades y urgencias de la vida cotidiana.²⁹⁰

Es exactamente en este marco donde puede aclararse la gran contradicción que - semánticamente - encierra el concepto de subsidiariedad. En efecto, subsidiariedad proviene originalmente del latín *subsidium*, esto es, “*ayuda*”,²⁹¹ “*auxilio*”,²⁹² “*soporte y no substitución*”.²⁹³ En contra de la simple interpretación de la subsidiariedad en términos de ayuda, cada vez parece

²⁸⁹ ADONIS, Andrew & JONES, Stuart, *op. cit.*, nota 273, p. 182.

²⁹⁰ McCADDEN, Carlos E., *op. cit.*, nota 272, p. 156.

²⁹¹ MALDONADO, Carlos E., *op. cit.*, nota 271, p. 128.

²⁹² McCADDEN, Carlos E., *op. cit.*, nota 272, p.162.

²⁹³ ADONIS, Andrew & JONES, Stuart, *op. cit.*, nota 273, p. 183.

imponerse, más allá de su derivación etimológica, la comprensión de la subsidiariedad como queriendo significar “*sustituto*”.

Incluso hay quienes refieren la raíz etimológica de la palabra “*subsidiariedad*” derivada del latín *subsidiarius* y *subsidium*, relacionándola con usos militares de significado “*servir como reserva*” como lo señala Urbina²⁹⁴ y Messner,²⁹⁵ al respecto, Mendoza explica diciendo que “*era un método de organización militar durante el combate: una línea de tropa permanecía en alerta por detrás del frente de batalla*”²⁹⁶.

La subsidiariedad se puede definir como “*solidaridad entre desiguales*”,²⁹⁷ entonces, se trata de la

²⁹⁴ URBINA MOLFINO, Francisco J., “El principio de subsidiariedad, sus fundamentos y su función en una sociedad democrática”, *Revista Derecho y Humanidades*, número 11, 2005, pp. 325-335, recuperado el 05 de abril de 2012 de <http://www.derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/viewFile/17070/17796>

²⁹⁵ MESSNER, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Madrid, Rialp, 1967, p. 199.

²⁹⁶ MENDOZA RUÍZ, Joel, *op. cit.*, nota 265, p. 38.

²⁹⁷ GONZÁLEZ, Efraín, *Subsidiariedad*, México, Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, 2009, p. 201.

apelación al derecho, a las acciones y a las responsabilidades y decisiones, de las organizaciones a menor escala, como una forma más racional y eficiente de resolver las demandas que el Estado y, en general, las organizaciones a gran escala no pueden satisfacer. La gran organización y el Estado son, por tanto, “*sustituídos*” por aquellos.²⁹⁸

La teoría de la subsidiariedad considera el problema fundamentalmente respecto de la relación del Estado, como paradigma de la asociación superior, con las demás sociedades intermedias, todas por definición menor a aquel,²⁹⁹ la subsidiariedad se apoya en la noción del bien común.

La subsidiariedad se convierte en el punto en el que se cruzan problemas referentes a la economía, al derecho, a la administración pública y de empresas, pero

²⁹⁸ ARIZMENDI POSADAS, Octavio, “El principio de subsidiariedad y el problema de las fronteras del estado y la sociedad civil”, *Dikaion: Revista de Actualidad Jurídica*, Colombia, 2001, p. 15, recuperado el 03 de agosto de 2012 de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2116112>

²⁹⁹ URBINA MOLFINO, Francisco, *op. cit.*, nota 294, p. 328.

también a la sociología y a una teoría del Estado.³⁰⁰ En cuanto tal, la efectiva comprensión y solución de aquello que está implicado en la subsidiariedad constituye un vasto conjunto de tareas en las que participan todas las fuerzas y actores sociales.

No obstante, y en contra de una eventual generalización del concepto que podría conducir a su abstracción, se hace imperativo señalar, de la manera más precisa posible, los principales problemas que enfrenta la subsidiariedad.

Mendoza³⁰¹ señala que se pueden destacar los problemas que se originan alrededor de la subsidiariedad, con base en la siguiente lista de elementos comunes en una descripción de la subsidiariedad que ya ha sido elaborada,³⁰² y que contiene entre otros puntos los siguientes:

³⁰⁰ ARIZMENDI POSADA, Octavio, *op. cit.*, nota 298, p. 17.

³⁰¹ MENDOZA RUÍZ, Joel, *op. cit.*, nota 265, p. 39.

³⁰² KOMONCHAK, Joseph A, *The Jurist 48. Subsidiarity in the church: the state of the question*, EUA, The catholic University of America, 1988, p. 301.

- a) Prioridad de la persona como origen y fin de la sociedad.
- b) El desarrollo de las personas se da a través de las relaciones sociales.
- c) Las relaciones y las comunidades sociales deben suministrar todas las condiciones necesarias para el desarrollo de los individuos.
- d) Las comunidades a gran escala deben cumplir la misma función que las comunidades a menor escala.
- e) Se debe promover a todos los niveles el sentido de responsabilidad por parte de los individuos.
- f) La subsidiariedad cumple, por tanto, un papel regulativo en la distribución de las competencias en los diferentes niveles y escalas.
- g) La subsidiariedad es un principio formal, cuyo fundamento metafísico es la persona.

El primer problema que plantea el principio de subsidiariedad es el de su conjugación con los principios y prácticas de una democracia pluralista. Ello es tanto más

evidente cuanto que lo propio de la política en las democracias liberales, esto es, occidentales que tratan de, y se fundan sobre, prioridades y principios en conflicto.³⁰³ La esencia de una democracia pluralista es el reconocimiento y la aceptación misma del conflicto.³⁰⁴ En contraste, lo propio de los sistemas totalitarios consiste en que en ellos no se elimina a los individuos, sino que se los convierte en banales.³⁰⁵ Es manifiestamente una forma - acaso la más sutil - de suprimir el conflicto. Lo anterior se expresa técnicamente en la expresión que apunta a los diferentes niveles de jerarquía y a sus competencias.

El segundo problema atañe a las reformas jurídicas y constitucionales que puedan hacer efectiva la articulación de la subsidiariedad. Estas reformas apuntan o deben apuntar, de la manera más rigurosa posible, a la combinación de los poderes regionales nacionales e internacionales ³⁰⁶ - en cada caso según las particularidades de cada lugar y momento -. La expresión

³⁰³ URBINA MOLFINO, Francisco, *op. cit.*, nota 294, p. 331.

³⁰⁴ ARIZMENDI POSADA, Octavio, *op. cit.*, nota 298, p. 19.

³⁰⁵ ARENDT, Hannah, "Los orígenes del Totalitarismo", *Ideología y Terror: una nueva forma de gobierno*, Madrid, Alianza, 1951, p. 239.

³⁰⁶ MALDONADO, Carlos E., *op. cit.*, nota 271, p. 130.

técnica de este segundo problema es la de la articulación entre los procesos de centralización y de descentralización, conjuntamente con los de la unidad - en cada nivel, y de los diversos niveles entre sí³⁰⁷.

Sobre la base de los dos poderes anteriores, y según el modo como se los entienda y como se hagan posibles, el tercer problema hace referencia, por tanto, a la elucidación precisa de lo que sea la idea del interés común, conjuntamente con la idea del bien común y, consiguientemente, con la idea de justicia - social -. ³⁰⁸

La subsidiariedad consiste, como se aprecia, en este problema - aunque no solamente consiste en él -, y no simplemente apunta a él. La articulación de este problema es la combinación entre la eficiencia - o eficacia -, la flexibilidad y la diferenciación.

El cuarto problema, sobre la base de la diferenciación entre las esferas privada y pública, con sus características y sus necesidades, es el estudio y el

³⁰⁷ URBINA MOLFINO, Francisco, *op. cit.*, nota 294, p. 333.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 328.

posibilitamiento de las acciones colectivas, conjuntamente con las acciones individuales, o viceversa.³⁰⁹ Particularmente a este campo pertenecen los problemas de la teoría de la acción y la decisión racional.

La expresión técnica de este problema es la de la comprensión de las funciones, las jerarquías y las articulaciones “*arriba-abajo*” o “*abajo-arriba*” de la subsidiariedad.

Finalmente, un quinto problema puede ser comprendido en términos de las relaciones entre subsidiariedad, solidaridad, cooperación³¹⁰ y - para efectos de análisis más globales - derechos humanos, Maldonado puntualiza que:

“En realidad, la absoluta totalidad de los textos producidos hasta el momento coinciden en destacar particularmente las significaciones y dificultades administrativas, jurídicas, sociales, económicas y ecológicas de la subsidiariedad; pero hasta el

³⁰⁹ ARIZMENDI POSADA, Octavio, *op. cit.*, nota 298, p. 15.

³¹⁰ *Ibíd.*, p. 18.

momento no hemos encontrado ninguna referencia a su relación con los derechos humanos.

*Haciendo gala de cierta generosidad intelectual de nuestra parte, digamos que la ausencia de referencias entre subsidiariedad y derechos humanos obedece a una preocupación mucho más técnica y condicionada temporalmente, a saber: la construcción de la Unión Europea”.*³¹¹

Por su parte, Tapia señala que el principio de subsidiariedad se puede entender como:

*“...un principio de carácter organizacional y de naturaleza política y jurídica que se aplica a la distribución de competencias entre el Estado y los grupos intermedios y que se resuelve en la afirmación esencial de que el Estado no debe intervenir en las actividades que son de la competencia de los grupos intermedios, a menos que por inexistencia o deficiencia de la acción de tales grupos y en subsidio de la misma, el Estado deba intervenir por convenir al interés general y al Bien Común...”*³¹²

³¹¹ MALDONADO, Carlos E., *op. cit.*, nota 271, p. 131.

³¹² TAPIA VALDÉS, Jorge, “Descentralización y subsidiariedad en la época de la globalización”, *Revista del Centro de Estudios*

Becerra señala:

“El derecho humanitario, los derechos humanos y el derecho penal internacional constituyen una base jurídica, que con normas consuetudinarias y convencionales establecen el orden público internacional que limita la voluntad de los Estados y su actuar ilegítimo, siempre teniendo como punto de referencia a los individuos. Para principios de milenio la normatividad interna, con su sistema de pesos, contrapesos y controles de la autoridad, al parecer no ha sido suficiente, o ha probado su ineficiencia. Es por eso que se ha promovido un sistema externo, que si bien es el mismo Estado quien lo acepta, su origen lo encontramos en los movimientos sociales de reivindicación de espacios normativos para el individuo... los tratados de derechos humanos difieren de los demás tratados, como los comerciales, en cuanto que éstos otorgan en forma recíproca derechos y obligaciones; en cambio, en los derechos humanos se imponen obligaciones a las partes frente a los demás miembros para respetar los derechos de

Constitucionales, Chile, año 1, núm. 1, 2003, p. 100, recuperado el 05 de abril de 2012 de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2033489>

*los individuos, y se crean derechos de éstos frente al Estado...*³¹³

Crítica de los presupuestos de la subsidiariedad

El concepto de subsidiariedad responde, más que a determinados patrones y criterios ideológicos - en el sentido amplio de la palabra -, a transformaciones actuales que se encuentran en proceso en el orden de las sociedades y de los estados. Y es entonces, justamente, cuando el concepto nos interpela a todos: creyentes y no creyentes, católicos y partidarios de otras creencias, religiosos y laicos, funcionarios públicos y “*ciudadanos normales*”, y demás.

Se trata de una fuerte tendencia a la integración y a la unificación regional y subregional, primero, a escalas subcontinentales - tal es el caso de América Latina o de

³¹³ BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “Control de cumplimiento de los tratados internacionales en materia de derechos humanos”, en Brena Sesma, Ingrid y Teboul, Gérard (coords.), *Hacia un instrumento regional interamericano sobre la bioética. Experiencias y Expectativas*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 501, 2009, p.75, recuperado el 09 de abril de 2012 de la Biblioteca Jurídica Virtual del de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2673/8.pdf>

África - y luego continentales y mundiales. La forma primera como estos procesos de integración y de unidad encuentren primeramente motivaciones económicas no es algo secundario y, por el contrario, pone, de entrada sobre la mesa el principal factor que moviliza y constituye la subsidiariedad. Junto con la motivación económica, existen además otras motivaciones - tales como integraciones y puestas en común de intereses de tipos culturales o ecológicos, por ejemplo - es una consecuencia natural y sin embargo dependiente de los procesos de unidad económica, comercial o financiera.³¹⁴

Siguiendo la última idea, Arizmendi considera la futura aplicación del mismo principio a las relaciones entre los Estados nacionales y un posible gobierno de orden mundial constituido por consentimiento de los Estados nacionales soberanos, esto es un Estado supranacional, su germen la Organización de las Naciones Unidas, así

³¹⁴ Ésta tendencia no es nueva, tal como la viene comentando desde hace varias décadas NYE, Joseph S., "Integración regional comparada: concepto y medición", *Revista de la Integración*, Argentina, Instituto Banco Interamericano de Desarrollo, núm. 5, 1969, pp. 57-60, recuperado el 12 de abril de 2012 de http://www.iadb.org/intal/intalcdi/Revista_Integracion/documentos/e_R_EVINTEG_005_1969_Estudios_02.pdf

como de manera regional la Unión Europea, como ya se había señalado, de este orden trata la encíclica *Pacem in Terris* de Juan XXIII en 1961.³¹⁵

Las políticas partidistas - en cualquier sentido en que se quiera adoptar el término - tanto como el destino de gobiernos enteros se deciden y se ejecutan, cada vez más, en “*dependencia*” de las políticas “*macro*” de unidad y de integración, de tal suerte que, cada vez, existe menos hegemonía en las decisiones nacionales.

Antes que considerar esta relativa pérdida de hegemonía por parte de los gobiernos y de los Estados nacionales, se trata de descubrir las potencialidades implícitas en los procesos y tendencias de integración y de unidad.

Usualmente, estos procesos de integración primero, y de unidad, posteriormente, van precedidos de largas discusiones jurídicas en las que el tema común es siempre, además de la evaluación de las estrategias y de

³¹⁵ ARIZMENDI POSADA, Octavio, *op. cit.*, nota 298, p. 18.

las ventajas mismas que dichos procesos implican, la siempre necesaria revisión y reforma de las diferentes disposiciones jurídicas, normativas, según el campo mismo que esté en discusión y de acuerdo con la agenda establecida.

Sin embargo, estas largas discusiones acompañan también a los procesos de integración, de tal suerte que cada etapa la precede y la acompaña el estudio cuidadoso de las reformas legales necesarias para viabilizar los procesos de integración. Estas reformas legales pueden ser caracterizadas, en términos amplios, de dos maneras: en su caso, se trata de la modificación de las legislaciones ya existentes, de suerte que dejen de convertirse en obstáculos para los siguientes pasos de la integración. Y en un segundo caso, pero siempre paralelamente al primero, la creación de nuevos sistemas normativos tendentes a viabilizar de la mejor manera la tendencia a la unidad entre naciones y estados.

Manifiestamente, en este proceso se hace evidente que la casi totalidad de normas jurídicas

preexistentes a la integración y la unidad, en el orden político, administrativo, económico, cultural y otros, se revelan como obsoletas: en realidad el espíritu que las animó originalmente obedecía, hasta el presente en términos generales, a criterios y patrones propios del siglo XIX.

En el caso de los países latinoamericanos, africanos o de Europa oriental - guardando siempre las diferencias y las especificidades -, la tendencia a la integración y a la unidad obedece en realidad a “*sugerencias*” e “*invitaciones*” de parte de alguna “*metrópolis*”. Aquí el término “*sugerencia*” o “*invitación*” esconde en realidad una determinada dependencia económica, política, cultural u otra, de los países periféricos con respecto a un centro de poder mayor.

Sin embargo, es preciso aclarar que existen dos grandes vectores en los procesos de unidad y de integración. En un caso, existen procesos motivados por los propios gobiernos nacionales, independiente de una injerencia de algún tipo por parte de una metrópolis.

Generalmente, estos intentos obedecen al espíritu de una cierta “*autoprotección*”; pero terminan fracasando. En América Latina, el ejemplo más claro es el del Pacto Andino.³¹⁶

Frente a estos esfuerzos fallidos, los procesos de integración y unidad patrocinados de alguna manera por las “*metrópolis*” tienen una probabilidad mucho mayor de consolidarse y ampliarse, por razones evidentes.

Entonces, la subsidiariedad consiste exactamente en el problema mismo, en su formulación y en su solución, de modo como se entiende y se articula, pero también del estudio y la tematización explícita y sistemática de los supuestos, condiciones y consecuencias de las acciones que se hace preciso emprender por parte de las diferentes organizaciones, públicas y privadas, tanto por parte de los individuos mismos, en función de la idea de bien común susceptible de ser alcanzada, como por las vías de la integración y de la unidad.

³¹⁶ MALDONADO, Carlos E., *op. cit.*, nota 271, p. 132.

Así pues, en contra de cualquier otra interpretación meramente técnica - por ejemplo, jurídica o puramente administrativa -, el supuesto que yace en la base del principio de subsidiariedad es el de la creación de nuevas condiciones para el mejor desarrollo de la sociedad, de sus niveles de vida. De esta suerte, el *telos*, más o menos implícito o suficientemente tematizado y expuesto a la luz pública, es el mejoramiento de las condiciones de desarrollo de la sociedad: tanto de todas sus organizaciones como de los individuos. Sólo que, durante un largo periodo, cobra - casi exclusivamente - la forma de procesos meramente económicos, financieros, comerciales y jurídicos.³¹⁷

Lo que se encuentra verdaderamente en juego, a propósito de la subsidiariedad, es finalmente la calidad y las condiciones de vida de la sociedad. Y es en función suya que los problemas que articulan y definen la subsidiariedad cobran sentido. En otras palabras, es justamente en función de la generación o ampliación de las condiciones de vida y de desarrollo de la vida social -

³¹⁷ MENDOZA RUÍZ, Joel, *op. cit.*, nota 265, pp. 13-34.

política, civil, cultural y ecológica, principalmente-, que la subsidiariedad contiene dos presupuestos fundamentales: la separación de las responsabilidades y la existencia de un orden jerárquico de unidades sociales.

Lo que se entiende o haya de entenderse por estos presupuestos, y cómo se les articule y se les desarrolle temática y conceptualmente, dependerá de aquella otra comprensión anterior, a saber: qué significa y en qué consiste la ampliación o la generación de mejores condiciones de vida y de desarrollo por parte de los individuos y de las diferentes organizaciones de la vida social, en cada caso.

Como se aprecia, en el centro del problema de la subsidiariedad se encuentra, en realidad, como fuente y como motor, el problema, mucho más fundamental, de la racionalidad de las organizaciones y las instituciones sociales, la racionalidad de la toma de decisiones y de la comprensión y la solución de los problemas de la vida social y política en general. La racionalidad misma de las acciones -todo lo cual forma parte, en términos generales,

del conjunto de problemas de la razón práctica-. No en un sentido secundario, las relaciones entre normativa, libre acuerdo -contrato, procesos de negociación-, flexibilidad y capacidad de adaptación a las nuevas circunstancias del caso se fundan y se derivan, a la vez, por completo de lo que sea o pueda ser la racionalidad práctica.

Por otro lado, si lo que está en entredicho, a propósito de la subsidiariedad, es el conjunto de problemas, retos y temas que definen lo que se ha de facilitar de la manera más racional -la mejor-, el desarrollo de la vida social individual, finalmente lo que se encuentra en torno al principio de subsidiariedad es el concepto mismo de ciudadano y de ciudadanía.³¹⁸

Por ello mismo se hace necesario, entonces, distinguir entre los diversos conceptos de ciudadano y, por consiguiente, de los derechos mismos que caben en cada caso. Así por ejemplo, se trata de diferenciar no solamente las esferas generales del Estado y de la

³¹⁸ KERBER, Linda K., "The meanings of Citizenship", *The Journal of American History*, Organization of American Historians, vol. 84, núm. 3, 1997, pp. 833-854, recuperado el 05 de abril de 2012 de <http://www.jstor.org/stable/2953082>

sociedad civil, sino, más específicamente, de ésta, la esfera de los derechos políticos, económicos, cívicos y sociales, particularmente.

Siguiendo esta idea, en paralelo distinguimos implícitamente la diferenciación existente en la clasificación misma de los derechos humanos en derechos de primera generación –civiles y políticos-, de segunda generación -económicos, sociales y culturales- y de tercera generación –derechos emergentes-.

Así pues, no se trata ya simplemente de establecer los criterios que nos permitan afirmar suficientemente si la sociedad existe *a priori* para servir a los individuos, o si los individuos, que sólo pueden llegar a desarrollarse plenamente en función de y a partir de los niveles de desarrollo y de las posibilidades que contenga y que permita una sociedad determinada, se deben, finalmente, a sí mismos por completo, en su entrega a la sociedad, en el nivel y en las funciones de cada caso.

Asimismo, tampoco se trata entonces de la discusión -por lo técnica- de si la subsidiariedad debe o no convertirse en una ley y si debe regirse por lo tanto en consonancia con el estatuto de la normativa jurídica, en el mejor de los casos, a nivel constitucional. Que la subsidiariedad pueda o no convertirse en ley, por ejemplo en el modo de principio, de enmienda, de cláusula, de directiva u otra, en el encabezamiento mismo de las constituciones nacionales -o de las eventuales constituciones internacionales-, es algo que, como tal, ni le confiere ni le suprime dignidad a la subsidiariedad, así como tampoco resuelve satisfactoriamente el problema mismo de que se trata.

