



BENEMÉRITA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE PUEBLA

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES SECRETARÍA DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS DE POSGRADO TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO EN DERECHO

TESIS

Control de Convencionalidad en materia de Derechos Humanos: Una propuesta para su más amplio ejercicio en México.

QUE PRESENTA:

Lic. Jorge Armando Bonilla Castro

FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS SOCIALES

PARA OBTENER EL TÍTULO DE
MAESTRO EN DERECHO CON TERMINAL
EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y AMPARO

AESOR DE TESIS:

Mtro. Alejandro Antonio Carcaño Martínez

Agradecimientos

*“Quiero felicitar a los países que conducen la Política Mundial...
así que espero que alguna vez haya motivos”.*

Mafalda (creación del gran Quino).

A Dios, con él todo, sin él nada.

A mis Padres, incondicionales y amorosos autores de lo que soy y de lo que no.

A Bane, mi hermana y mejor compañera.

A Reni, mi inspiración para nunca equivocarme.

A mis abuelos, tíos, primos y sobrinos (los que están entre nosotros y los que no);
por hacer de los momentos, recuerdos inolvidables.

A mis maestros y alumnos, porque sus pisadas dejan huellas imborrables en mis
actos.

A Alejandro, Luis, Jorge y Raúl; que estoy seguro que sin ustedes mi camino no
estaría lleno de risas e inolvidables recuerdos.

A Andrés, Liliana y Pablo, por demostrarme que la amistad no conoce de
distancias.

A México, que cree en mí y yo en él. Y,

a todos aquellos que me hacen muy feliz, gracias.

Índice

Introducción	1
---------------------------	----------

Capítulo I

Antecedentes históricos del reconocimiento a los Derechos Humanos

1.1. Roma.....	7
1.1.1 El Derecho Romano- Germánico.....	8
1.1.1.1 Anexión del pueblo visigodo a Roma.....	9
1.1.1.2 Asociación de las tradiciones jurídicas Visigodas con las Romanas.....	10
1.2. La Ilustración.....	12
1.2.1. Pensamiento Ilustrado.....	12
1.2.1.1. Reconocimiento literario de los Derechos Humanos en la Ilustración.....	13
1.2.1.2. La ilustración y el Capitalismo.....	15
1.2.2. El Derecho en la estructura del Estado.....	18
1.2.2.1. La positivización del Derecho.....	20
1.2.2.2. La jerarquía de las normas.....	22
1.2.3. Los valores de los derechos humanos.....	23
1.2.3.1. La libertad.....	23
1.2.3.2. La igualdad.....	24
1.2.3.3. La seguridad.....	25
1.2.3.4. La fraternidad.....	25
1.3. Precedentes de la protección jurídica a los Derechos Humanos desde la perspectiva del principio de legalidad.....	26
1.3.1. Declaración Universal de Derechos Humanos.....	26
1.3.2. Retrospectiva del derecho a la garantía de legalidad.....	27
1.3.2.1. Carta de Juan sin Tierra.....	28
1.3.2.2. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano....	29
1.3.2.3. La constitución de Cádiz.....	29

1.3.2.4. Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia.....	30
1.3.2.5. Constitución de los Estados Unidos.....	31
1.3.2.6. Sentimientos de la Nación.....	31
1.3.3. El derecho a la garantía de legalidad en tratados Internacionales.....	32
1.3.3.1. Carta de las Naciones Unidas.....	32
1.3.3.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	34
1.3.3.3. Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	36
1.3.3.4. Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.....	37
1.3.3.5. Declaración Americana de los Dchos. y Deberes del Hombre.....	38
1.3.3.6. Convención Americana de Derechos Humanos.....	39
1.3.4. El derecho a la garantía de legalidad en México.....	41

Capítulo II

Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad

2.1. Control de Constitucionalidad.....	42
2.1.2. Contenido Constitucional.....	43
2.1.2.1. Parte Dogmática.....	43
2.1.2.2. Parte Orgánica.....	43
2.1.2.3. Parte Programática y Social.....	44
2.1.3. Clasificación de las normas.....	45
2.1.4. La Inconstitucionalidad de la norma.....	46
2.1.5. Supremacía Constitucional.....	47
2.1.5.1. Elementos del principio de Supremacía Constitucional.....	48
2.1.5.1.1. Control.....	49
2.1.5.1.2. Razonabilidad.....	49
2.1.5.1.3. Rigidez.....	49
2.1.5.1.4. Unidad.....	49
2.1.6. Inviolabilidad de la Constitución.....	50

2.1.7. Interpretación Constitucional.....	51
2.1.8. Criterios Interpretativos.....	53
2.1.8.1. Pro Homine.....	54
2.1.8.2. Favor Libertatis.....	54
2.1.8.3. Favor Debilis.....	55
2.1.8.4. In Dubio Pro Operario.....	55
2.1.8.5. In Dubio Pro Reo.....	55
2.1.8.6. In Dubio Pro Actione.....	55
2.1.9. Doctrina contemporánea de la Interpretación Constitucional.....	56
2.1.10. Garantías Constitucionales.....	58
2.2. Control de Convencionalidad.....	61
2.2.1. Relaciones Inter-Estatales.....	62
2.2.2. Derecho Internacional Público.....	63
2.2.3. Tratados Regionales.....	63
2.2.3.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).....	64
2.2.3.1.1. Contenido normativo.....	65
2.2.3.1.2. Órganos competentes emanados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).....	65
2.2.4. Composición del Control Convencional.....	66
2.2.4.1 Origen del término.....	67
2.2.4.2. Ejercicio del Control Convencional.....	71
2.2.4.3. Ejercicio del Control Convencional en México.....	77
2.2.4.3.1. Inicio de la vigencia del Control Convencional en México.....	81
2.2.4.3.2. Fundamento e interpretación constitucional del Control Convencional en México.....	82
2.2.4.3.3. Modalidades del ejercicio de Control Convencional en México.....	87
2.2.4.3.4. Panorama actual de los Derechos Humanos en la Constitución mexicana.....	88

2.3. Contradicción de Tesis 293/2011.....	92
2.3.1. Verificación de la existencia de Contradicción de Tesis.....	97
2.3.2. Opiniones de la Ministra Luna Ramos.....	99
2.3.3. Jurisprudencia emanada de la Contradicción de Tesis 293/2011.....	101

CAPÍTULO III

El Control de Convencionalidad en el Derecho Comparado

3.1. Caso Mexicano.....	103
3.2. Caso Español.....	104
3.2.1. Posición Constitucional en España del Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	105
3.3. Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	107
3.3.1. Derechos Reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	110
3.3.2. Restricciones a los Derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	113
3.3.3. Control valorativo del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Control de Convencionalidad).....	115
3.4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	118
3.4.1. Sistema original del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	119
3.4.2. Sistema vigente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	121
3.4.2.1. Protocolo de Enmienda número 11 adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos.....	122
3.4.3. Conformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	123
3.5. Procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	124
3.5.1. Demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	125
3.5.2. Admisibilidad de las Demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	126
3.5.3. Desahogo del procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	127

3.5.3.1. Primer examen de admisibilidad de la Demanda.....	129
3.5.3.2. Segundo examen de la admisibilidad de la Demanda.....	130
3.5.3.3. Fase de arreglo amistoso entre las partes.....	130
3.5. Declaración de Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, efectos y ejecución.....	131
3.6. Interpretación del Convenio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	133
3.7. Recepción interna del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Jurisprudencia del Tribunal en España.....	137
3.8. Análisis de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en México, y del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos. Método analógico comparativo.....	139
Conclusiones	145
Propuesta.....	147
Fuentes de Consulta.....	149

Introducción

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) constituye uno de los tratados internacionales regionales más importantes del orbe en materia de protección a los Derechos Humanos. Derechos que son palabras de fuerte carácter, ya que buscan enmarcar una protección global de las condiciones mínimas que conservarán la dignidad de la especie humana. Pese a que estos derechos se encuentran salvaguardados en nuestra Constitución Política, en la que se garantiza una libertad efectiva primando las condiciones de igualdad, existe la imperante necesidad de identificar los hechos que impiden el absoluto respeto a los derechos humanos de los nacionales mexicanos.

Este respeto cuenta con la protección subsidiaria de la Convención supracitada, con fundamento en el artículo 133 constitucional. Artículo que consagra la Ley Suprema del país, en forma de bloque. Conformado por la 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; sin establecerse orden jerárquico alguno.

Asimismo, el 133 Constitucional obliga a los jueces a sujetarse a dicho bloque, teniendo éstos que verificar la compatibilidad entre las acciones del Estado, no tan sólo con la Constitución, sino también con los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por lo tanto, los jueces mexicanos tienen que ejercer un control denominado “convencional”, para brindar la protección más amplia (principio pro homine), determinada en el artículo primero constitucional.

La investigación, evidentemente, tiene un límite espacial y temporal. El espacial está restringido a los límites territoriales de los Estados Unidos Mexicanos. Mientras que el temporal se ciñe a partir de que México depositó la firma de su adhesión a la CADH en la Secretaría General de la Organización de

Estados Americanos el veinticuatro de marzo de 1981. Pero, el reconocimiento del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no se aprobaría sino hasta el primero de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del ocho del propio mes y año.

Si bien, el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es posterior, la primera fecha es el inicio de la vigencia en México. Desde ese preciso momento, el Estado mexicano debe hacer propio el contenido normativo de la Convención, por estar de acuerdo con los fines que persigue la Constitución y en beneficio de los que se encuentren dentro de sus límites territoriales.

La importancia teórica y práctica de la exposición del caso mexicano actual, en cuanto a Control de Convencionalidad se refiere, justifica la realización de este trabajo. El fondo teórico, soporta la relevancia del reconocimiento y alcance de los derechos humanos. Esto incluye primordialmente a los reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, desafortunadamente, componen un catálogo más amplio que el que enlista nuestra Constitución. El estudio en este trabajo, es desde la perspectiva del reconocimiento de éstos y el control ejercido por los jueces para cumplir con nuestros compromisos jurídicos de carácter internacional.

Por lo que respecta a la importancia práctica, ésta se localiza en proveer una solución a la problemática generada por la interpretación constitucional que hizo la Suprema Corte de Justicia en la contradicción de tesis 293/2011, que generó la jurisprudencia con registro 2006224. Esta jurisprudencia establece que en caso de contradicción entre los tratados internacionales y la constitución, deberá prevalecer el precepto de la segunda, concretándose una forma limitativa de la Convención en nuestro país.

La hipótesis, base del trabajo de investigación, en este caso es en forma afirmativa. Ésta es una proposición sobre la situación ideal después de solucionar

la problemática expuesta en líneas anteriores, y establece que: “Si en materia de derechos humanos no existieran restricciones al pleno ejercicio del Control Convencional, en México realmente se aplicaría la norma que más beneficia a los individuos y se garantizaría la plena protección a estos derechos”.

En suma a la hipótesis, este trabajo desarrolla temas derivados de ella, como lo son el control constitucional y el control de convencionalidad. Serán explicados a detalle para comprender la posición y obligación del juez en el momento de ponderar entre una norma y otra para hacer efectivos los criterios aplicables al caso concreto.

Toda investigación tiene una serie de objetivos que demuestran la pertinencia de su elaboración. Estos son: a) Armonizar la relación entre el articulado constitucional y la jurisprudencia en México, en materia de Derechos Humanos, para facilitar el más amplio ejercicio de Control de Convencionalidad en México. b) Comparar el ejercicio del control convencional aplicado en España con el mexicano. c) Proponer un modelo de tesis jurisprudencial que facilite el más amplio ejercicio del Control de Convencionalidad en México.

Los métodos utilizados en la investigación son el método analítico - sintético. Analítico, porque a partir de la descomposición y distinción de los elementos de un todo, revisando ordenadamente cada uno de ellos por separado; se tiene como resultado el descubrimiento de los distintos elementos que componen la naturaleza o esencia del fenómeno u objeto, investigando las causas y sus efectos.

Así mismo, es Sintético porque es necesario reconstruir un todo a partir de los elementos que se estudiarán. Integrando los elementos en una unidad nueva, que será una comprensión total de la esencia de lo que ya se conoce en todos sus elementos y particularidades. Esto será la principal herramienta para realizar aportaciones coherentes y prácticamente útiles en la presente investigación.

Por lo que respecta a la técnica de investigación utilizada, fue la técnica documental. El objetivo de utilizar esta técnica, fue elaborar un marco teórico conceptual para formar un cuerpo de ideas sobre el objeto de estudio. Con el propósito de elegir los instrumentos para la recopilación de información es conveniente referirse a las fuentes de información. Estas fuentes consultadas son los documentos que registran o corroboran el conocimiento inmediato de la investigación; se incluyeron libros, revistas e informes técnicos.

El marco teórico incluye el tratamiento de los derechos humanos a lo largo de la historia con especial énfasis en la ilustración, sus preceptos, bases y fines. Así como también las características, alcances y límites del control constitucional y convencional. Considerando que el análisis en el derecho comparado enriquece toda investigación, se optó por el estudio del cabal cumplimiento que da España al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Donde se destacan aspectos muy puntuales que de adoptar México, se mejoraría notablemente la protección efectiva de los derechos humanos en México.

Fue forzoso utilizar un marco jurídico. Se incluyeron órdenes del rubro nacional e internacional. Resulta evidente que en el ámbito nacional se hizo un estudio constitucional y de su interpretación emanada. Por el ámbito internacional se acudió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Constitución de España.

La investigación hoy expuesta se estructuró en tres capítulos, que se describen en las siguientes líneas. El primer capítulo lleva por título, “Antecedentes históricos del reconocimiento a los Derechos Humanos”, en él se redactó y estructuró el marco histórico del presente trabajo. Se destaca la evolución histórica de los derechos humanos, se describen los momentos precisos que significaron un cambio de paradigma, en cada etapa histórica.

El capítulo segundo, se titula “Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad”. Ambos corresponden a ejercicios de compatibilidad que deben realizarse concentrada (tribunales constitucionales y convencionales, o con

funciones similares) o difusamente (jueces, mayoritariamente). El ejercicio lo debe realizar aquél que tenga facultad de ejecutar la aplicación de una norma. La doctrina atribuye este ejercicio, Constitucional o Convencional, a toda autoridad sin importar el poder público del que provengan sus facultades. Sin embargo, para los términos en los que fue elaborada la presente, el capítulo en comento solamente aborda al control que deben ejercer los jueces. Es muy difícil que una autoridad administrativa realice un control de tipo convencional, por ejemplo. Ya que los criterios interpretativos nacionales (jurisprudencia local) lo restringen, o de plano lo prohíben.

El tercer, y último capítulo, lleva por título “El Control Convencionalidad en el Derecho Comparado”. El caso concreto, objeto de comparación, fue el español. Se analizó la posición que los Tratados Internacionales guardan en su derecho interno, para posteriormente estudiar profundamente el sistema Europeo de protección a los derechos humanos. Se optó por el sistema fundado por el Consejo de Europa, por tener más miembros que el de la Unión Europea.

El trabajo comparativo, resultó muy enriquecedor y aporta elementos importantísimos. Destacando la consulta que puede realizar un tribunal Constitucional de un Estado parte, suspendiendo su procedimiento de interpretación interno, para consultar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los términos que debe contener dicha interpretación, para ser convencionalmente compatible.

Capítulo I

Antecedentes históricos del reconocimiento a los Derechos Humanos

SUMARIO 1.1. Roma 1.1.1. El Derecho Romano - Germánico 1.1.1.1. Anexión del pueblo visigodo a Roma 1.1.1.2. Asociación de las tradiciones jurídicas Visigodas con las Romanas 1.2. La Ilustración 1.2.1. Pensamiento Ilustrado 1.2.1.1. Reconocimiento literario de los Derechos Humanos en la ilustración 1.2.1.2. La ilustración y el Capitalismo 1.2.2. El Derecho en la estructura del Estado 1.2.2.1. La positivización del Derecho 1.2.2.2. La jerarquía de las normas 1.2.3. Los valores de los derechos humanos 1.2.3.1. La libertad 1.2.3.2. La igualdad 1.2.3.3. La seguridad 1.2.3.4. La fraternidad 1.3. Precedentes de la protección jurídica a los Derechos Humanos desde la perspectiva del principio de legalidad 1.3.1. Declaración Universal de Derechos Humanos 1.3.2. Retrospectiva del derecho a la garantía de legalidad 1.3.2.1. Carta de Juan sin Tierra 1.3.2.2. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano 1.3.2.3. La constitución de Cádiz 1.3.2.4. Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia 1.3.2.5. Constitución de los Estados Unidos 1.3.2.6. Sentimientos de la Nación 1.3.3. El derecho a la garantía de legalidad en los tratados Internacionales 1.3.3.1. Carta de las Naciones Unidas 1.3.3.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1.3.3.3. Convenio Europeo de Derechos Humanos 1.3.3.4. Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea 1.3.3.5. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre 1.3.3.6. Convención Americana de Derechos Humanos 1.3.4. El derecho a la garantía de legalidad en México

En primer plano, resulta prudente recordar que los derechos constitucionales son “conferidos y consagrados”,¹ por el Estado. Por otro lado, y de ninguna manera menos importantes, los Derechos Humanos deben ser “reconocidos” por cada Estado independiente, en la medida de su soberana decisión, respetando un mínimo establecido en la comunidad internacional.

Los derechos humanos son inherentes a nosotros y son también llamados derechos fundamentales cuando son reconocidos constitucionalmente. Se considera fundamento del Estado a la Constitución, como documento primigenio, pero es en los tratados internacionales donde se ubica la validez jurídica de los derechos humanos en su carácter internacional, que fungirá en carácter subsidiario para brindar protección al mayor número posible de personas en cada Estado parte. En el tenor del compromiso colectivo y el cumplimiento individual, dicho sea de paso.

¹ En primer momento son concedidos, porque cada estado independiente dotará a sus nacionales de los derechos que reclamen sus costumbres, sociedad e historia. En segundo momento, son consagrados porque su fundamento primario es constitucional. A diferencia de los Derechos Humanos, que siempre han existido y siempre existirán de forma inherente a cada uno de nosotros. Por lo que el catálogo de los Derechos Humanos debe ser incorporado mas no creado, en cada constitución.

Sin duda alguna, los romanos son la cultura antigua que más promoción dio a su doctrina legal. Si bien, ellos la llevaron a cualquier parte donde se establecieron, no se descarta que la cultura griega pudiera haber sido la fuente de la doctrina jurídica de occidente. Y esto, porque se cree que los romanos adoptaron muchos principios y preceptos griegos en materias muy importantes como la filosofía, la política y el Derecho, entre otras. Dónde la esencia sustantiva del Derecho, que guardaban en ambas culturas fue mayoritariamente la misma, pero siendo la romana impuesta a través de la conquista de territorios, la más documentada.

1.1. Roma

Para los romanos, el derecho se construía a través de su principal fuente que era la costumbre. Su sistema, hacía referencia a principios normativos contenidos en las tradiciones socio-culturales, no era formulado y estaba plagado de creencias religiosas.² Por ello se constituía como eterno e irrevocable, como es la religión en sí misma.

Los fallos de las autoridades encomendadas a juzgar el comportamiento de los romanos, no tenían legitimidad en la aprobación de la sociedad, sino en los precedentes. Los jurisconsultos,³ eran los encargados de interpretar los precedentes para determinar los alcances jurídicos de una conducta, ante ellos planteada. El conjunto de resoluciones forjaba a los preceptos derivados de cada una de ellas, hasta constituir al derecho romano que castigaba la desobediencia al *ius*.

El *ius* era el acto aprobado por la comunidad que resultaba no ser contrario a los intereses públicos, por lo que se le calificaba de justo. Debido a esto, durante muchos años el *ius* constituyó el mayor cúmulo jurídico que dictaminaba las

² Principalmente existían dos clases de cultos: los del hogar que unían a la familia y los públicos que eran reflejo de patriotismo y culto al Estado.

³ La persona desarrollada en la ciencia de las leyes. Su profesión es explicar o dar respuesta sobre cuestiones de derecho.

relaciones entre particulares. Por su parte, las *leges* eran una excepción de las normas de convivencia específicas entre particulares, y componía verdaderas normas generales que debían imperar en la comunidad.

Por su parte, los romanos difirieron con los griegos en cuanto al funcionamiento del término “Constitución”. No la consideran una realidad totalizadora y la conceden al Emperador, para que sea de él de quién emane. Siendo la constitución, una disposición imperial al igual que la *lex* y el *edictum*; por lo que el emperador dosificaba los derechos reconocidos (hasta cierto punto como fundamentales), a medida de sus intereses. Ya que los romanos no aceptaban la igualdad, y su sociedad estaba legalmente dividida de acuerdo a su condición de *gente*, o en el peor de los casos de *res* (cosa).

El Derecho público, obtiene del derecho romano dos figuras jurídicas importantísimas. El concepto de *superanitas* que es el antecedente directo de soberanía; y el de *imperium*, entendido como un poder político totalmente independiente de los medios de acción económicos o religiosos, ejercido sobre hombres libres con el apoyo de las instituciones políticas.

1.1.1. El Derecho Romano - Germánico

Su origen radica cuando “...el nuevo rey visigodo,⁴ Walia, se comprometió a expulsar de las provincias hispánicas a los pueblos invasores del 409 y, en contraprestación, los visigodos recibirían tierras en las Galias⁵ para su asentamiento”.⁶ Por lo que los romanos les permitieron establecerse en dicho territorio como federados de su imperio, para el libre desarrollo de la cultura visigoda, perteneciente a los pueblos germánicos de oriente.

Lo anterior sumado a la hegemonía que perdieron los romanos derivó en una crisis durante el *Imperio*. Los *foedera* son acuerdos por los cuales cualquier

⁴ Rama del pueblo godo, ambos pertenecientes a los pueblos germánicos orientales.

⁵ Región actualmente ocupada por Francia, Bélgica, el oeste de Suiza y zonas de los Países Bajos y Alemania, al oeste del Rin.

⁶ Sánchez-Arcilla Bernal, José, *Manual de Historia del Derecho*, 1a. ed., Madrid, España, Dykinson, 2004, p. 69.

tribu proporcionaba servicios militares a Roma, a cambio de no ser considerada colonia ni recibir la ciudadanía romana.

En ese contexto, los *foedera* con los pueblos germánicos cambiaron radicalmente dejando a un lado la recurrente imposición general que ejercía el imperio romano sobre los pueblos conquistados. Por lo tanto, con una actitud tolerante, Roma les permitió conservar su derecho con sus instituciones haciendo posible la mezcla homogénea de tradiciones jurídicas entre unos y otros.

Ulpiano en Roma, definió al derecho natural como lo que la naturaleza había enseñado a todos.⁷ Ulpiano tenía claro que "...mientras el *ius naturale* era común a todos los animales, el *ius gentium* lo era solamente a los hombres. Aparece, de esta manera, una nueva categoría en el ordenamiento jurídico romano. Por encima del *ius civile*, propio de la *civitas*, y del *ius gentium*, común a todos los hombres, se encuentra el *ius naturale*, derecho común de todos los seres animados".⁸ Ulpiano inductivamente reconoció que existe un derecho, al cual llamó natural, que es inherente a todos y merece tratamiento general sin excepción.

En Roma circulaban en voces, dos términos para nombrar al derecho. *Ius*, que a partir del siglo III nombraba a todo el conjunto de normas jurídicas en Roma; y *directum*, que tienen su origen en el latín eclesiástico y que a partir del siglo IV, se vuelve popular para nombrar al conjunto jurídico de normas. El segundo término se inclinaba a designar al ordenamiento consuetudinario, mientras que los juristas utilizaban *ius*, como una voz culta.

1.1.1.1. Anexión del pueblo visigodo a Roma

En los pueblos germánicos el derecho tenía matices de divinidad, al creerse que las normas eran mandatos de entidades superiores. Sin embargo, la asamblea fue la institución en la que las personas enunciaban a las normas jurídicas conforme a su sensibilidad intuitiva para dar respuesta jurídica a los

⁷ "Quod natura omnia animalia docuit", descripción de Ulpiano en latín.

⁸ Sánchez-Arcilla Bernal, José, *op. cit.*, nota 6, p. 90.

fenómenos sociales. Esto imperó hasta que el pueblo godo terminó por someterse al derecho público romano, por así convenir a sus intereses.

En consecuencia, los reyes visigodos pasaron a ser magistrados romanos y con ello su labor consistió en dictar disposiciones a favor de su pueblo, mayoritariamente. Ubicados en la parte de las *galias*, cedieron ante el “orden constitucional” romano, doblegando su sistema jurídico.

Ya en el bajo Imperio, las *leges*⁹ se consolidaron como fuente única de derecho por encima de los *iura* (interpretaciones judiciales) que estaban en las obras de los jurisconsultos. Cuando las *leges* o constituciones eran generales, se discutían en el consejo imperial, para después ser debatidas, aprobadas y publicadas en las principales ciudades de cada provincia. Con la salvedad, de que podían ir dirigidas solamente a una provincia, al Senado o a algunos oficiales. Por lo que las normas variaban según la provincia, careciendo los derechos de carácter general, principio elemental para calificar a un derecho de fundamental dentro de una constitución.

1.1.1.2. Asociación de las tradiciones jurídicas Visigodas con las Romanas

Los visigodos acordaron someterse al emperador romano, reconociendo al derecho romano público como propio. A cambio, los romanos les permitieron también quedar sujetos a su propio ordenamiento consuetudinario. Sin embargo, éste se contaminaría rápidamente de elementos romanos.

En el 429 Teodosio II, ordenó que se recopilaran todas las *leges* a partir de Constantino, y se sumaran a los códigos Gregoriano y Hermogeniano.¹⁰ Decidió que no se alteraran los textos, con la excepción de suprimir los detalles de publicación y los que no fueran indispensables. Después de un considerable retraso del proyecto de Ley, Teodosio se vio obligado a nombrar una comisión en el año 435 para que concretara la tarea que esta vez concedió la facultad de modificar el texto de las constituciones, si el caso lo requería.

⁹ También denominadas Constituciones.

¹⁰ Ninguno de los dos códigos tuvo carácter oficial.

La compilación fue terminada en el año 438 y entró en vigor en el 439, fue llamada *Codex Theodosianus*. Valentiniano III lo presentó al senado para que fuera vigente en Occidente, declarándose su vigencia en las dos partes del gran imperio. A esta innovadora legislación, le siguieron las constituciones de Valentiniano III y la de Mayoriano, que sirvieron junto con la de Teodosio para la redacción de la *Lex Romana Visigothorum*.¹¹

Ésta última, también conocida como el Breviario de Alarico, fue de creación visigoda para compilar al Derecho romano vigente en Tolosa, capital de la Galia; territorio federado de los romanos para el asentamiento visigodo. Se basó en el derecho romano vulgar, recogiendo las opiniones de eclesiásticos y nobles. Trataba con especial énfasis al Derecho privado, pues, el público no era practicado debido a la caída del Imperio romano.

Sin duda, el código tenía fines políticos. En ese momento de la historia, Alarico II tuvo por objeto llamar la atención de la población romana y católica, ya que el pueblo franco avanzaba con peligrosidad, y Alarico necesitaba satisfacer las necesidades de sus gobernados para consolidar su legitimación. Esta pretensión política, no ensucia el logro de Alarico, quién terminó por legalizar una unión entre el derecho romano y el germánico, que era evidente de hecho.

La última gran compilación jurídica romana, por cierto también de origen visigodo, fue el *Liber Iudiciorum*.¹² Con ella se pone fin a la práctica de los textos romanos ubicados en la versión del Breviario y del Edictum de Eurico. El hecho de que en el *liber* se recojan básicamente conductas delictivas, hace pensar que aquella parte de la legislación romana no contemplaba situaciones punibles.¹³ Resultó subsidiario, puesto que permaneció vigente hasta la invasión musulmana.

¹¹ Promulgado el 2 de febrero de 506 en Aduris, actual Burdeos, Francia.

¹² Dispuesto por el Rey Recesvinto y promulgado en 654.

¹³ Sánchez-Arcilla Bernal, José, *op. cit.*, nota 6, p. 96.

1.2. La Ilustración

Es la connotación asignada a un movimiento ideológico celebrado en Europa desde el final del siglo XVII hasta el inicio de la Revolución Francesa, siendo el XVIII el más destacado, incluso es denominado *el siglo de las luces*. Su riqueza radica en su destacada producción cultural. Incluyendo las artes, la literatura, la religión, entre otras. Está impregnada principalmente, por sentimientos liberales que exigen igualdad y congruencia.

El pluralismo, como realidad y también como deber ser que garantice la libertad de conciencia y refleje la existencia de varias iglesias, apoyará la creencia de que los derechos humanos son diferentes de la religión.¹⁴ Idea desde luego, fundamental en el origen del concepto actual. Refleja ese espíritu que exige la declaración de lo que por sí mismo es inherente a nosotros y está por encima de cualquier voluntad, ya que su reconocimiento no tolera la discrecionalidad.

1.2.1. Pensamiento Ilustrado

La piedra angular del pensamiento Ilustrado se cimentó en la educación. El conocimiento llevaría al pueblo a la libertad, según los ilustrados. Se propuso una educación por niveles, que impuso a las lenguas locales sobre el latín como lengua académica.

Asimismo, el marqués de Condorcet,¹⁵ defiende impetuosamente la igualdad de género. Su postura incluye que la mujer acceda a la educación, misma que estaba destinada solamente para la burguesía y que no permitiría que el conocimiento se vuelque en su contra.

Las ideas ilustradas no servirían de nada si no eran promocionadas, para ello fue necesario transportarlas a través de asociaciones, periódicos y otras

¹⁴ Peces-Barba, Gregorio, Historia de los Derechos Fundamentales. Tomo II: Siglo XVIII. Volumen I El contexto social y Cultural de los derechos. Los rasgos generales de evolución. 1ª. ed., Madrid, España, Dykinson e Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid, 2001, p. 8.

¹⁵ Marie-Jean-Antoine Nicolas de Caritat, (Ribemont, Aisne, Francia, 17 de septiembre de 1743 - Bourg-la-Reine, 28 de marzo de 1794), fue un prolífico filósofo, científico, matemático, político y politólogo francés.

publicaciones. En este tenor, las sociedades económicas¹⁶ buscaban imperantemente la utilidad pública, comenzando a proliferar sus ideas rápidamente. Consiguieron una rápida expansión por Europa que incluía a Irlanda, Inglaterra, Francia y España, comprendidas algunas colonias de ésta última.

Ahora bien, este periodo proyectó la idea de derechos fundamentales. Cruz Villalón¹⁷, entiende que en un sentido formal, un derecho fundamental es un derecho subjetivo garantizado en una Constitución normativa; en un sentido material se hace preciso incorporar un elemento adicional, cual es la íntima vinculación de estos derechos a su reconocimiento universal e históricamente constante desde la aparición de las Constituciones, haciendo su presencia imprescindible en cualquier Constitución legítima.

1.2.1.1. Reconocimiento literario de los Derechos Humanos en la Ilustración

Abellán durante la ilustración afirma, en España, que el hombre tiene derechos en el sistema liberal burgués y además le denomina, ciudadano y no vasallo. Foronda, no menos importante, sostiene que toda conducta debe asentarse en tres derechos naturales anteriores al poder y al Derecho: libertad, propiedad y seguridad.

Para su objetividad, las sociedades de lectura eran completamente ajenas a las Coronas. Tomaron su estructura de las sociedades educativas del siglo XVII, presentes en los Países Bajos, en Dinamarca y en los Estados Alemanes que tenían por objeto la unificación lingüística de los dialectos. Cuando se cumplió con su fin, entonces permanecieron en el siglo XVIII como sociedades literarias.

Desde 1770, estas sociedades propagaban conocimientos a través de libros, sumando a la lectura, la discusión grupal que gozaba de tener una temática

¹⁶ La primera fue la *“society for the improvement of husbandy, agricultura, and other useful arts”*, fundada en Dublin, en 1731. En 1754 se crea otra en Londres, y posteriormente empiezan en Francia con las Reales Sociedades de agricultura. Por su parte en España y sus colonias, se establecieron las sociedades económicas de *“amigos del país”*, así como algunas otras en el Imperio de los Habsburgo.

¹⁷ Aragón Reyes, Manuel (coord.), *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, t. III: Derechos Fundamentales y su Protección, 2a. ed., Pamplona, España, Thomson Reuters, 2011, p. 24.

plural. Centrada principalmente, en tópicos políticos, económicos y sociales; cuyas opiniones al respecto, eran manifestadas por los socios en concursos literarios y filosóficos.

Se gestarían desde el Renacimiento,¹⁸ con lento andar pero firme, academias que se inspiraron en la de Platón y que lograrían su consolidación hasta el siglo XVIII. En Francia se fundarían varias,¹⁹ con diversos fines y todas bajo la protección del Rey francés, mostrando tolerancia hasta que fueron utilizadas para denunciar un poder totalitario sometido a preceptos políticos o religiosos. Mismas críticas que encontraron su cauce en los medios de comunicación.

El espíritu social de cambio desbordado en algunos grupos, favoreció a que se fundaran publicaciones para popularizar sus doctrinas. Las publicaciones evolucionaron de ser gacetas semanales durante el siglo XVI y XVII, a convertirse en el siglo XVIII en publicaciones diarias. Este desarrollo de la prensa fue el escaparate de la carencia de derechos, en aquél tiempo.

Para poder expresarse libremente hubo que prescindir de la censura. En Inglaterra se consiguió por medio de la *Licensing Act* en 1695, mientras que en Francia se conseguiría hasta 1789 con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. La libertad de pensamiento materializada en opiniones libres, se centró en reclamar derechos denominados naturales. En este punto de inflexión en la Historia, los derechos naturales tienen que ser fundamentales para poder ser garantizados. Esta transición ideológica se gestó en la literatura de esa época.

Peces Barba destaca, que "...la publicación de libros se multiplica y así en Inglaterra se publican 21.000 títulos en 1710, frente a 65.000 en 1790. En la feria del Libro de Franckfort, el catálogo tiene 1384 títulos en 1765, 1892 en 1775, 2713

¹⁸ Movimiento cultural que se produjo en Europa Occidental durante los siglos XV y XVI. Constituyó un período de transición entre la Edad Media y el mundo moderno.

¹⁹ La academia Francesa para la tutela y protección de la lengua, se funda en 1635, la de Ciencias en 1666, la de inscripciones y letras en 1663, la Academia Real de música en 1672 y la Academia Real de Pintura y de Escultura en 1665.

en 1785 y 3257 en 1795. El libro religioso, el más numeroso en el siglo XVII, disminuye en el XVIII en favor de la literatura, las ciencias, las artes y la filosofía”.²⁰

En este rubro, en la ilustración la obra más representativa fue la *Enciclopedia*.²¹ Comprende la esencia del conocimiento divulgado en el siglo XVIII y simboliza el esfuerzo de sus autores para mostrar la vereda del conocimiento que conduciría a la evolución del pensamiento.

La enciclopedia se generó en la intención de André le Bretón de traducir la *Cyclopaedia Británica* obra de Ephraim Chambers en 1728. En primer momento se dirigió a John Mills y a Jean Paul de Gua de Malves para realizar la obra francesa. Sin embargo, los dos desistieron de concretar el proyecto. Por lo que la obra pasó a manos de los grandes Diderot y D´Alembert en 1742, que lograron transformar la idea original, para dejar de ser una simple traducción y convertirse en una verdadera fuente de conocimientos que consolidó una difusión asertiva del conocimiento.

Evidentemente las voces más conservadoras pronunciarían comentarios peyorativos sobre la Enciclopedia, consiguiendo en 1759 que el Rey le revocara su privilegio de autorización. Empero, los obstáculos no frustrarían la concepción del hombre educado que percibe que su naturaleza humana contiene derechos inherentes y así con el racionalismo y la teoría de los derechos naturales, se consumarían las revoluciones americana y francesa, en primer horizonte.

1.2.1.2. La ilustración y el Capitalismo

Los fisiócratas²² y Adam Smith encontrarán campo fértil para sembrar sus ideas económicas gracias a que el comercio se desarrolla con esplendor entre la

²⁰ Peces-Barba, Gregorio, *op. cit.*, nota 14, p. 37.

²¹ Su nombre original es: “*L’Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*” y fue editada entre los años 1751 y 1772.

²² Pensamiento económico del siglo XVIII fundada por François Quesnay, Anne Robert Jacques Turgot y Pierre Samuel du Pont de Nemours en Francia. Afirmaba la existencia de una ley natural por la cual el buen funcionamiento del sistema económico estaría asegurado sin la intervención del gobierno.

mayoría de la ya aumentada, población. La agricultura y los primitivos rasgos de la sociedad industrial catapultarían a la burguesía a propagar su pensamiento capitalista en Inglaterra, Francia y España.

El liberalismo económico se ocupó sólo de los sujetos económicos preponderantes, a tal grado que corrompieron el pensamiento del derecho natural apostando por una igualdad ambigua. Se consideraban sólo a los varones blancos y europeos, en la proposición normativa en la sociedad.

La discriminación normativa basada en privilegiar sólo a las familias económicamente dominantes alcanzaría su punto cumbre cuando en 1783, España incorpora a la nobleza a las familias distinguidas que durante tres generaciones mantuviesen un comercio de interés y utilidad públicos.

Los derechos de la nueva clase germinaron primeramente, en las cartas jurídicas del municipio, en el cuál se incluían a los burgos.²³ De ser sólo habitantes pasaron a ser ciudadanos, ya que ahora eran titulares de derechos políticos. Los burgueses ascendían rápidamente en la escala social durante el siglo XVIII, su personalidad estaba dotada, o fingía estarlo, de virtudes administrativas, económicas y financieras.

A contrario sensu, los económicamente subyugados en las ciudades, estaban al servicio de la nobleza o del comercio. Eran asalariados en el mejor de los casos, o simples mendigos. No tenían calidad de ciudadanos, por lo tanto, no eran propietarios de nada, y mayoritariamente se caracterizaban por ser analfabetas.

La burguesía se ocupó de instruirse con principios filosóficos, políticos, económicos y morales que despertarían interés para cambiar su realidad jurídica.

²³ Poblaciones que se desarrollaron en torno a un castillo construido por un señor feudal con fines militares, como avanzadilla o puesto de vigilancia fronteriza.

El mercantilismo,²⁴ era la ideología económica imperante en el siglo XVIII que encuadraba al Estado Absoluto.²⁵ Sin embargo, sus días terminaron con la novedosa doctrina de los fisiócratas y de Adam Smith. La aparición de la economía política junto con la corriente de los derechos naturales, fortalecieron la consolidación del Estado.

En el mismo sentido, la evolución de los instrumentos de producción, benefician al capitalismo que vigoriza la transformación del entorno material. Los fisiócratas cuestionarán el trabajo de los mercantilistas. Los primeros sostienen que "...habían tres clases de ciudadanos, los productivos, los propietarios y los estériles. Sólo la primera hace renacer por medio del cultivo de la tierra la riqueza anual de la nación. En efecto para ellos la tierra era la fuente primordial de toda riqueza y la industria y el comercio eran formas secundarias".²⁶

Para preservar al proceso económico, resultó necesario garantizar una serie de derechos primordiales. El de propiedad fue prioridad, pero no en el sentido de que fuera de acceso general, sino como garantía de seguridad para los que ya eran propietarios. Fue básico que se asegurara el pilar del proceso de producción, para fortalecer la economía.

En ese sentido, los derechos naturales estaban siendo reconocidos parcialmente, lo que en nuestra materia de estudio resulta ser totalmente contradictorio. A pesar de ello, la libertad económica que impulsaban los fisiócratas, apoyaba la libertad jurídica que resulta primordial para los derechos fundamentales, aun pregonados como derechos naturales.