En este sentido, el estatuto jurídico en el marco constitucional por parte de la subsidiariedad es análogo al de los derechos humanos. No sin renunciar a una realidad jurídico-positiva, los derechos humanos no se agotan en el hecho mismo de que sean consignados en las distintas legislaciones nacionales e internacionales. Ciertamente, el hecho de que estén consignados en la Carta Política de una nación contribuye, sin lugar a duda, al respeto de los

derechos y a la denuncia de la violación de los mismos - esto depende del desarrollo cultural en el marco jurídico-social que tenga la nación, será o no necesario para su observancia y respeto-.

Pero no por ello el tema mismo que constituye los derechos humanos se agota o adquiere mayor realidad. Hay, al respecto, una comunidad de esencia entre los derechos humanos, la solidaridad y la subsidiariedad en lo concerniente a su estatuto jurídico, social o político, o también, desde otra perspectiva, en lo que se refiere a su estatuto lógico, epistemológico u ontológico.

Sin embargo, el concepto de subsidiariedad sí posee un estatuto clara y distintamente determinable. Es a la luz de este estatuto que se revela, entonces, el sentido mismo de lo social, de lo político, de lo cultural y de lo ecológico en el contexto de la construcción de la sociedad civil.

El principio de subsidiariedad posee diversos estatutos -ángulos-, en cuanto al ontológico, el principio

de subsidiariedad se ocupa auténticamente de la construcción de la sociedad civil,³¹⁹ la integración o la unidad de diversos Estados y naciones -manteniendo, sin embargo, sus particularidades lingüísticas, etnológicas y otras-, para integrar una gran federación, una confederación o una unión de un tipo que no existía anteriormente equivalente a la vez a un derecho internacional. El mismo patrón a escala en el proceso de la creación del Estado de derecho supranacional, en realidad detrás de esta apariencia, el problema verdaderamente constitutivo es el de la generación o la ampliación de condiciones para el desarrollo de la vida; esto es, de la vida económica, política y social, por parte de las organizaciones existentes y de sus individuos, o bien, el del esfuerzo por la transformación y la creación de otras organizaciones que respondan al reto de la unidad o de la integración; es decir, si la subsidiariedad es efectivamente un concepto sociopolítico, su sentido es elucidar los temas y las tareas en la construcción de la sociedad civil.

³¹⁹ MALDONADO, Carlos E., *op. cit.*, nota 271, p. 139.

El principio de subsidiariedad consiste exactamente en el problema de la determinación de los nuevos criterios que definan las regiones y de las condiciones óptimas que respondan a los procesos y las tendencias múltiples de integración y de unidad entre los pueblos, los estados y las organizaciones que las componen. Las regiones hacen referencia a determinados espacios geopolíticos, demarcados jurídicamente en una tendencia clara e irreversible hacia la integración y la unidad, en todos los dominios posibles y necesarios.

La subsidiariedad es el resultado de una respuesta al problema complejo de la coexistencia de diversas temporalidades. A esto apunta exactamente el problema de asignación de responsabilidades y también - por ejemplo, el de la adecuación de la toma de decisiones, que implican una temporalidad muy específica: la de la norma- con las acciones y la puesta en ejecución de esta decisión. El concepto de subsidiariedad es una noción evolutiva, como lo es por ejemplo, el concepto mismo de los derechos humanos.

La supresión y la negación de la importancia del principio de subsidiariedad equivale y va de la mano con la defensa, más o menos abierta, de la vida social y política como una vida anónima en la que las distancias entre las personas es el resultado mismo de la eficiencia de las organizaciones. El gran enemigo de la subsidiariedad es, en otras palabras, el concepto y la realidad de la burocracia.

Es claro que cuanto más amplia y más extendida sea una unidad social y política, tantas mayores posibilidades existirán para los ciudadanos y para los miembros de esa unidad social y política, para que constituyan, consiguientemente, estructuras democráticas sociales.

Lo que no es la subsidiariedad

McCaddencita a Faber³²⁰ diciendo que:

³²⁰ FABER, Angela, *Die Zukunft kommunaler Selbstverwaltung und der Gedanke der Subsidiarität in den Europäischen Gemeinschaften*, *Deutsches Verwaltungsblatt*, Alemania, DVBl, 1991, p. 1134.

“Faber hace notar que el principio de subsidiariedad no debe confundirse con el principio de efectividad o de optimización (Effektivitätsprinzip oder Optimierungsgebot). Aquél determina la intervención de la unidad superior sólo en el caso de que la tarea respectiva de la unidad inferior no pueda ser observada. En cambio, el principio de efectividad u optimización le reconoce competencia a la unidad superior cuando la tarea puede ser ‘mejor’ llevada a cabo. La diferencia consiste en que en el caso de la subsidiariedad, la competencia de la esfera inferior tiene un valor en sí misma; en cambio en el principio de efectividad la esfera inferior padece un menoscabo en la ejecución de su competencia puesto que es substituida.

Por otra parte, el principio de subsidiariedad no debe entenderse como un principio útil para resolver únicamente un problema financiero. Ha habido sugerencias (Constanstinesco habla del caso de España; cf.2, p. 226) en el sentido de que las tareas que la Comunidad se proponga realizar a nombre de la subsidiariedad sean realizadas solamente si ésta tiene medios financieros suficientes que permitan llevarlas a cabo. Esta manera de entender la subsidiariedad desconoce el hecho de que la

actividad de la Comunidad es esencialmente normativa más que operacional o financiera".³²¹

Faber define la circunstancia necesaria para que pueda intervenir la esfera superior, haciendo uso del principio de subsidiariedad, para poder actuar en "ayuda"³²² de la autoridad inferior, esto es cuando la esfera inferior, aun teniendo valor en sí misma, no puede cumplir su tarea, por no poder observarla.

En cambio, estaremos frente al principio de efectividad cuando la esfera superior sustituye por sí misma la función de la inferior y le ocasiona, la superior a la inferior, un menoscabo en la ejecución de su competencia.

Un tercer punto que es digno de resaltar es lo que Faber menciona, lo que *contrario sensu*, se debe entender por subsidiariedad, señalando que su ámbito es esencialmente el normativo más que el operacional o

³²¹ McCADDEN, Carlos E., *op. cit.*, nota 272, p. 109.

³²² Haciendo uso de lo que anteriormente hemos expuesto respecto de lo que encierra el significado de la palabra "subsidiariedad" del latín *subsidium*.

financiero, y con mucha razón lo diferencía, ya que existen corrientes que utilizan y han utilizado la subsidiariedad en el ámbito exclusivo de la materia financiera.³²³

Entonces, en el marco de nuestro estudio, razonamos sobre la primera idea de Faber al definir que el principio de subsidiariedad siempre requiere el reconocimiento del valor de la esfera inferior respecto de una superior, para que la última le ayude, le auxilie a atender tareas que le competen por naturaleza a la esfera inferior, pero que ésta no puede observar. Este auxilio de la esfera superior viene, pues, con el afán de proporcionarle soporte a la esfera inferior, para que la última pueda llevar a cabo su tarea.

Consolidación del término

Por lo que respecta a la consolidación del término subsidiariedad podemos mencionar que se alude a dicho

³²³ Vgr; Finanzas Públicas, al respecto véase MENDOZA RUÍZ, Joel, *op. cit.*, nota 265.

principio en el Informe Tindemans de 1975 y en el artículo 12 del Proyecto Spinelli de 1984.³²⁴

La primera referencia clara a dicho principio en la legislación comunitaria aparece en el artículo 130 R, apartado 4, del Tratado de la Comunidad Económica Europea. Este artículo, que estuvo vigente desde la entrada en vigor del Acta única Europea en julio de 1978 hasta la del Tratado de la Unión Europea en noviembre de 1993³²⁵ establece que *“la Comunidad actuará en los asuntos de medio ambiente en la medida en que los objetivos contemplados en el apartado 1 -que se refiere a la protección del medio ambiente-, puedan conseguirse en mejores condiciones en el plano comunitario que en el de los Estados miembros considerados aisladamente”*³²⁶.

³²⁴ BREÑA, Roberto, “El Principio de subsidiariedad y la construcción de la Europa social”, *Foro Internacional*, México, núm. 161, 2000, pp. 467-483, recuperado el 29 de octubre de 2012 de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2197743>

³²⁵ Tratado de la Unión Europea, *Diario Oficial*, número C 191, 29 de julio de 1992, recuperado el 29 de octubre de 2012 de <http://eur-lex.europa.eu/es/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html#0001000001>

³²⁶ Citado por BOIXAREU, Ángel, “El principio de subsidiariedad”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, núm. 3, 1994, p. 775.

Volviendo al Tratado de Maastricht, además del párrafo segundo del artículo 3B existen otras referencias al principio de subsidiariedad. La primera de ellas se encuentra en el antepenúltimo párrafo del preámbulo: *“Resueltos a continuar el proceso de creación de una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa, en la que las decisiones se tomen de la forma más próxima posible a los ciudadanos, de acuerdo con el principio de subsidiariedad”*.

El artículo A del Tratado, en su párrafo segundo, aunque no menciona expresamente el principio de subsidiariedad, utiliza la misma fórmula del preámbulo al señalar que en la Unión Europea *“las decisiones serán tomadas de la forma más próxima posible a los ciudadanos”*.

La segunda de las disposiciones comunes del Tratado, el artículo B, precepto fundamental que enumera cuáles son los objetivos de la Unión Europea, establece en su último párrafo: *“Los objetivos de la Unión se alcanzarán conforme a las disposiciones del presente*

Tratado, en las condiciones y según los ritmos previstos en el respeto del principio de subsidiariedad tal y como se define en el artículo 3B del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”.

Una última alusión directa al principio de subsidiariedad aparece en el Tratado de Maastricht en el artículo K3, en su apartado 2, letra b, cuando se establece que, para la aplicación de algunas de las disposiciones del título VI del Tratado,³²⁷ el Consejo podrá *“adoptar acciones comunes, en la medida en que los objetivos de la Unión puedan alcanzarse más fácilmente por medio de una acción común que por la acción aislada de los Estados miembros en razón de las dimensiones o de los efectos de la acción de que se trate: (...)”*.

En lo que toca a la consolidación del término *“control de convencionalidad”*, lo desarrollaremos con más detalle en el apartado del *“Sistema Interamericano”*, que más adelante exponemos.

³²⁷ Que tratan sobre la cooperación judicial, aduanera y policial.

3.3. Aplicación del término en el sistema

Este apartado expone cómo el principio de subsidiariedad o el control de convencionalidad, se ha adoptado a lo largo de la historia de los despertares regionales. El sistema Europeo es uno de los Primeros Sistemas que adoptan con convicción el principio de subsidiariedad. La madurez del Sistema Europeo en cuando a su eficiencia se enfrenta a situaciones que retan a su habilidad de actualización y mejoramiento constante, distinción representativa de este sistema regional, esforzándose por adaptarse de manera inmediata a los retos a los que le somete el crecimiento global, etapa de madurez que sólo éste sistema europeo enfrenta, debido a su antigüedad.

Expondremos también el sistema interamericano, en el que de una menos antigua creación, podemos notar su evolución relativamente rápida, tratando de ajustarse a paso veloz a la obligada realidad global, siguiendo los caminos andados por el pionero de estos sistemas europeo.

Posteriormente abordaremos el sistema africano, de muy reciente creación, y el con más camino por recorrer, el árabe, este último haciendo frente a los problemas de la “occidentalización” que se le quiere imponer, por tener en su haber histórico, largas y diversas colonizaciones de mandatos extranjeros.

3.3.1. Sistema europeo

Como lo señala Salinas,³²⁸ el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,³²⁹ adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950, puede ser considerado como desarrollo más avanzado en cuanto a la protección internacional de los derechos humanos, no sólo por su texto, sino también por su continuo perfeccionamiento.

³²⁸ SALINAS ALCEGA, Sergio, *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. El proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*, España, Iustel, 2009, p. 15.

³²⁹ *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, recuperado el 13 de octubre de 2012 de http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/CONVENTION_ESP_WEB.pdf

Por su parte Panizza, señala que ya había rastros del principio de subsidiariedad, desde el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero de 1951³³⁰ CECA,³³¹ firmado el 18 de abril de 1951, y que entra en vigor 23 julio de 1952, en su artículo 5, en virtud del cual: *“La comunidad cumplirá su misión, en las condiciones previstas en el presente Tratado, mediante intervenciones limitadas. A tal fin: (...) sólo ejercerá una acción directa sobre la producción y el mercado cuando las circunstancias así lo requieran”*³³².

El sistema de control de este pacto, en adelante convenio europeo, se caracteriza por dos rasgos sin precedentes en otros textos internacionales: su naturaleza judicial y el reconocimiento de actuación en defensa de sus derechos.

³³⁰ *Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, op. cit.*, nota 72.

³³¹ El Tratado expiró el 23 de julio de 2002.

³³² PANIZZA, Roberta, *El principio de subsidiariedad*, Página web del parlamento europeo, julio de 2008, recuperado el 14 de octubre de 2012 de http://circa.europa.eu/irc/opoce/fact_sheets/info/data/how/characteristics/article_7148_es.htm

En cuanto a su naturaleza judicial, diremos que este rasgo es distintivo de un reducido número de mecanismos internacionales de protección de derechos humanos, ya que en su mayoría el único control de cumplimiento de estos mecanismos como instrumento de reacción frente a las posibles violaciones por los Estados es el del control político; es decir, la publicación de los informes en los que constan las violaciones de los compromisos asumidos por los Estados parte en el convenio en cuestión.

El sistema creado por el convenio europeo sale del plano político para entrar en la garantía judicial del respeto de los derechos, culminando con una sentencia adoptada por un tribunal. Este sistema judicial del convenio es seguido por el sistema regional de protección americano en 1969, que entra en vigor hasta 1978, y el sistema regional de protección africano en 1981.³³³

La desaparición del órgano no jurisdiccional de la Convención Europea, la Comisión Europea de Derechos

³³³ QUINTANA GARCÍA, Francisco, *Instrumentos Básicos de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2003, p. 1233.

Humanos, a partir de la reforma operada por el Protocolo No. 11,³³⁴ da paso a una mayor judicialización del sistema; esta evolución indica las necesidades del sistema regional europeo de transformación para el aseguramiento de su mejora continua, y que probablemente es un indicativo que deba ser observado por los otros sistemas para garantizar la eficacia de la protección internacional de los derechos humanos.

En cuanto al elemento distintivo del sistema europeo que es el reconocimiento al particular de actuación en defensa de sus derechos, esto es, el acceso del individuo a los órganos que conforman el sistema debemos señalar que su importancia es notable debido a que el derecho internacional clásico únicamente reconocía a los Estados la capacidad jurídica de intervenir ante las organizaciones internacionales, como coinciden Ortiz (1988)³³⁵ y Pérez León (2008),³³⁶ es decir, los

³³⁴ SALINAS ALCEGA, Sergio, *op. cit.*, nota 328, p. 18.

³³⁵ ORTIZ AHLF, Loretta, *La Protección Internacional del Individuo*, recuperado el 05 de abril de 2012 de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/19/pr/pr5.pdf>

³³⁶ PEREZ LEÓN, *El individuo como sujeto del derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional*

Estados eran considerados los únicos sujetos de Derecho Internacional y los individuos eran sólo objeto del Derecho Internacional, de aquí el gran mérito del reconocimiento de actuación autónoma al particular que hace el Convenio Europeo en 1951.

Panizza dice que el principio de subsidiariedad fue formalmente consagrado en el derecho comunitario por el Tratado de Maastricht, que lo inscribió en el párrafo segundo del artículo 5 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.³³⁷ También señala que, el Acta única Europea de 1987 que constituye la primera gran reforma de los tratados,³³⁸ introdujo el criterio de subsidiariedad en el marco del medio ambiente -artículo 130 R del Tratado constitutivo de la CE, aunque no lo define de manera explícita. No obstante, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas

del individuo, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, recuperado el 05 de abril de 2012 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/8/cmt/cmt18.pdf>

³³⁷ PANIZZA, Roberta, *op. cit.*, nota 332, p. 16.

³³⁸ Comisión Europea recuperado el 10 de junio de 2012 de http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_ecsc_es.htm

estableció, en su sentencia del 21 de febrero de 1995 – Rec. II-289, apartado 331,³³⁹ que la subsidiariedad no era un principio legislativo general que pudiera invocarse al comprobar la legalidad de una acción comunitaria antes de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea.

Salinas señala respecto al Convenio Europeo, que la acción directa en el plano del sistema es importante para asegurar su pervivencia, pero no suficiente; dice que para lograr este objetivo *“la acción en el plano nacional se revela como un componente esencial”*.³⁴⁰ La eficiencia de esta acción nacional de cada uno de los Estados parte del convenio se traduce en una reducción del número de demandas presentadas al Tribunal y, por ende, se asegura la eficacia del sistema.³⁴¹

³³⁹ *Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Primera) de 21 de Febrero de 1995. - Vereniging Van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties In De Bouwnijverheid y otros contra Comision de las Comunidades Europeas - Competencia - Inexistencia - Decisiones de Asociaciones de Empresas - Normativa Compleja - Infracción – Perjuicio del Comercio Interestatal - Exención - Multas - Asunto T-29/92* recuperado el 18 de noviembre de 2012 de http://www.idpbarcelona.net/docs/recerca/dretue/docs/pdf/subsid_jurisprudencia/1_stjue_21_02_1995.pdf

³⁴⁰ SALINAS ALCEGA, Sergio, *op. cit.*, nota 328, p. 20.

³⁴¹ *Ibídem*, pp. 231-237.

Esta acción interna, además, debe incidir en la comprensión de la naturaleza y función del sistema europeo, para cambiar la visión que se tiene de éste como una cuarta instancia tras agotar las posibilidades en el plano interno –no debe olvidarse que no es un tribunal ni de apelación ni de casación,³⁴² para dar lugar a la aceptación obligatoria de la naturaleza subsidiaria del sistema de protección, esto es, el principio de subsidiariedad.

La naturaleza de este principio no es exclusiva del sistema europeo, sino que es un rasgo general en cualquier mecanismo internacional de protección de los derechos humanos, aunque puede localizarse denominado posteriormente de otras maneras, llámese “*control de convencionalidad*”³⁴³, “*control de cumplimiento*” o “*sistema de autocontrol*”³⁴⁴.

³⁴² *Ibidem*, p. 232.

³⁴³ 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, núm. 11, 2011, p. 596, recuperado el 19 de abril de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3650745>

³⁴⁴ BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *op. cit.*, nota 313, p. 76.

Panizza define los objetivos del principio de subsidiariedad de la siguiente manera:

En aquellos ámbitos que no sean de competencia exclusiva de la Comunidad Europea, el principio de subsidiariedad intenta, por una parte, proteger la capacidad de decisión y actuación de los Estados miembros y, de otra, legitimar la intervención de la Comunidad cuando los Estados miembros no puedan alcanzar de forma satisfactoria los objetivos de una acción <en razón de las dimensiones y los efectos de la acción prevista>. Así, la finalidad de la inclusión de éste principio en los Tratados europeos es aproximar el ejercicio de las competencias al ciudadano en la mayor medida de lo posible.³⁴⁵

3.3.2. *Sistema interamericano*

Consideramos necesario puntualizar que el desarrollo de la siguiente exposición se desenvolverá en la acotación del tratamiento que la mayoría de los autores

³⁴⁵ PANIZZA, Roberta, *op. cit.*, nota 332, p. 218.

occidentales han dado al llamado “control de convencionalidad”. Aquí rogamos al lector no perder de vista los orígenes de la figura, esto es la “*Subsidiariedad*”, debido a que expondremos -sólo con fines pedagógicos-, el desarrollo de este apartado referente a la región Interamericana, con la visión de la mayoría de los autores occidentales que aíslan el origen del este control a la entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

Origen del control de convencionalidad en el sistema interamericano

El control de convencionalidad en el sistema interamericano no es ninguna novedad. Su origen, tal vez no con ese nombre,³⁴⁶ pero sí en cuanto a su objeto y fines, se fija desde fechas previas. Tan es así, que Castilla enmarca el origen en el momento en que entró en vigor la CADH³⁴⁷ al encontrarse prevista la competencia

³⁴⁶ Fuera del marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos también es llamado “Control de Tratados”.

³⁴⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, recuperado el 16 de noviembre

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su artículo 62.3, el cual dice: “3. *La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia*”³⁴⁸.

Esto es, que la Corte IDH es la encargada de revisar que los Estados que han reconocido su competencia ajusten su hacer o no hacer a las disposiciones de la Convención Americana, asegurando y haciendo efectiva así la supremacía de la Corte Interamericana.

Los Estados reconocen la competencia de la Coidh cuando ratifican o se adhieren a la CADH en su capítulo VII, sección 4, artículos del 48 al 50, así como el reconocimiento que le dieron los Estados al aprobar la

de 2012 de
<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>

³⁴⁸ CASTILLA JUÁREZ, Karlos, *op. cit.*, nota 343, p. 596.

Convención Americana en su Estatuto,³⁴⁹ en donde “es la intérprete más autorizada de aquella”³⁵⁰, la cual en última instancia establece qué alcance y sentido tiene un derecho o libertad allí contenido, representa lo que un tribunal constitucional para su Estado.