Por su parte Smith, se manifestó exigiendo un orden jurídico de derechos naturales que aseguraran las libertades económicas en un marco de certeza

²⁴ Conjunto de ideas políticas y económicas de gran pragmatismo que se desarrollaron durante los siglos XVI, XVII y la primera mitad del siglo XVIII en Europa. Se caracterizó por una fuerte intervención del Estado en la economía, coincidente con el desarrollo del absolutismo monárquico.

²⁵ Forma en la que el Estado y el monarca se consideran como una única entidad situada por encima de las leyes.

²⁶ Peces-Barba, Gregorio, *op. cit.*, nota 14, p. 72.

jurídica. No obstante, que este orden se enfocará primordialmente sólo en el interés público. Este fenómeno se materializa, incluso aunque las personas voluntariamente no lo busquen. Smith apelará por los derechos, pero sólo en beneficio de la clase económica predominante, por lo que el espíritu de sus derechos pregonados, estará muy lejos de la generalidad.

1.2.2. El Derecho en la estructura del Estado

Los monarcas de los principales reinos de Europa robustecieron durante el siglo XVIII al Estado absoluto. Concentrando las facultades de legislar, ejecutar e incluso a través de otros, de juzgar. Si bien la monarquía se caracteriza por su carácter conservador, optó por fomentar el crecimiento social.

El Estado absoluto se consolidó en el siglo XVIII y es la antítesis del pensamiento ilustrado que rechaza la legitimidad divina y defiende un gobierno fundamentado en leyes, con poderes administrativos separados y que reconozca jurídicamente los derechos naturales.

La monarquía evitaba la crítica en su contra, coartando la libertad de expresión mediante la aplicación de un sistema penal represivo y sin garantías, que aplicaba penas brutales²⁷ y que atentaban contra la dignidad humana. Estas razones serían suficientes, para que le sucediera un Estado liberal de Derecho, que lidió con el tráfico de influencias ejercido por los gremios y corporaciones, lo que impidió un ejercicio objetivo de sus funciones.

Sin embargo, consumada la revolución francesa, los derechos naturales reconocidos por el Estado, se convertirán en fundamentales al afianzarse en la constitución. Éste es el sustento del pacto entre gobernantes y gobernados, donde los primeros no deberán transgredir los derechos consagrados de los segundos. Ahora los derechos son jurídicos, y poseen un carácter coactivo que garantiza su respeto.

²⁷ El uso de la tortura lo abolió Inglaterra en 1690, en Prusia sólo se suprimió en 1740, y sólo pocos años antes de la Revolución, en Francia (1780-88). En Holanda subsistió hasta 1798, hasta 1801 en Rusia y en España se abolió en Cádiz en 1812.

Brillantemente Ferrajoli, sustenta que son “...derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.²⁸

El Estado de derecho está fincado en el contractualismo,²⁹ que traslada la idea de supremacía del Rey a la Constitución, y a sus derechos contenidos. Se restringen las facultades representativas sujetándose a un primitivo control de constitucionalidad que asegura el irrestricto cumplimiento de sus preceptos. Ahora el *Imperium*,³⁰ lo establecen los gobernados a través de sus representantes para consolidar su esfera jurídica.

Lamentablemente los derechos consagrados eran sólo destinados a una parte de la población, los hombres instruidos y los propietarios. Por ello, los representantes populares y los votantes solamente provenían de este mismo sector. Por lo que los intereses defendidos no eran generales, en ningún sentido.

Con el contrato social la soberanía nacional, ahora transferida al pueblo, se encuentra en el parlamentarismo, como órgano representativo; y en la Constitución como norma suprema. Por lo tanto, el poder constituyente organiza formalmente la administración pública, y además redacta derechos apropiados en forma de leyes que satisfagan las necesidades de los contratantes.

Mismas leyes, que son instrumento racional para mantener la justa libertad de los hombres mediante la seguridad jurídica. Es obra del legislador promulgar o

²⁸ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*, 1a. ed., Madrid, España, Trotta, 2001, p. 19.

²⁹ Es una corriente de filosofía política y del derecho, que sostiene que el origen de la sociedad y del Estado es un contrato por el cual se acepta una limitación de las libertades a cambio de leyes que garanticen la certeza jurídica de los actos públicos.

³⁰ Concepto jurídico-político que indica que la ley está sobre todo.

derogar leyes, siempre y cuando sus contenidos sean correctos e impregnados de un positivismo objetivo que solucione y no problematice el entorno del hombre.

Para Kant "... el Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio del otro según una ley universal de la libertad y por eso una acción es conforme a Derecho, cuando permite o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno, coexistir con la libertad de todos según una ley universal..."³¹

En ese tenor, el Derecho y el poder necesitan asociarse pragmáticamente. Empero, destaca una disociación no tan compleja. Si el gobierno actúa por medio de leyes, hablamos de un estado de Derecho en el que el poder actúa sólo conforme a Derecho. Pero si se trata de un gobierno bajo las leyes, entonces debemos entender al estado de Derecho como una limitación de la soberanía en origen y ejercicio, que somete el poder al Derecho, para que éste último proteja a los derechos humanos, ahora positivizados.

En concreto, el poder constituyente es el único libre, a razón de cumplir con los fines del pacto social. Su principal objetivo es romper con el poder como unidad, para supeditarlos al derecho y así impedir el despotismo de la autoridad.

1.2.2.1. La positivización del Derecho

Para garantizar los derechos humanos, resulta indispensable una producción normativa efectiva. Para ello evolucionó la legitimidad monárquica por la legitimidad por consentimiento, que se materializa en la positivización del derecho. En concreto, los derechos naturales tienen la necesidad de ser reconocidos y asegurados; así como las penas, que dejaron de ser impuestas al arbitrio para estar concentradas en la ley que brindará certidumbre.

El fin primo del Derecho positivo es el mantenimiento de la paz social. Sus coadyuvantes elementales son la soberanía, que radica en el poder legislativo que

³¹ Peces-Barba, Gregorio, *op. cit.*, nota 14, p. 100.

establece las reglas generales para el desarrollo normativo; y la coercitividad, que condena el incumplimiento de la norma.

Es Kant el que engrana al Derecho con la coacción. Retoma a Tomasio,³² excluye al *ius imperfectum* (o moral) del *ius perfectum* (o derecho). Kant nombra al *ius perfectum* derecho estricto, conectando la coacción con la libertad. Lo más notable en Kant, es alejar la idea de que la virtud interna es la única esperanza de justicia, por lo tanto extrae esa virtud interna para dotarla de carácter general, imperativo y sancionador.

La primera gran independencia fue la de Estados Unidos en 1776. Sus precursores reclamaron el derecho a la libertad de expresión, de prensa y religiosa, basándose primordialmente en John Milton.³³ El mismo Jefferson retomó de Milton la libertad religiosa, agregando el primero, que además de la libertad religiosa se debería establecer una separación auténtica entre Iglesia y Estado.

Con esas concepciones, se fortalece la ciencia del Derecho que incluía la actividad legislativa impulsada por los mencionados Enciclopedistas además del ilustre, y también supra citado, Montesquieu. La transición del racionalismo³⁴ al positivismo, contribuye a potenciar la eficacia de los derechos humanos, sin duda alguna. Estos se reúnen en la Constitución como reglas que ponen límites de actuación a la autoridad.

El Derecho sólo hará referencia a verdades generales que están relacionadas unas con otras y tendrá la pretensión de ser perdurable. Ese fue el origen de las declaraciones de derechos naturales, que buscaron reconocimiento y lo encontraron en los documentos constitucionales. Con esta idea de ley se dio

³² Su obra más importante es la "Fundamentación *iuris naturae et gentium*" de 170, separa al *ius perfectum* del *ius imperfectum*, analógicamente separa al derecho de la moral.

³³ Fue un poeta y ensayista inglés, conocido especialmente por su poema épico *El paraíso perdido* (Paradise Lost). Políticamente fue una figura importante entre los reclutadores de la Guerra Civil Inglesa, ya que cuando ocupó el puesto de ministro de lenguas extranjeras bajo el mandato de Cromwell era el encargado de responder a los ataques a la república, haciendo uso excelso de las letras.

³⁴ Posición filosófica que prima el uso de la razón frente a otras instancias como la fe, la autoridad, la vida, lo irracional, la experiencia empírica, etc. Es racionalista todo aquél que cree que el fundamento, el principio supremo, es la razón.

origen a los sistemas. Para los enciclopedistas los sistemas serán: despóticos, monárquicos y republicanos. Todos son consecuencia directa de la soberanía, radique donde radique. El sistema y sus subsistemas establecen las reglas y, en consecuencia, orienta el comportamiento popular. Así el derecho en su origen.

1.2.2.2. La jerarquía de las normas

La referencia directa es la Ilustración. Peces Barba enfatiza, que “...en Rousseau la jerarquía se establece entre el contrato social, las leyes y el gobierno, que se encuentran entre ellos en dependencia jerárquica”.³⁵ En suma de que el propio contrato social crea a la clase gobernante, la voluntad popular se materializa al momento de legislar en razón de los intereses populares y no los particulares. Para el ejercicio del poder público, el gobierno se consolidará como el encargado de tutelar la libertad civil y política, mediante la ejecución de leyes. La jerarquía jurídica radica en la supeditación. El gobierno solamente actúa bajo el margen de la ley, y ya no de voluntades despóticas.

Igualmente, está la relación entre los miembros de la sociedad, que será regida por leyes de carácter civil.³⁶ La jerarquía nace de un documento fundamental que consolida su administración en tres poderes supremos que crean leyes, reglamentos o decretos, o finalmente, dictan sentencias.

Siéyes formaliza la idea de jerarquía relacionando la idea de sistema jurídico con la de Constitución. Es la culminación de la positivización de los derechos naturales, se adhieren a la constitución como base estructural del Estado. No es posible el libre arbitrio en la ejecución de la norma, ésta exige formalización para cobrar sentido.

La nueva idea de fundamentar los derechos naturales patrocinada por el iusnaturalismo racionalista asegura la organización del derecho público; propiciando, por otro lado, la materialización del derecho privado con sus codificaciones. Por su parte, las constituciones están en textos escritos que son

³⁵ Peces-Barba, Gregorio, *op. cit.*, nota 14, p. 161.

³⁶ Las leyes civiles se encargan de resolver todas las acciones ejercidas entre personas (físicas o jurídicas).

sistemáticos con el objeto de racionalizar y limitar al poder e impartir justicia a través de principios supremos. Los principios supremos mínimos son libertad, propiedad, seguridad y la resistencia a la opresión del artículo segundo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.³⁷

Resulta tan relevante como lo anterior, que la legitimidad de ejercicio es apuntalada por la función jurisdiccional, la seguridad pública y la soberanía popular. Con esa estructura el contractualismo enlaza los derechos humanos con la Constitución. Por lo tanto, si la sociedad se allana al reconocimiento de los derechos naturales, entonces el Estado debe respetar las condiciones del pacto. Es decir, al consagrarlos hablamos de una Constitución formal, no obstante la sociedad reclama una utilidad material. La Constitución para este fin, debe ser superior y todas las leyes deben emanar y quedar sujetas a ella.

1.2.3. Los valores de los Derechos Humanos

Los derechos humanos, inexorablemente defienden valores inherentes a la dignidad humana. Hasta este punto, se ha descrito de manera sucinta la evolución histórica de los Derechos Humanos. Identificando la transición de derechos naturales o humanos, a fundamentales. Punto culminante para su efectividad jurídica, que hoy cuentan con los sistemas subsidiarios internacionales. Esos valores indispensables que debe reconocer todo sistema jurídico son la libertad, la igualdad, la seguridad y la fraternidad.

1.2.3.1. La libertad

Su notable importancia está en el conjunto de condiciones que permiten al individuo desarrollarse sólo acorde a su voluntad. La libertad en sentido general involucra todos los ámbitos en todos los contextos. Pero, para su objetividad, se divide en social, política y jurídica. La primera, es universal y responde al estudio integral del ejercicio de ésta en la comunidad. La segunda se concreta hasta que somos capaces de ejercer plenamente nuestros derechos políticos sin limitaciones

³⁷ Anunciada el 26 de Agosto de 1789, y que es base de la Constitución Francesa de tres de septiembre de 1791.

con apoyo del orden normativo; y por su parte, la jurídica que legitima nuestros actos si éstos están dentro del marco normativo.

La dinámica con la que se conduce la vida del hombre en sociedad, exige tomar decisiones que satisfagan plenamente sus deseos. Interiormente, su libertad es considerada como moral. Destaca por ser inmaterial, y se debe comprender como un conjunto de expectativas propias y de esperanza de actuaciones ajenas.

Pues bien, si rompemos con la dinámica intrínseca de la vida humana y su libertad de decisión, no podríamos hablar de derechos humanos porque su esencia es consagrar que el hombre diseñe su presente a través de decisiones propias. Sin embargo, la libertad tiene un límite muy claro. El hombre sólo puede hacer lo que la ley le permite, de hacer lo contrario esa concesión sería general y propiciaría un estado salvaje, de nueva cuenta.

1.2.3.2. La Igualdad

A partir del siglo XVIII, se reconoce la necesidad de una igualdad normativa, en su doble aspecto sustantivo y adjetivo. La norma en su precepto no considerará restricciones excluyentes, por ello un derecho humano constituye un precepto universal. La igualdad nace del rechazo,³⁸ que se percibe en el repudio a la clase económica dominante, de ahí se parte que es indispensable que su sentido sea material para no hacer distinción alguna entre los hombres.

Lamentablemente, la igualdad pregonada por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano,³⁹ no es cabalmente cumplida en la praxis. Está sometida, a los intereses de la clase dominante, prueba de ello es la imposición de la clase política, la restricción al derecho a la propiedad y los endeble derechos sociales.

³⁸ En el siglo XVIII como repudio del clasismo que se identifica con el pensamiento de Adam Smith cuando escribe la Riqueza de las Naciones.

³⁹ Artículo 1º. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en sus derechos.

1.2.3.3. La Seguridad

Como idea se ubica en la necesidad de que el gobierno asegure la paz social de forma efectiva, esta aportación tiene impregnada la esencia contractualista. En la evolución histórica del Estado, ahora es éste quién posee el monopolio de la seguridad pública después de despojárselo a las relaciones feudales, la iglesia, gremios, corporaciones y cofradías.

Se convirtió en uno de los valores más importantes del Estado, su trascendencia permanece en consolidar las ciudades más importantes del Estado moderno. Este antecedente primó hasta que Montesquieu relacionó a la seguridad con los Derechos Humanos, lo fincó como punto coyuntural con los derechos del ciudadano, estableciendo la relación entre la seguridad y la esfera jurídica de derechos del ciudadano. Así se gesta la relación entre seguridad y libertad, en el siglo XVIII.

1.2.3.4. La Fraternidad

Desde tiempos antiguos data el precedente del concepto, que para Cicerón es un designio de la naturaleza que nos hizo justos con el objeto de apoyarnos mutuamente. Él mismo, concibe a la amistad como un consentimiento entre las cosas divinas y humanas, lo define como un don, el más grande. En Cicerón, la naturaleza concilia las relaciones entre los hombres. Su aportación radica en su concepción divina sobre el concepto, manejándolo con prudencia y sin fanatismo.

En lo que respecta a la religión, ésta utilizó este principio para cimentar su doctrina. La iglesia profesa el amor de unos a otros, con el objetivo de consolidarse como un todo, que constituye una directriz fundamental de la fraternidad. Rousseau identificará la fraternidad con la piedad, en una conexión probablemente inconsciente con la *pietas* tomista, que establece Tomás de Aquino en la cuestión 101 de la *secunda secundae* de la *Summa* Teológica.⁴⁰

⁴⁰ Peces-Barba, Gregorio, *op. cit.*, nota 14, p. 208.

1.3. Precedentes de la Protección jurídica a los Derechos Humanos desde la perspectiva del principio de legalidad

La importancia del principio de legalidad, radica en sí mismo como una garantía primaria. Sostiene Islas Montes, “es reconocido en los ordenamientos supremos de los diferentes Estados; ello se debe a la relación de supra/subordinación entre los representantes del Estado y los gobernados en virtud de los cuales los primeros afectan la esfera jurídica de los segundos; esto es, el Estado al desplegar su actividad afecta los bienes y derechos del subordinado cuando se impone en el ejercicio del poder”.⁴¹

Esta imposición, tendrá que observar las normas vigentes y validas, de caso contrario, los actos de autoridad resultarían arbitrarios e “ilegales”. Los derechos humanos se basan en el irrestricto respeto adjetivo y sustantivo de los preceptos, es por ello que el principio de legalidad resulta ser importantísimo en el tratamiento de los Derechos Humanos.

1.3.1. Declaración Universal de Derechos Humanos

El principio de legalidad está íntimamente ligado a la protección de los Derechos Humanos. En razón de esto, y en carácter general se prestará atención a la Declaración Universal de Derechos Humanos. Que en el marco del fin de la segunda guerra mundial, tendrá por objeto que los Estados garanticen un estado de derecho, dejando atrás la rapaz violación a los derechos humanos que imperó en el último conflicto bélico mundial.

En 1945 una vez concluida la II Guerra Mundial, la Organización de las Naciones Unidas consolidó en sus estatutos los principios que rigen su labor.⁴² La Organización de Naciones Unidas dejó en manos del Consejo Económico y Social la responsabilidad de promocionar el respeto a los Derechos Humanos. Para ello

⁴¹ Islas, Roberto, “Sobre el Principio de Legalidad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XV, Montevideo, 2009, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2009/pr/pr7.pdf>

⁴² En su origen, las Naciones Unidas dividieron su labor en órganos principales: la Asamblea General, el Consejo de Seguridad, la Corte Internacional de Justicia, y un Consejo Económico y Social.

el ECOSOC estableció una Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que, bajo la presidencia de Eleanor Roosevelt, redactó la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La Declaración Universal de Derechos Humanos, tiene impregnada la esencia de todas las familias jurídicas, ya que todos los Estados parte de Naciones Unidas, a través de sus representantes, participaron en su redacción. Pero no fue, sino hasta 1948, que la Declaración entró en vigor con sus 30 derechos fundamentales, ahora reconocidos en la comunidad internacional.

Constantemente se apuesta por su difusión, para darle cabal cumplimiento. Una de sus mayores aportaciones radica en el principio de legalidad, ahí contenido. Consagrado en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, literalmente establece lo siguiente:

“Artículo 12.

*Nadie será objeto de **injerencias arbitrarias** en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección contra tales injerencias o ataques.”⁴³*

De este precepto partiré para exponer brevemente su desarrollo histórico a través de los principales documentos en esta materia (nacionales, bilaterales o multilaterales) y su impacto en los derechos humanos Sin antes recalcar, que este derecho nos protege ampliamente. Deberá ser motivada y fundamentada, toda acción encaminada a limitar o intervenir nuestra esfera jurídica.

1.3.2. Retrospectiva del derecho a la garantía de legalidad

Para un adecuado estudio debemos partir desde el punto en dónde comienzan a surgir las primeras manifestaciones de repudio en contra del poder omnipotente, en primer momento histórico ejercido por los monarcas. Por ser

⁴³ Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas.

Europa la cuna de la civilización y la cultura colonizadora que impactó en los antecedentes americanos más relevantes, recorro a documentos redactados en ambos continentes como lo son la Carta de Juan sin Tierra, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la Constitución de Cádiz, la Declaración de los Derechos del Buen Pueblo de Virginia, la Constitución de los Estados Unidos y los Sentimientos de la Nación.

1.3.2.1. Carta de Juan sin Tierra

Es una serie de concesiones otorgadas el 15 de junio de 1215 a los nobles ingleses. En el cual el monarca se comprometía a respetar los fueros e inmunidades de los mismos, y además él limitaba sus actuaciones en forma legal.

Encontramos el principio de legalidad en:

*“Cláusula 39. **Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino.**”*

Algunos autores señalan que aquí tiene su nacimiento el principio de legalidad. Pero sugiero, que debemos tener en consideración que esta cláusula habla de legalidad jurisdiccional. El principio de legalidad en términos generales, tiene su nacimiento en el libro de los delitos y de las Penas de Cesar de Bonesana, Marqués de Beccaria. En el capítulo “III Consecuencias” dice que: “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y que esta autoridad no puede residir más que en el legislador que representa aun toda la sociedad agrupada por una contrato social.” Y tomando en consideración que el contexto de la Carta de Juan sin Tierra, es en beneficio de los nobles, se encumbra como origen del principio general de legalidad, el libro del Marqués de Beccaria.⁴⁴

⁴⁴ Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, Milán (1738-, 1794) Jurista italiano, autor del Tratado de los delitos y de las penas (1764), obra que representó los puntos de vista surgidos en la Ilustración siendo referente en la materia.

1.3.2.2. Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano

Corría el año de 1789 cuando la monarquía absoluta tenía fecha de extinción, dado que se venía gestando una revolución parlamentaria sumada a un motín popular. El nueve de julio de dicho año, los Estados Generales se erigieron en Asamblea Nacional Constituyente, donde el 26 de agosto adoptarían la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano,⁴⁵ célebre por ser el origen precursor de la defensa de los derechos humanos.

En su artículo número siete la declaración establece:

Artículo 7o. Ninguna persona puede ser acusada, detenida ni encarcelada sino en los casos determinados por la ley según las formas prescritas en ella. Los que solicitan, facilitan, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o requerido en virtud de lo establecido en la ley debe obedecer inmediatamente: se hace culpable por la resistencia.

La riqueza del contenido de este artículo radica en señalar que quién sea osado en ejecutar órdenes arbitrarias, será castigado. Sin embargo, también señala castigo a quién siendo requerido en virtud de lo señalado en la ley (que es lo máximo, según lo señala en la filosofía adoptada en esta declaración) se niegue a obedecer.

1.3.2.3. La constitución de Cádiz

La Constitución de 1812,⁴⁶ es uno de los textos jurídicos más importantes del Estado español, por cuanto sentó las bases de constituciones posteriores. Considerada como un baluarte de libertad, fue promulgada en Cádiz el 19 de Marzo de 1812, día de la festividad de San José, por lo que popularmente fue conocida como “La Pepa”. Compuesta de diez títulos con 384 artículos, es

⁴⁵ Tal sería la relevancia de la Declaración que sus principios pasaron a ser parte de la Constitución francesa.

⁴⁶ Impactó en los orígenes constitucionales y parlamentarios de la mayor parte de los estados americanos durante y después de su independencia.

considerada como el primer código político a tono con el movimiento constitucionalista europeo contemporáneo, de carácter novedoso y revolucionario, que establecía por primera vez la soberanía nacional y la división de poderes, como dos de sus principios fundamentales.

El principio de legalidad se presenta en el artículo:

242. La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales pertenece a los Tribunales.

Si bien dicho artículo peca de ser breve, deja muy en claro en manos de quién está la administración de justicia. Los artículos deben, a mi parecer, ser imperativos. Es irrelevante señalar prohibiciones después de declarar. Se sobrentiende que lo imperativo es lo que se está señalando, los actos fuera de este marco serán ilegales.

Es socorrido para el enriquecimiento de la presente investigación, citar los importantes documentos que tienen su origen en el continente Americano:

1.3.2.4. Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia

La Convención de Delegados de Virginia es parte de la Constitución de Virginia en el marco de la Revolución Americana de 1776, en la que las trece colonias británicas en América obtuvieron su independencia. Además de considerársele la primera declaración de derechos humanos de la época moderna. Nos señala en su fracción:

VIII. Que en todo proceso criminal, inclusive aquellos en que se pide la pena capital, **el acusado tiene derecho a saber la causa y naturaleza de la acusación**, a ser careado con sus acusadores y testigos, a pedir pruebas a su favor, y a ser juzgado rápidamente por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime no podrá considerársele culpable; tampoco puede obligársele a testificar contra sí

mismo; que **nadie sea privado de su libertad, salvo por mandato de la ley del país o por juicio de sus iguales.**

Es aceptable, que estamos frente a la descripción del acceso a la justicia. Sin embargo, ese acceso está fundamentado, y dicha fracción tiene su mayor logro en constituirse como claro sustento jurídico del proceso legal que cambiará la realidad del contexto en el que fue redactada.

1.3.2.5. Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica

Después de diez años de su declaración de independencia, el 17 de Septiembre de 1787 fue adoptada por la convención constitucional de Filadelfia, Pensilvania. Resulta enriquecedor observar el:

*Artículo VI. 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 Ley Suprema del país; y **los Jueces de cada Estado estarán por lo tanto obligados a observarlos**, sin consideración de ninguna cosa en contrario en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.*

Se forma un bloque de constitucionalidad que será la normatividad general a la que se alinearan las autoridades. La obediencia a este bloque, es lo que marca el derecho a la garantía de legalidad. Cualquier supuesto que este fuera de dicho bloque, tendrá carácter de ilegal. Por lo que cualquier decisión judicial o que haga las veces, que no está fundamentada, carecerá de efectos jurídicos; y, de presentarse será una clara violación a los Derechos Humanos.

1.3.2.6. Sentimientos de la Nación

Si nos ubicamos en la época posterior a la independencia de México, en el año de 1813, nos percataremos con facilidad que lo que más quería José María Morelos y Pavón, era desligarse por completo de la monarquía española. Es por ello, que la redacción de este documento gira en torno a la soberanía. Pero sin

soslayar el resto de los principios consagrados en los importantes documentos europeos, en tratándose de Derechos Humanos.

Establece en su punto:

*13º Que las **leyes generales comprendan a todos**, sin excepción de cuerpos privilegiados; y que éstos sólo lo sean en cuanto al uso de su ministerio.*

Es claro que nadie es jerárquicamente superior a la ley. Se puede interpretar que la diferencia entre la población, sólo radicará cuando una persona esté embestida de poder público en su carácter de autoridad, sin dejar atrás las responsabilidades que esto conlleva. El principio de legalidad radica pues, en este sometimiento a las leyes generales.

1.3.3. El derecho a la garantía de legalidad en los Tratados Internacionales

En cada uno de los siguientes tratados (globales o regionales) se destacará el derecho humano a la garantía de legalidad. Se observará el precepto que genera efectos jurídicos al interior de cada Estado parte firmante, destacando el principio romano "*pacta sun servanda*".⁴⁷

1.3.3.1. Carta de las Naciones Unidas

En este documento, que puede considerarse superior al resto de los tratados internacionales en su ámbito de aplicación, por ser el que más miembros posee en la comunidad internacional; el derecho a la garantía de legalidad surge de la interpretación de los artículos:

Artículo 1

Los propósitos de las Naciones Unidas son:

⁴⁷ Locución latina que establece que "lo pactado obliga".

1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: **tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz**, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y **lograr** por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, **el ajuste o arreglo de controversias** o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;

2. **Fomentar** entre las naciones **relaciones de amistad** basadas en el **respeto al principio de la igualdad de derechos** y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas.

Artículo 2

Para la **realización de los propósitos consignados en el Artículo 1**, la Organización y sus Miembros procederán de acuerdo con los siguientes Principios:

1. La Organización está **basada en el principio de la igualdad** soberana de todos sus Miembros.

2. **Los Miembros** de la Organización, a fin de asegurarse los derechos y beneficios inherentes a su condición de tales, **cumplirán de buena fe** las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con esta Carta. [...]

Como bien sabemos el principio de legalidad consagra la fundamentación y motivación de los actos de autoridad. De la lectura de los dos primeros artículos de la Carta podemos concluir que es el principio de “lo pactado obliga”, lo que conserva la buena fe en la solución de las controversias internacionales. Es decir, este documento trata las relaciones entre Estados, no menos importantes por el impacto colateral que pueden padecer los nacionales de cada Estado, en caso de conflicto internacional.

Estamos hablando de que al existir el supuesto de igualdad soberana entre los Estados, no hay más que el cumplimiento de buena fe para dar legal y cabal cumplimiento a sus obligaciones. Sin olvidar los medios que puede llegar a ejecutar el consejo de seguridad para hacer cumplir las obligaciones:

Artículo 2

*... 7. Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; **pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII.**⁴⁸*

Artículo 24

*A fin de asegurar acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas, sus Miembros confieren al **Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales**, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad.*

Hay principios de derecho y medios coercitivos. Son los Estados representando a sus nacionales, los incluidos en el derecho a la garantía de legalidad, que tendrán que acudir a esta carta si son países firmantes para la solución de conflictos de carácter internacional que vulnerarían los derechos de sus gobernados, de concretarse.

1.3.3.2. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Este documento nos muestra un compromiso internacional por garantizar una vida desarrollada en un ambiente legal óptimo en donde impere la justicia para todos. En su contenido identificamos el principio de legalidad en el:

⁴⁸ Relativo a la competencia del Consejo de Seguridad.

Artículo 17

1. **Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales** en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

2. Toda **persona tiene derecho a la protección de la ley** contra esas injerencias o esos ataques.

Si bien esto impone límite a las facultades estatales, el mismo pacto nos reconoce la garantía a la legalidad jurisdiccional en su:

Artículo 9

1. **Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.** Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, **salvo por las causas fijadas por ley** y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

2. Toda **persona detenida será informada**, en el momento de su detención, **de las razones de la misma**, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella.

3. Toda **persona detenida** o presa a causa de una **infracción penal** será **llevada sin demora ante un juez** u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su **libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio**, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

4. Toda **persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión** tendrá derecho a **recurrir ante un tribunal**, a fin de que éste

decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

La fundamentación y motivación de toda acción jurisdiccional es fundamental, sin estricto apego a la ley es inoperante y solo viola los derechos humanos consagrados en este pacto. Ahí radica la mayor virtud de este tratado. El Estado debe de dejar a un lado la represión a cualquier manifestación de opiniones discernientes con el poder de gobierno, ya que el nivel de civilidad radica en el tratamiento que hace el gobierno del pueblo.

Las regiones destacan por su labor garantista en materia de Derechos Humanos:

1.3.3.3. Convenio Europeo de Derechos Humanos

Por la cantidad de Estados parte, el convenio⁴⁹ significa una garantía de protección para casi todo el continente Europeo. La garantía a la legalidad debe conjugarse con el debido proceso de manera sutil, sin olvidar que ambos principios necesitan uno del otro. En este documento encuentra cabida en el:

ARTÍCULO 6

Derecho a un proceso equitativo

1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, [...].

Se puede observar que se consagra la garantía a la legalidad en su carácter jurisdiccional como principio rector para la comunidad Europea. El

⁴⁹ Nacido en el seno del Consejo de Europa.

Convenio Europeo será tratado más adelante, por la relevancia y eficacia del sistema protector que engloba este tratado. Su mayor aportación se ubica en la efectividad de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1.3.3.4. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Sin duda alguna, esta carta⁵⁰ contiene un catálogo de derechos humanos que sólo protegerán a las personas que se ubiquen en el territorio de los países que conforman la Unión Europea. Esto no quiere decir que la protección quede limitada al tener menos miembros que el Consejo de Europa. Sin embargo, la garantía de legalidad encuentra su existencia en el:

Artículo 49

Principios de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas:

1. **Nadie podrá ser condenado** por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, **no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional**. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta.
2. *El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento de su comisión, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones.*
3. **La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción.**

⁵⁰ La carta es obra de la Unión Europea, y constituye el segundo tratado europeo más importante, pues se encuentra detrás del Convenio Europeo. Por dos importantes puntos, por el número de Estados parte que reconocen a uno y otro, y porque el tribunal de Estrasburgo (CEDH) resulta ser mayor referente que el de Luxemburgo (CDFUE).

Es la garantía a la legalidad jurisdiccional, que para mayor protección del hombre y la mujer radicados en Europa, se ubica en el:

Artículo 47

Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial:

Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

*Toda **persona tiene derecho a que su causa sea oída** equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.*

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

Los preceptos se encuentran en el mismo tenor que los documentos anteriores. Particularmente, destaca que todos quien vean afectados sus derechos y libertades, tienen derecho a una tutela efectiva. Por lo que tras agotar el principio de definitividad, podrán acudir al Tribunal de Luxemburgo.

1.3.3.5. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁵¹

La presente proporciona una exposición suficiente, concreta y atributiva de lo que representa, en cuerpo y alma el principal objeto del presente estudio.

*Artículo XXV. **Nadie puede ser privado de su libertad** sino en los casos y según las **formas establecidas por leyes preexistentes.***

⁵¹ Fue aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá en el año de 1948, misma Conferencia que produjo a la Organización de los Estados Americanos (OEA). Constituyó el primer tratado internacional sobre derechos humanos, ya que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, fue sancionada seis meses después.

Nadie puede ser detenido por incumplimiento de obligaciones de carácter netamente civil.

Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada, o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad.

Este artículo representa, una verdadera garantía al principio de legalidad. Incluso destaca la exclusión de la detención en las deudas de carácter civil, su estructura no deja espacio para el error. Los estados parte encontrarían su “evolución jurisdiccional”, en el cabal cumplimiento a este artículo.

1.3.3.6. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

Ubicados en nuestro continente. Encontramos a la Organización de Estados Americanos, fuente de este documento que como un ente sólido funcionará de forma subsidiaria, beneficiando a los nacionales de los estados parte a través del control de convencionalidad (tratado a detalle en posteriores páginas). El principio de legalidad se encuentra, según el encabezado del artículo, en el:

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Asevero que carece de fuerza en su carácter general, ya que para recibir su protección nos tendríamos que colocar en un supuesto. Resulta limitativo, si

hablamos de un tratado que comprende la protección de un extenso grupo de personas.

Empero, como aporte significativo, es sensato acudir en complemento del anterior, a la interpretación del:

Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda **persona tiene derecho a ser oída**, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, **por un juez o tribunal competente**, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda **persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia** mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...].⁵²

3. La **confesión** del inculpado solamente es **válida** si es hecha **sin coacción** de ninguna naturaleza.

4. El **inculpado absuelto** por una sentencia firme **no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos**.

5. El **proceso penal debe ser público**, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

Estamos frente al debido proceso. Pero el debido proceso es el cumplimiento de las normas jurídicas que garantizan los derechos procesales y como consecuencia, los Derechos Humanos. Al ser el trato legal el que dignifica a

⁵² No son transcritas debido a que se encuentran en varias líneas. Constituyen ocho incisos que enmarcan a la legalidad en el proceso.

los sistemas de los Estados parte, el derecho al principio de legalidad será pilar en la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José).

1.3.4. El derecho a la garantía de legalidad en México.

El derecho a la garantía de legalidad encuentra su fundamento jurídico en los Estados Unidos Mexicanos, en su constitución política, en el:

*Artículo 14.- A **ninguna ley** se dará **efecto retroactivo** en perjuicio de persona alguna.*

***Nadie podrá ser privado** de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, **sino mediante juicio seguido ante los tribunales** previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho.*

*En los **juicios del orden criminal** queda **prohibido imponer**, por simple **analogía**, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.*

*En los juicios del **orden civil**, la **sentencia definitiva** deberá ser conforme a la **letra** o a la interpretación jurídica **de la ley**, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.*

Nuestra constitución es de carácter dogmático, por lo que encontramos una adecuada estructura del artículo. Después del exhaustivo análisis, puedo llegar a equiparar nuestro artículo con la suficiencia del artículo XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. A mi perspectiva es la garantía a la legalidad nuestro guardián protector. A su ausencia, la consecuente laceración del Estado omnipotente a los Derechos Humanos, es inminente.

Capítulo II

Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad

SUMARIO 2.1. Control de Constitucionalidad 2.1.2. Contenido Constitucional 2.1.2.1. Parte Dogmática 2.1.2.2. Parte Orgánica 2.1.2.3. Parte Programática y Social 2.1.3. Clasificación de las normas 2.1.4. La Inconstitucionalidad de la norma 2.1.5. Supremacía Constitucional 2.1.5.1. Elementos del principio de Supremacía Constitucional 2.1.5.1.1. Control 2.1.5.1.2. Razonabilidad 2.1.5.1.3. Rigidez 2.1.5.1.4. Unidad 2.1.6. Inviolabilidad de la Constitución 2.1.7. Interpretación Constitucional 2.1.8. Criterios Interpretativos 2.1.8.1. Pro Homine 2.1.8.2. Favor Libertatis 2.1.8.3. Favor Debilis 2.1.8.4. In Dubio Pro Operario 2.1.8.5. In Dubio Pro Reo 2.1.8.6. In Dubio Pro Actione 2.1.9. Doctrina contemporánea de la Interpretación Constitucional 2.1.10. Garantías Constitucionales 2.2. Control de Convencionalidad 2.2.1. Relaciones Inter-Estatales 2.2.2. Derecho Internacional Público 2.2.3. Tratados Regionales 2.2.3.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) 2.2.3.1.1. Contenido normativo 2.2.3.1.2. Órganos competentes emanados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) 2.2.4. Composición del Control Convencional 2.2.4.1. Origen del término 2.2.4.2. Ejercicio del Control Convencional 2.2.4.3. Ejercicio del Control Convencional en México 2.3. Contradicción de Tesis 293/2011 2.3.1. Verificación de la existencia de Contradicción de Tesis 2.3.2. Opiniones de la Ministra Luna Ramos 2.3.3. Jurisprudencia emanada de la Contradicción de Tesis 293/2011

La Constitución es la fuente normativa de todos los componentes jurídicos de un Estado. Los jueces están obligados a revisar en todo momento la compatibilidad de las demás normas que integran el orden jurídico, con las constitucionales. En la Constitución se otorga valor jurídico a los compromisos internacionales que el Estado celebra, en la medida de su soberana voluntad. De allí que también los jueces deben hacer válido el contenido de los tratados internacionales, ya que estas obligaciones constituyen la ejecución de un Control Constitucional y además Convencional. Más aún, si la propia Constitución propugna por reconocer a los tratados internacionales en forma de bloque. Es por ello que resulta importantísimo, primero entender al control de constitucionalidad; ya que el génesis del control de convencionalidad, es la propia Constitución.

2.1. Control de Constitucionalidad

La también llamada, Carta Magna como documento fundamental, es el pilar de la estructura estamental. Conjunta una serie de preceptos que contienen a los derechos naturales o humanos reconocidos, junto con sus respectivas garantías. Además de cimentar las bases orgánico – administrativas que ordenarán los límites y alcances de la gestión pública. Como documento originario, los jueces de cada Estado, sin importar cuál sea su competencia jurisdiccional, son los

responsables de hacer guardar su contenido mediante la emisión de sentencias con ella congruentes.

2.1.2. Contenido Constitucional

Se considera como los alcances que establece el propio documento fundamental, con límites inmersos en sus preceptos. Estos preceptos, definen los sectores que el documento supremo posee, a razón del reconocimiento de los derechos naturales, la división de poderes, la organización del Estado y la programación de derechos sociales.

2.1.2.1. Parte Dogmática

Incluye los derechos humanos considerados de primer nivel o generación, que son derechos que para su ejercicio sólo necesitan el reconocimiento del Estado. Entre ellos, destaca por su importancia, la libertad en su modalidad de expresión, asociación y culto. Una vez reconocidos estos derechos, se transmutan en fundamentales. Adquieren validez constitucional y, consolidan el estado de derecho situando a la certeza jurídica como su principal estandarte.