Señala CASTILLA que el control de convencionalidad está claramente previsto desde el origen mismo del sistema interamericano, dice que es una función esencial de la Coidh que no es ningún reciente descubrimiento jurídico y mucho menos una nueva competencia, “como algunos afirman”.³⁵¹

La CADH no reconoce en ningún otro ente competencia para su interpretación, de aquí se desprende que la competencia por “obligación” del Poder Judicial de los Estados es “únicamente” la “interpretación de los derechos y libertades” acorde a la CADH, pero no así la interpretación de la propia CADH, pero no así de la

³⁴⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 74.2, del Capítulo X, de su Parte III, recuperado el 15 de noviembre de 2012 de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>

³⁵⁰ CASTILLA JUÁREZ, Karlos, *op. cit.*, nota 343, p. 597.

³⁵¹ *Idem.*

convención. Y es “obligación” porque la figura del presidente de la nación suscribe la CADH en representación de la voluntad del Estado.

El desarrollo del control de convencionalidad en la Corte IDH.

El desarrollo del término de “control de convencionalidad” en la Coidh marca diferentes etapas en la concepción, interpretación de su sentido y, en el mejor de los casos, su aceptación. La mutación de este germen en especial se da en un periodo de 6 años, a lo largo de las posiciones que van adquiriendo durante las resoluciones emitidas que se van emitiendo respecto de diferentes asuntos en los que, diversos Estados miembros se someten a la jurisdicción de la Corte IDH.

El siguiente desarrollo lo trataremos de estructurar cronológicamente, con la intención de identificar con mayor nitidez la evolución del pensamiento de los miembros de la Corte durante ese periodo, respecto de la figura del control de Convencionalidad:

Noviembre 25, 2003: Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Por primera vez se utiliza el término de “*control de convencionalidad*”, y este antecedente se le atribuye al juez Sergio García Ramírez, a través del voto concurrente que emite en donde reconoce la exclusividad del control de convencionalidad a la Corte IDH:

*“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”.*³⁵²

³⁵² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Myrna Mack Chang Vs Guatemala*, Sentencia de 25 de noviembre de

Septiembre 07, 2004: Caso Tibi Vs. Ecuador³⁵³, por segunda vez se utiliza el término confirmando la exclusividad de la Coidh esta confirmación se le atribuye nuevamente al juez Sergio García Ramírez, en donde compara la labor de la Corte IDH con la labor de un tribunal constitucional en el control de constitucionalidad.

Febrero 01, 2006: Caso López Álvarez Vs. Honduras³⁵⁴ Se reitera la competencia y autoridad de la Corte IDH, esto en el voto razonado nuevamente del juez Sergio García Ramírez, él reitera que la Corte es quien verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la CADH; es decir, la práctica del control de convencionalidad.

2003 (fondo, reparaciones y costas), Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, recuperado el 05 de julio de 2012 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf

³⁵³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Tibi Vs. Ecuador*, Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), recuperado el 07 de agosto de 2012 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

³⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*, Sentencia de 01 de febrero de 2006 (Fondo, reparaciones y costas), recuperado el 09 de agosto de 2012 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf

Septiembre 26, 2006: Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile³⁵⁵ Es la primera vez se insiste que la Corte IDH como órgano, introduce el término “*control de convencionalidad*”. Notemos que antes las referencias al término sólo habían sido formuladas de manera individual y siempre en la misma persona del juez García Ramírez.

La Corte IDH hace referencia al control de convencionalidad para hacer énfasis en la obligatoriedad de los poderes judiciales de aplicar las disposiciones de la CADH para asegurar la eficacia de su objeto y el fin.

Septiembre 26, 2006: Caso Vargas Areco Vs. Paraguay³⁵⁶ en su voto, el juez Sergio García Ramírez niega la posibilidad de la competencia de jueces y tribunales nacionales sobre el control de convencionalidad.

³⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, recuperado el 08 de agosto de 2012 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

³⁵⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, recuperado el 07 de agosto de 2012 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_155_esp.pdf

Noviembre 24, 2006: Caso Trabajadores cesados del Congreso –Aguado Alfaro y otros- Vs Perú³⁵⁷. La Corte IDH señala que los órganos del poder judicial nacional deben ejercer un control de constitucionalidad y también de convencionalidad. La particularidad de esta posición de la Corte IDH es cuando “*ordena y faculta*” a “*todos*” los jueces que desarrollen Control de Constitucionalidad. Respecto de esta disposición en particular, existen muchos cuestionamientos por diferentes confrontaciones que surgen al tratar de hacer su interpretación. Esta particular posición de la Corte IDH se pone en choque con el esquema del Control Centralizado de los Estados estructurados en este sistema.

Noviembre 29, 2006: Caso La Cantuta Vs. Perú.³⁵⁸ La Coidh mantiene el mismo criterio de la

³⁵⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, recuperado el 09 de agosto de 2012 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

³⁵⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006,

sentencia del caso *“Trabajadores cesados del Congreso – Aguado Alfaro y otros- Vs. Perú”*, en donde ordena y faculta a todos los jueces desarrollen control de constitucionalidad, sin importar si los jueces que tienen su jurisdicción en un Estado de sistema de control centralizado.

Noviembre 20, 2007: Caso *Boyce y otros Vs. Barbados* la Coidh regresa a la idea de *“una especie de control de convencionalidad”*, haciendo referencia, en su párrafo 78, a los antecedentes que se habían creado en la Sentencia de *“Almonacid Arellano y otros”*:

“El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos

recuperado el 10 de agosto de 2012 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf

en la Convención. En este sentido, la Corte ha afirmado, en otras ocasiones (...)³⁵⁹.

Agosto 12, 2008: Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá³⁶⁰, la COIDH refiere nuevamente la idea de “*una especie de control de convencionalidad*”, diciendo en su párrafo 180 que cada juzgador debe buscar que se garantice el efecto útil de los instrumentos internacionales:

“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 a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas

³⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Boyce y otros Vs. Barbados*. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, recuperado el 09 de agosto de 2012 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf

³⁶⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Sentencia de 12 de Agosto de 2008, recuperado el 11 de agosto de 2012 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf

medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual 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 internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos”.

Noviembre 23, 2009: Caso Radilla Pacheco Vs. México³⁶¹ la Coidh reitera la obligación del Poder Judicial en cuanto al Control Constitucional, pero ya no señala la obligación de éstos sobre el control de convencionalidad.

³⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, recuperado el 13 de agosto de 2012 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf

3.3.3. Sistema africano

Es el más reciente de los sistemas regionales y todavía está en fase de formación³⁶². La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, también conocida como Carta de Banjul³⁶³, fue aprobada en Nairobi, Kenya, en la XVIII Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana, denominada desde 2002 como Unión Africana.

Una de las principales características de esta carta es que se regulan los derechos económicos, sociales y culturales, de manera conjunta con los derechos civiles y políticos, lo que no sucede en los otros sistemas regionales, además destacan los derechos colectivos y del desarrollo de los pueblos.³⁶⁴

³⁶² ODIMBA ON'ETAMBALAKO WETSHOKONDA, Jean C., *Los derechos humanos en la historia de África*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, recuperado el 09 de septiembre de 2012 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2562/8.pdf>, p. 58.

³⁶³ 1981 y vigente en 1986.

³⁶⁴ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *op. cit.*, nota 116, p. 105.

La carta prevé una Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que se integra por once personalidades africanas de prestigio.³⁶⁵ Fue constituida en 1987, teniendo su sede en Banjul, Gambia. Asimismo, 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, en 1998.³⁶⁶ si bien la propuesta de su existencia fue realizada en 1961, en una reunión de juristas africanos en Lagos, Nigeria.

La Corte se integra por once juristas. En 2006 fueron electos los primeros jueces, con renovación y nuevos integrantes en 2008. Inició sus funciones de manera provisional en Addis Abba, Etiopía, en noviembre de 2006; y luego en Arusha, Tanzania, a partir de agosto de 2007. Hasta la fecha sólo 25 países han aceptado su

³⁶⁵ ODIMBA ON'ETAMBALAKO WETSHOKONDA, Jean C., "Protección de los derechos fundamentales en África", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 6, 2006, pp. 107-145, recuperado el 24 de octubre de 2012 de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2528838>

³⁶⁶ Entrando en vigor en 2004.

jurisdicción,³⁶⁷ de los 53 que integran la Unión Africana y que también ratificaron la Carta de Banjul.

Tiene competencias *consultivas* y *contenciosas*, y el primer fallo de la Corte fue emitido el 15 de diciembre de 2009, en el caso “*Michelot Yogogombaye v. República de Senegal*”. En junio del presente año de 2011 se resolvieron otros dos casos, “Daniel Amare and Mulugeta Amare v. República de Mozambique & Mozambique” Airlines, y “Soufiane Ababou v. República de Argelia”; y el 25 de marzo de 2011 se dictó una medida provisional contra Libia.³⁶⁸

3.3.4. Sistema Árabe

El Oriente Medio ha sido siempre centro de atención debido a sus problemas e importancia

³⁶⁷ Algeria, Burkina Faso, Burundi, Côte d'Ivoire, Comoros, Gabon, Gambia, Ghana, Kenya, Libya, Lesotho, Mali, Malawi, Mozambique, Mauritania, Mauritius, Nigeria, Niger, Rwanda, Sudáfrica, Senegal, Tanzania, Togo, Tunisia y Uganda.

³⁶⁸ SAAVEDRA ÁLVAREZ, Yuria, “El sistema africano de los derechos humanos y de los pueblos. Prolégomenos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, núm. 8, 2008, pp. 671-712, recuperado el 22 de julio de 2012 de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2558730>

económica para el mundo, por ser una fuente de una considerable cantidad de petróleo y gas, a un precio más barato.

En el Oriente Medio hay varias instituciones que conectan la región al mundo y que, por tanto, tienen un cierto grado de influencia en la conformación de la política regional. Esta estructura institucional es importante en la localización del Oriente Medio en la política mundial, porque cada una de ellas tiene una agenda, una inclinación y prioridades diferentes. Al entender la diversidad de las organizaciones regionales, también se evidencia que el Oriente Medio no es una unidad, sino que tiene varios centros de poder.³⁶⁹

La mayoría de los sistemas regionales han adoptado instrumentos regionales para la protección de los derechos humanos, como lo hemos venido señalando. Es el caso de la región árabe en septiembre 15 de 1994,

³⁶⁹ OZKAN, Mehmet, *El Oriente Medio en la política mundial: un enfoque sistémico*, España, Universidad de Sevilla, Instituto de Estudios Políticos, 2011, pp. 99-120, recuperado el 11 de noviembre de 2012 de <http://works.bepress.com/mehmetozkan/116>

en donde el “Consejo de la Liga Árabe” adoptó los “Estatutos Árabes en Derechos Humanos”.

La “Liga Árabe” es el nombre formal de la Liga de los Estados Árabes, organización voluntaria de 22 países independientes cuyos pueblos son en su mayoría de lengua árabe. Su finalidad, como lo menciona la “Carta de la Liga Árabe”³⁷⁰ es:

“Artículo II.- La Liga tiene como finalidad el afianzamiento de las relaciones entre los Estados miembros, la coordinación de sus políticas con el fin de alcanzar la cooperación entre los mismos y de salvaguardar sus independencias y soberanía, y una disposición general sobre los asuntos y intereses de los Estados Árabes. Además tiene como propósito unificar la cooperación de los Estados miembros, con el debido respeto hacia la Organización y circunstancias de cada Estado (...).”

La Liga fue creada en El Cairo, en 1945, y sus países fundadores fueron Egipto, Irak, Líbano, Arabia

³⁷⁰ LIGA ÁRABE, *Carta de la Liga Árabe*, suscrita el 22 de marzo de 1945, recuperado el de noviembre de 2012 de http://orilp.tripod.com/biblio_1_liga_arabe.htm

Saudí, Siria, Transjordania Jordania, a partir de 1950 y Yemen, a los que se unirían más tarde Argelia 1962, Bahrein 1971, Comores 1993, Djibouti 1977, Kuwait 1961, Libia 1953, Mauritania 1973, Marruecos 1958, Omán 1971, Qatar 1971, Somalia 1974, Yemen del Sur 1967, Sudán 1956, Tunicia 1958 y los Emiratos Árabes Unidos 1971. La Organización para la Liberación de Palestina fue admitida en 1976.

Egipto dejó de pertenecer a la Liga en 1979 a raíz de la firma del tratado de paz con Israel, con lo que la sede de la organización fue trasladada de El Cairo, Egipto a la ciudad de Túnez. En 1987 los líderes árabes decidieron restablecer los lazos diplomáticos con Egipto, que fue readmitido en 1989 y la sede de la Liga volvió a trasladarse a su lugar original. En octubre de 2002 Libia anunció su retirada de la Liga Árabe, que se haría efectiva un año después.

El órgano supremo de la Liga Árabe es el Consejo, compuesto por todos los Estados miembros. Cada uno de ellos dispone de un voto y las decisiones

adoptadas de forma mayoritaria son vinculantes de forma individual, sólo para aquellos miembros que las han aceptado. El Consejo se convoca dos veces al año, en marzo y septiembre, aunque también se reúne en sesiones extraordinarias a petición de dos miembros siempre que la ocasión lo requiera. La Liga nombra, por una mayoría de dos tercios, a un secretario general, que se ocupa de los aspectos financieros y administrativos. La llamada Secretaría General a su vez está dividida en 14 departamentos encargados de cuestiones políticas, económicas, sociales y legales. Otras agencias especializadas vinculadas a la Liga son la Organización Científica, Cultural y Educativa y la Organización del Trabajo.

El gobierno egipcio propuso por primera vez la creación de la Liga Árabe en 1943. Egipto y algunos de los demás estados árabes deseaban una cooperación más estrecha que no supusiera la pérdida de autonomía que una unión total supondría. La carta original de la Liga establecía una organización regional de Estados soberanos que no constituía ni una unión ni una

federación. Entre los objetivos que se fijaban lograr era la independencia de todas las naciones árabes que se hallaban aún bajo un gobierno extranjero e impedir que la minoría judía de Palestina,³⁷¹ creara un Estado judío. Los miembros formarían más tarde un consejo conjunto de defensa, un consejo económico y un mando militar permanente.³⁷²

La Liga Árabe participa en programas sociales, culturales, económicos y políticos preparados para promover los intereses de los Estados miembros. También sirve de foro para que los países coordinen sus posiciones políticas y deliberen sobre temas de interés común, resolviendo algunos litigios y controlando conflictos como los surgidos durante las guerras civiles del Líbano.³⁷³

³⁷¹ En aquel entonces, bajo mandato británico.

³⁷² CLUB UNIÓN ÁRABE, *Liga de los Estados Árabes*, recuperado el 29 de octubre de 2010 de http://www.clubarabe.cl/club/index.php?option=com_content&view=article&id=138&Itemid=100

³⁷³ 1958 y 1975-1976.

La Liga Árabe sirvió de plataforma para la redacción y firma de casi todos los documentos decisivos para la promoción de la integración económica entre los Estados miembros, como fue el caso de la creación de la Carta de Acción Económica Conjunta Árabe, que establecía los principios por los que se regirían las actividades económicas de la Liga.

Para la Liga Árabe fue un paso muy importante el momento en el que adoptó los Estatutos Árabes en Derechos Humanos (Estatutos) en 1994, mismo año en el que la Liga cumplió 50 años. La adopción de los Estatutos simbolizó el reconocimiento de los derechos humanos por parte de los miembros de la Liga, además del reconocimiento de su importancia en el mundo árabe.

Esta primera versión de los Estatutos cuenta con 43 artículos subsiguientes al preámbulo. El preámbulo trata, en una primera instancia, sobre los principios definidos por las religiones, en donde se confirma el derecho a una vida digna basada en la libertad, la justicia y la paz. Asimismo, el preámbulo reafirma los principios

de los Estatutos de las Naciones Unidas y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. De igual manera reafirma las provisiones de los Pactos de Derechos Internacionales Civiles y Políticos; Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Derechos Humanos en el Islam ³⁷⁴ dentro de la Declaración del Cairo de 1990, siendo estos últimos instrumentos bastante cuestionados por su compatibilidad.

Sin embargo, los Estatutos proclaman esencialmente los mismos derechos plasmados en otros instrumentos de derechos humanos internacionales y regionales.³⁷⁵

³⁷⁴ ÁVILA HERNÁNDEZ, Flor M., “Los Derechos Humanos en el Islam”, *Frónesis: Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, vol. 15, núm. 1, 2008, p. 138, recuperado el 05 de noviembre de 2012 de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2715468>

³⁷⁵ MOHAMMED AMIN, Al-Midani, *Introducción a los Estatutos Árabes en Derechos Humanos*, Estados Unidos de Norteamérica, Arab Center for International Humanitarian Law and Human Rights Education, 2006, p.105.

El problema central con los Estatutos es la falta de algún mecanismo de control en derechos humanos, teniendo en cuenta los mecanismos europeos y americanos de las convenciones de derechos humanos, e igualmente los Estatutos Africanos en Derechos Humanos y del Pueblo.

Los Estatutos árabes tienen limitados sistemas de monitoreo estatal dentro de sus provisiones. El mecanismo de control consiste en presentar reportes ante el comité especialista, sin ningún sistema de petición individual o estatal ante violaciones significativas frente a los Estatutos por parte de miembros del Estado.

Expertos, académicos y ONG entre otros, presentaron una gran cantidad de críticas frente a las deficiencias presentadas en los Estatutos. Un sin número de reuniones y conferencias fueron organizadas en Europa y el mundo árabe en aras de estimular la modificación de los Estatutos por parte del gobierno árabe.

En una resolución entregada el 10 de enero de 2003, la Comisión Árabe en Derechos Humanos invitó a los Estados árabes a presentar nuevas propuestas y mejoras de los Estatutos, bajo la promesa de ser revisados nuevamente por la comisión en enero de 2004.

Paralelamente, el Alto Comisionado en Derechos Humanos invitó a una reunión en El Cairo en diciembre de 2003 a una gran cantidad de expertos árabes, con el objetivo de presentar algunas observaciones y propuestas en aras de mejorar los Estatutos.

Finalmente, el 23 de mayo de 2004 una nueva versión de los Estatutos fue presentada ante la cumbre árabe en Túnez, posteriormente adoptada.

La nueva versión de los Estatutos contiene 53 artículos posteriores al preámbulo. Dicho preámbulo se mantuvo de la primera versión, a pesar de las grandes críticas presentadas sobre la incompatibilidad entre la Declaración de El Cairo y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

El artículo número dos de los Estatutos es muy similar al segundo artículo en los Convenios Internacionales de 1966. Este trata de los derechos del pueblo árabe a la tenencia de auto determinación, el derecho a poder controlar los recursos propios naturales y la riqueza, la posibilidad de formar una estructura política propia de manera libre, y la posibilidad de llevar a cabo un desarrollo económico, social y cultural.

Sin embargo, la principal falta presente en la primera versión sigue existiendo en la nueva: no existe un efectivo mecanismo de control. El comité experto continúa siendo el único sistema de monitoreo del Estado a conformidad. El comité, comprendido por siete miembros, recibe periódicamente reportes por parte de los partidos del Estado. Esto teniendo en cuenta que un partido del Estado no puede realizar peticiones individuales o estatales al comité, en caso de existir una violación a cualquier artículo de los Estatutos.

Por otra parte, la falta de una corte árabe en derechos humanos es una omisión clave en el sistema de control.³⁷⁶

Es preciso mencionar que varias de las reuniones y conferencias fueron organizadas tanto en el mundo árabe³⁷⁷ como en Europa. Las reuniones se realizaron con el objeto de preparar un protocolo de corrección al mecanismo de los Estatutos y la creación de una corte árabe en derechos humanos.

Entonces se puede afirmar que existe un Sistema en Derechos Humanos Árabes basado en los Estatutos Árabes en Derechos Humanos, además de la Declaración Árabe sobre los Derechos al Menor.³⁷⁸ Asimismo, se tienen dos documentos paralelos al sistema de derechos humanos africano: los Estatutos Africanos de Derechos Humanos y del Pueblo de 1981 y los Estatutos Africanos en Derechos y Protección al Menor de 1990.

³⁷⁶ Entiéndase desde un “simple control”, hasta una forma más compleja como lo podría ser un “control difuso de convencionalidad” apelando al principio de subsidiariedad.

³⁷⁷ La última tuvo lugar en Yemen en el 2004.

³⁷⁸ Adoptados en Túnez en 1983.

Sin embargo, para que los Estatutos Árabes en Derechos Humanos entren en vigor se necesitan 7 ratificaciones, y aunque algunos Estados Árabes los han firmado³⁷⁹, Jordania ha sido el único Estado Árabe que los ha ratificado hasta el momento.

³⁷⁹ Egipto, Qatar, Siria y Túnez.

CAPÍTULO IV.

LA CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO

4.1. Acercamiento a la convencionalidad en México

México se presenta ante la comunidad internacional como un país proclive a suscribir la mayoría de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que han surgido³⁸⁰. Tan es así, que es miembro de la Organización de las Naciones Unidas desde el 7 de noviembre de 1945, suscribió la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 y ha ratificado los principales tratados derivados de tal organización, como lo son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁸¹ y el Pacto Internacional de

³⁸⁰ BECERRA RAMÍREZ, José de J., *Los instrumentos internacionales de derechos fundamentales y su aplicación en el ámbito constitucional mexicano*, Tesis doctoral, Instituto de Derechos Humanos, Madrid: Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2009, p. 234, recuperado el 23 de septiembre de 2012 de http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7589/1/jose_becerra_tesis.pdf

³⁸¹ México hizo únicamente dos reservas a este Pacto: la primera, al artículo 13 que establece las condiciones para expulsar a los extranjeros del territorio nacional conforme a una decisión adoptada legalmente en donde se le dé derecho de audiencia. Con las reformas constitucionales de junio de 2011, esta reserva ha quedado subsanada por parte del Estado mexicano, ya que anteriormente el artículo 33 de la CPEUM otorgaba al ejecutivo facultad para expulsar de inmediato y sin juicio previo a los extranjeros cuya permanencia en el país se consideraba inconveniente. Pero a partir de la reforma dicho artículo constitucional fue reformado para establecer como requisito para efectuar dicha expulsión, el conceder al extranjero que

Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁸², en marzo de 1981. De igual manera, México fue un ferviente promotor del surgimiento de la Organización de los Estados Americanos, pues convocó en 1945 a la Conferencia de Chapultepec, en la cual se iniciaron los trabajos para tal propósito. De la reunión derivó el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su principal tratado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ratificada por México el 24 de marzo de 1981. Incluso, en datos del Senado de la República y de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, a la fecha con temática específica en derechos humanos, se han ratificado 47 tratados internacionales, adicionales a los diversos tratados que sin contar con la

se pretenda expulsar derecho de audiencia y realizarse un procedimiento administrativo regulado por la ley, situación con la cual, como ya lo mencionamos, ha quedado sin materia la reserva planteada por México respecto del artículo 13 del Pacto. Por otra parte, México hizo también una reserva al artículo 25 que subsiste hasta la fecha. El pacto reconoce en este artículo el derecho de todas las personas para “*Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores*”, y el artículo 130 de la CPEUM, restringe a los ministros de culto el derecho a ser votados, situación que constituye la única reserva actual al Pacto por parte de México.

³⁸² Cabe destacar que México no manifestó en ningún momento reserva alguna respecto del contenido del mismo.

denominación sobre derechos humanos, en el fondo también los abordan³⁸³.

Sin embargo, en contrapartida se observaron ciertas resistencias para asumir la competencia de entes supranacionales, más aún, en lo que se refiere al uso de las fuentes jurisprudenciales que emanen de tales entes. Este problema es muy evidente, al verse reflejado en la resistencia histórica de nuestro país a todo aquello que tenga visos de injerencia externa. La soberanía es el discurso al que recurre para contrarrestar los signos de apertura internacional, que en México denota la influencia de su doctrina constitucional clásica, en la que la soberanía del Estado se plantea con base en la perspectiva de que no pueden existir más relaciones que las de sujeción frente al Estado soberano³⁸⁴. Esta postura se derivó del principio de la no intervención, una de las normas fundamentales de las relaciones internacionales de México. Por ello, se intentó justificar la resistencia a un

³⁸³ Senado de la República, recuperado el 28 de enero de 2013 de <http://www.senado.gob.mx/> / Secretaría de Relaciones Exteriores de México, recuperado el 28 de enero de 2013 de <http://www.sre.gob.mx/tratados/>

³⁸⁴ TENA RAMÍREZ, Felipe, *op. cit.*, nota 168, pp. 5-7.

sistema internacional de los derechos de las personas, cuyo reflejo fue una actitud muy cauta hacia el reconocimiento de la jurisdicción internacional en esa materia.³⁸⁵

El jurista Sergio García Ramírez explica por qué México se incorporó de forma tardía al sistema jurisdiccional derivado del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos:

“México tiene un natural recelo hacia instancias externas que pudieran tomar decisiones en puntos que se han reservado tradicionalmente a la jurisdicción doméstica (...) Las circunstancias históricas en que se ha formado la política internacional de México: los avatares de la insurgencia, las constantes injerencias extranjeras – una de ellas cercenó, en una guerra injusta, la mitad del territorio nacional- la necesidad de recurrir a principios firmes como reducto de pretensiones

³⁸⁵ Es decir, promovieron y asumieron originalmente de forma entusiasta instrumentos internacionales de derechos humanos, pero no con el mismo ánimo el aceptar la competencia de la jurisdicción internacional sobre ello. SEPÚLVEDA, César, *Estudios sobre derecho internacional y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 1991, p. 141.

*justas, la severa experiencia de la geopolítica, la falta de medios para enfrentar a las codicias externas con el poder de la fuerza o la riqueza fueron entre otros, los factores de esa política*³⁸⁶.

Por ello, se explica que nuestro país no aceptara la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino hasta el 16 de diciembre de 1998, 29 años después del surgimiento del citado cuerpo jurídico interamericano. Esta circunstancia refleja claramente lo ya dicho en el sentido de que por un lado se asumen la mayoría de los tratados internacionales sobre derechos humanos que surgen del consenso internacional, pero por otro se observan resistencias para la aceptación de jurisdicciones establecidas más allá del Estado nacional.

Por lo tanto, el gran reto para México consiste en asumir los compromisos internacionales de forma plena; es decir, no solo el contenido establecido en los tratados, sino también las decisiones emanadas de organismos internacionales, de los cuales nuestro país ha aceptado la

³⁸⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, 2002, pp. 72-74.

competencia. Asumir tales obligaciones tiene consecuencias en nuestro ordenamiento nacional, pues el Estado se obliga a respetar y garantizar los derechos incluidos en tales instrumentos jurídicos internacionales, mediante el pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna. Además de adoptar todo tipo de medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacerlos efectivos³⁸⁷.

Así, al formar parte el Estado mexicano del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos establecido en la Organización de las Naciones Unidas y a la vez del Sistema Interamericano, nuestro país debe supeditarse sin que ello implique pérdida de su soberanía³⁸⁸, a tales disposiciones, de ahí que los

³⁸⁷ Un ejemplo claro de tales obligaciones se encuentra establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁸⁸ Según el principio “pacta sunt servanda”, la regla que debe imperar en todo acuerdo, contrato o pacto, es la voluntad de las partes, en virtud de la cual todos estos han de ser cumplidos. Este principio además de estar contenido en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, *op. cit.*, nota 378, se encuentra también en la Carta de las Naciones Unidas, en su artículo 2°, apartado 2, que establece “*Los Miembros de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, cumplirán de buena fe las*

operadores jurídicos nacionales tengan la obligación de vigilar y velar por la realización y tutela de tales contenidos normativos.

En consecuencia, el análisis debe centrarse en cómo México afronta el proceso de conexión o armonización del derecho internacional de los derechos humanos con el ámbito nacional, en particular mediante lo que se ha dado en llamar control de convencionalidad. Máxime cuando nos encontramos con una nueva construcción constitucional en el país, derivada de la reforma a la Carta Magna en materia de derechos

obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta". Cabe mencionar que, como todo principio, tiene sus excepciones; la Convención de Viena señala entre ellas la imposibilidad material del Estado para cumplir con las obligaciones pactadas, si se pone en riesgo a las instituciones o el mismo Estado, o la denuncia legal del tratado. Hablando del principio "pacta sunt servanda", no podemos ser omisos en señalar su relación con otro principio, que es el "buena fe", y que también se encuentra en los mismos preceptos que el primero. Dado que las relaciones internacionales se sustentan en la voluntad de los sujetos que en ellas intervienen, esta debe estar permeada de honestidad, honradez, rectitud y sobre todo los estados deben tener la firme convicción de realizar acciones comunes y tendentes a la paz, la justicia, la igualdad y la solidaridad entre las naciones y el respeto a los derechos humanos. OROZCO SÁNCHEZ, César A., *El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción en México*, México, Ubijus, 2012, pp. 116-118.

humanos del año 2011, en la que los tratados internacionales del citado ámbito tiene un rango prevalente en nuestra Constitución. Desde esta perspectiva en los siguientes apartados abundaremos en el debate que por este motivo se ha estado dando en nuestro país.

4.2. Desarrollo del control convencional

Al haber ratificado nuestro país la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y al haber aceptado la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, los derechos reconocidos en el primer instrumento, como las resoluciones emanadas de dicho órgano interamericano deben ser observadas,³⁸⁹ incluso estas últimas adquieren carácter definitivo e inapelable es decir, son de naturaleza vinculante;³⁹⁰ sin que pueda invocarse ninguna disposición de derecho interno o criterio jurisprudencial como justificación para su incumplimiento, ya que los

³⁸⁹ Artículo 68.1 de la CADH: “Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la corte en todo caso en que sean partes”.

³⁹⁰ Artículo 67 de la CADH: “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable (...)”.

pactos internacionales obligan a los Estados parte y sus normas deben ser cumplidas en términos de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)³⁹¹, suscrito también por el Estado mexicano y vigente desde enero de 1980.

A consecuencia de lo anterior empezaron a surgir sentencias de la Corte IDH en contra de México desde 2006, que empezaron a inquietar al ámbito jurídico en razón de los planteamientos, máxime que muchos se dirigieron a los órganos del poder público de nuestro país, como el caso Jorge Castañeda Vs México (2006); el de

³⁹¹ A continuación se transcriben los artículos 26, 27 y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, relativos a la observancia de los mismos: Artículo 26. *“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”*. Artículo 27. *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”*. Artículo 46. *“1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe”*. Recuperado el 26 de junio de 2013 de http://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf

Rosendo Radilla Pacheco Vs México (2009); Fernández Ortega y Otros Vs. México (2010);³⁹² Rosendo Cantú y Otra Vs. México (2010);³⁹³ y Cabrera García y Montiel Flores Vs. México (2010).³⁹⁴ Especialmente el asunto de Rosendo Radilla Pacheco, fue el que catalizó la posibilidad de ejercicio por parte de los operadores jurídicos nacionales, especialmente los jueces, del control convencional, lo cual generó un fuerte debate nacional sobre la forma en que dichos órganos de nuestro país deben asumir dichas fuentes normativas y jurisdiccionales³⁹⁵.

³⁹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Fernández Ortega y otros Vs. México*, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Párrs. 233-238, recuperado el el 13 de enero de 2013 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_215_esp.pdf

³⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México*, Sentencia de 31 de agosto de 2010, Párrs. 218-223, recuperado el 15 de enero de 2013 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf

³⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, párrs. 225-235, recuperado el 15 de enero de 2013 de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf

³⁹⁵ Dicha resolución fue notificada al Estado Mexicano el 15 de diciembre de 2009, y fue la cuarta sentencia de condena al país a diez años de haber reconocido su competencia contenciosa. Es la primera resolución contra México en la cual se menciona la obligación de los jueces y tribunales nacionales de ejercer el control de convencionalidad, mismo que si bien no es ordenado en la sentencia

En primer término, el control convencional para los operadores jurídicos nacionales significa constatar la adecuación de las disposiciones normativas internas que apliquen específicamente en casos concretos los contenidos de la Convención Americana, así como los estándares interpretativos establecidos por la Corte IDH³⁹⁶.

La doctrina jurisprudencial de la Corte IDH así lo prevé, al expresar que “... *En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado (Pacto de San*

como una de las medidas de reparación, si constituye parte de estas al integrarse en las consideraciones relativas a las medidas de satisfacción y garantía de no repetición. CASTILLA, Karlos, *El Control de Convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco*, pp. 594-596, recuperado el 01 de julio de 2013 de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/busquedadoc?t=el+control+de+convencionalidad%3A+un+nuevo+debate+en+M%C3%A9xico++&db=1&td=todo>

³⁹⁶ BAZÁN, Víctor, “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”, en BAZÁN, Víctor y NASH, Claudio (eds.), *Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad 2011*, Colombia, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2012, pp. 17-18, recuperado de http://www.kas.de/wf/doc/kas_31900-1522-4-30.pdf?121217152101

José), sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana...”.

Ante ello se reitera:

“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 2º 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”³⁹⁷.

³⁹⁷ Caso Rosendo Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos, Sentencia del 23 de noviembre de 2009, Serie C Nº 209, párr. 338; Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México, Sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C Nº 215, párr. 233; y Caso Rosendo Cantú y Otra Vs. México, Sentencia del 31 de agosto de 2010, Serie C Nº 216, párr. 218.

Por ello, los órganos nacionales destinados en este caso a la impartición de justicia, independientemente de su nivel y materia, deben realizar dichos ejercicios de compatibilización o armonización de las normas nacionales con la internacional, especialmente con la interamericana.

Así, el ejercicio de control que se ha venido mencionando parte de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos se encuentran dentro de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. Término que si bien es cierto, es de reciente manejo en nuestro país, en otros espacios ya es un concepto fuertemente aceptado, el cual se utiliza para referirse a la prevalencia de los contenidos en los tratados internacionales en materia de derechos humanos al integrarse al texto de la Constitución como tal³⁹⁸. Un

³⁹⁸ Al respecto, Herrerías Cuevas & Rodríguez, mencionan que la noción actual del bloque de constitucionalidad contempla esencialmente la supremacía de los derechos humanos frente a la normativa, es decir, atiende más a una visión humanista que a una visión normativa, colocando a la persona como fin de toda actuación del Estado y privilegiando por encima de todo los derechos humanos, consolidándose como un ámbito amplio y eficaz que vincula el contenido constitucional con los contenidos supranacionales para dar

ejemplo por demás pedagógico es el manejo que le ha dado en nuestro ámbito latinoamericano la ya mencionada Corte Constitucional de Colombia, que en su sentencia C-225/95 de manera literal establece:

PREVALENCIA DE TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS. El único sentido razonable que se puede conferir a la noción de prevalecía de los tratados de derechos humanos y de derecho internacional humanitario es que éstos forman con el resto del texto constitucional un “bloque de constitucionalista”, cuyo respeto se impone a la ley. En efecto de esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados ratificados por Colombia, que reconocen los derechos humanos y prohíben sus limitaciones en los estados de excepción. Como es obvio, la imperatividad de las normas humanitarias y su integración en el bloque de constitucionalidad implica que el Estado colombiano debe adaptar las normas de inferior jerarquía del orden jurídico interno a los contenidos del derecho internacional

mejor protección y garantía a los derechos de las personas. HERRERÍAS CUEVAS, Ignacio F. y RODRÍGUEZ, Marcos del R., *op. cit.*, nota 206, pp. 69-74.

humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores.³⁹⁹

Al partir de las anteriores premisas, es obvio que en el país de México, la intensidad del control difuso de convencionalidad se acrecentó, al haber aceptado recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación el control difuso de constitucionalidad (por la nueva interpretación que se hace del artículo 133, en relación con el vigente artículo 1º constitucional); apartándose de su tradicional jurisprudencia que venía reiterando desde la década de los años cuarenta del siglo pasado; que últimamente se vio reflejado en los criterios 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”; según se puede apreciar de la

³⁹⁹ Corte Constitucional de Colombia recuperado el 31 de enero de 2013 de <http://www.constitucional.gov.co/corte/> p. 45. El anteponer la letra C o T al número de sentencia de la Corte Constitucional Colombina, se debe al tipo de acción que se ejerció en tal juicio, bien sea de constitucionalidad (letra C) o de Tutela (letra T).

resolución de la modificación de jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que aparece publicado en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, libro III, diciembre de 2011, Tomo 1, página 549, del Pleno de la Décima Época, que literalmente dice:

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."

"PLENO.- SOLICITUD DE MODIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA 22/2011. Ministro Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 25 de octubre de 2011. Mayoría de nueve votos; votaron en

contra y por la modificación de las tesis jurisprudenciales respectivas: Sergio A. Valls Hernández y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarios: Ignacio Valdés Barreiro, Jorge Roberto Ordóñez Escobar y Rafael Coello Cetina.”

El juez nacional al utilizar dicha técnica debe estar concientizado de que no se trata simplemente de un esquema de una imposición de la norma internacional sobre la nacional, sino de un proceso interpretativo de armonización, que implica, incluso, en algunas ocasiones, dejar de aplicar la primera, al resultar de mayor alcance protector la norma nacional, conforme al principio pro persona y también derivado de la obligación general de respetar los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales, este mismo método se podría trasladar cuando colisionen la Constitución y algún instrumento internacional, si este último contempla un derecho humano que otorgue una protección más eficaz, entonces aquella se debe inaplicar.

La Carta Magna, con la reforma del citado precepto 1º, reconoce el otorgar jerarquía constitucional a

los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales, con lo cual se decanta el que tengan el mismo nivel los propios tratados; sin embargo, en la actualidad en la Suprema Corte de Justicia de la Nación sigue el debate sobre dicho tema, mismo que se examinará más adelante, empero, cada vez son más los Estados Latinoamericanos que lo han aceptado, superando la clásica concepción de su equiparación legal. Esto ha sucedido, por ejemplo, en Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Perú, Paraguay y muy recientemente en República Dominicana, en su nueva Constitución proclamada el 26 de enero de 2010, en donde se refleja la tendencia evolutiva de apertura que están adoptando los textos constitucionales de nuestra región en materia de derechos humanos, al establecer que: los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado (art. 74.3).

Al retomar el tema de la cláusula, en realidad la interpretación del derecho interno conforme a la normativa

internacional implica la interpretación del mismo derecho interno, en la medida en que los tratados internacionales son derecho nacional (de fuente internacional) una vez que son debidamente incorporados, como lo ha sustentado Fix-Zamudio desde hace décadas.

La cláusula de interpretación conforme (constitucional y convencional) que prevé el artículo 1º constitucional, guarda una estrecha relación con el control difuso de convencionalidad que recientemente ha sido aceptado por la Suprema Corte de Justicia al cumplimentar (parcialmente) la sentencia del Caso *Radilla*.

La intención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es clara: definir que la doctrina del control de convencionalidad debe ejercerse por todos los jueces, independientemente de su formal pertenencia o no al poder judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización, así como la posibilidad de ejercer dicho control independientemente de que las partes lo invoquen o no; es decir, de oficio.

En nuestro país la referida actividad del ejercicio del control difuso de convencionalidad la han venido desarrollando los órganos jurisdiccionales desde antes de la reforma constitucional de 2011, incluso previamente a la sentencia Radilla Pacheco Vs México, que más adelante se mencionará. Para ello, se trae a colación lo resuelto por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en un asunto de limitación de los derechos políticos en 2007, en el que se ponderó el contenido de la Convención Americana, con una normativa nacional. Este asunto emanó del expediente SUP-JDC-695/2007 que promovió Jorge Hank Rhon, y para una mayor ilustración del ejercicio que en el referido caso se realizó, se cita textualmente a continuación:

“Esta prerrogativa ciudadana de ser votado, además, se encuentra ampliamente reconocida en textos internacionales, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en cuyo artículo 23 establece, en lo que importa:

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

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

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

Como se advierte, la limitación al ejercicio del derecho de sufragio pasivo, se acota exclusivamente a razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o condena, más nunca al hecho de estar desempeñando un cargo de elección popular.

En ese contexto, es válido concluir que sí es factible jurídicamente, dejar de desempeñar cargos públicos

de elección popular, sin que ello implique una contravención a lo establecido en el artículo 36, fracción IV, de la Constitución Federal y en los instrumentos internacionales jurídicamente reconocidos. Es público y notorio que la limitación como la contenida en el numeral 42 de la Constitución Local, constituye un caso único en derecho comparado, pues no existe disposición alguna constitucional o legal en los ordenamientos de otros países que la contenga.

Como ya se mencionó, el derecho fundamental de ser votado no se encuentra previsto sólo en la Constitución General de la República, y, a su vez, recogido por la particular del Estado, sino que además de gozar de una protección adicional al ser reconocido por diversos tratados internacionales suscritos por nuestro país, de esta forma, aquellas disposiciones secundarias como las leyes federales y constituciones legales, al momento de establecer condiciones o límites para el ejercicio del derecho fundamental de participación política que nos ocupa, como a cualesquiera otro, lo cierto es que debe ajustarse a lo establecido en tales instrumentos internacionales, ya que de lo contrario deberán de aplicarse mediante una interpretación conforme con la propia Constitución y los tratados internacionales,

*con el objetivo de hacer congruente el sistema normativo, ejerciendo con ello un control de legalidad”.*⁴⁰⁰

En el texto anterior queda claramente expresado como en materia electoral el más alto tribunal en tal rama empezó a realizar, aunque no con la denominación de control convencional, sí un ejercicio de tal naturaleza. Es decir, aplicar en el ámbito interno disposiciones del ámbito supranacional, incluida la interpretación del catálogo nacional de conformidad con tales normas⁴⁰¹.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación actuó de manera análoga en el trámite del juicio de amparo en revisión 186/2008, ejercido contra la reforma constitucional en materia electoral de 2007 por parte del Centro Empresarial de Jalisco, que impugnaba especialmente la parte destinada a la prohibición de la

⁴⁰⁰ Sala Superior, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recuperado el 31 de enero de 2013 <http://portal.te.gob.mx/>

⁴⁰¹ Incluso en otros expedientes se observó el uso de canon internacional de los derechos humanos, como lo fue en los siguientes asuntos: SUP 11/2007, SUP DJC 20/2007 y SUP DJC 85/2007. Sala Superior, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, recuperado el 31 de enero de 2013, <http://portal.te.gob.mx/>

contratación de propaganda política en radio y televisión por parte de cualquier persona o institución que no fuera la autoridad electoral, esto, con el argumento de que tales disposiciones atentaban contra la libertad de expresión. En dicho asunto se ejerció en primer término el juicio de amparo que conoció un juzgado de distrito, el cual rechazó tal acción, por la improcedencia presente en la legislación de amparo en materia política electoral. Lo relevante que se presentó en tal acción de amparo es que al entrar a conocer la Suprema Corte de Justicia en vía de revisión, ordena que sea admitido en trámite dicho amparo, fundándose para ello en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tan es así, que el ministro presidente de la Corte de esa fecha manifestó lo siguiente:

“Sin embargo, mi convicción personal, me lleva en este momento a cambiar el sentido de mi decisión, porque considero que ha habido un cambio jurídico nacional para el Estado mexicano, a partir del ocho de agosto de este año, en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos vinculó como Estado, a generar medios de defensa accesibles para la defensa de todos los derechos

*humanos independientemente de quién y dónde cometa la violación [...] México, asumió compromisos internacionales, entre otros, fundamentalmente el de someterse a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el conocido asunto promovido por Jorge Castañeda Gutman, al invocarse por éste que el Estado mexicano viola uno de sus derechos fundamentales por no establecer un medio de defensa adecuado para la defensa de sus derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha fallado en contra del Estado mexicano, obligándolo a crear este medio efectivo de defensa*⁴⁰².