Fix-Zamudio, también admitió que esta parte se denomina así porque los derechos humanos representan verdades políticas que la Constitución acepta de manera de dogma, son principios que valen sin necesidad de demostrarlos, fruto de la lucha histórica del hombre por su libertad. En esta parte, varias Constituciones incluyen también el preámbulo, los principios y los valores constitucionales así como derechos económicos, sociales y culturales.⁵³

2.1.2.2. Parte Orgánica

Es el segmento que constituye la estructura imprescindible del Estado, construye su basamento definiendo la forma de gobierno, para ello diseña las magnitudes y prevé las repercusiones de los poderes públicos, considerando su

⁵³ Fix-Zamudio, Héctor, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 8a. ed., México, Porrúa, 2012, pp. 60-61.

composición y competencia. La parte orgánica significa en sí misma, los trazos más finos pero consistentes, que enmarcarán el desarrollo de un Estado. Asimismo, es fruto de un contexto que normalmente significa una transición entre una realidad y otra, que tiene por objeto alcanzar la paz social, dilapidada en un momento preciso.

2.1.2.3. Parte Programática y Social

Tanto Fix- Zamudio como Valencia Carmona, exponen que es un “...fenómeno contemporáneo, ya que en las antiguas constituciones sólo existían las partes dogmática y orgánica. En cambio, en varias de las Constituciones que se han expedido ya entrado nuestro siglo se advierten, en forma sistemática o distribuidos en el texto correspondiente, diversos preceptos que recogen aspiraciones populares, establecen auténticos programas sociales, definen características o metas a alcanzar por el Estado. Algunos de los derechos sociales que han caracterizado al constitucionalismo mexicano son de carácter programático, es indudable que el artículo 3º constitucional contiene importantes principios de filosofía política y una concepción hondamente democrática de los objetivos de la educación, así como los artículos 27 y 123 constitucionales han establecido auténticos programas para resolver los problemas agrario y laboral, ni que decir de ciertos derechos que se han incorporado últimamente que representan metas a alcanzar por el Estado, como el derecho a la salud, a la vivienda o al trabajo. Principios de notable contenido ideológico se encuentran en el artículo 40 constitucional, en tanto que en los artículos 25 y 26 constitucionales se han recogido importantes definiciones en materia económica como la economía mixta, la rectoría de Estado o la planeación”.⁵⁴

Es sensato, ilustrar que en esta parte se puede considerar que tratamos derechos humanos de segundo nivel o generación. Porque son derechos que además de reconocer, el Estado debe proveer los medios suficientes para la consumación de su objeto, es solamente su obligación. Para clarificar lo dicho: en

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 61-62.

el derecho a la salud, es el Estado el que debe erigir la infraestructura necesaria, involucrando el diseño de programas de cobertura general y la construcción de clínicas y hospitales.

2.1.3. Clasificación de las normas

La clasificación de las normas tiene por objeto agruparlas según su finalidad, con el objeto de comprender su utilidad. Bidart Campos, al respecto sostiene que "...la clasificación más atractiva distingue entre: a) normas operativas, y b) normas programáticas. Las normas operativas, son las que por su naturaleza y formulación ofrecen aplicabilidad y funcionamiento inmediatos y directos, sin necesidad de ser reglamentadas por otra norma; la operatividad no impide esa reglamentación solamente no la exige como imprescindible. En cuanto a las programáticas, proponen un programa, y por ende son incompletas, viéndose requeridas de otra norma ulterior que las reglamente o les permita funcionar plenamente".⁵⁵

En el primero de los casos, normas operativas, la norma por su relevancia pragmática no necesita reglamentación alguna en primer momento, y por lo tanto es fundamental en todos los sentidos. Las segundas por su parte, necesitan forzosamente un orden adjetivo que revele el tenor de su proceder. Es decir, que sin él no puede tener un óptimo funcionamiento y en consecuencia estaría inconclusa.

La doctrina alemana realiza importantes aportaciones en materia constitucional y una de ellas es la distinción entre las normas materiales que permanecen en su constitución. Ubicando entre estas a las normas orgánicas, que tienen una fuerza vinculatoria directa; a las de derechos fundamentales que al igual que las primeras no necesitan al legislador por su relevancia; a los mandatos al legislador que a contrario sensu sí necesitan la intervención del legislativo; a las garantías constitucionales que buscan resguardar la estructura de una institución constitucional; a los principios fundamentales del orden jurídico político que gozan

⁵⁵ Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Editar, 1998, t.1, pp.299 y ss.

de un interés explicativo; y por último, y no menos importantes, las normas de fines programáticos que relacionan a dos o más poderes gubernamentales.

Es rescatable respecto a las normas constitucionales y su categorización, el discernimiento Héctor Fix-Zamudio,⁵⁶ que señala que un "...grupo de preceptos son los que pueden llamarse fundamentales en los cuales se regulan los derechos públicos de la persona humana y de los grupos sociales, la organización de los poderes públicos, así como los que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes".

Después del exhaustivo análisis, se infiere que sólo será fundamental un precepto que tenga por objeto proteger la dignidad humana junto con sus garantías coadyuvantes. Así como también, los que procuran mantener las bases del Estado. En México el 40 constitucional es esencial por contener la forma de Estado y de Gobierno, en su más amplio sentido. Los demás que no auxilién con este fin, entrarán en las clasificaciones *supra* citadas; y su objeto, es por otro lado, organizacional respecto al poder público soberano.

2.1.4. La inconstitucionalidad de la norma

Este fenómeno jurídico se suscita en dos interpretaciones, cuando la redacción de una norma es contraria al documento fundamental y cuando el legislador o la autoridad administrativa no hacen lo que la norma fundamental observa. Esta última es inconstitucionalidad por omisión, y ambas atentan contra el contenido constitucional por limitar negligentemente al mandato supremo.

Las constituciones del orbe abordan en diferentes condiciones a la inconstitucionalidad. En primer plano, algunas la hacen del conocimiento de la Asamblea Legislativa, otras optan por que su Tribunal Constitucional admita la procedencia del recurso de amparo, mientras que en algunas otras sus Cortes Constitucionales emiten sentencias que satisfacen omisiones parciales. Algunos países en cambio y en un contexto muy objetivo, por cierto, han llegado a declarar

⁵⁶ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 53, p. 66.

omisión a disposiciones contenidas en Tratados Internacionales cuando no se modifican sus mandatos nacionales para darles absoluto cumplimiento.

2.1.5. Supremacía Constitucional

Constituye un precepto que a lo largo de la historia, y en beneficio del Estado democrático y de Derecho, se ha forjado como máxima en la mayoría de los documentos fundamentales. En todo sistema, más aún si es constitucional, debe predominar una jerarquía cuya intención es sustentar y no someter las bases estamentales en el desarrollo interpretativo de carácter judicial, sin importar la competencia jurisdiccional de quién lo formalice.

La supremacía resguarda a la Constitución, por contener las bases y principios del Estado. La propia supremacía, configura a la Constitución como el documento más importante y preponderante ante cualquier otro. Si bien las normas fundamentales son sostén de documentos derivados, corresponde ser cautelosos al respecto. Cabe recordar que algunos documentos fundamentales establecen “bloques de constitucionalidad”. Es decir, el propio precepto constitucional, hace acompañar a la Carta Magna de otros documentos, ahora conmutados en supremos. Caso mexicano, para ser puntuales.

Se consagra de manera expresa el principio de supremacía constitucional en nuestro artículo 133, que indica que la Constitución será la ley suprema de toda la Unión. Existen artículos constitucionales que se vinculan con el principio de supremacía; así el artículo 40 constitucional señala que la forma de Estado y la forma de gobierno deberán estar a los principios de la ley fundamental, en el artículo 41 se prescribe que las Constituciones particulares de los estados no podrán contravenir las estipulaciones del pacto federal, y en el artículo 128 se dispone que todo funcionario público sin excepción alguna prestará la protesta de guardar la Constitución y las leyes que de ella emanen antes de tomar posesión de su cargo.⁵⁷

⁵⁷ *Ibidem*, p. 68.

La supremacía es un canon tan delicado, que debe definir inmejorablemente cada uno de sus vértices, sin dejar espacio al error. Lamentablemente México es excepción, ya que el 133 constitucional no hace más que propagar dudas, respecto a la posición que guarda un documento con otro, de los contenidos en el aludido bloque constitucional.

Al respecto, Humberto Suárez Camacho,⁵⁸ apunta que el tema de la jerarquización de las leyes se constituye por la relación de supra y subordinación en que se encuentran las normas dentro de un ordenamiento jurídico dado, porque, por virtud de la Constitución del Estado, su sistemas de derecho dejan de ser una coordinación de normas, como sucede en el derecho primitivo, también llamado consuetudinario.

2.1.5.1. Elementos del principio de Supremacía Constitucional

La esencia de este atributo de supra y subordinación, es la de consolidar criterios intocables que fueron producto del desarrollo histórico; desde el nacimiento del Estado moderno, con sus respectivos elementos básicos. De ese antecedente se deriva un control que busca que prevalezcan los criterios primarios del Estado.

Trasciende que el principio de supremacía es insuficiente, sino se establece rotundamente que documento es el preponderante frente a todos. Además de que es imperante instituir los medios coercitivos pertinentes para evitar laceraciones al compendio constitucional. En el caso de violación constitucional, deben establecerse medios que restauren el daño perpetrado.

Es el propio Suárez Camacho,⁵⁹ él que enfatiza sobre las consecuencias, relacionadas tanto con la organización jurídica estatal como al control de la constitucionalidad y legalidad que derivan de su aplicación. Consolidándose un

⁵⁸ Suárez, Humberto, *El sistema de Control Constitucional en México*. 3a. ed., México, Porrúa, 2011, pp. 24-25.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 25 y ss.

conjunto de principios, que deben prevalecer para interpretar a una norma como suprema.

2.1.5.1.1. Control

Es el ejercicio de comprobación que inspecciona la avenencia de los ordenamientos secundarios con las leyes primarias. Cuando se ejecuta impecablemente este ejercicio, resulta innecesaria la intervención del órgano determinado por la propia Constitución, para juzgar sobre la posible contradicción. Empero, cuando surge controversia sobre las facultades de quien emite la norma o del propio texto, es el órgano constitucionalmente facultado el que debe adecuar la norma para garantizar la congruencia con el documento fundamental.

2.1.5.1.2. Razonabilidad

Consiste en la capacidad de establecer preceptos proporcionados, fruto de un ejercicio mental sustentado en conclusiones que se formaron por indicios y observaciones de un fenómeno social o jurídico. En conformidad a esto, el ordenamiento secundario es un complemento, y debe fincarse como tal. Sus intentos por determinar o declarar facultades que solamente competen al documento fundamental, serán inoperantes.

2.1.5.1.3. Rigidez

Establece que la Constitución posee la cualidad de que no puede vencerse ante nada. La interpretación de su contenido, debe ser rigurosa y exacta, sin espacio a vacilaciones, pues se afectarían directamente los mandatos constitucionales. Es obligación del Constituyente redactar ideas claras que distribuyan competencias que posteriormente serán amparadas por un proceso de reforma constitucional dificultado.

2.1.5.1.4. Unidad

Se deben custodiar las propiedades constitucionales sin degradarlas ni mancillarlas. Evitando la parcelación de sus conceptos en su interpretación, es

elemental mantenerla como indivisa. Este objetivo se consigue examinando la compatibilidad de normas inferiores con superiores, y revisando la unificación de criterios con las de idéntico nivel.

2.1.6. Inviolabilidad de la Constitución

Este principio constitucional es cobijado por la labor consumada del constituyente y el principio de legitimidad. Evidente resulta que la constitución es la materialización de la voluntad del pueblo a través de sus representantes. Ahora bien, el constituyente después de su cometido se desvanece con el fin de situar su labor al alcance de la interpretación judicial. Es entonces, que para sustituir a una constitución, debe de repetirse exactamente el mismo proceso. Sin poder franquear de un documento a otro, sin la respectiva convocatoria de un nuevo poder constituyente emanado del pueblo.

Se afirma que la Constitución es inviolable porque puede ser quebrantada, desconocida o reemplazada por otra mediante el ejercicio del poder constituyente cuyo titular es el pueblo, toda vez que no es sino el aspecto teleológico de su soberanía. Inviolabilidad, por ende, significa la imposibilidad jurídica que la Constitución sea desconocida, cambiada o sustituida por fuerzas que no emanen del poder constituyente o por grupos o personas que no expresen la voluntad mayoritariamente del pueblo.⁶⁰

Resulta preciso retomar la división que realiza el maestro Fix-Zamudio al artículo 136 constitucional,⁶¹ argumentando que contiene tres secciones: a) una declaración de principio, en la cual se subraya que “esta Constitución no perderá su fuerza y su vigor aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia”; b) la segunda prevención prescribe que cuando “por cualquier trastorno público se establezca un gobierno contrario a los principios que ella misma sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia”; y, c) la tercera parte, sancionadora, señala que se juzgarán

⁶⁰ Burgoa, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1991, p.386.

⁶¹ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 53, p. 69.

conforme a la Constitución y las leyes a los que hubieren figurado en el orden de la rebelión así como los que hubiesen cooperado en ella.

El maestro no hace más que destacar la fuerza que contiene en sí misma la Constitución. Dicha fuerza difumina cualquier intento de sustituirla a la menor provocación, dejando íntegro su contenido durante su desconocimiento. Por lo que respecta a la segunda anotación, parte del artículo y resulta ambigua en cuanto al concepto de trastorno público se refiere, pero parece claro que la intención del documento fundamental es prevalecer mientras la soberanía popular no convoque a un nuevo constituyente. Por último, la tercera parte tiene fines sancionadores respecto a los que alienten la suspensión de su vigencia. Este artículo tiene por objeto, tutelar su observancia por dos motivos. El primero, estriba en que es la base del Estado, y el segundo indica que emana de la voluntad popular y por lo tanto debe salvaguardarse en todo momento, aunque sea adverso a la paz social.

2.1.7. Interpretación Constitucional

El sector de mayor importancia dentro del concepto genérico de la interpretación jurídica es relativo a la interpretación de las normas de mayor jerarquía, es decir, las de carácter constitucional.⁶²

Mauro Cappelletti,⁶³ expone el origen de la justicia constitucional con gran brillantez: "...se realiza, no en la Madre Patria británica, sino en las Colonias y ex colonias, en las grandes hijas de esa gran patria, en los Estados Unidos, primero, y luego en tiempos más próximos a nosotros, el Canadá, Australia, la India, etc, países todos ellos que han recorrido sustancialmente en esta materia un mismo camino. La *legal justice* de los tribunales reales de Westminster no satisfacía ya a las colonias rebeldes, sedientas de autonomía, de libertad, de una justicia nueva diversa de la actuada, en la rígida aplicación de las leyes del parlamento inglés,

⁶² *Ibidem*, p. 151.

⁶³ Cappelletti, Mauro, *Obras: La justicia Constitucional. Dimensiones de la Justicia en el mundo Contemporáneo*, 1a. ed., México, Porrúa, 2007, p. 200.

por los jueces coloniales, y garantizada en última instancia por el consejo privado, el *Privy Council* de su Majestad”.

Las colonias rebeldes, en el caso expuesto, estaban necesitadas de una estructura propia que incluiría tribunales integrados por sus pares. Dichos tribunales estarían encargados de proteger un nuevo documento supremo plasmado con la esencia del contexto económico, político y social del pueblo anteriormente subyugado.

Además de describir el mismo Cappelletti, a la familia jurídica de antecedentes romanos donde allí “...se pasa, de largos siglos de prevalencia de las escuelas jusnaturalísticas, laicas o divinas, escuelas que proclaman la inaplicabilidad, por parte de los jueces, de leyes contrarias al derecho natural a la fase del derecho codificado, a la idea de código que implica el concepto de completud de la ley escrita, a la plena supremacía del derecho positivo codificado”.⁶⁴

Este caso, la supremacía normativa se traslada del escepticismo divino al derecho escrito de carácter positivo. Esta transición fue preconizada por notables estudiosos del derecho, que vieron engrandecido su trabajo con la confección y reconocimiento del principio de legalidad, hoy sancionado en innumerables documentos fundamentales, ya plateados en páginas preliminares.

La interpretación es la acción de explicar declarando el sentido de un texto, en este caso de carácter constitucional. No debemos olvidar que la Constitución es un conjunto de preceptos normativos que nacen en la erudición del derecho para satisfacer necesidades jurídicas. Cada precepto jurídico permite, autoriza o prescribe una conducta mediante derechos y obligaciones. Así, el vínculo entre la interpretación y la norma, nace de la necesidad de aclarar un precepto que por su naturaleza se presenta como parcial o impreciso.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 200-201.

El cuerpo legislativo, a partir del encumbramiento del Estado moderno, se consolidó como preponderante y absoluto. Ensombreciendo a un juez con personalidad mecánica que ejecutaba los designios del poder legislativo, representante de la voz popular. Para Rousseau, "...la voluntad general era la que estatuye el pueblo sobre sí mismo, de manera que la ley, cuando reunía las condiciones de generalidad y abstracción constituía el resultado del consenso popular, no podía ser injusta, ya que nadie lo es consigo mismo".⁶⁵ Sin embargo, el juzgador debe ser independiente, si bien la voz popular es materializada como norma, el propio pueblo no puede ser parte en la determinación de la forma aplicativa de una norma, porque ésta carecería de objetividad.

Como antecedente hermenéutico, debemos tener presente el caso suscitado en Francia en 1790, en el cual los jueces tenían la potestad de pedir aclaraciones al Poder Legislativo las veces que consideraran prudente hacer un ejercicio interpretativo. Rousseau dice en forma ilustrativa, que un procedimiento interpretativo "consistía en la obligación del Tribunal de Casación para acudir al propio organismo legislativo solicitando su interpretación auténtica, cada vez que no obstante haber anulado un fallo judicial, se plantease por segunda vez la misma cuestión."⁶⁶

2.1.8. Criterios Interpretativos

Enrique Carpizo, con relación a la interpretación constitucional, explica que con la finalidad de limitar la discrecionalidad del juzgador al momento de interpretar un texto constitucional, el legislador impone la observancia de ciertas barreras metodológicas tendentes a desentrañar el sentido de la carta magna.⁶⁷

Según el autor en comento, se trata de un ejercicio interpretativo que invoca al discernimiento del documento fundamental, vinculándolo con el significado

⁶⁵ Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, trad. Enrique de la Rosa, Buenos Aires, El Girasol, 1961. pp. 177-178.

⁶⁶ Calamandrei, Piero, *La casación civil*, trad. De Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, 1961, 2 vols., pp. 48-78.

⁶⁷ Carpizo, Enrique, *Derechos Fundamentales. Interpretación Constitucional. La Corte y los derechos*, 1a. ed., México, Porrúa, 2011, pp. 55 y ss.

otorgado por la voluntad del pueblo a través de sus representantes. Donde los involucrados en la interpretación constitucional, deben razonar conforme a lo que está escrito en la Constitución y conforme al espíritu fundamental que defendían sus creadores.

En el tema que nos ocupa, Derechos Humanos en su perspectiva “Convencional”,⁶⁸ desde el marco legal interno. Es pertinente reparar en el análisis de los criterios interpretativos de las normas.

2.1.8.1. Pro Homine

Este principio interpretativo ofrece al individuo la aplicación de la norma que más ampliamente proteja su esfera jurídica, en su caso concreto. Es correcto que un documento constitucional considere lo que su pueblo reclame como imperante, pero ello no significa que el documento primario sea infalible. En caso de que algún derecho natural o su respectiva garantía no sean considerados constitucionalmente o en su defecto, si la norma constitucional es restrictiva, se optará por hacer válidos los ordenamientos jurídicos también aplicables. En este rubro, pueden invocarse los tratados internacionales jurídicamente válidos en el Estado del que se trate. Escoger la ley más favorable a la persona, con independencia de su jerarquía normativa, es el objetivo de esta técnica interpretativa.

2.1.8.2. Favor Libertatis

Es la forma más exacta de entender el precepto para propiciar la libertad del individuo, en el caso concreto. Se reconoce como ejemplo, que toda limitación legal a la libertad de expresión debe ser entendida en forma estricta, de suerte que entre dos interpretaciones posibles y razonables de una norma legal, siempre deba preferirse aquella que favorezca un ejercicio más amplio del derecho.⁶⁹

⁶⁸ Entiéndase por Convencional, al cabal cumplimiento que debe realizar el Estado Mexicano en función del artículo 133 Constitucional, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (pacto de San José).