Con esta decisión, la Corte de México impulsa el camino hacia el control convencional, al inaplicar la

⁴⁰² Contenido de la versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el lunes 29 de septiembre de 2008, Expediente 186/2008, Amparo en revisión promovido por el Centro Empresarial de Jalisco, Sindicato Patronal, contra actos del Congreso de la Unión y otras autoridades, consistentes en la expedición y aplicación del decreto por el que se reformaron los artículos 6º, 41, 85, 99, 108, 116 y 122, adicionó el artículo 134 y derogó el párrafo tercero del artículo 97 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de noviembre de 2007, Suprema Corte de Justicia de la Nación recuperado el 30 de enero de 2013 de <http://www.scjn.gob.mx/PortalSCJN/ActividadJur/Pleno/VerEstenograficas/>

normativa (artículo 73 de la Ley de Amparo), dando prevalencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como a la jurisprudencia de la Corte IDH, pues en el asunto mencionado ordena dar trámite a la admisión del juicio multicitado.

Ante ello, no queda duda en afirmar que en los últimos años los operadores jurídicos mexicanos empiezan a dar pasos ilustrativos hacia el establecimiento en nuestro país del control de convencionalidad, hecho que se refleja plenamente en lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de México al decidir sobre el cumplimiento del caso Radilla Pacheco el 14 de julio de 2011 y que el propio presidente de dicho tribunal calificó como un asunto histórico, realizó interpretaciones constitucionales de gran calado para el sistema jurídico mexicano, apoyándose en gran medida en los nuevos contenidos normativos⁴⁰³ del vigente artículo 1º de la Constitución Política Mexicana. Los criterios principales que derivan de dicho asunto son los siguientes: a) Obligatoriedad de las sentencias condenatorias de la

⁴⁰³ Vigente desde el 11 de junio de 2011.

Corte IDH en los asuntos donde el Estado mexicano es parte; por lo que no pueden ser objeto de revisión por la Suprema Corte, ni siquiera cuando se trata de reservas o declaraciones interpretativas formuladas en su momento por el Estado mexicano. b) Obligaciones específicas a los jueces mexicanos (como parte del Estado mexicano) derivadas del cumplimiento de dichas sentencias, por lo que existen, en la sentencia del caso Radilla, obligaciones para el Poder Judicial de la Federación y los jueces mexicanos, particularmente para la Suprema Corte, con independencia de las obligaciones a otros poderes y órganos del Estado mexicano. c) El deber de todos los jueces del Estado mexicano de ejercer un control difuso de convencionalidad, *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, dentro de sus respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes⁴⁰⁴.

Así, de lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso Radilla Pacheco, se reconoce expresamente la posibilidad de que los

⁴⁰⁴ FERRER MAC GREGOR, Eduardo, *op. cit.*, nota 116, pp. 531-622.

operadores jurídicos nacionales ya realicen de forma habitual el control convencional, cuando se encuentren ante la posibilidad de que normas nacionales puedan atentar contra el objeto y fin de los efectos de las fuentes emanadas del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

4.3. El papel del juzgador ante el control de convencionalidad

Sin lugar a dudas ante los nuevos dilemas presentes en el campo del constitucionalismo, los jueces desempeñan un papel por demás relevante, especialmente para el respeto y garantía de los derechos humanos, mediante los diversos medios de control, tal es el caso del llamado control de convencionalidad. Incluso en este sentido, la Corte IDH ha señalado reiteradamente que cuando un Estado ratifica un tratado internacional, sus órganos jurisdiccionales quedan obligados a ejercer un control convencional que comprende no solamente el contenido de las disposiciones de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sino

además las interpretaciones hechas a estos por los órganos internacionales⁴⁰⁵. De tal manera que debe hacerse hincapié en la pericia con que los operadores jurisdiccionales nacionales han de actuar debido a que una interpretación incorrecta, puede llegar a configurar incluso responsabilidades internacionales por parte del Estado en materia de derechos humanos⁴⁰⁶. Ante ello, en las siguientes líneas se analizará dicha relevancia sobre el papel del juzgador dentro del Estado constitucional.

4.3.1. *Cuestiones preliminares*

Los Estados nacionales tienen la obligación de garantizar efectivamente los derechos fundamentales, lo cual implica grandes retos a sus respectivos órdenes constitucionales⁴⁰⁷. La globalización, la propia naturaleza,

⁴⁰⁵ Véase párrafo 124 de la sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, emitida por la Corte IDH, el 26 de septiembre de 2006.

⁴⁰⁶ MEJÍA A., Joaquín R. (coord.), “El poder judicial como garante de la legalidad nacional e internacional: hacia la implementación del control de convencionalidad”, *Los Derechos Humanos en las Sentencias de la Corte Interamericana sobre Honduras*, Honduras, Guaymuras, 2013, pp. 107-113.

⁴⁰⁷ Se habla entonces de una recepción y apertura al derecho internacional de los derechos fundamentales, que como lo señala

principios y características de los derechos humanos, demandan para su garantía al menos en un estándar básico, una cooperación y articulación coherente entre diversos ámbitos locales, nacionales e internacionales⁴⁰⁸. Esta situación ha generado históricamente la evolución del constitucionalismo hacia la construcción de puentes entre el derecho internacional y el nacional, una serie de reformas constitucionales en ese sentido han sido la pauta para el progreso hacia la democracia y el cumplimiento de los derechos humanos; aunque expresado de distintas maneras, las reformas contienen la misma idea: superar el conflicto aparente entre el orden internacional y el nacional, “aparente” puesto que en realidad los dos tienen el mismo fin, la supremacía del ser

Becerra Ramírez, es una premisa de la garantía de eficacia del sistema nacional e internacional de protección de los mismos, pues esta apertura implica alternativas tanto de interpretación constitucional como de garantía supranacional debido a los principios de complementariedad y subsidiariedad con el derecho internacional de los derechos humanos. La situación mundial actual demanda esta apertura por parte de los Estados, dado que estos forman parte de una comunidad internacional que aspira al respeto de los derechos, y por lo tanto comparten la responsabilidad de cooperar solidariamente con sus semejantes a través de la autoimposición de cláusulas constitucionales que los encaminen a tales objetivos. BECERRA RAMÍREZ, José de J., *op. cit.*, nota 216, pp. 115-121.

⁴⁰⁸ Véase *Ibidem*, pp. 46-47.

humano y el perfeccionamiento de sus derechos; idea que deja atrás el debate en torno a la jerarquización de los derechos por ser la persona la cúspide y destinataria de ambos⁴⁰⁹.

La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos no implica únicamente la ampliación del catálogo de derechos reconocido en la parte dogmática de la constitución, sino que permea la totalidad de su contenido, vinculando a todo el poder público y por tanto, condicionando el accionar estatal en todos sus ámbitos y esferas,⁴¹⁰ incluyendo a los juzgadores, quienes están obligados a ejercer el control de convencionalidad para armonizar y conciliar las normas del sistema jurídico nacional con las normas del derecho internacional de los derechos humanos, comprendiendo dentro de éstas, además de los tratados, la interpretación que de ellos hagan los órganos creados para tal efecto. Es decir, la jurisprudencia que consta en las opiniones consultivas, sentencias, medidas

⁴⁰⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *op. cit.*, nota 218, p. 229.

⁴¹⁰ BECERRA RAMÍREZ, José de J., *op. cit.*, nota 216, p. 140.

provisionales y todo tipo de resoluciones dado que todas ellas contribuyen a fortalecer el contenido y alcances de los derechos humanos. Así, los jueces tienen la obligación de interpretar las normas jurídicas según los criterios internacionales establecidos en todos estos instrumentos, como lo son la interpretación conforme y el principio pro persona, haciendo prevalecer en todo momento el mejor derecho, independientemente del orden en el cual se encuentre regulado⁴¹¹.

Kelsen menciona que una constitución falta de garantías para hacer valer los derechos que consagra, es una constitución carente de fuerza normativa, por lo que resulta imprescindible la institución de un órgano jurisdiccional de control para dotar al derecho de fuerza normativa⁴¹². En ese mismo sentido, dice Ferrajoli que los derechos y las garantías se interrelacionan e implican mutuamente, por lo que el reconocimiento de un derecho conlleva la previsión de un medio idóneo para su tutela, sólo en tal supuesto podemos hablar de la existencia de

⁴¹¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *op. cit.*, nota 218, p.229

⁴¹² KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2002, pp.95-107. Citado por BECERRA RAMÍREZ, José de J., *op. cit.*, nota 216, p. 46.

un auténtico derecho; es decir, de un derecho exigible⁴¹³. Al respecto, señala Robert Alexy que los derechos humanos superan el ámbito de la “*poesía constitucional*” para ser traídos al ámbito de la realidad, es decir, que adquieren fuerza normativa vinculante a los tres poderes, hasta que se prevén las garantías jurisdiccionales para exigirlos y cuya tutela corresponde a los tribunales. Las normas constitucionales cuya aplicación u omisión de aplicación, no son sujetas a un control jurisdiccional, son normas propensas a la inobservancia, de ahí la importancia de que aunado a la apertura del Estado para recibir constitucionalmente el derecho internacional de los derechos humanos, se instituyan al mismo nivel las garantías judiciales a través de las cuales podrá exigirse su cumplimiento⁴¹⁴.

Tenemos entonces que las normas que reconocen derechos humanos sin establecer un medio

⁴¹³ FERRAJOLI, Luigi, *Razones jurídicas del pacifismo*, trad. de Gerardo Pizarrello, Madrid, Trotta, 2004, p. 117. Citado en *Idem*.

⁴¹⁴ ALEXY, Robert, “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, *Neoconstitucionalismo (s)*, 2° ed., España, Editorial Trotta, 2005, pp. 33-34.

para exigirlos, carecen de fuerza normativa y contienen derechos que materialmente pueden ser inexistentes, porque en caso de ser violentados, las personas no cuentan con medios para exigirlos; entonces, para dotar a las normas y a los derechos que éstas reconocen de fuerza normativa, resulta necesario instituir un medio idóneo para exigirlos y por lo tanto una instancia para tal efecto. En este caso, hablaremos de un medio jurisdiccional y un órgano jurisdiccional. El juez es el recurso humano a cuyo cargo el Estado pone la institución jurisdiccional que es instancia del medio que constituye la garantía de los derechos, por lo tanto, los jueces son directamente responsables de velar por la garantía de los derechos y hacer efectiva la fuerza normativa de las normas que los reconocen. Aunado a esto, tenemos que los derechos y las garantías se interrelacionan e implican mutuamente, como lo dice Ferrajoli, y los medios jurisdiccionales son una de las garantías previstas para la efectivización y la exigibilidad de los derechos. Por lo tanto, los jueces, encargados de resolver sobre las presuntas violaciones puestas a su consideración a través

de estos medios, son responsables directos de la garantía de los derechos.

4.3.2. El juez nacional en su papel de garante del derecho internacional

Ante la insuficiencia de los Estados para garantizar los derechos, la tendencia internacional apunta a sistemas “multinivel” para su protección. Este término refiere a la pluralidad de instancias garantes de los derechos que interactúan y mutuamente se legitiman o deslegitiman en función del reconocimiento y garantía que hagan y den de los derechos. Cada Estado, al reconocer constitucionalmente los derechos en diferentes niveles genera su propia cultura e identidad constitucional⁴¹⁵. En este sentido, la apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos es una condición esencial para la garantía efectiva de estos. Permite, con base en los principios de complementariedad y subsidiariedad, la aplicación implementación a nivel

⁴¹⁵ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “Constitucionalismo Multinivel y Derechos Fundamentales en la Unión Europea”, en *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, España, Dykinson, 2008, Vol. II, pp.133-135.

nacional de criterios interpretativos abiertos que garantizan de mejor manera los derechos⁴¹⁶.

Desde la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 en México, y con ello, la introducción de los principios interpretativos conforme y pro persona, los jueces nacionales tienen la obligación en el ejercicio cotidiano de su cargo sin importar el ámbito de su jurisdicción, de aplicar normas de origen supranacional y de interpretar las nacionales con arreglo a las primeras para velar siempre por la protección más amplia de los derechos.

El papel del poder judicial es sumamente importante en la aplicación de los tratados internacionales, ya que a su cargo están las siguientes dos atribuciones: la primera, analizar si las acciones y resoluciones de los servidores públicos se apegan a las obligaciones internacionales contraídas por el Estado mexicano, ya que una resolución basada en una interpretación equivocada del derecho internacional de los

⁴¹⁶ BECERRA RAMÍREZ, José de J., *op. cit.*, nota 216, p. 115.

derechos humanos, o no aplicada oportunamente, puede incluso ocasionar el incumplimiento de dichas obligaciones⁴¹⁷. La segunda, determinar el alcance de los derechos, de conformidad con los criterios y principios interpretativos del derecho internacional de los derechos humanos. Este papel interpretativo de los jueces es destacado por Robert Alexy en su pensamiento sobre el máximo grado de indeterminación de los derechos humanos, en el cual plantea cómo es que el contenido de los mismos es maleable y flexible a la interpretación que de los contenidos en la norma fundamental se haga por parte de los jueces. Alexy menciona que “*los derechos fundamentales son lo que son sobre todo a través de la interpretación*”; tratándose de derechos humanos, no es posible detenerse al tenor literal de la ley fundamental; la jurisprudencia y la doctrina constituyen invaluables instrumentos interpretativos que favorecen el robustecimiento del contenido de los derechos humanos y limita aquellos en conflicto⁴¹⁸. Por ello, el papel relevante del juez nacional, que se convierte mediante tales

⁴¹⁷ MEJÍA A., Joaquín R. (coord.), *op. cit.*, nota 406, p. 108.

⁴¹⁸ ALEXY, Robert, *op. cit.*, nota 414, pp. 35-36.

ejercicios en un factor imprescindible para la garantía de los derechos humanos, incluidos los contenidos presentes en los ámbitos más allá de las fronteras nacionales, es decir, se convierte a la vez en un juez internacional, al cual las personas de un determinado Estado pueden, en un primer momento, acudir a hacer valer sus derechos.

4.3.3. Los nuevos dilemas del juez nacional

La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos demanda por parte de los órganos de impartición de justicia:

a) La superación de una formación y cultura legalista.

La implementación de criterios interpretativos novedosos en nuestro sistema jurídico como lo son la interpretación conforme y el principio pro persona, tanto para las normas del orden nacional como de orden supranacional, aplicables a los casos contenciosos sujetos a resolución constituye una difícil tarea para los

juzgadores mexicanos, que habrán de superar una formación y cultura meramente legalistas para impartir a quienes acuden ante ellos en el proceso, una tutela jurisdiccional efectiva, resolviendo como lo menciona Oliveira, libres de esa formación y con *“una mentalidad que no sea solo tecnoburocrática, sino que esté empeñada en la realización de los valores fundamentales del proceso y de la Constitución”*⁴¹⁹.

b) Asumir el derecho internacional en serio

Uno de los retos que enfrenta la jurisdicción nacional para el correcto ejercicio del control de convencionalidad es la disposición de una consciencia constitucional para el acatamiento de los compromisos internacionales mediante los tratados, vistos estos no sólo como un índice político de integración del Estado a la escena internacional, sino como instrumentos vivos para

⁴¹⁹ OLIVEIRA, Carlos A. Á. de, “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho*, Chile, XXII, núm. 1, Julio 2009, p. 193. Recuperado el 23 de julio de 2013 de <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v22n1/art09.pdf>

el respeto de la dignidad y de los derechos humanos⁴²⁰. Si bien es cierto que los pueblos latinoamericanos han avanzado paulatinamente hacia la tutela de los derechos humanos, claro está que no lo suficiente y, peor aún, los progresos logrados están en riesgo dado el difícil acceso a los medios judiciales efectivos para su exigencia, por lo que las declaraciones, pactos, protocolos y convenios parecen solo promesas pendientes de cumplir⁴²¹, pues aun cuando el reconocimiento del derecho humano esté aterrizado constitucionalmente a nivel nacional de acuerdo a los estándares internacionales, falta la garantía local del medio judicial eficaz a través del cual puede exigirse; es en ese sentido que los jueces desempeñan un papel primordial, ya que de su preparación y voluntad depende en gran medida la incorporación al sistema jurídico nacional de los criterios internacionales de derechos humanos interpretativos y por lo tanto, de su aplicación en el desarrollo de los medios que constituyen la garantía judicial de los derechos.

⁴²⁰ Véase JIMENA QUESADA, Luis, *Jurisdicción Nacional y Control de Convencionalidad. A propósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, España, Aranzadi, 2013, pp. 150-152.

⁴²¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *op. cit.*, nota 218, pp. 228, 229.

c) Preparación y actualización de los operadores jurídicos en el derecho internacional de los derechos humanos.

Dado que los jueces nacionales son los encargados de proteger judicialmente los derechos humanos, tienen la obligación de conocer y aplicar en los casos contenciosos sometidos a su jurisdicción tanto el derecho nacional como los tratados internacionales de derechos humanos, y además las interpretaciones que de ellos realicen los órganos facultados por ellos mismos para tal efecto, como lo son las sentencias y opiniones consultivas de la Corte IDH como órgano de interpretación final del sistema regional de protección al que pertenece México.

Como lo señala Martín-Retortillo, cualquier estudio sobre derechos humanos parte de la concurrencia de sistemas complementarios para su protección. Tanto las normas como sus fuentes y sus sistemas de garantía se acumulan con miras a mejorar, no obstante, tal

abundancia trae consigo también problemas debido a la variedad de fórmulas, imponiendo así a los juristas la ardua y continua tarea de estarse actualizando⁴²². Esta situación nos lleva a tratar otro tema relativo a la problemática de operatividad judicial para efectuar el control de convencionalidad, que es, como lo señala Luis Jimena Quesada, el escaso conocimiento que de los tratados internacionales tienen los operadores jurídicos nacionales. Tanto el sistema jurídico como sus fuentes de producción están en constante crecimiento y es imposible su conocimiento total, sin embargo, es momento de retomar el estudio y conocimiento del sistema de fuentes del derecho como tema prioritario para la comprensión del contenido y alcances del derecho internacional de los derechos humanos y su integración al sistema jurídico nacional⁴²³.

Sin duda, un paso importante en el camino hacia la garantía efectiva de los derechos humanos es una

⁴²² MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europea*, Thompson Civitas, 2006, pp.17-19.

⁴²³ JIMENA QUESADA, Luis, *op. cit.*, nota 420, pp.119-127.

mejor formación jurídica para el correcto ejercicio del control de convencionalidad, la preparación no solo de los miembros de la judicatura sino de todos los que ejercen la abogacía u otra profesión involucrada en el desarrollo de los procesos jurisdiccionales⁴²⁴; pues, como lo menciona, Sergio García Ramírez “*la navegación se halla, apenas en un punto de su itinerario*”⁴²⁵ y para que el control de convencionalidad previsto constitucionalmente sea realizado eficazmente, resulta indispensable la preparación que en el tema tengan especialmente los juzgadores nacionales, encargados de su aplicación.

d) Diálogos jurisprudenciales

La concurrencia activa de diversos órganos jurisdiccionales tanto nacionales como internacionales, destinados a la protección de los derechos fundamentales genera naturalmente diálogos jurisprudenciales interinstitucionales a través de los cuales los tribunales se influyen recíprocamente, e incluso en ocasiones sus relaciones se ven conflictuadas debido a las diferentes

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 145.

⁴²⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *op. cit.*, nota 218, pp. 227, 229.

interpretaciones que de la misma norma realizan diversos órganos. Sin embargo, las confrontaciones que por divergencia de puntos de vista jurídicos puedan suscitarse, son parte del ejercicio dialógico jurisprudencial indispensable para solucionar por la vía judicial litigios, haciendo efectivos en todo momento y de la manera más amplia los derechos de las personas, cuya determinación de alcances y contenidos, son en gran medida resultado de estos diálogos⁴²⁶.

Ferrer Mac-Gregor, menciona que el ejercicio del control convencional coloca a los juzgadores en un escenario que los impele a desarrollar intensos “diálogos jurisprudenciales” suscitados con motivo de la multiplicidad de interpretaciones hechas por ellos mismos a las normas nacionales e internacionales de derechos humanos, buscado tras el debate hacer prevalecer la interpretación que brinde a la persona la protección más amplia de sus derechos, pudiendo ser estos diálogos: *internos*, es decir, al interior de los propios tribunales;

⁴²⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *op. cit.*, nota 422, pp. 20-25.

verticales internacionales, entre los jueces nacionales y los interamericanos; *verticales internos*, entre las altas jurisdicciones nacionales y los jueces domésticos; *horizontales*, entre jueces de la misma jerarquía; *paralelos*, entre tribunales internacionales; y, *transversales*, entre tribunales internacionales y supranacionales⁴²⁷.

Por su parte, Luis Jimena Quesada, afirma que las divergencias de interpretación jurisprudencial en el plano vertical pudieran solucionarse fácilmente si se tuviera voluntad jurisdiccional y voluntad política por parte del legislativo para actuar con base en los parámetros internacionales impuestos por la propia constitución. En Italia, por ejemplo, esta falta de voluntad jurisdiccional ha

⁴²⁷ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, "El control difuso de convencionalidad por los jueces latinoamericanos: Evolución de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autónomo, N°2, Diciembre 2011, p. 108. Recuperado el 01 de julio de 2013 de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/busquedadoc?t=EL+CONTROL+DIFUSO+DE+CONVENCIONALIDAD+POR+LOS+JUECES+LATINOAMERICANOS%3A+EVOLUCION+DE+LA+DOCTRINA+DE+LA+CORTE+INTERAMERICANA+DE+DERECHOS+HUMANOS&db=1&td=todo>

sido criticada como “falta de sensibilidad de la judicatura”⁴²⁸.

4.3.4. *Los dilemas para otros poderes*

Podemos también tratar someramente algunas circunstancias externas al poder judicial que dificultan en alguna medida su participación en la tutela de los derechos humanos, como son, por ejemplo:

a) Injerencias de otros poderes que merman la independencia e imparcialidad en las resoluciones judiciales.

Dice Lucio Pegoraro que la garantía de la independencia judicial asegura la sustracción de los jueces de condicionantes personales y de complacencia hacia otros poderes, y que a medida que crece la autonomía del proceso decisorio, crece también el grado de libertad en la selección, aplicación y valoración de los

⁴²⁸ JIMENA QUESADA, Luis, *op. cit.*, nota 420, pp.138-139.

instrumentos jurídicos con que se habrá de resolver ⁴²⁹. Las resoluciones judiciales sean emitidas por jueces que resuelvan con independencia e imparcialidad, libres de las injerencias y presiones derivadas del operar discrecional de los poderes públicos, porque cuando esto sucede, se atenta contra la democracia, el Estado de derecho y, por consiguiente, se pierde la confianza en la ley y en las instituciones democráticas. Involucrar a la política en las decisiones judiciales no tendría que ser algo negativo, si se retomara el concepto de la política como el interés público. Sin embargo, en el contexto nacional mexicano, involucrar la política en las decisiones judiciales, o en cualquier otro ámbito, es decir, denota no la búsqueda del interés público, sino por el contrario, que el interés público se ve subordinado a los intereses de quienes ostentan los cargos públicos. Dicho esto, podríamos concluir que la politización de las decisiones judiciales sería una condición esencial para el cumplimiento de los derechos humanos, dado que estos constituyen el interés público de mayor jerarquía.

⁴²⁹ PEGORARO, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*, España, Dykinson, 2004, p. 133.

b) La comunidad científica y universitaria en los foros, debates y ejercicio diario del quehacer jurisdiccional.

La comunidad científica y universitaria comparten responsabilidades en la formación de los operadores jurídicos, incluyendo los que ocupan u ocuparán cargos en la judicatura, por lo que es indispensable que en adelante los docentes transmitan al alumnado una visión íntegra del sistema de fuentes del derecho, incluyendo las internacionales, claro está, desde su dimensión y valoración supralegal; y que los investigadores pasen de comentar y criticar sentencias ya dictadas, a proponer soluciones jurídicas a los conflictos pendientes de resolución por parte de la jurisdicción nacional. En otras palabras, que la academia contribuya activamente a transmitir a la jurisdicción ordinaria una verdadera conciencia de los alcances e implicaciones de la recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos, y particularmente sobre la obligación constitucional a su cargo de interpretar desde una perspectiva internacional las normas para estar en

mejores condiciones de aportar al cumplimiento efectivo de los derechos humanos desde el ejercicio propio de sus competencias⁴³⁰.

c) Bajo impacto de las sentencias.

Las sentencias emitidas por los órganos jurisdiccionales nacionales y supranacionales tienen un alto contenido interpretativo de las normas que han de ser acatadas y aplicadas por todo el poder público, es decir, son un instrumento invaluable como pautas y directrices de su actuar atendiendo al principio de legalidad; aún así, sus alcances y valor político no son justamente dimensionados, no tienen el impacto y la difusión deseados en diferentes audiencias, como son las asambleas legislativas y demás órganos constitucionales que deberían considerarlas y plasmarlas en las leyes, así como tomarlas de referencia para robustecer y elevar el debate político⁴³¹. Si bien es cierto que en la aplicación íntegra por parte del poder judicial de la reforma

⁴³⁰ JIMENA QUESADA, Luis, *op. cit.*, nota 420, pp.149-150.

⁴³¹ PEGORARO, Lucio, *op. cit.*, nota 429, p. 138.

constitucional en materia de derechos humanos aún falta mucho por hacer, y que el producto que arroja la actividad jurisdiccional local es todavía muy perfectible, también es cierto que las asambleas legislativas y el poder ejecutivo cuentan ya con las referencias y los parámetros establecidos por las sentencias de la Corte IDH, mismas que deberían aplicar en el desempeño diario de sus cargos y con base en las cuales deberían adecuar las normas vigentes y crear las que hagan falta para dar mejor garantía de los derechos.

Finalmente, podemos señalar que para que los derechos humanos se cumplan con efectividad, es necesario, además de su reconocimiento a través de la positivización, su fortalecimiento con mecanismos jurisdiccionales para su protección y tutela, siendo que la operatividad de estos medios está a cargo de los juzgadores nacionales, de aquí la importancia del papel que desempeñan los jueces en la concreción de los derechos humanos, por ser el ente depositario de las atribuciones institucionales jurisdiccionales que velan por la eficiencia de uno de los medios previstos constitucionalmente para exigir la garantía y efectivización

de los derechos humanos, siendo el otro la vía no jurisdiccional, cuyas instancias nacionales son la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y sus análogas estatales. Aunque, el constitucionalismo mexicano ha presentado algunas resistencias a lo planteado en la presente investigación tanto a nivel orgánico como dogmático, también es verdad, que empiezan a darse pasos sustanciales para acercarse al nuevo paradigma constitucional imperante en algunas regiones del mundo, en el que los jueces nacionales cumplen un papel por demás importante en la garantía de los derechos humanos, incluidos los emanados de fuentes supranacionales.

4.3.5. El juez ante la práctica cotidiana

Con esta investigación se trata de mostrar un acercamiento hacia los diversos escenarios que en la práctica se pueden presentar a los jueces nacionales al momento de ejercer el control difuso de convencionalidad

y la forma de abordar, así como sortear cada una de estas hipótesis.

Al entrar en materia sobre el proceder de los jueces nacionales al ejercer el control difuso de convencionalidad antes de cualquier cosa, deberán identificar el derecho humano previsto en el instrumento internacional que en su concepto resulta infringido por el acto o la ley, una vez que se ubica, el segundo paso es verificar los requisitos para la recepción de un tratado internacional en México, que se hace consistir en que el pacto se celebre por el Presidente de la República, que se apruebe por el Senado de la República, además que sobre el derecho humano a estudio, el Estado Mexicano, no establezca reservas o declaraciones interpretativas, cuyo objeto fuera excluir o modificar los efectos jurídicos de la disposición del tratado en su aplicación al Estado Mexicano, luego, es necesario que utilicen como premisa mayor el partir del principio de constitucionalidad y de convencionalidad de la norma nacional, conforme a la Constitución, y a los parámetros convencionales, a través de una interpretación conforme armónica, máxime cuando existe un planteamiento en ese

sentido, esto es, que se argumente a la par violaciones a los derechos humanos consagrados en la Constitución Federal y en tratados internacionales, sin que impida realizar el control bajo los parámetros convencionales el supuesto de que resulte suficiente la previsión que contenga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como lo consideró el Máximo Tribunal, al resolver el amparo en revisión 781/2011, en donde en lo que interesa sostuvo que:

“Lo anterior independientemente de la violación a los artículos a los que refiere la quejosa de los instrumentos internacionales citados, a saber los artículos del Convenio 169 de la OTI, del Pacto Internacional sobre Derechos Políticos y Civiles y, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas que indica, pues se considera que los derechos establecidos en éstos, son tomados en consideración por lo establecido en el artículo 2º, Apartados A y B, de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos; por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la misma Carta Magna, resulta suficiente la previsión que sobre los derechos de los pueblos indígenas establece nuestra Constitución Federal, y, por tanto, no resulta

necesario atendiendo al principio *pro homine*, considerar el contenido de los preceptos contenidos en los ordenamientos internacionales citados”.

De tal ejecutoria derivó la tesis emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, localizable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 10ª Época, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2; página 1049, que literalmente dice:

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 CONTENGA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.- Conforme al artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la

Federación el 10 de junio de 2011 y atento al principio pro persona, no resulta necesario considerar el contenido de tratados o instrumentos internacionales que formen parte de nuestro orden jurídico, si al analizar los derechos humanos que se estiman vulnerados es suficiente la previsión que contiene la Constitución General de la República y, por tanto, basta el estudio que se realice del precepto constitucional que los prevea, para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado.

Criterio que indudablemente no se comparte, porque si existe un alegato en donde se formula un problema de inconstitucionalidad e inconvencionalidad del acto de una autoridad o la ley, no importa que en opinión del juzgador con lo previsto por la Carta Magna baste para que resuelva sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado, en virtud de que el segundo párrafo del artículo 1º Constitucional prevé un mandato interpretativo en materia de derechos humanos, ya sea de fuente constitucional o internacional, consistente en el criterio hermenéutico de la interpretación

conforme que resulta obligatoria para los jueces acudir a esta técnica en los asuntos de su competencia que involucran normas de derechos humanos, lo que implica que es un mandato constitucional no disponible para el intérprete, pues dicha pauta interpretativa la tienen que utilizar los operadores del derecho en todos los niveles, de lo contrario se genera un detrimento de la efectividad y cultura de los derechos humanos, máxime cuando constituye un deber del juzgador para optimizar en todo momento la protección más amplia, por lo que, no resulta optativo o facultativo para el intérprete el emprender su aplicación.

En cuanto al ejercicio del control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos el juez nacional, 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 que consiste que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben partir de la presunción de constitucionalidad de las leyes y 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 ley⁴³², cuando las alternativas anteriores no son posibles, esta última hipótesis a causado polémicas polarizadas, en el seno del Máximo Tribunal, que en el siguiente apartado se abordará con mayor detalle, sin dejar de mencionar que el debate se presenta cuando el juez nacional al hacer uso del principio de interpretación conforme en el ejercicio del control constitucional y control convencional encuentra que las normas que contienen

⁴³² Ideas que se desarrollan en la tesis de rubro: “PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”, registro número 160 525, de Diciembre de 2011, sustentada por el Pleno de la SCJN.

ambos ordenamientos se colisionan entre sí, que no es posible aplicar las dos primeras alternativas, además, de que en atención al principio pro persona representa un mayor beneficio el derecho humano que contempla la convención internacional, para la corriente conservadora o tradicional, el principio de supremacía constitucional obstaculiza cualquier posibilidad de que las normas internacionales se conviertan en parámetro de validez de la Constitución, en cambio para la otra que se identifica con una postura de vanguardia, en el supuesto de que esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los Tratados Internacionales, que corresponde a un modelo monista, la elección de la norma que será aplicable en materia de derechos humanos, atenderá a criterios que favorezcan al individuo a lo que se ha denominado principio pro persona, considero que éste último criterio debe prevalecer, si se toma en cuenta que al realizar el examen de compatibilidad entre la Constitución y el tratado, en los términos precisados no se lleva a cabo desde el ámbito de jerarquía de la norma, por lo que no se atenta contra el principio de Supremacía Constitucional,

sino que se consolida la interpretación más favorable, para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, máxime si tal planteamiento coincide con la decisión de la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-5/85, de 13 de noviembre de 1985. Serie A N°5, relativa a la colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos) párrafos 51 y 52⁴³³.

Como se puede observar la Corte Interamericana de Derechos Humanos emprende la comparación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos con lo dispuesto en otros Pactos Internacionales, en donde concluye que nunca podrían incorporarse a la convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente en su texto, por más que los contemple otro instrumento internacional.

Bajo ese contexto, si de acuerdo al ejemplo señalado, a una misma situación son aplicables la Carta

⁴³³ Recuperado el 01 de agosto de 2013 de <http://www.corteidh.or.cr>

Magna y cualquier Tratado Internacional y se está en presencia de una incompatibilidad absoluta, donde lo dispuesto en ambos ordenamientos sobre una misma materia de derechos humanos colisionan, que no permite la interpretación conforme en sentido amplio ni estricto, entonces se debe optar por inaplicar la ley que menos favorezca, en este caso, la propia Constitución, esto encuentra su explicación, porque si la Convención Americana de Derechos Humanos establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos pero no en la Convención para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce, lo cual también se pudiera traducir en el campo del ejemplo propuesto, que de preferir la norma Constitucional ante la del tratado internacional, apoyado sólo en el principio de Supremacía Constitucional, no obstante que al emplear este método se restrinjan o limiten el goce y ejercicio de cualquier derecho, ello en automático infringe lo dispuesto por el

artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴³⁴.

En virtud de que los tratados internacionales obligan a los Estados partes y sus normas deben ser cumplidas, en términos de los artículos 26 y 27 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados suscrito por el Estado Mexicano y vigente desde enero de 1980, sin que pueda invocarse ninguna disposición de derecho interno o criterio jurisprudencial como justificación para su incumplimiento, de modo que, en el supuesto de llevar a cabo dicho proceder el juez nacional de cualquier nivel, coloca en riesgo al Estado Mexicano, porque de llegar a la última instancia internacional su impugnación, sin duda que nuestro país sería sujeto a una sanción internacional, pues no escapa que el operador de administración de justicia debe tener presente que México se ha adherido a tales instrumentos internacionales, por ello, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con sus consideraciones, aunque se trate de una opinión consultiva resuelta por el Tribunal Internacional, en donde

⁴³⁴ Consultado el 01 de agosto de 2013, de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>

el Estado Mexicano no fue parte, como la mencionada líneas arriba, al menos según lo sustentado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resulta un criterio orientador, consideración que dicho sea de paso, no se comparte porque se considera que las sentencias pronunciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las jurisprudencias que sustente, aunque el Estado Mexicano no sea parte en los conflictos respectivos, esos criterios resultan vinculantes.

En efecto, para respaldar esta postura es importante recordar que el Juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor en el voto razonado en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México de 26 de noviembre de 2010, sostuvo por primera vez en los considerandos 51, 52 y 63, reflexiones acerca de la eficacia de la jurisprudencia interamericana, razonamientos que reiteró en la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, en el caso Gelman vs Uruguay, en la supervisión de

cumplimiento de sentencia, en los considerandos 67, 69 y 72.

La interpretación armónica de los votos razonados de mérito conduce a determinar la eficacia vinculante de la jurisprudencia interamericana en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional. En consecuencia, se estima que la Suprema Corte de Justicia de la Nación para efectos de ajustarse al criterio del Tribunal Internacional, que se precisó, además para no incurrir en responsabilidad y brindar razonamientos que vayan en consonancia con la jurisprudencia internacional al juez nacional, debe sustituir la tesis que aparece publicada en el semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro III, Diciembre de 2011, 10ª Época, del Pleno, tomo 1, página 550, que dice:

**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.- Los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1º Constitucional. De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a 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. Esto no prejuzga 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, lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos.

Por lo que respecta a la adecuación de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando es obvio que al aplicar estos últimos alcanza una mayor eficacia en la protección de los derechos humanos, es de vital importancia dicho proceder, porque sobre todo cuando corresponden a la Décima Época como el que se transcribió, el juzgador se encuentra impedido para desaplicarlo aunque se advierta que se contraponga con lo dispuesto en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud, de que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver el amparo directo en revisión 2126/2012, sostuvo en esencia que: “la práctica de desaplicar la jurisprudencia del Máximo Tribunal, no está autorizada en ninguna disposición legal además de que la seguridad jurídica que proporcionan esos criterios vinculantes no puede desconocerse sin pretexto de su posible contradicción con alguna norma convencional, ni siquiera porque en su concepto infrinjan tratados en materia de derechos humanos, máxime si existe jurisprudencia del Máximo Tribunal exactamente aplicable

al caso, los órganos jurisdiccionales obligados a cumplir con la jurisprudencia emitida por este Alto Tribunal carecen de atribuciones para reinterpretar su contenido, pues el juzgador debe observar la seguridad jurídica que tutelan los artículos 14 y 16 constitucionales, la cual se haría nugatoria si la obligatoriedad de la jurisprudencia dependiera de lo que a cada caso determinaran los órganos jurisdiccionales que por disposición legal tienen el deber de acatarla”. Lo que significa, que si de conformidad con el artículo 217 de la nueva Ley de Amparo la jurisprudencia que emita el Alto Tribunal, es de carácter obligatorio para los demás órganos jurisdiccionales del país, entonces, mientras no se sustituya conforme al artículo 230 fracción III, de la invocada Ley de Amparo, los jueces nacionales deben observarla, sin que pase lo mismo, con las jurisprudencias sustentadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Tribunales Colegiados con anterioridad a la Décima Época, toda vez que, con la reforma constitucional del diez de junio del dos mil once originó un cambio de paradigma Constitucional y de Amparo que trajo el nacimiento a la Décima Época, y el surgimiento de

criterios bajo esos nuevos parámetros, en donde los jueces como parte del aparato del Estado, los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones que contienen derechos humanos de la propia Carta Magna y de las convenciones internacionales, no se vean mermadas en cuanto a eficacia por la aplicación de leyes o jurisprudencias, por ello, con la finalidad de alcanzar una mayor protección a esos derechos humanos, el juzgador al emprender una interpretación conforme al ponderar los derechos en conflicto mediante la expresión de razonamientos lógico jurídicos, cuenta con las facultades de apartarse de esos criterios tradicionales, siempre y cuando atienda las particularidades de cada asunto.

Se robustece esta conclusión, con la tesis aislada emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, de la 10ª Época, libro XII, septiembre de 2012, tomo 2, página 1217, que establece:

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.-

La citada reforma que dio origen a la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación, no implica que la jurisprudencia emitida en términos de los artículos 192 y 193 de la Ley de Amparo, con anterioridad a aquélla, se torne obsoleta, por el contrario, sigue vigente y obliga en términos de los indicados preceptos mientras no se reforme dicha ley. No obsta a lo anterior el hecho de que tomando como sustento el cambio de parámetros que originó el nuevo contenido del artículo 1o Constitucional, los órganos autorizados para integrar jurisprudencia puedan variar algunos de los criterios sostenidos tradicionalmente, atendiendo para ello a las particularidades de cada asunto.

Finalmente no existe duda que a la luz de una nueva interpretación del artículo 133 Constitucional, de manera armónica con los contenidos normativos del

reformado artículo 1º del propio ordenamiento, el control difuso de convencionalidad debe realizarse por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, empero actualmente existen dos vertientes dentro del modelo de control constitucional/convencional en el orden jurídico mexicano, en primer término, el control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control: acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales, amparo indirecto y directo, en los primeros tres se podrá declarar la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de la norma, en donde el juzgador en los considerandos de su sentencia externa los razonamientos que conducen a determinar sobre la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de la norma y en los puntos resolutivos refleja ese pronunciamiento, cabe destacar, que cuando se emprende el ejercicio del control difuso de convencionalidad no es requisito esencial para entrar a su análisis, que se llamen a juicio a las autoridades expedidoras de la ley a las que se atribuye el acto, como sucede en las vías constitucionales referidas, cuando se realiza el control constitucional, en

cambio en lo tocante al juicio de amparo directo es concentrado pero incidental, porque se desenvuelve a manera de defensa en un juicio o procedimiento previamente planteado, lo mismo sucede con el control difuso por parte del resto de los jueces locales del país, en forma incidental durante los procesos ordinarios en los que son competentes, esto es, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada, quienes no están facultados para declarar la inconstitucionalidad de la norma, sino que en los considerandos de la sentencia, en primer término, deben realizar una interpretación armónica entre la norma nacional y el tratado internacional, optando por aquella interpretación que beneficie con mayor intensidad al ser humano y sólo en caso de incompatibilidad absoluta se deja de aplicar la norma que menos favorezca, razonamientos que se dejan precisados en el mismo considerando de la sentencia.

4.4. Debate actual en la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Continúan presentándose debates jurídicos, que teórica y prácticamente podría pensarse que ya han sido superados. Ante ello, se considera oportuno tocar tales planteamientos, máxime que se trata de tesis jurisprudenciales sustentadas por las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, contrapuestas entre sí, por lo que es urgente que las dilucide el Pleno del Máximo Tribunal, para dejar de crear confusión en los jueces nacionales.