⁶⁹ Carpizo, Enrique, *op. cit.*, nota 67, p. 98.

2.1.8.3. Favor Debilis

Se busca interpretar a favor del individuo que se encuentre en una posición de desventaja ante otro, encuadra en individuos con capacidades físicas diferentes o económicamente desventajados. La observancia interpretativa de este criterio es factible en todas las ramas de derecho. Pero cobra especial interés en la materia de trabajo, agraria o toda aquella que tenga por objeto juzgar a miembros de los sectores marginados de la población.

2.1.8.4. In Dubio Pro Operario

Este criterio se ciñe a la materia laboral. En un procedimiento de esta naturaleza las partes deberán agotar los elementos esenciales del procedimiento: demanda, pruebas, alegatos y sentencia. Sin embargo, en caso de que el desarrollo del expediente provoque dudas en el juzgador, éste deberá inclinarse por la interpretación que más favorezca al trabajador.

2.1.8.5. In Dubio Pro Reo

Esta interpretación es muy semejante a la anterior, la única variable contenida es que en este caso se trata de materia penal. La imposición de una sentencia condenatoria en dicha materia del derecho siempre ha constituido una difícil tarea para el juzgador, ya que un proyecto de vida puede ser frustrado o alterado. Para ello se ha optado por no aplicar una pena cuando exista duda alguna, siempre y cuando la responsabilidad del individuo no sea probada plenamente.

2.1.8.6. In Dubio Pro Actione

Reside este criterio, en la facilidad que debe brindarse al individuo para que tenga un efectivo acceso a la justicia. El principio de legalidad juega un papel importantísimo en el ejercicio jurisdiccional. El espíritu del legislador y del juzgador debe converger en algún momento, y éste se presenta cuando el juzgador se obliga a respetar los lineamientos establecidos, tanto en el documento

fundamental como en la reglamentación secundaria. Ecuánime debe ser el juzgador y, pronta y expedita la justicia aplicable a cualquier individuo.⁷⁰

2.1.9. Doctrina contemporánea de la Interpretación Constitucional

Prosperando el desarrollo de la doctrina, sólo en algunos casos puntuales, se expone constantemente la estrecha relación que coexiste entre las actividades aplicativas e interpretativas de la ley. Una es fundamental a la otra, ya que el texto de cualquier precepto fundamental, de manera enunciativa robustece su parte sustantiva. Pero, en la mayoría de los casos resulta indispensable la estipulación de alcances y límites, mismos que son tarea de la interpretación.

La actividad jurisdiccional, está en constante evolución a razón de los fenómenos sociales que apremian soluciones jurídicas. El proceso interpretativo, no es tan simple como lo pareciera, consiste en recoger las normas imprecisas y determinar su aplicación al caso determinado. La fórmula se resume a individualizar el precepto general, con las medidas pertinentes ya que en sentido negativo, la interpretación pudiera ser totalmente contradictoria a la norma.

Según el pensamiento del constitucionalista italiano Franco Pierandrei, "...la interpretación de las normas constitucionales debe adecuarse a la naturaleza fundamental de las disposiciones de la ley suprema y tomar en consideración los motivos políticos y los principios esenciales que se encuentran en la base de estos preceptos".⁷¹

La interpretación debe separarse en dos vertientes: fundamental y secundaria. La fundamental posee autonomía sustantiva y práctica. Al ser el documento más importante en un Estado, presupone que no debe sujetarse a preceptos de ningún tipo, gracias a su carácter originario. Aunque de reconocer la validez jurídica de normas convencionales, debe ejecutar un análisis de afinidad

⁷⁰ La Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial.

⁷¹ Pierandrei, Franco, *L'interpretazione delle norme costituzionali in Italia*, Turín, G. Giapichelli, 1964, vol. II, pp. 654-655.

para no postularse como un obstáculo al desarrollo de los sistemas regionales de protección a derechos humanos. Por otro lado, la enfocada en documentos secundarios, solamente tiene por objeto verificar la compatibilidad entre estos y el documento constitucional.

La interpretación constitucional es una actividad sensible que debe unificar aspectos sociales, políticos y jurídicos. Esta gestión se desarrolla de manera difusa o concentrada. En el primer caso, jueces y magistrados son encargados de verificar la compatibilidad de las normas secundarias con las constitucionales. Por lo que respecta al segundo caso, son los Tribunales Constitucionales los que de manera concentrada y colegiada, verifican la aludida compatibilidad.

Las normas constitucionales se caracterizan por ser diferentes entre sí, diferenciándose según su trascendencia por los valores que tratan. Esto influye de sobre manera en el sentido dotado por el intérprete, ya que debe tenerse presente y con especial cuidado el contenido textual del precepto, y no tan sólo su carácter formal. La generalidad contenida en las normas constitucionales es materia delimitable por los intérpretes, que no encuentran esta misma dificultad en las normas secundarias.

Al conformar el sentido de las leyes secundarias según los principios de la Constitución, los jueces que pertenecen a los sistemas jurídicos que no reconocen una jurisdicción constitucional o la revisión judicial, realizan también una interpretación constitucional aun cuando no lo hagan con la amplitud y la plena conciencia que corresponde a los tribunales a quienes se les atribuye expresamente esta facultad, exalta Fix- Zamudio.⁷²

Producto de la evolución doctrinal, el razonamiento judicial en la actualidad está estructurado en dos principios interpretativos que intentan justificar sus decisiones, en virtud de asimilar la intención del legislador en conjunto con las necesidades del caso concreto que representa un posible trato diferenciado entre sectores de la población. En su defecto, y por otro lado, representa la necesidad

⁷² Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 53, p. 171.

de involucrar una serie de preceptos fundamentales que en conjunto desvanecen de forma sistémica el problema planteado. Es decir, primordialmente en Derechos Humanos, el juzgador debe armonizar los principios consagrados en los preceptos involucrados, de lo contrario, los restringiría en perjuicio de los gobernados. Estos principios interpretativos de gran alcance son: el principio de proporcionalidad y el principio de interpretación conforme.

Respecto al primero, Enrique Carpizo sostiene, que "...implica valorar si los actos del legislador o de las autoridades en común, son proporcionales a la persona o colectividad a quien se destinan".⁷³ La actividad jurisdiccional en este caso, tiene por objeto calificar las razones por las que el Estado "...restringe los derechos y libertades, agrava las obligaciones del ciudadano o impone sanciones para determinadas conductas".⁷⁴ Motivo por el cual el juzgador debe precisar el efecto de los alcances y límites de las normas secundarias, respecto a lo enunciado por el documento fundamental.

Por su parte, el principio de interpretación conforme, es la revisión de compatibilidad entre una norma secundaria y el documento fundamental. Este último entendido como una unidad, donde su contenido debe ser indisoluble. Es decir, el andamiaje constitucional se compone de cada uno de sus preceptos contenidos; por lo tanto, la interpretación consiste en armonizarlos con el objeto de verificar la compatibilidad de la norma secundaria con la Constitución indivisa.

2.1.10. Garantías Constitucionales

Del mismo autor se rescata una de sus grandes aportaciones, la defensa de la Constitución. Que según él, "...está integrada por aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento y lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal, a fin de lograr

⁷³ Carpizo, Enrique, *op. cit.*, nota 67, p. 90.

⁷⁴ Ídem.

su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde la perspectiva de la Constitución real, es decir, su transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental”. Concluye su razonamiento magistralmente, sosteniendo que la defensa constitucional es la que vincula los dos sectores, el real y el material.⁷⁵

Analizando la postura de Fix-Zamudio, se deduce que el primer sector tiene por finalidad proteger la Constitución a través de los factores que enmarcan las normas fundamentales con el objeto de restringir el poder y conseguir que sus titulares obedezcan las premisas constitucionales. Primordialmente, en cuanto a protección de los derechos humanos de los gobernados se refiere.

El segundo sector, se integra esencialmente por las garantías constitucionales, pero sin hacer referencia al concepto utilizado en nuestra constitución antes de las reformas de 10 de junio de 2011. Sino como los mecanismos de protección constitucional de carácter procesal que buscan restituir las violaciones consumadas por las autoridades.

La consolidación del concepto de garantías constitucionales es fruto de una evolución que tiene como punto de origen la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789. Los revolucionarios franceses entendían a las garantías, equivocadamente, como los derechos de la persona humana que debían descansar en su carta fundamental para su efectivo e irrestricto respeto. Este engaño se desvaneció, cuando observaron que la simple enunciación de los derechos no los hacía efectivos. Para ello necesitaban un medio que restituyera los derechos omitidos, en ese punto el concepto prosperó hasta llegar al actual.

George Jellinek,⁷⁶ hizo un juicioso estudio de los instrumentos que concretan la defensa de las normas constitucionales a las que calificó de “garantías de derecho público”. Jellinek, dividió a las garantías en tres sectores,

⁷⁵ Fix- Zamudio, Héctor, *La Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 2011, p. 9 y ss.

⁷⁶ Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos Urruti, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1915, t. II. pp. 529-537.

“sociales, políticas y jurídicas”, y las ideó como los medios establecidos por el Constituyente para preservar el ordenamiento fundamental del Estado.

León Duguit, dividió las garantías constitucionales en “preventivas y represivas”. Alegó que las preventivas tenían por objeto frustrar futuras violaciones a las disposiciones primarias. Sin embargo, cuando éstas no cumplían con su objetivo, entonces las represivas detendrían los arbitrarios actos de las autoridades después de cometidos, lastimosamente.

La doctrina siguió progresando, hasta encontrarse con el insigne Kelsen, que impregnó al derecho constitucional con la esencia de su Teoría Pura. Distinguió entre norma primaria, que era el medio para lograr su obediencia obligatoria; y norma secundaria, que se erigía como la obligación jurídica. También aseveró que las garantías se dividen en: a) preventivas o represivas, y b) personales u objetivas.

En lo esencial, a razón de las garantías constitucionales en el caso mexicano, se reconoce como primordial al juicio de amparo como medio de protección de los derechos fundamentales comprendidos en los primeros preceptos de la Constitución y por ende una garantía de la misma. Pero este medio de defensa constitucional ensanchó sus alcances por las exigencias de la estructura política y social de la Nación. Con todo, el control de la legalidad es la faceta del amparo, que ha arraigado con mayor profundidad en el espíritu jurídico nacional.⁷⁷

Sustenta Ferrer Mac-Gregor, que a manera de evitar la multiplicidad de consecuencias negativas y erradicar la institucionalización de serias injusticias que derivan de la relatividad de las sentencias de amparo. Por medio de la declaratoria general de constitucionalidad, no dentro del juicio de amparo, será posible obtener la invalidez *erga omnes*, con efectos generales, de leyes y otras normas

⁷⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El nuevo Juicio de Amparo. Guía de la Reforma Constitucional y la nueva Ley de Amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, 2013, p. 38.

abstractas e impersonales; a la manera del Kelseniano “legislador negativo” que las expulsa del ordenamiento jurídico.

Por último, la decisión de la Suprema Corte de aceptar el análisis de todo tipo de proposiciones de inconstitucionalidad, en las controversias constitucionales, si bien atiende a la necesidad de un ejercicio total del control que le fue conferido por la Carta Magna, y que facilita la formulación de proyectos de sentencia, al eliminar las barreras técnicas que frecuentemente se plantean para soslayar el estudio de ciertos argumentos, en ocasiones puede interferir con la efectiva solución de conflictos en el ámbito estatal.⁷⁸

2.2. Control de Convencionalidad

Partiendo desde un punto cero en el origen de la especie humana, la capacidad de razonamiento marcó la pauta en el desarrollo de nuestra civilización.⁷⁹ Lo que trajo como inmediata consecuencia la obligatoriedad de una conducta limitada que no podía transgredir la esfera de derechos básicos del otro.

Sin duda alguna, la conformación de los primeros estados tuvo como característica primaria lo anterior. Claro está que después de conjuntarse los elementos básicos del estado, según Kelsen (territorio, población y poder público); los nacientes estados tuvieron que regular las conductas mediante un conjunto de normas que gozarán del carácter de “obligatoriedad”, renunciando al uso de violencia particular, quedando cómo facultad del Estado la capacidad de impartir justicia.

Obligatoriedad que deberá ser impuesta de forma coercitiva en el marco nacional. Si bien, el contrato social promueve la auto-conservación del género, dónde radica el punto medular del uso de la violencia organizada, el plano global exige un mecanismo para los intereses internacionales. Al respecto, Klaus Müller

⁷⁸ Suárez, Humberto, op. cit., nota 58, p. 338.

⁷⁹ Entendiendo civilización como el conjunto de actos opuestos a la barbarie. Dichos actos se caracterizan por ser consecuencia del razonamiento individual y producto del conjunto de conocimientos que a lo largo de la evolución humana han sido categorizados por la colectividad cómo inteligentes.

menciona que "...la violencia organizada se expresa mediante una serie de conflictos armados que culminan con las dos guerras mundiales del siglo XX. De ese modo, el proceso de civilización permaneció truncado, dado que la barbarie retornó como un elemento inherente al sistema internacional de Estados."⁸⁰ Barbarie que pareciere superada, sólo a ratos.

2.2.1. Relaciones Inter - Estatales

Es el uso de la violencia que como mecanismo de defensa y conquista, de manera implícita y aparentemente objetiva, obliga a los Estados a respetar los límites territoriales delimitados para no sufrir consecuencias lesivas. Es evidente que actualmente existen marcadas excepciones, pero es el respeto a la soberanía la base de las relaciones internacionales.

En el origen de las antiguas civilizaciones, se instalaban sus pobladores en torno a grandes ríos consecuencia del sedentarismo de las nuevas comunidades, que tendrán como fin la mutua cooperación para el desarrollo colectivo. El marco consuetudinario obligatorio estaba claramente basado en usos y costumbres delineadas por el respeto al derecho ajeno, que no siempre se cumplía y por lo tanto, existían graves consecuencias para hacerlo valer.

Y es que, si bien es cierto que en diversos puntos de la línea de la historia universal nos hemos encontrado con ambiciosas invasiones, también podemos reparar en heroicas y vastas refriegas de defensa ante el intento abusivo de acotar o perpetrar la soberanía de un Estado. Para Stefan A. Kaiser, "...la soberanía de los Estados denota el derecho legal inalienable, exclusivo y supremo de ejercer poder dentro del área de su poder. El ejercicio de los poderes soberanos en la esfera nacional comprende los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, en relación a las personas físicas y morales... sólo el Estado tiene soberanía. Sólo el Estado -

⁸⁰ Mueller, Klaus (coord.), *Soberanía y juridificación en las relaciones internacionales*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p. 3.

a través de sus órganos- puede ejercer los derechos legales y la autoridad de los poderes del Estado”.⁸¹

2.2.2. Derecho Internacional Público

Es en el derecho internacional público dónde los conflictos internacionales encuentran solución. Sin embargo, es el respeto a la soberanía el principal eje en el que radica la paz internacional y la frustración de conflictos futuros. Ahora bien, en el derecho internacional público, también se ubican acuerdos y tratados dónde la voluntad de las múltiples partes, sea el caso, será ley.

Dichos acuerdos tienen por objeto la cooperación mutua para conseguir fines que, por su relevancia, involucran a dos o más Estados. El Derecho Internacional Público es la disciplina jurídica encargada del estudio y análisis de estos, verdaderos contratos de cooperación.

2.2.3. Tratados Regionales

Los tratados son la conclusión de una negociación internacional de carácter global o regional. Que para nuestro caso es el carácter regional, a través de la Organización de Estados Americanos,⁸² el que nos ocupa. La OEA tiene su nacimiento en el año de 1948 a consecuencia de la subscripción de la carta de la Organización de Estados Americanos, en Bogotá, Colombia, cuya vigencia inició en diciembre de 1951.

Enmiendan a la carta, el protocolo de Buenos Aires, suscrito en 1967 y cuya vigencia inicia en febrero de 1970; el protocolo de Cartagena de Indias, suscrito en 1985, vigente a partir de noviembre de 1988; el protocolo de Managua, suscrito en 1993, vigente en enero de 1996; y el Protocolo de Washington, suscrito en 1992, vigente en septiembre de 1997.

⁸¹ *Ibidem*, p. 85.

⁸² La Organización de los Estados Americanos es el organismo regional más antiguo del mundo, cuyo origen se remonta a la Primera Conferencia Internacional Americana, celebrada en Washington, D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890. En esta reunión, se acordó crear la Unión Internacional de Repúblicas Americanas y se empezó a tejer una red de disposiciones e instituciones que llegaría a conocerse como “sistema interamericano”, el más antiguo sistema institucional internacional.

El espíritu de la OEA goza en contenido de solidaridad y ayuda conjunta que tendrán como firme objeto el desarrollo continental, que significará un beneficio colectivo para los treinta y cinco Estados independientes del continente Americano que la integran. Tal como lo establece el primero de sus artículos, tal unión tendrá lugar para: "...lograr un orden de paz y de justicia, fomentar la solidaridad, robustecer la colaboración y defender la soberanía, la integridad territorial y su independencia".

2.2.3.1. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

De la Carta de la OEA y de la evolución multilateral de la que disfrutó dicho organismo, tuvo derivación la Convención Americana sobre Derechos Humanos pacto de San José.⁸³ Que es el documento fundante del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos en el continente Americano, dicho sea de paso. En ella se considera ampliamente la protección a los derechos humanos de los nacionales americanos, incluyendo dos órganos que también se les puede considerar como instituciones, desde la perspectiva administrativa.

La convención consagra un conjunto de derechos humanos que garantizan el respeto a la condición humana en el continente americano. Además, en el propio, primer artículo, obliga a los firmantes a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, además de esclarecer que persona es todo ser humano. Se establece el compromiso a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades, en su artículo segundo.

⁸³ Fue suscrita, tras la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica y entró en vigencia el 18 de julio de 1978. Además de ser complementada con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador), de 1988 Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, de 1990.

2.2.3.1.1. Contenido normativo

Un amplio catálogo de derechos humanos conforma los preceptos normativos que tendrán un carácter subsidiario, en los Estados parte. A través de la convención se refuerza la esfera jurídica de los nacionales de los Estados cuando sus gobiernos dolosamente omiten alguno de los contenidos del llamado “Pacto de San José”, en sus documentos fundamentales.

Se reconoce el derecho a la personalidad jurídica, a la vida a partir de la concepción, a no ser esclavos ni realizar trabajos forzosos, a la libertad, a la seguridad personal, a la presunción de inocencia, al debido proceso, a la legalidad, a la indemnización por ser condenado por error judicial, al respeto de la honra, al reconocimiento de la dignidad, a la libertad de conciencia, a la libertad de religión, a la libertad de pensamiento, a la libertad de expresión, a la rectificación por ser afectado por informaciones inexactas o agraviantes emitidos en su perjuicio, a la reunión, a la libertad de asociación, a la protección a la familia, al nombre, a la protección en condición infante, a la nacionalidad, a la propiedad privada, a la circulación, a la residencia con la debida sujeción a las disposiciones legales, a los derechos políticos, a la igualdad ante la ley, y a la protección judicial.⁸⁴

2.2.3.1.2. Órganos competentes emanados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)

El artículo 33 del supra citado documento, a la letra dice:

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención:

a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y

⁸⁴ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS SUSCRITA EN LA CONFERENCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (B-32). San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

*b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.*⁸⁵

Dichos órganos están facultados para investigar y para juzgar, respectivamente. Cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos realiza sus interpretaciones en cada una de las sentencias que dicta, siendo éstas jurisprudencias literales que serán totalmente aplicables a cada uno de los casos expuestos ante su jurisdicción.

Objetivamente, el contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José); firmado y ratificado por los Estados parte firmantes, es el fundamento de la competencia de la Comisión IDH y de la Corte IDH; ratificado por cada Estado parte. La compatibilidad de preceptos entre la convención y el articulado nacional, debe ser prioridad de cada estado, ya que el esfuerzo por conseguir la paridad recae en estos últimos. De caso contrario, estos organismos interamericanos funcionarán de forma subsidiaria, descartando por completo que se trate de una cuarta instancia en el caso mexicano; para proteger los derechos humanos en la medida de su competencia.

2.2.4. Composición del Control Convencional

Es lo anterior, la razón de ser del Control de Convencionalidad, que será el análisis (en su doble carácter, difuso y concentrado) que determine si una norma local es convencional o no. Dicho mote fue desarrollado por la doctrina y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, producto del control que debe realizar el legislador cuando expide una ley o el ejecutivo cuándo emite un acto incompatible con la Convención Americana; así como también el control que deberá efectuarse cuando se ha omitido la expedición de una ley, sea de manera parcial o total.

Francisco Herrerías Cuevas, sostiene que "...el Juez interno tiene también la obligación de inaplicar el texto normativo cuando verifica su inconvencionalidad,

⁸⁵ *Ídem.*

esto es, al haberse dictado disposiciones que no están de conformidad con las obligaciones contraídas en la convención”.⁸⁶

Pero no debemos descartar lo que el mismo Herrerías aborda, “...la jurisprudencia de la Corte IDH ha estimado que si bien es cierto que los jueces y los tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. No menos lo es que el Estado, al haber ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces como aparato del Estado, también están sometidas a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”.⁸⁷

El poder judicial del Estado en cuestión debe de practicar un “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Dicho ejercicio no sólo incluye al tratado, sino que también suma las interpretaciones que ha realizado la Corte, del mismo.

2.2.4.1. Origen del término

El término de “Control de Convencionalidad” es puesto en práctica cuando el hoy expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, hizo uso de él por vez primera en su voto concurrente razonado en el caso “Myrna Mack vs Guatemala” en dónde en el párrafo 27 de dicha sentencia, da origen y publicidad al nuevo término:

*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*

⁸⁶ Herrerías, Francisco, *Control de Convencionalidad y efectos en las sentencias*, 1a. ed., México, UBIJUS, 2011, p. 85.

⁸⁷ Ídem.

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.⁸⁸

Consecuentemente, el renombrado jurista y expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su voto razonado y recurrente argumentó que:

3. En cierto sentido, **la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales**. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, **analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa**. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, **el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos**. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la

⁸⁸ Corte IDH. “Caso Myrna Mack Changvs. Guatemala”. Sentencia de Fondo. Reparaciones y Costas. 25 de noviembre de 2003. Serie C. N° 101.

*convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.*⁸⁹

Por lo que respecta a lo acontecido en el “Caso López Álvarez vs Honduras”, Sergio García Ramírez, en su voto razonado hizo hincapié en la actividad que realiza la CIDH al revisar la afinidad entre las normas nacionales americanas suscritas y los preceptos convencionales, subrayando el análisis de jure y de facto que la misma Corte realiza.

*30. Al analizar la complejidad del asunto, la Corte que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención --es decir, el órgano que practica el “control de convencionalidad”-- debe explorar las circunstancias de jure y de facto del caso. Es posible que el análisis jurídico sea relativamente sencillo, una vez establecidos los hechos acerca de los cuales se ha producido el litigio, pero éstos pueden ser extraordinariamente complejos y hallarse sujetos a pruebas difíciles, necesariamente prolongadas o de complicada, costosa, azarosa o tardía recaudación. También puede suceder lo contrario: relativa claridad y sencillez de los hechos, en contraste con problemas severos en la apreciación jurídica o en la calificación de aquéllos: pareceres encontrados, jurisprudencia cambiante, legislación incierta, razones atendibles en sentidos diferentes o discrepantes.*⁹⁰

Siguió el turno de la aportación elaborada en el voto razonado del mismo, Sergio García Ramírez, en el “Caso Vargas Areco vs. Paraguay”. En el párrafo 6, precisa el fundamento del control de convencionalidad:

6. La Corte Interamericana, que tiene a su cargo el “control de convencionalidad” fundado en la confrontación entre el hecho

⁸⁹ Corte IDH. “Caso Tibi vs. Ecuador”. Sentencia de Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. 7 de septiembre de 2004. Serie C. N° 114.

⁹⁰ Corte IDH. “Caso López Álvarez vs. Honduras”. Sentencia de Fondo. Reparaciones y Costas. 1 de febrero de 2006. Serie C. N° 141.

realizado y las normas de la Convención Americana, no puede, ni pretende --jamás lo ha hecho--, convertirse en una nueva y última instancia para conocer la controversia suscitada en el orden interno. La expresión de que el Tribunal interamericano **constituye una tercera o cuarta instancia, y en todo caso una última instancia**, obedece a una percepción popular, cuyos motivos son comprensibles, **pero no corresponde a la competencia del Tribunal**, a la relación jurídica controvertida en éste, a los sujetos del proceso respectivo y a las características del juicio internacional sobre derechos humanos.⁹¹

Mientras tanto, en el mismo voto razonado pero en el párrafo 7, aporta una palabra clave en el desarrollo del Control de Convencionalidad, “congruencia”:

7. Valga, para estos fines, el cotejo con la misión de un tribunal de constitucionalidad, que tampoco podría absorber el conocimiento de la contienda civil o penal, en sus casos, sino sólo examinar la conformidad del proceso y de las decisiones correspondientes con la Constitución nacional. Otro tanto ocurre con **la Corte Interamericana. Esta sólo puede confrontar los hechos internos --leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo-- con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza. No emprende, pues, una nueva etapa --instancia-- del juicio ordinario. Este comienza, se desarrolla y concluye en el ámbito de la jurisdicción interna. Por ello, el juez internacional, al igual que el constitucional, no sustituye al juez de la causa en la apreciación de hechos y pruebas y la emisión de absoluciones o condenas.**⁹²

⁹¹ Corte IDH. “Caso Vargas Areco vs. Paraguay”. Sentencia de Fondo. Reparaciones y Costas. 26 de septiembre de 2006. Serie C. N° 155.

⁹² Ídem.

En el 2006, el Dr. García Ramírez ya anunciaba de viva voz el tenor en el que estarían pronunciadas sus aportaciones en la Corte, "...la Corte Interamericana no es un Órgano de última instancia con respecto a los tribunales nacionales. Ni lo es, ni pretende serlo. Es complementaria de la jurisdicción interna y se atiene a esta misión, claramente establecida. Le incumbe juzgar exclusivamente sobre la compatibilidad entre los hechos de los que toma conocimiento y los derechos y las libertades consagrados en la Convención Americana y, eventualmente, en otros instrumentos que le confieren competencia. En ese sentido es corte de convencionalidad, semejante a las de constitucionalidad en los ordenamientos nacionales".⁹³

2.2.4.2. Ejercicio del Control Convencional

Como consecuencia inmediata, vino el pleno uso de la Corte Interamericana del nuevo término. En donde sería utilizado plenamente por vez primera en el "Caso Almonacid Arellano vs. Chile". En el capítulo VIII de la Sentencia (INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES GENERALES CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 1.1 Y 2 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA), destaca la interpretación de "Control de Convencionalidad" específicamente en el párrafo:

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

⁹³ cfr. www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garcia_31_03_06.pdf

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.⁹⁴

La Corte hace participe al poder judicial de cada Estado parte, en la interpretación y aplicación del articulado de la Convención, fundamento de su jurisdicción. Pero no dejaría la conceptualización en ese punto. En la sentencia del “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, producto del análisis jurídico de los instrumentos del sistema Interamericano, redactaría:

128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.⁹⁵

⁹⁴ Corte IDH. “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”. Sentencia de Excepciones preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. 26 de septiembre de 2006. Serie C. N° 154.

⁹⁵ Corte IDH. “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”. Sentencia de Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. 24 de noviembre de 2006. Serie C. N° 162.

Entra al contexto nacional de cada Estado parte, ya que no es posible una parcial aplicación de la Convención. No es posible ni lógico que dos normas se contraponga en el momento de la aplicación al caso concreto. Categoriza de *ex officio* el control convencional que deben aplicar los órganos del Poder judicial, de los ya mencionados Estados parte. El “Caso La Cantuta vs. Perú”, obra en la lista cronológica del uso y etapa formativa del término, “Control de Convencionalidad”. Aunque se hace uso en este caso de lo expuesto en el “Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile”. Se menciona en el párrafo:

173. Además, en cuanto a los alcances de la responsabilidad internacional del Estado al respecto, la Corte ha precisado recientemente que:

[...] El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

*[...] **La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico.** Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.*

*En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*⁹⁶

Con el afianzamiento del precepto, en ese tiempo en creación, en el “Caso Boyce y otros vs. Barbados”, la Corte ha dejado en claro que no es suficiente analizar sobre la constitucionalidad de una norma, sino estudiar si es convencional o no.

*78. 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 en la Convención. En este sentido, la Corte ha afirmado, en otras ocasiones, que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas [...] 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.*⁹⁷

El análisis convencional debe ser parte del proceso jurisdiccional de todas las instancias, responsabilidad de los Tribunales locales de los Estado parte. El Tribunal deberá decidir si la norma aplicable a un caso restringe o viola los

⁹⁶ Corte IDH. “Caso La Cantuta vs. Perú”. *Sentencia de Fondo. Reparaciones y Costas*. 29 de noviembre de 2006. Serie C. N° 162.

⁹⁷ Corte IDH. “Caso Boyce y otros vs. Barbados”. *Sentencia sobre Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas*. 20 de noviembre de 2007. Serie C. N° 169.

derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos. Lo anterior sin duda alguna, será firme estructura del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En el “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, ya en el 2010, la Corte hizo extensiva la vinculatoriedad por parte de los órganos facultados para analizar en fondo, si una norma podía presumirse de convencional o no.

*225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, **los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.**⁹⁸*

Resaltan dos puntos importantes. Los órganos relacionados con la administración de justicia, también deberán analizar si las normas aplicables son o no convencionales; y el segundo y no menos importante, deben tomar en cuenta la interpretación que la Corte ha realizado en cada caso.

⁹⁸ Corte IDH. “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”. *Sentencia de Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. 26 de noviembre de 2010. Serie C. N° 220.*

Redondeando la imperante defensa de los Derechos Humanos, recientemente (24 de febrero de 2011) la corte ha realizado un soberbio señalamiento en el “Caso Gelman vs. Uruguay”:

*239. **La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.***⁹⁹

El control de convencionalidad deberá ser ejecutado por cualquier autoridad pública. Si bien puede traer problemas operativos en la administración, en este caso ya no del sistema Judicial, sino del todo poder público; significa una protección global que en un momento oportuno, limitará al poder plenipotenciario del Estado.

⁹⁹ Corte IDH. “Caso Gelman vs. Uruguay”. *Sentencia de Fondo y Reparaciones*. 24 de febrero de 2011. Serie C. N° 221.

Correctamente señala Víctor Bazán,¹⁰⁰ “...en una apretadísima recapitulación de la secuencia evolutiva de la extensión del alcance subjetivo de activación del control de convencionalidad en el ámbito interno pueden identificarse hasta el momento los siguientes eslabones: i) Poder Judicial (2Caso Almonacid Arellano vs. Chile); ii) Órganos del poder Judicial (“Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú); iii) Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles (Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México); y iv) Cualquier autoridad pública y no sólo el Poder Judicial (“Caso Gelman vs. Uruguay”)...”.

2.2.4.3. Ejercicio del Control Convencional en México

Ahora bien, y después de la recapitulación de la formación del término, es prudente señalar que el tema del Control de Convencionalidad, cobró importancia en nuestro país a partir del veintitrés de noviembre de dos mil nueve, cuando la Corte Interamericana dictó sentencia condenatoria a los Estados Unidos Mexicanos. Consecuencia de la directa violación de los derechos humanos del ciudadano Rosendo Radilla Pacheco.

Es evidente que la Suprema Corte de Justicia de México trataría el tema. Guillermo Pacheco Pulido, señala que de ese tratamiento surgiría “...la discusión de la vigencia de los Derechos Humanos así como la emisión de reformas constitucionales al respecto para darle fuerza legal al principio denominado Control de Convencionalidad..., establece que corresponde a los juzgadores federales y locales cotejar si la aplicación de una norma es congruente en relación a los Tratados Internacionales y, en concordancia, con los fallos y criterios de Tribunales Internacionales.”¹⁰¹

Los familiares de Radilla Pacheco, junto con asociaciones civiles inmiscuidas en la protección de los derechos humanos, denunciaron su

¹⁰⁰ Bazán, Víctor, “Estimulando sinergias: de Diálogos jurisdiccionales y control de Convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El Control Difuso de Convencionalidad*, México, FUNDAP, 2012, p. 18.

¹⁰¹ Pacheco, Guillermo, *Control de Convencionalidad*, 1a. ed., México, Porrúa, 2012, p. XIV.

desaparición y demandaron al Estado Mexicano ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comisión que después de integrar debidamente los elementos de la investigación realizada, turnó el caso en forma de demanda a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹⁰²

Estrictamente en el caso de Radilla Pacheco, después de notificada la sentencia de la Corte Interamericana, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, discutió y falló el asunto el 12 de julio de 2011. Pero no se debe dejar desapercibida la sentencia dictada por la SCJN en el expediente 1456/98 A.R. vinculada en la sentencia 120/2002 del pleno de la mencionada SCJN, y el expediente 173/2008 de la Primera Sala, todo ello relacionado con el expediente 912/2010 (fallo del 12 de julio de 2011).

En este último, estableció en su considerando:

QUINTO. Reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de sus criterios vinculantes y orientadores. De los antecedentes narrados, resulta un hecho inobjetable que la determinación de sujeción de los Estados Unidos Mexicanos a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es una decisión ya consumada del Estado mexicano.

[...]

*En efecto, el Estado mexicano es parte en el litigio ante la Corte Interamericana y tiene la oportunidad de participar activamente en el proceso. Es el Estado mexicano el que resiente las consecuencias del mismo, ya que las autoridades competentes del país litigaron a nombre de éste. **Este Tribunal, aun como tribunal constitucional, no puede evaluar este litigio ni cuestionar la competencia de la Corte, sino***

¹⁰² La Corte Interamericana es el punto máximo en el sistema interamericano de derechos humanos. En donde la Comisión, funciona como órgano de instrucción de las reclamaciones individuales que no se pueden plantear directamente a la Corte.

sólo limitarse a su cumplimiento en la parte que le corresponde y en sus términos.

En este sentido, esta Suprema Corte no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto es, en sede internacional, es correcta o incorrecta, o si la misma se excede en relación a las normas que rigen su materia y proceso. Esta sede de jurisdicción nacional no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado mexicano dichas sentencias constituyen, como ya dijimos, cosa juzgada y, por ende, lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos.

La firmeza vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deriva, además de lo expuesto, de lo dispuesto en los artículos 62.3, 67 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que al efecto establecen:

“Artículo 62

[...]

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, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.”

“Artículo 67

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

“Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.”

*Así, **las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional cuya jurisdicción ha sido aceptada por el Estado mexicano, son obligatorias para todos los órganos del mismo en sus respectivas competencias, al haber figurado como Estado parte en un litigio concreto. Por tanto, para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio.***

Por otro lado, el resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte, tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que le sea más favorecedor a la persona, de conformidad con el artículo 1º constitucional cuya reforma se publicó en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, en particular en su párrafo segundo, donde establece que: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con

los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”

*De este modo, **los jueces nacionales deben inicialmente 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 favorecedor y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga sobre la posibilidad de que sean los criterios internos aquellos que 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.***¹⁰³

De lo destacado se desprende el carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana con el Estado mexicano. ¿Es esto el verdadero origen del Control de Convencionalidad? Es pieza fundamental para su desarrollo, sin duda alguna, pero no. Su gestación está en la adhesión del Estado Mexicano a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

2.2.4.3.1. Inicio de la vigencia del Control Convencional en México

El veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, se adoptó en la ciudad de San José, Costa Rica, la Convención, pero no fue sino hasta el veinticuatro de marzo de mil novecientos ochenta y uno cuando el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos se adhirió. Su verdadero origen o nacimiento, radica en el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando el 16 de diciembre de 1998 se deposita el instrumento de aceptación, firmado por Ernesto Zedillo Ponce de León, el nueve de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, ante el Secretario General de la Organización de

¹⁰³ Expediente Varios 912/2010. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos. SCJN.

los Estados Americanos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61, numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica".

2.2.4.3.2. Fundamento e interpretación constitucional del Control Convencional en México

Por otro lado, el fundamento constitucional del reconocimiento de los tratados Internacionales de los que México es parte, obra en el:

*Artículo 133.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los **Tratados que estén de acuerdo con la misma**, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, **serán la Ley Suprema de toda la Unión**. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.¹⁰⁴*

Por lo tanto, las normas constitucionales en estricto sentido no se deben contraponer a lo suscrito en un tratado internacional donde es parte México, porque ambos forman un bloque de supremacía legal.

Deliberadamente, el caso Radilla Pacheco marcaría en el caso mexicano la pauta para las reformas de 2011. Dichas reformas, decantarían a la SCJN por adoptar un nuevo criterio¹⁰⁵, y por ende dejar sin efectos a dos tesis jurisprudenciales:

CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en

¹⁰⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

¹⁰⁵ Registro: 2000008 [TA]; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 549. CONTROL DIFUSO.

la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución, y que por ello **coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquélla.** En este sentido, más que una facultad, **la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales,** los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones.

[...]

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.

El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que "Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.". En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que **el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales,** respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, **pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.**¹⁰⁶

¹⁰⁶ Registro: 193435 [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo X, Agosto de 1999; Pág. 5.

Ésta última, anulaba los efectos del artículo 133 constitucional, literalmente prohíbe que los tribunales locales ejecuten el control de constitucionalidad. Sin embargo, esto fue superado. Un nuevo criterio de la SCJN, descansaba en el siguiente contenido jurisprudencial:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.

*De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, **todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona.** Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, **deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país.** Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las*

vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.¹⁰⁷

El ejercicio del control convencional, que en este caso es atinado resaltar, no es otra cosa que sino el examen detallado de la compatibilidad o contradicción de una norma nacional con una convencional, será aplicado en México según la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la siguiente manera:

Modelo general de control de constitucionalidad y Convencionalidad.¹⁰⁸

Tipo de control	Órgano y medios de control	Fundamento constitucional	Posible Resultado	Forma
<u>Concentrado:</u>	Poder Judicial de la Federación (tribunales de amparo): a) Controversias Constitucionales y Acciones de Inconstitucionalidad. b) Amparo Indirecto c) Amparo Directo	105, fracciones I y II 103, 107, fracción VII 103, 107, fracción IX	Declaración de inconstitucionalidad con efectos generales o interpartes No hay declaratoria de inconstitucionalidad	Directa
<u>Control por determinación constitucional específica:</u>	a) Tribunal Electoral en Juicio de revisión constitucional electoral de actos o resoluciones definitivos y firmes de las autoridades electorales locales	Art. 41, fracción VI, 99, párrafo 6°	No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación	Directa e incidental*

¹⁰⁷ Registro: 2000008, *op. cit.*, nota 105.

¹⁰⁸ *Ob. cit.*, nota 101.

* Esta forma incidental de ningún modo implica la apertura de un expediente por cuerda separada, sino que debe entenderse como la posibilidad de inaplicación durante el proceso correspondiente.

	<p>en organización y calificación de comicios o controversias en los mismos</p> <p>b) Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación</p>	99, párrafo 6°		
<u>Difuso:</u>	<p>a) Resto de los tribunales</p> <p>a. Federales: Juzgados de Distrito y Tribunales Unitarios de proceso federal y Tribunales Administrativos</p> <p>b. Locales: Judiciales, administrativos y electorales</p>	<p>1°, 133, 104 y derechos humanos en tratados</p> <p>1°, 133, 116 y derechos humanos en tratados</p>	No hay declaración de inconstitucionalidad, sólo inaplicación	Incidental*
<u>Interpretación más favorable:</u>	Todas las autoridades del Estado mexicano	Artículo 1° y derechos humanos en tratados	Solamente interpretación aplicando la norma más favorable a las personas sin inaplicación o declaración de inconstitucionalidad	Fundamentación y motivación.