En primer término, se menciona que en fechas recientes la Segunda Sala vuelve a resolver sobre el criterio de la jerarquía de las normas, insistiendo en que los tratados internacionales se encuentran en un plano jerárquicamente inferior a la Constitución, criterios localizables en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Segunda Sala, 10ª Época, libro XIII, octubre de 2012, tomo 3, páginas 2038 y 2034 que textualmente dicen:

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. LA REFORMA AL ARTÍCULO 1º. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE 10 DE JUNIO DE 2011, RESPETA ESTE PRINCIPIO. La reforma al artículo 1o. de la Carta Magna, publicada el 10 de junio de 2011, en modo alguno contraviene el principio de supremacía constitucional consagrado desde 1917 en el artículo 133 del propio ordenamiento, que no ha sufrido reforma desde el 18 de enero de 1934, y en cuyo texto sigue determinando que *"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"*, lo cual implica que las leyes y los tratados internacionales se encuentran en un plano jerárquicamente inferior al de la Constitución, pues en el caso de las leyes claramente se establece que *"de ella emanan"* y en el de los tratados *"que estén de acuerdo con la misma"*. Por otra parte, la reforma de 2011 no modificó los artículos 103, 105 y 107 constitucionales, en la parte en que permiten someter al control constitucional tanto el derecho interno, como los tratados internacionales, a través

de la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional y el juicio de amparo. Además, el propio artículo 1o. reformado dispone que en nuestro país todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, pero categóricamente ordena que las limitaciones y restricciones a su ejercicio sólo pueden establecerse en la Constitución, no en los tratados; disposición que resulta acorde con el principio de supremacía constitucional. Principio que también es reconocido en el ámbito internacional, en el texto del artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, al prever la posibilidad de aducir como vicio en el consentimiento la existencia de una violación manifiesta que afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

CONCEPTOS DE VIOLACIÓN INOPERANTES EN EL AMPARO DIRECTO. SON LOS QUE PLANTEAN LA INCONVENCIONALIDAD DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL. De los artículos 1º, 103, 105, 107 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los

Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales deriva la imposibilidad jurídica de que, en un juicio de amparo directo, o en cualquier otro juicio, la propia Constitución pueda sujetarse a un control frente a algún tratado internacional del que el Estado Mexicano sea parte, fundamentalmente porque con la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, se sigue reconociendo el principio de supremacía constitucional, lo cual obstaculiza cualquier posibilidad de que las normas internacionales se conviertan en parámetro de validez de la Constitución, a la cual, por el contrario, se encuentran sujetas, conforme a los artículos señalados. En ese orden de ideas, el hecho de que el principio de supremacía constitucional no fuera modificado con la aludida reforma al artículo 1º del Pacto Federal, torna imposible el planteamiento de la inconvencionalidad de un artículo constitucional, pues los tratados internacionales encuentran su origen y validez en la Constitución; de ahí que los conceptos de violación en ese sentido deben declararse inoperantes.

Segunda sala. Amparo directo 30/2012. Gustavo Janett Zúñiga. 22 de agosto de 2012. Unanimidad

de cuatro votos; votó con salvedades Sergio A. Valls Hernández. Ausente: José Fernando Franco González Salas. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Erika Francesca Luce Carral. [TA]; 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 3; Pág. 2038

Por su parte la primera Sala, emitió una tesis aislada que se contrapone a las dos transcritas, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 10ª Época, libro XIII, octubre 2012, tomo 2, página 799, que enseguida se reproduce:

PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE. De conformidad con el texto vigente del artículo 1º constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado

mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable -en materia de derechos humanos-, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1º constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que

figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.

Como se puede observar los puntos torales de contradicción entre los criterios de las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, radica en cuanto a considerar, si los tratados internacionales se encuentran en un plano jerárquicamente inferior al de la Constitución, además si se puede o no sujetar los instrumentales internacionales como parámetro de validez de la Carta Magna, respecto a ello, me permito opinar que coincido con el contenido de la tesis de la Primera Sala, para apoyar la postura, es conveniente traer a colación que el texto de la tesis que refiere a la vigencia del principio de Supremacía Constitucional, parte de una premisa muy general, no distingue que en las relaciones internacionales pueden existir tratados internacionales de derecho en general o presentarse tratados específicos sobre derechos humanos. Esto en razón de que la jerarquía que establece el artículo 133 de la Constitución y ampliamente comentado en el capítulo segundo del presente documento, se refiere en general a los tratados internacionales que el país ha ratificado, de ahí que los

supuestos establecidos en el multicitado artículo 1º de la Constitución es muy diferente, pues alude a los tratados internacionales que contienen disposiciones sobre derechos humanos, cuyos contenidos tienen un rango prevalente sobre los de derecho en general⁴³⁵.

Lo señalado no es una novedad. Existen dentro de nuestro ámbito latinoamericano ejemplos muy ilustrativos de las distinciones entre los tratados de derecho en general y los que se enfocan en derechos humanos. Basta ver la Constitución de Guatemala, en su artículo 46, la cual establece de que en materia de derechos humanos los tratados y convenciones tienen incluso preeminencia sobre el derecho interno. La propia Constitución de Colombia, por su parte, establece en su artículo 93 la prevalencia en el orden interno de las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos. Tan es así, que integrantes de la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando se refieren al tratamiento de los tratados internacionales que contengan la materia de derechos humanos debe

⁴³⁵ AYALA CORAO, Carlos M., op. cit., nota 196, pp. 41-49.

otorgárseles un tratamiento distinto por contar con características materiales propias. Así, tanto en el campo constitucional como en el doctrinal ya no existe duda de la distinción que hemos venido mencionando, pero, a pesar de ello, existen resoluciones del ámbito jurisdiccional nacional apegadas a continuar manejando de forma indistinta dichos tratados internacionales, cuando en la actualidad existen fuertes argumentos de peso para superar tal comportamiento.⁴³⁶

El criterio jurisprudencial no causa mayor sorpresa, ya que los operadores jurídicos nacionales responden a un modelo constitucional cerrado a fuentes externas.⁴³⁷ Ante ello, existen posturas que están a favor de sortear tal resistencia, aduciendo que los órganos de revisión o control constitucional pueden aplicar las cláusulas más favorables y principios *pro homine*, aplicándolos directamente, desaplicando el texto

⁴³⁶ COSSÍO DÍAZ, José R., “Jerarquía, división competencial en relación con los tratados internacionales en derecho mexicano”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, núm. 8, 2008, p. 880, recuperado el 23 de enero de 2012 de <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2558808>

⁴³⁷ CARRILLO SALCEDO, Juan A., *op. cit.*, nota 277, p. 115.

constitucional o mediante el ejercicio de interpretación conforme.⁴³⁸

Adicionalmente, se puede también, esperar al control concentrado de convencionalidad que realiza la Corte Interamericana, que bien puede ser en vía de un caso contencioso o mediante una medida consultiva que el Estado puede realizar. Pues existen ejemplos claros en resoluciones de la Corte Interamericana en el cual se determina reformar, modificar o suprimir un texto constitucional, tales fueron los asuntos *de La última tentación de Cristo Vs Chile* de 5 de febrero de 2001 o *Boyce y otros Vs Barbados* de 20 de noviembre de 2007⁴³⁹. Estos planteamientos de alguna manera pueden replantear las resistencias por parte de los operadores,

⁴³⁸ JINESTA L., Ernesto., *Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales*, en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y política, 2012, p. 19.

⁴³⁹ VENTURA ROBLES, Manuel, “El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Costa Rica, CIDH, IIDH, 2011, tomo II, pp. 385-416.

para dar paso a una verdadera incorporación al derecho internacional de los derechos humanos.

Aunque, también es oportuno mencionar, que a pesar de las resistencias y limitaciones al ejercicio del control convencional que aparecen en las resoluciones de la Segunda Sala, también es verdad, que esta sostuvo una postura, incluso encontrada o contradictoria, como lo es el criterio que a continuación se cita:

PRINCIPIO *PRO PERSONA O PRO HOMINE*.
FORMA EN QUE LOS ÓRGANOS
JURISDICCIONALES NACIONALES DEBEN
DESEMPEÑAR SUS ATRIBUCIONES Y
FACULTADES A PARTIR DE 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. Si bien la reforma indicada
implicó el cambio en el sistema jurídico mexicano en
relación con los tratados de derechos humanos, así
como con la interpretación más favorable a la persona
al orden constitucional -principio pro persona o pro
homine-, ello no implica que los órganos
jurisdiccionales nacionales dejen de llevar a cabo sus

atribuciones y facultades de impartir justicia en la forma en que venían desempeñándolas antes de la citada reforma, sino que dicho cambio sólo conlleva a que si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica que se analice, ésta se aplique, sin que tal circunstancia signifique que dejen de observarse los diversos principios constitucionales y legales que rigen su función jurisdiccional -legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada-, ya que de hacerlo se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función.

Segunda sala. Amparo directo en revisión 1131/2012. Anastacio Zaragoza Rojas y otro. 5 de septiembre de 2012. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio A. Valls Hernández. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretario: Juan José Ruiz Carreón. [TA]; 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XIV, Noviembre de 2012, Tomo 2; Pág. 1587

Este último criterio denota una clara prevalencia de los contenidos de un tratado internacional de derechos humanos sobre las normas internas. El argumento de

peso es que tal disposición cuenta con una protección más benéfica para la persona, y por lo tanto, dicho resolutivo ordena que se aplique. Al dictar tal tesis, el propio órgano jurisdiccional nacional da la pauta para inaplicar la normativa nacional, independientemente de su jerarquía, dando prevalencia a la internacional. Con ello se confirma que puede existir desplazamiento de una norma por otra, no necesariamente con base en un criterio de jerarquía, sino de la prevalencia de la disposición que ofrece una protección más amplia para la persona.

Así mismo, de la investigación que se desarrolla en el presente trabajo, se encuentra otro criterio discrepante entre las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pues la Primera Sala emite la tesis aislada consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 10^a Época, Libro XVIII, marzo de 2013, tomo 1; página 886, que literalmente dice:

**DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS EN
TRATADOS INTERNACIONALES. SU
INTERPRETACIÓN CONSTITUYE UN TEMA**

PROPIAMENTE CONSTITUCIONAL PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVISIÓN EN JUICIOS DE AMPARO DIRECTO. Los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano se vuelven parte del ordenamiento jurídico interno, de modo que amplían el catálogo de aquéllos, lo que fue uno de los objetivos de las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 6 y el 10 de junio de 2011. Así, en la primera reforma se amplió expresamente la procedencia del juicio de amparo a aquellos casos en los cuales se hubiesen violado derechos previstos en los tratados internacionales, con independencia de que estén reconocidos o no en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; mientras que en la segunda, se reconoció categóricamente que en México todas las personas son titulares de los derechos reconocidos en la Constitución General de la República y en los tratados internacionales ratificados por el Estado Mexicano. Ahora bien, en atención a que el juicio de amparo es un mecanismo jurisdiccional creado para proteger los derechos humanos de las personas, los temas propiamente constitucionales -en el supuesto de interpretación directa de preceptos constitucionales- planteados en los juicios de

amparo directo y, especialmente, en los recursos de revisión promovidos contra las ejecutorias que resultan de ellos, se referirán a la interpretación de derechos fundamentales. Por lo anterior, sería imposible impugnar en un recurso de revisión la falta o indebida interpretación de un derecho humano reconocido en los tratados internacionales si dicha interpretación no se considera como un tema propiamente constitucional, lo cual resultaría contrario al funcionamiento del amparo directo y del recurso de revisión, así como del propio texto constitucional, pues aun cuando el principio rector del recurso de revisión prevé un campo de acción limitado para su procedencia contra las sentencias de amparo directo, la Constitución Federal se reformó para incluir expresamente a los derechos reconocidos en los tratados internacionales como parte del catálogo de derechos que gozan de protección constitucional, lo cual se armonizó con la reforma en materia de amparo que reconoció la procedencia del juicio para reparar las posibles violaciones cometidas a dichos derechos. En ese sentido, si bien dicha ampliación de los derechos tutelados vía juicio de amparo no se incluyó expresamente en el artículo 107, fracción IX, constitucional, ello no puede interpretarse aisladamente del resto de los principios

constitucionales, especialmente de aquéllos recién modificados. Consecuentemente, el recurso de revisión en amparo directo procede para conocer de la interpretación que los tribunales colegiados de circuito hagan de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, independientemente de su reconocimiento en la Constitución, por ser un tema propiamente constitucional.

La de la Segunda Sala visible en el mismo Semanario pero del tomo 2, y página 989, que establece:

REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. ES IMPROCEDENTE DICHO RECURSO CUANDO EN LA SENTENCIA RECURRIDA SE REALIZÓ EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO O SE ATRIBUYE AL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO LA OMISIÓN DE REALIZARLO. El artículo 107, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé que el recurso de revisión en amparo directo procede únicamente contra las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales, establezcan la interpretación directa de un precepto de la Constitución u omitan decidir sobre tales cuestiones cuando hubieren sido planteadas,

siempre que fijen un criterio de importancia y trascendencia a criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, limitándose la materia del recurso a las cuestiones propiamente constitucionales sin poder comprender otras. Por tanto, cuando en la sentencia dictada en amparo directo se hubiere realizado el control de convencionalidad ex officio, o bien, se atribuya al Tribunal Colegiado de Circuito la omisión de realizarlo, el recurso de revisión interpuesto en su contra es improcedente, toda vez que no se satisfacen los requisitos de procedencia conforme al indicado precepto, pues el control de convencionalidad no implica una cuestión de constitucionalidad, al consistir solamente en el contraste de las normas legales con los instrumentos internacionales ratificados por el Estado Mexicano en materia de derechos humanos, y no así en el análisis o referencia directa a preceptos de la Constitución Federal.

Criterios que resultan de gran interés por el tema que contienen, sin embargo, se coincide con el de la Primera Sala, en el sentido de que se estima que el control de convencionalidad sí implica una cuestión de constitucionalidad, por ello, debe declararse procedente la

revisión en amparo directo cuando en la sentencia recurrida se realice el control de convencionalidad ex officio, aunque la fracción IX, del artículo 107, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no lo contemple expresamente, en virtud de que para llegar a esa hipótesis, no se debe realizar una interpretación aislada y letrista de la norma de mérito, sino contemplar el resto de los principios constitucionales especialmente de aquellos recién modificados, en particular los alcances del control difuso de convencionalidad, que como se vio, se trata de una especie de bloque de constitucionalidad, derivado de una constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, con motivo principalmente de la reforma al artículo 1° Constitucional ya mencionada en el presente documento. Así mismo, tal posibilidad de revisión se supera claramente con la reciente reforma a la Ley de Amparo que establece en su artículo 81 fracción II que en tratándose de amparo directo procede dicho recurso, cuando esté de por medio la interpretación directa de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

Así, se puede afirmar que lo que hace falta es adoptar un criterio homogéneo en el tratamiento del orden jurídico nacional en su relación con el derecho internacional de los derechos humanos. Pues, nos encontramos ante un derecho constitucional en construcción que pugna por dos posturas: una, con tendencia a ciertas resistencias a lo exterior en la materia que nos ocupa, y otra, proclive a incorporarse plenamente al derecho internacional de los derechos humanos.

CONCLUSIONES

I. No cabe duda que las relaciones internacionales han generado una diversidad de fuentes normativas de las que deriva un nuevo constitucionalismo. De alguna manera estas fuentes normativas y jurisdiccionales delimitan y orientan el comportamiento que los operadores jurídicos nacionales deben atender, principalmente en materia de derechos humanos. Dicha realidad no es producto de una simple cuestión coyuntural, sino resultado de un proceso histórico que obedeció a las atrocidades cometidas en Europa a mediados del siglo XX. Es así como se comienza a gestarse una nueva construcción constitucional preocupada por crear instrumentos encaminados a proteger los derechos humanos no solamente en el ámbito nacional, sino de forma subsidiaria y complementaria a escala internacional.

II. Lo anterior lleva a crear diversos organismos internacionales tanto a escala universal como regional, con el propósito de promover y garantizar los derechos

humanos. Dicho proceso propicia la creación de diversos instrumentos jurídicos de derechos humanos que la comunidad internacional asume como inherentes a toda persona humana. Tal fue el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 o el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

III. En este nuevo escenario, el Estado asume un papel fundamental, pues para la eficacia de las fuentes normativas es relevante que los Estados tiendan a ser más cooperativos con la comunidad internacional a fin de facilitar la eficacia del derecho internacional de los derechos humanos.

IV. Por otro lado, el tradicional concepto de soberanía, según el cual el Estado-nación se ve acotado por los límites derivados del derecho internacional de los derechos humanos, requiere una reorientación que exige el necesario concurso y participación de los órganos del Estado a fin de lograr la eficacia en el ámbito supranacional, de ahí que para hacer que prevalezca la

soberanía nacional, al final de cuentas los operadores jurídicos internos se vuelven un factor imprescindible.

V. Asimismo, surgen planteamientos teóricos sobre la formación de un constitucionalismo que ahora deberá construirse bajo el esquema del respeto y garantía de los derechos humanos, por lo que se presentan nuevos actores internacionales con competencias que los propios Estados les reconocen y admiten con el objetivo de formar espacios de decisiones comunes.

VI. Es así como de la presente investigación se desprende la necesidad de que las constituciones nacionales establezcan cláusulas claras de apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos que den cabida con la seriedad y el compromiso debidos, a las normas emanadas del consenso internacional para la creación de un Estado constitucional democrático y de derecho en el que los derechos humanos cuenten con una verdadera protección reforzada.

VII. Se presentan hallazgos que de alguna manera modifican el paradigma constitucional en nuestro país como consecuencia de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, que nos llevan a ubicar estos derechos en un rango prevalente, tanto en el catálogo reconocido en la Constitución como en los tratados internacionales que nuestro país ha ratificado, con lo cual queda superado el debate histórico que se había dado en México sobre el rango jerárquico de los tratados internacionales.

VIII. También es oportuno mencionar que, así como la supremacía constitucional se reconfigura, deben adecuarse también las diversas jerarquías en nuestro ordenamiento nacional. Es así como aparece en teoría lo que en otras latitudes los operadores jurídicos nacionales ya pusieron en práctica, y me refiero al término bloque de constitucionalidad, en el cual a los tratados internacionales de derechos humanos, una vez que fueron objeto de firma y ratificación, se les confiere prevalencia en tanto que forma parte del texto constitucional y quedan instaurados en el rango más alto

del ordenamiento jurídico. Ello implica que todo el aparato representado en los órganos internos del Estado deben adoptar en sus normas de inferior jerarquía los lineamientos que mediante tales instrumentos se han impuesto como norma interna, situación que da un giro en cuanto a que el operador jurídico nacional debe reconocer que la adopción constitucional de los instrumentos internacionales los vinculan con el respeto de los derechos de las personas.

IX. Del nuevo paradigma derivan herramientas jurídicas de gran calado que vienen a reforzar la protección de los derechos humanos, pues hacen posible una mayor amplitud en la garantía de los derechos de las personas. Esto es, en primer término, mediante la cláusula de interpretación conforme que obliga a los operadores jurídicos nacionales a realizar ejercicios de argumentación de acuerdo con los instrumentos internacionales. Es decir, antes de aplicar las normas de derechos humanos reconocidos en nuestro ordenamiento nacional, se tendrá que remitir al estándar establecido en los catálogos derivados del ámbito internacional que el

propio Estado nacional haya previamente ratificado. Asimismo, nos encontramos ante la presencia del principio *pro persona* que se presenta como un parteaguas en la protección de los derechos humanos que invitan a los órganos estatales, sobre todo en el ámbito jurisdiccional, a aplicar el contenido que establezca la protección más amplia al ser humano, independientemente del rango jerárquico de la disposición normativa.

X. Lo anteriormente mencionado ha impulsado a la utilización de un diverso medio de control para la protección de los derechos humanos de reciente configuración llamado control de convencionalidad, que se presenta como la forma de que los derechos contenidos en un tratado internacional sean garantizados plenamente y no queden como una simple pretensión moral o mandato ético.

XI. Así, el control de convencionalidad se presenta como un medio de garantía de los derechos humanos que

se proyectó en un primer momento en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos como lo fue el sistema europeo y que terminó por utilizarse de igual manera en el sistema interamericano, tal es el caso por demás representativo de las sentencias *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala* en el voto particular del jurista mexicano Sergio García Ramírez y posteriormente, ya con un criterio aceptado por la Corte Interamericana, en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*.

XII. En el caso de México, el control convencional empezó a gestarse en fechas recientes y en él se conjugaron varios factores. En primer término fue a raíz de las sentencias que se han dictado en su contra por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en las cuales, entre otros aspectos, señalaban la obligación de los órganos del Estado de hacer ejercicios de compatibilización de la normativa nacional con el contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Tal fue el impulso que deriva principalmente de las sentencias *Rosendo Radilla Vs México* y la sentencia *Cabrera García Vs México* en las cuales se les exhortaba

a los operadores jurídicos nacionales a aplicar el contenido de la citada convención e inaplicando disposiciones nacionales que colisionaban con ella. En segundo término, viene a dar pauta a lo anterior la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, en cuyo artículo primero se establece una cláusula clara de apertura al derecho internacional de los derechos humanos al mencionar el reconocimiento de los tratados internacionales de derechos humanos y a la vez el imperativo de toda autoridad de respetar, promover y garantizar los derechos humanos. Aunado lo anterior, al comportamiento que ha asumido la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México al cumplir los compromisos internacionales y al hacer uso de las nuevas disposiciones constitucionales.

XIII. En consecuencia, no hay duda de que el control de convencionalidad lo impulsan tres factores fundamentales la incorporación de México al sistema interamericano de protección de los derechos humanos; haber aceptado la competencia de la Corte Interamericana y realizar una nueva construcción

constitucional favorable a la incorporación de fuentes normativas en sede internacional en materia de derechos humanos.

XIV. Ante ello, el control de convencionalidad se proyecta como un medio imprescindible en el que todos los órganos del Estado, incluidos los jueces, están sometidos a realizarlo; es decir, se obligan a velar por los efectos de las convenciones internacionales cuando éstas se vean mermadas por normas contrarias a su objeto y fin, por lo cual están obligados incluso *ex officio* a realizar dicho ejercicio.

En consecuencia, debe reconocerse la presencia de un nuevo paradigma constitucional en el que el ámbito internacional de los derechos humanos y el nacional se conjugan en un solo ordenamiento, que homologa también la actividad de los operadores jurídicos nacionales con los internacionales. Por ello, el gran reto es la sensibilización y apertura de tales órganos para la realización plena de los derechos humanos derivados de tal realidad, y mediante el ejercicio del citado medio de

control de convencionalidad que, sin lugar a duda, ayudará a crear un estándar mínimo para la protección de los derechos humanos y a la construcción de un derecho común internacional, con miras a superar las previsibles resistencias de algunos operadores jurídicos nacionales al uso y manejo del canon internacional de los derechos humanos, tal como quedó evidenciado en el presente documento.

Bibliografía

ADONIS, Andrew y JONES, Stuart, *Subsidiarity and the Community's constitutional future*, EUA, Oxford, Nuffield College, 1991.

ALEXY, Robert, “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, *Neoconstitucionalismo (s)*, 2º ed., España, Editorial Trotta, 2005.

APARICIO PÉREZ, Miguel Á., “La cláusula interpretativa del artículo 10.2 de la Constitución Española, como la cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales”, *Jueces para la Democracia*, España, número 6, 1989.

ARENDT, Hannah, “Los orígenes del Totalitarismo”, *Ideología y Terror: una nueva forma de gobierno*, Madrid, Alianza, 1951.

ARISTÓTELES, *La Política*, México, Editores Mexicanos Unidos, 2006.

ARIZMENDI POSADAS, Octavio, “El principio de subsidiariedad y el problema de las fronteras del estado y la sociedad civil”, *Díkaion: Revista de Actualidad Jurídica*, Colombia, 2001.

ARJONA Estévez, Juan Carlos *et al.*, “Bloque de constitucionalidad en México”, *Metodología para la Enseñanza de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, t. 2.

ATTILI, Antonella, “Derecho y poder en la crisis de la soberanía”, *Revista de Estudios Políticos*, España, número 103, 1999.

ÁVILA HERNÁNDEZ, Flor M., “Los Derechos Humanos en el Islam”, *Frónesis: Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, vol. 15, número 1, 2008.

AYALA CORAO, Carlos M., “La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos

humanos y sus consecuencias”, en MÉNDEZ SILVA, Ricardo (coord.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, “Constitucionalismo Multinivel y Derechos Fundamentales en la Unión Europea”, en *Teoría y Metodología del Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Gregorio Peces-Barba*, España, Dykinson, 2008, Vol. II.

- “La contribución de Peter Häberle a la construcción del Derecho Constitucional Europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, España, número 13, 2010.

BECERRA RAMÍREZ, José de J., *Los instrumentos internacionales de derechos fundamentales y su aplicación en el ámbito constitucional mexicano*, Tesis doctoral, Instituto de Derechos Humanos, Madrid, Tesis doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, 2009.

- *El constitucionalismo ante los instrumentos internacionales de derechos fundamentales*, México, UBIJUS, 2011.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel, “Control de cumplimiento de los tratados internacionales en materia de derechos humanos”, en Brena Sesma, Ingrid y Teboul, Gérard (coords.), *Hacia un instrumento regional interamericano sobre la bioética. Experiencias y Expectativas*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 501, 2009, recuperado de la Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2673/8.pdf>

BECK, Ulrich, “El metajuego de la política cosmopolita”, *Claves de Razón Práctica*, Número 145, 2004.

BLANCO VALDÉS, Roberto, *El Valor de la Constitución*, España, Alianza, 1998.

BOIXAREU, Ángel, “El principio de subsidiariedad”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, número 3, 1994.

BREÑA, Roberto, “El Principio de subsidiariedad y la construcción de la Europa social”, *Foro Internacional*, México, número 161, 2000.

CARBAJAL, Juan A., *Teoría de la Constitución*, México, Porrúa, 2006.

CARBONELL, Miguel, *Neoconstitucionalismo(s)*, 2º ed., España, Editorial Trotta, 2005.

CARPIZO MAC GREGOR, Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, número 4, 1969.

CARRILLO SALCEDO, Juan A., *Soberanía de los estados y derechos humanos en el derecho internacional contemporáneo*, España, Tecnos, 1996

- “Derechos humanos y Derecho internacional”, *Isegoría: Globalización y Derechos Humanos*, Madrid, Número 22, 2000.

CASTILLA, Karlos, *El Control de Convencionalidad: un nuevo debate en México a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco*, pp. 594-596, recuperado el 01 de julio de 2013 de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM,
<http://dialnet.unirioja.es/servlet/busquedadoc?t=el+control+de+convencionalidad%3A+un+nuevo+debate+en+M%C3%A9xico++&db=1&td=todo>

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, número 11, 2011.

COLOMBO CAMPBELL, Juan, “Funciones del Derecho Procesal Constitucional”, *Ius et Praxis*, vol. 8, número 2, 2002.

COSSÍO DÍAZ, José R., “Jerarquía, división competencial en relación con los tratados internacionales en derecho mexicano”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, número 8, 2008.

DÍEZ PICAZO, Luís M., “La naturaleza de la Unión Europea”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, España, número 4, 2008.

FABER, Angela, *Die Zukunft kommunaler Selbstverwaltung und der Gedanke der Subsidiarität in den Europäischen Gemeinschaften*, *Deutsches Verwaltungsblatt*, Alemania, DVBI, 1991.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo A., “La soberanía Poliédrica”, en SALINAS DE FRÍAS, Ana y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina, (Coords.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: Homenaje al Profesor*

Juan Antonio Carrillo Salcedo, España, Universidad de Sevilla, vol. 2, 2005.

FERRAJOLI, Luigi, “Juspositivismo crítico y democracia constitucional”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, número 16, 2002.

- *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, 3° ed., España, Trotta, 2002.

- *Razones jurídicas del pacifismo*, trad. de Gerardo Pizarrello, Madrid, Trotta, 2004.

FERRER MAC GREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez mexicano”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Chile, año 9, número 2, 2011.

- “El control difuso de convencionalidad por los jueces latinoamericanos: Evolución de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, Fundación Manuel Giménez Abad

de Estudios Parlamentarios y del Estado Autónomo, N°2, Diciembre 2011.

FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*, España, Trotta, 2001.

FRAGA, Gabino, *Derecho administrativo*, México, Porrúa, 1992.

FROSINI, Vittorio, “Kelsen y las interpretaciones de la soberanía”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, Ministerio de la Presidencia, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 11, número 31, 1991.

GARCÍA GESTOSO, Noemí, “Sobre los orígenes históricos y teóricos del concepto de soberanía: especial referencia a los seis libros de la república de J. Bodino”, *Revista de Estudios Políticos*, España, número 120, 2003.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007.

- *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, México, UNAM, 2002.

GARMENDIA, José A., “El estudio de la estructura social desde la perspectiva procesal”, *Revista de Sociología*, número 10, España, Universidad de Málaga, 1978.

GOMES CANOTILHO, José J., *Teoría de la Constitución*. España, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 2003.

GONZÁLEZ, Efraín, *Subsidiariedad*, México, Instituto Mexicano de Doctrina Social Cristiana, 2009.

GUDIÑO PELAYO, José de J., “Lo confuso del control difuso de la Constitución. Propuesta de

interpretación del artículo 133 constitucional”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, número 3, 2005.

HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, número 47, 2003.

HABERMAS, Jürgen, *El occidente escindido: Pequeños escritos políticos X*, Madrid, Trotta, 2006.

HERRERÍAS Cuevas, Ignacio F. y Rodríguez, Marcos del R., *El Control de Constitucionalidad y Convencionalidad. Sentencias que han marcado un nuevo paradigma (2007-2012)*, México, Editorial Ubijus, 2012.

HITTERS, Juan C., “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, N°2, 2009.

HÖFFE, Otfried, “Estados nacionales y derechos humanos en la era de la globalización”, *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, España, número 22, 2000.

- *La subsidiariedad como principio de filosofía política*. Alemania, Konrad Adenauer Stiftung, 2002.

JÁUREGUI, Gurutz, “Del Estado nacional a la democracia cosmopolita: política y derecho en la era global”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, número 36, ejemplar dedicado a: El derecho de una democracia cosmopolita, 2002.

JIMENA QUESADA, Luis, *Jurisdicción nacional y control de convencionalidad. Apropósito del diálogo judicial global y de la tutela multinivel de derechos*, España, Editorial Aranzadi, 2013.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *El constitucionalismo: proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, España, Marcial Pons, 2005.

JINESTA L., Ernesto., *Control de convencionalidad ejercido por los Tribunales y Salas Constitucionales*, en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y política, 2012.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de, “Globalización y constitucionalismo: una lectura en clave cosmopolita”, *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, número 36, ejemplar dedicado a: El derecho de una democracia cosmopolita, 2002.

KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la constitución*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2002.

- *Teoría pura del derecho*, Argentina, Eudeba, 2004.

KERBER, Linda K., "The meanings of Citizenship", *The Journal of American History*, Organization of American Historians, vol. 84, número 3, 1997.

KOMONCHAK, Joseph A, *The Jurist* 48. *Subsidiarity in the church: the state of the question*, EUA, The catholic University of America, 1988.

LAPORTA SAN MIGUEL, Francisco J., "Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas Wetsfalianas", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, España, Número 9, 2005.

LINARES, Antonio, *Derecho Internacional Público*, EUA, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 1983.

LOCKE, John, *Ensayo sobre el gobierno civil*, trad. de Armando Carlini, México, Porrúa, 2005.

LONDOÑO LÁZARO, María C., "El principio de legalidad y el control de convencionalidad de las leyes:

confluencias y perspectivas en el pensamiento de la corte interamericana de derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 128, 2010.

MALDONADO, Carlos E., *Derechos humanos, solidaridad y subsidiariedad*, Colombia, Editorial Temis S.A., 2000.

MARIÑO MENÉNDEZ, Fernando M., “La subjetividad internacional”, *Derecho Internacional Público*, España, Trotta.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas española y europea*, Thompson Civitas, 2006.

MEJÍA A., Joaquín R. (coord.), “El poder judicial como garante de la legalidad nacional e internacional: hacia la implementación del control de convencionalidad”, *Los Derechos Humanos en las Sentencias de la Corte*

Interamericana sobre Honduras, Honduras, Editorial Guaymuras, 2013.

McCADDEN, Carlos, *El principio de subsidiariedad y el tratado de Maastricht*, ITAM, 1992.

MESSNER, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Madrid, Rialp, 1967.

MOHAMMED AMIN, Al-Midani, *Introducción a los Estatutos Árabes en Derechos Humanos*, Estados Unidos de Norteamérica, Arab Center for International Humanitarian Law and Human Rights Education, 2006.

MORALES MORALES, Alejandra y ODIMBA ON'ETAMBALAKO WETSHOKONDA, Jean C., “La incorporación del concepto del bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos en México”, *Revista Prolegómenos. Derechos y Valores de la Facultad de Derecho*, vol. 14, número 27, 2011.

NUEVO, Pablo, "Pluralismo y bien común en el derecho constitucional", *Díkaion: Revista de Actualidad Jurídica*, Colombia, número 13, 2004.

NYE, Joseph S., "Integración regional comparada: concepto y medición", *Revista de la Integración*, Argentina, Instituto Banco Interamericano de Desarrollo, número 5, 1969.

ODIMBA ON'ETAMBALAKO WETSHOKONDA, Jean C., "Protección de los derechos fundamentales en África", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, número 6, 2006.

- *Los derechos humanos en la historia de África*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, recuperado el 09 de septiembre de 2012 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2562/8.pdf>, p. 58.

OLANO GARCÍA, Hernán A., “Bloque de constitucionalidad en Colombia”, *Revista Estudios Constitucionales*, número 1, vol. 3, 2005.

OLIVEIRA, Carlos A. Á. de, “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho*, Chile, XXII, Núm. 1, Julio 2009.

OROZCO SÁNCHEZ, César A., *El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción en México*, México, Editorial Ubijus, 2012.

ORTIZ AHLF, Loretta, *Derecho Internacional Público*, México, Oxford University Press, 2000.

- et al., *Ensayos en torno a una propuesta de reforma constitucional*, México, Porrúa, 2004.

- *Protección Internacional del Individuo*, recuperado el 05 de abril de 2012 de

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/19/pr/pr5.pdf>

OSPINA MEJÍA, Laura, *Breve aproximación al bloque de constitucionalidad en Francia*. Biblioteca Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, recuperado el 05 de junio de 2012 de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juicio/cont/2/cnt/cnt8.pdf>

OZKAN, Mehmet, *El Oriente Medio en la política mundial: un enfoque sistémico*, España, Universidad de Sevilla, Instituto de Estudios Políticos, 2011.

PALOMINO MANCHEGO, José F., “Constitución, supremacía constitucional y teoría de las fuentes del derecho”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, España, número 58-59, 2007.

PEGORARO, Lucio, *La justicia constitucional. Una perspectiva comparada*. Madrid, Dykinson, 2004.

PEREZ LEÓN, *El individuo como sujeto del derecho internacional. Análisis de la dimensión activa de la subjetividad jurídica internacional del individuo*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, recuperado el 05 de abril de 2012 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/8/cmt/cmt18.pdf>

PISARELLO PRADOS, Gerardo, “Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico”, *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, España, Trotta, 2007.

PROUDHON, P. J., *Du principe fédératif et la nécessité de reconstituer le parti de la révolution*, trad. de Richard Vernon, 1863.

QUINTANA GARCÍA, Francisco, *Instrumentos Básicos de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2003.

QUISBERT, Ermo, *Principios constitucionales*, recuperado el 12 de junio de 2012 de <http://ermoquisbert.tripod.com/dc/05.pdf>

RODRÍGUEZ LIZANO, Jesús, “El personalismo: sus luces y sus sombras”, QUIRÓS, Antonio, et al, (coords.), *El Primado de la persona en la moral contemporánea*, España, Universidad de Navarra, 1997.

ROLDÁN BARBERO, Javier, “Soberanía del Estado y derecho de la Unión Europea”, en SALINAS DE FRÍAS, Ana y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, Marina, (Coords.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional: Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, España, Universidad de Sevilla, vol. 2, 2005.

SAAVEDRA ÁLVAREZ, Yuria, “El sistema africano de los derechos humanos y de los pueblos. Prolégomenos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, número 8, 2008.

SABSAY, Daniel A., *Integración y supranacionalidad sin considerar los desarrollos europeos recientes, bases constitucionales y límites. La experiencia del Mercosur*, presentación en el simposio “Process of European and Global Constitutionalization”, Alemania, 1999.

SAGÜÉS, Néstor Pedro, “El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, recuperado el 02 de julio de 2013, de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/Nestor%20Sagues.pdf>

SAIZ ARNAIZ, Alejandro, *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, España, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

SALAZAR UGARTE, Pedro, (coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.

SALINAS ALCEGA, Sergio, *El Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos en el Siglo XXI. El proceso de reforma para asegurar su eficacia a largo plazo*, España, Iustel, 2009.

SCHICKENDANTZ, Carlos. “El Principio de Subsidiariedad en la Iglesia. Breve historia, discusiones recientes y campos de aplicación práctica”, *Teología y Vida*, vol. 42, número 3, 2001.

SCHMITT, Carl, *Teología política. Cuatro ensayos sobre la soberanía*, trad. De Francisco Javier Conde, Argentina, Struhart & Cía, 1998.

SOBRINO HEREDIA, José M., “Las nociones de integración y supranacionalidad en el derecho de las organizaciones internacionales”, *Impulso*, número 13.

SUÁREZ CAMACHO, Humberto, *El sistema de control constitucional en México*, México, Porrúa, 2007.

TAPIA VALDÉS, Jorge, “Descentralización y subsidiariedad en la época de la globalización”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Chile, año 1, número 1, 2003.

TEJADURA TEJEDA, Javier, “¿El ocaso de Westfalia? Reflexiones en torno a la crisis del constitucionalismo en el contexto de la mundialización”, *Revista de Estudios Políticos*, Número 123, Enero-Marzo 2004.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1998.

- *Derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 2004.

- *La Constitución y los Tratados Internacionales. Un acercamiento a la interpretación*

judicial de la jerarquía de las normas y la aplicación de los tratados en la legislación nacional, recuperado el 22 de junio de 2012 de <http://www.scjn.gob.mx/conocelacorte/ministra/LA%20CONSTITUCION%20Y%20LOS%20TRATADOS%20INTERNACIONALES%201103.pdf>

TORO HUERTA, Mauricio I. del, “La apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en la era de la mundialización y sus consecuencias en la práctica judicial”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, número 112, 2005.

UPRIMNY, Rodrigo, *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*, recuperado el 22 de junio de 2012 de http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=72

URBINA MOLFINO, Francisco J., “El principio de subsidiariedad, sus fundamentos y su función en una

sociedad democrática”, *Revista Derecho y Humanidades*, número 11, 2005.

URIBE ARZATE, Enrique, *Principio de Supremacía Constitucional, El exégesis y prolegómenos*, México, Porrúa, 2010.

URIBE BENÍTEZ, Oscar, *Supremacía Constitucional*, México, Centro de Estudios de Derechos e Investigaciones Parlamentarias, abril de 2009.

VALADÉS, Diego, “Visión panorámica del constitucionalismo en el siglo XX”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Año 6, Número 12, Julio-Diciembre 2009.

VÁZQUEZ, Adolfo R., “Soberanía, supranacionalidad e integración: la cuestión en los países del Mercosur”, *Anuario de Derecho Constitucional*, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, p. 234, recuperado el 05 de junio de 2012 de

<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2001/pr/pr16.pdf>

VÁZQUEZ, Luis D., y SERRANO, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica” en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y

VEGA GARCÍA, Pedro de, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, en CARBONELL, Miguel y VÁZQUEZ, Rodolfo (comps.), *Estado constitucional y Globalización*, México, Porrúa, 2003.

VENTURA ROBLES, Manuel, “El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Costa Rica, CIDH, IIDH, 2011.

Enlaces

Acta final de la Conferencia Sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa

<http://www.osce.org/es/mc/39506?download=true>

Carta de la Liga Árabe

http://orilp.tripod.com/biblio_1_liga_arabe.htm

Carta de las Naciones Unidas

<http://www.un.org/es/documents/charter/>

Casos Contenciosos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>

Comisión Europea

http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_ecsc_es.htm

Constitución colombiana

<http://www.banrep.gov.co/regimen/resoluciones/cp91.pdf>

Constitución de Alemania

<http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-internacional-publico-1/ejercicios-proyectos-y-casos-1/capitulo4/documento-20-constitucion-de-alemania.pdf>

Constitución de Argentina

<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php>

Constitución de Brasil

<http://www.angelfire.com/va/derecho/cnbrasil1988.html>

Constitución de Irlanda

http://centros5.pntic.mec.es/ies.manuela.malasana/otros_servicios/ampliacion/ue25/irlanda/irlanda.pdf

Constitución de Japón

http://www.cu.embjapan.go.jp/es/docs/constitucion_japon.pdf

Constitución de la República Dominicana

http://www.suprema.gov.do/PDF_2/constitucion/Constitucion.pdf

Constitución de la República Italiana

<http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=2509>

Constitución de Portugal

<http://www.viajeuniversal.com/portugal/constitucion1.htm>

Constitución de Venezuela

<http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm>

Constitución Española de 1978

<http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=10&fin=55&tipo=2>

Constitución Política de la República de Chile

http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Chile.pdf

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>

Convención Americana sobre Derechos Humanos
<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>

Convención sobre derechos y deberes de los Estados
<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-40.html>

Convenio de la Organización para la Cooperación y el
Desarrollo Económico
http://www.oecd.org/document/58/0,3746,es_36288966_36288120_43598138_1_1_1_1,00.html

Convenio Europeo para la Protección de los Derechos
Humanos y de las Libertades Fundamentales
http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/CONVENTION_ESP_WEB.pdf

Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados de conformidad con la carta de las Naciones Unidas
<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/352/16.pdf>

Dialnet
<http://dialnet.unirioja.es/>

Diario Oficial de la Federación
<http://www.dof.gob.mx/>

Estatuto del Consejo de Europa
<http://www.judicatura.com/Legislacion/1437.pdf>

Jurisprudencia y Tesis Aisladas IUS de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
<http://ius.scjn.gob.mx/paginas/tesis.aspx>

Liga de los Estados Árabes
http://www.clubarabe.cl/club/index.php?option=com_content&view=article&id=138&Itemid=100

Pacto de la Sociedad de Naciones

http://ocw.uc3m.es/periodismo/periodismo-internacional-ii/lecturas/leccion-7/Pacto_de_la_Sociedad_de_Naciones.pdf/view

Protocolo Adicional al Tratado de Asunción sobre la Estructura Institucional del Mercosur (Protocolo de Ouro Preto)

http://www.mercosur.int:8081/innovaportal/file/721/1/cmc_1994_protocolo_ouro_preto_es.pdf

Secretaría de Relaciones Exteriores

<http://www.sre.gob.mx/tratados/>

Secretaría de Gobernación, Unidad General de Asuntos Jurídicos, Orden Jurídico Nacional,
<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos/133.pdf>

Senado de la República

<http://www.senado.gob.mx/>

Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del
Carbón y del Acero

http://ocw.uc3m.es/historia-del-derecho/historia-de-la-integracion-europea/tratados/Tratado_Ceca.pdf

Tratado de la Unión Europea

<http://eurlex.europa.eu/es/treaties/dat/11992M/html/11992M.html#0001000001>

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la
Federación

<http://portal.te.gob.mx/>