Después del pertinente análisis, se exalta que el Control de Convencionalidad será desarrollado por todos los tribunales del país: federales y locales. Por ende es obligación de todas las autoridades del Estado Mexicano.

El cuadro anterior es redactado en julio de 2011, en consecuencia es producto de los criterios adoptados en las reformas constitucionales mexicanas de junio de ese mismo año, que cambiaron la estructura constitucional de los derechos humanos en México. Dota a las personas la apropiación de sus derechos, resaltando el nuevo artículo primero así como el segundo, que reconocen los derechos humanos ubicados en los preceptos de los tratados

internacionales de los que México es parte; así como las obligaciones del Estado frente a los derechos humanos. **Esto enmarcaría el camino al verdadero ejercicio del Control Convencional** en México; sin embargo, **esto terminó en 2013 con la jurisprudencia derivada de la contradicción de tesis 293/2011**, tratada en el siguiente apartado.

2.2.4.3.3. Modalidades del ejercicio de Control Convencional en México

El control normativo del contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se realiza por dos medios: concentrado y difuso. El primero, mencionado en líneas anteriores, es solamente facultad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tiene por objeto la verificación de la compatibilidad de las actuaciones estatales con los preceptos convencionales. La materialización de este ejercicio, guarda lugar en las sentencias que la Corte Interamericana resuelve cuando se invoca su jurisdicción, y esta considera admisible la demanda que presenta la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Estas sentencias son jurisprudencias aplicables al interior de todos los Estado parte, según lo señala la propia Corte. Aunque a este respecto, la mayoría de los gobiernos de las partes contratantes (sino es que todos) han apostado por una postura renuente al respecto. Ya que, no se aventuran a ejecutar una interpretación que de origen los hechos y actuaciones no tuvieron lugar en su territorio, y por lo tanto no consideran obligatoria dicha jurisprudencia que está sujeta a verificar analógicamente (lo cual es sumamente delicado y complicado) si esa situación tiene lugar en su nación.

Por otro lado, el control difuso es obligación del aparato Estatal. Autoridades de los tres poderes de gobierno, están sujetas a esta imperante obligación. No admite excusa cuando los Tratados Internacionales tienen validez constitucional (caso mexicano). Es a través del documento fundamental que los preceptos convencionales se trasladan en forma descendente a todas las

competencias legislativas, administrativas y jurisdiccionales, constituyendo un deber interpretativo obligado a materializarse.

México como Estado parte, está obligado a que sus autoridades y jueces revisen la concordancia entre las normas locales y las convencionales (incluidas las jurisprudencias de la Corte IDH). Y en caso de incompatibilidad, deberán prevalecer las convencionales para salvaguardar el artículo primero Constitucional (que consagra el *principio pro homine*), condición lacerada y restringida por la jurisprudencia emanada de la contradicción de tesis 293/2011 que resolvió la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En concreto, cuando la Convención se hace parte del entramado jurídico nacional, los jueces locales verificarán su cumplimiento de acuerdo a los artículos primero y segundo de la Convención Americana. Ferrer Mac-Gregor como ex miembro de la Corte Interamericano, fija su postura sosteniendo que “los jueces nacionales se convierten en jueces interamericanos: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad”.

2.2.4.3.4. Panorama actual de los Derechos Humanos en la Constitución mexicana

José Luis Caballero Ochoa,¹⁰⁹ otorga relevancia a “...el reconocimiento de la naturaleza de las normas de derechos humanos presentes en las cartas fundamentales –Constitución o tratados internacionales-; esto es, el conformarse como principios mínimos susceptibles de ampliación mediante un sistema de reenvíos, y de integración con otros ordenamientos, lo que expresa la cláusula de interpretación conforme ahora recogida en el nuevo artículo 1º, segundo párrafo, de la constitución.”

¹⁰⁹ Caballero, José, "La cláusula de Interpretación conforme y el principio Pro persona (Artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución)", en Carbonell, Miguel (coord.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos, un nuevo paradigma*, México, Porrúa, 2012, p. 105.

Resulta objetivo estudiar el nuevo primer artículo constitucional:

“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”.

El principio *pro homine* consagrado en el primero constitucional, significa el vínculo entre las normas constitucionales y las convencionales, estas últimas en su carácter subsidiario. Es decir, al fijarse dicho vínculo, ahora los jueces nacionales deben analizar la compatibilidad entre ambas normas. Para que en caso de contradicción, el juzgador ejecute su interpretación conforme al precepto que implique la protección más amplia; o en su defecto, la que menos perjudique al sentenciado. Sin importar, que la norma desatendida sea la constitucional.

Lo anterior enmarcaba una evolución que aporta los mecanismos de defensa a los derechos humanos, que el nuevo orden legal global exige. Dotaba de vida jurídica nacional a los preceptos que por propia voluntad, en este caso, el Estado mexicano acepta. Obligaba a aplicar, a los jueces de fuero indistinto, la ley o norma que más beneficie a un nacional en un caso concreto. Todo esto poco duró, gracias a la regresión propiciada por la contradicción de tesis 293/2011.

Partiendo de que este beneficio incluía a todas las personas del Estado mexicano, “el derecho a la igualdad atañe a aquel derecho atribuible a todo ser humano a ser respetado y a gozar de todas aquellas prerrogativas que le son reconocidas sin importar su nacionalidad, origen racial, orientación o preferencia sexual. Corresponde al derecho que toda persona posee a no ser discriminado por condiciones o razones específicas.”¹¹⁰

¹¹⁰ Figueroa, Aída, (coord.) "Igualdad y no Discriminación". En los derechos humanos en los umbrales del siglo XXI: una visión interdisciplinar, México, UNAM, 2012, p. 59.

Relacionado con lo anterior, son los trabajos de Carmona Tinoco,¹¹¹ que argumentan que “una vez reunidos los requisitos exigidos por el artículo 135 de la Constitución federal, y a manera de culminación formal de dicho procedimiento, el 10 de junio de 2011 fue publicada en el Diario Oficial de la Federación la esperada reforma constitucional en materia de derechos humanos”.¹¹²

A manera de antecedente y con la firme esperanza de progresar efectivamente, el mismo Carmona Tinoco,¹¹³ asegura que los cambios podrían agruparse en cambios sustantivos o al sector material, que derivan de la armonización constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos, lo que incluye: a) La modificación a la denominación misma del capítulo que agrupa a los derechos básicos; b) el otorgamiento de rango constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos; c) la ampliación de hipótesis de no discriminación; d) la educación en materia de derechos humanos; e) el derecho de asilo y de refugio; f) el respeto a los derechos humanos en la operación del sistema penitenciario, y g) los derechos humanos como principio de la política exterior mexicana.

En cuanto a los cambios operativos al sector de garantía, estos inciden en las posibilidades procesales de hacer valer los derechos ante los operadores jurídicos, por lo que les otorgan herramientas para tal efecto, entre las que se encuentran: a) La interpretación conforme; b) el principio pro persona; c) los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; las obligaciones de prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones a los derechos humanos, d) la prohibición de celebrar tratados que alteren o menoscaben los derechos humanos, tanto los previstos en la Constitución como en otros instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados; e) la regulación de los límites, casos y condiciones para la suspensión y restricción

¹¹¹ Investigador titular en Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM; investigador nacional, nivel II del Conacyt.

¹¹² Carmona, Jorge, “La Reforma y las normas de Derechos Humanos previstas en los Tratados Internacionales”, en Carbonell, Miguel (coord.), *La reforma Constitucional de Derechos Humanos, un nuevo paradigma*, México, Porrúa, 2012, p. 39.

¹¹³ *Ibidem*, p. 40.

provisional del ejercicio de algunos derechos humanos; f) el requisito de previa audiencia para la expulsión de extranjeros; g) la exigencia de que las autoridades funden, motiven y hagan pública, en su caso, la negativa de aceptar o cumplir las recomendaciones que les dirijan las comisiones de derechos humanos; h) la ampliación de la competencia de las comisiones de derechos humanos, para conocer los asuntos laborales; i) el traslado a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, de la facultad investigadora asignada originalmente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Además, destaca el cambio al artículo 103, fracción I, que prevé la procedencia del amparo “por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”. Carmona,¹¹⁴ a manera de conclusión, explica que la reforma eleva a rango constitucional las normas de derechos humanos de fuente internacional, de manera que ahora éstas servirán como parámetros de la regularidad de los actos, omisiones y el resto de las normas del ordenamiento; se trata de permitir el control de convencionalidad abstracto y concreto. Siempre y cuando se supere el criterio emanado de la contradicción de tesis 293/2011.

Así el caso mexicano, en dónde el juez nacional fue juez interamericano por corto tiempo, con fundamento en el artículo 133 constitucional, que daba paso al bloque de convencionalidad.¹¹⁵ El control de convencionalidad es difuso, lo que significa que el juez mexicano revisaría la compatibilidad con las normas convencionales, además de hacerlo *ex officio*. Y finalmente, y no menos importante, la ideal interacción que debería presentarse entre la jurisprudencia nacional y la convencional.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 61.

¹¹⁵ Integrado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos Pacto de San José en sí misma, y las jurisprudencias de la Corte IDH.

2.3. Contradicción de Tesis 293/2011

Colosal importancia cobra la contradicción de tesis de número 293/2011¹¹⁶, ventilada en el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los días 26, 27, 29 de agosto, y el 3 y 4 de septiembre del año 2013.

El ministro ponente fue Arturo Zaldívar Lelo de Larrea¹¹⁷, y su utilidad en la presente investigación radica en cuánto a la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento constitucional, y el carácter vinculante de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El Ministro Zaldívar Lelo de Larrea inicia la exposición de su proyecto en orden cronológico de lo acontecido. Raúl Negrete Rodríguez, por conducto de su autorizado Gumesindo García Morelos, denunció la posible contradicción de tesis entre los criterios sostenidos por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito al resolver el amparo directo 1060/2008 y los criterios sostenidos por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito al resolver los amparos directos 344/2008 y 623/2008.

El precedente, resuelto por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito dio lugar a las tesis aisladas de rubros “TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE AL NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN” y “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO”.

Por otro lado, el criterio sostenido por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en el amparo directo 344/2008 dio origen a la tesis

¹¹⁶ Suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

¹¹⁷ Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Abogado egresado de la Escuela Libre de Derecho. Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

aislada de rubro “DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS”, mientras que al resolver el amparo directo 623/2008, dio origen a la tesis aislada “JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOSHUMANOS”.

Respecto a las sentencias dictadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito en los amparos directos 344/2008 y 623/2008, resalta que ambas sentencias derivan de la misma cadena procesal.

Jesús Alejandro Gutiérrez Olvera demandó de la Procuraduría General de la República, la Agencia Federal de Investigación, Interpol México y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, entre otras cosas, el pago del daño moral, el daño material y los perjuicios ocasionados por dichas autoridades con motivo de su detención, deportación y cancelación de su visa estadounidense, al haberlo confundido con una persona que tenía orden de aprehensión en su contra. El veintitrés de noviembre de dos mil siete, el juez de origen condenó de manera solidaria a las codemandadas.

En contra de dicha sentencia, las codemandadas interpusieron recurso de apelación, mismo que fue resuelto en el toca 178/2008 por la Séptima Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, mediante sentencia de diez de marzo de dos mil ocho en la que se les absolvió de todas las prestaciones reclamadas.

Inconforme con la anterior resolución, el actor presentó demanda de amparo directo, radicada con el número 344/2008 por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. El diez de julio de dos mil ocho, el Tribunal Colegiado concedió el amparo al quejoso para el efecto de que la sala responsable dejara insubsistente el acto reclamado y en su lugar dictara una nueva sentencia.

En cumplimiento a la ejecutoria de amparo, la Sala responsable emitió sentencia el siete de agosto de dos mil ocho en el sentido de confirmar la sentencia de primer grado y condenar a las apelantes al pago de las costas en ambas instancias. En contra de dicha determinación, las terceras perjudicadas promovieron juicio de amparo directo, mismo que quedó radicado nuevamente ante el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito con el número 623/2208. El veintitrés de octubre de dos mil ocho, el Tribunal Colegiado negó el amparo.

En el amparo directo 344/2008, con apoyo en la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de rubro “TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, puede decirse que los tratados internacionales forman parte de la Ley Suprema de la Unión en un plano jerárquico superior al de las leyes federales e inferior a la Constitución.

Los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el estado mexicano pueden ser invocados para analizar los casos en que se aleguen violaciones a los derechos humanos, pues los mismos pertenecen a nuestro sistema jurídico y existe un compromiso internacional del Estado para hacer efectivos los derechos humanos reconocidos en los mismos.

En lo que concierne al amparo directo 623/2008, se considera que los tratados internacionales suscritos por México obligan a todas las autoridades a llevar a cabo los actos necesarios para cumplir con las obligaciones asumidas en la implementación de las medidas que hagan efectivos los derechos humanos previstos en los mismos. De igual manera, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, se debe aplicar de manera obligatoria el principio pro persona, mismo que establece que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para la persona. Dichas consideraciones se apoyan en las tesis de rubros “PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA” y “PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN”.

De la sentencia del amparo directo 344/2008, derivó el criterio: “DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE Aquellos”. Sin descartar que del Amparo directo 623/2008, derivó el criterio: “JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”.

Por otro lado, en la sentencia dictada por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativas y de Trabajo del Décimo Primer Circuito en el amparo directo 1060/2008, Raúl Negrete Rodríguez presentó demanda de nulidad ante el Tribunal de Justicia Administrativa de Michoacán en contra de la Dirección de Seguridad Pública y Tránsito del Estado de Michoacán por la imposición de una multa de treinta pesos y la detención arbitraria, así como el registro de la detención en la lista de los arrestados que se lleva en Barandilla; la secretaría de Finanzas y Administración del Estado de Michoacán por el cobro de la multa citada; y el Gobernador del Estado de Michoacán por la omisión de expedir reglamentos relativos a garantizar la observancia de los artículos 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los procedimientos administrativos sancionadores.

El magistrado instructor de la Segunda Ponencia del Tribunal de Justicia Administrativa de Michoacán determinó que en el caso concreto se actualizaba la causal de improcedencia prevista en el artículo 2, segundo párrafo, en relación con el 205, fracción X, del Código de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán, ya que los actos impugnados tenían su origen en actos de seguridad pública que, por tanto, estaban excluidos de regulación en el citado código y, en consecuencia, de la competencia del tribunal.

En contra de la anterior resolución, el actor interpuso recurso de reconsideración ante la citada Sala, la que confirmó el acuerdo impugnado. Inconforme, Raúl Negrete Rodríguez presentó demanda de amparo directo.

La sentencia argumentó que un tratado internacional ha sido ratificado por el Estado mexicano, existe la obligación de adaptarlo al derecho interno mediante un procedimiento especial. Así, una vez realizado este procedimiento, lo pactado en el tratado queda automáticamente incorporado al derecho interno mexicano. En esta línea, cuando se trate de un conflicto que verse sobre derechos humanos, los tratados suscritos por el Estado mexicano que los regulan, deben ubicarse propiamente a nivel de la Constitución porque dichos instrumentos internacionales deben concebirse como una extensión de lo previsto por ella respecto a los derechos fundamentales.

Las autoridades mexicanas quedan vinculadas a invocar la jurisprudencia de los tribunales internacionales cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de las disposiciones protectoras de los derechos humanos, en virtud de que el Estado en su conjunto asumió un compromiso internacional y de que el mismo ha sido incorporado a la Ley Suprema de la Unión.

Dado que México aceptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también reconoció la interpretación que de dicha convención realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de tal manera que todos los tribunales del Estado Mexicana quedan obligados a aplicar los tratados internacionales y la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros organismos, lo que conlleva a sustentar que deben realizar un control difuso de convencionalidad al resolver los asuntos sometidos a su competencia.

De la sentencia derivaron los criterios: “TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN” Y “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO”.

2.3.1. Verificación de la existencia de Contradicción de Tesis

Manifestó el Ministro ponente, que para poder determinar si existe una contradicción de tesis debe verificarse lo siguiente: a) que los órganos contendientes sostengan tesis contradictorias, debiéndose entender por tesis el criterio adoptado con arbitrio judicial y a través de argumentaciones lógico-jurídicas para justificar una determinada resolución; y b) que los criterios sean discrepantes sobre un mismo punto de derecho, independientemente de que las cuestiones fácticas que lo originan no sean iguales.

Para Zaldívar Lelo de Larrea, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación debe considerar que en el caso existe la contradicción de tesis denunciada. Los Tribunales Colegiados contendientes analizaron en los diversos amparos directos sometidos a su consideración, los siguientes puntos jurídicos: 1) la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la Constitución; 2) el carácter de la jurisprudencia en materia de derechos humanos emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y 3) el control de convencionalidad.

En relación con el punto 1), el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito sostuvo en el amparo directo 344/2008 que dichos tratados se encuentran por encima de las leyes federales y por debajo de la Constitución. Por otro lado, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito señaló en el amparo directo 1060/2008 que “cuando se trate de un conflicto que verse sobre derechos humanos, los tratados o convenciones internacionales suscritos por el Estado Mexicano deben ubicarse propiamente a nivel de la Constitución”.

Ambos tribunales se pronunciaron respecto a la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la Constitución, siendo que el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito sostuvo que los mismos se ubican debajo de la Constitución, mientras que

el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito consideró que están al mismo nivel.

En relación con el punto 2), referente al carácter de la jurisprudencia en materia de derechos humanos emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el amparo directo 623/2008 el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito argumentó que es posible invocar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como criterio orientador cuando se trate de la interpretación y cumplimiento de disposiciones protectoras de los derechos humanos. En consecuencia, este criterio fue recogido en la tesis de rubro “JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”.

Al respecto, si bien el primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y de Trabajo del décimo primer Circuito señaló en compartir esa tesis aislada del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al mismo tiempo esgrimió consideraciones acerca de que la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos es obligatoria, pues entendió el “carácter orientador” de la misma de diversa forma.

Es posible señalar que el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito consideró a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como un criterio orientador, mientras que el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de trabajo del Décimo Primer Circuito le otorgó a los precedentes de dicho tribunal y a los de cualquier otro organismo internacional de derechos humanos un carácter obligatorio.

Finalmente, en el tema del control de convencionalidad identificado en el punto 3), el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito abundó respecto al deber que tienen todas las autoridades de cumplir y hacer cumplir los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, por lo que los tribunales del Estado mexicano no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también los tratados o

convenciones internacionales, lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las contenidas en tratados internacionales.

Por su parte, el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al resolver el amparo directo 344/2008, únicamente se pronunció respecto a la posibilidad de plantear a través del juicio de amparo violaciones a los derechos contenidos en los tratados internacionales suscritos por México, por lo que al igual que el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito sostuvo la necesidad de que los tribunales federales ejerzan el denominado control de convencionalidad, sin pronunciarse sobre si dicho control debe ser difuso, puede inferirse que su pronunciamiento se refiere a los órganos de control concentrado. Así, ambos tribunales sostuvieron la pertinencia del control de convencionalidad en sede interna. En consecuencia, no existe un punto de toque entre las consideraciones sustentadas por ambos tribunales respecto al tema del control de convencionalidad.

Dicho lo anterior, Lelo de Larrea concluye en su proyecto que sí existe la contradicción de tesis denunciada y que la Litis de la misma consiste en determinar dos cuestiones: i) la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la Constitución; y ii) el carácter de la jurisprudencia en materia de derechos humanos emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.3.2. Opiniones de la Ministra Luna Ramos

Son trascendentales las opiniones de la Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos¹¹⁸. En estricto orden de ideas respecto a las discusiones que se

¹¹⁸ Ha ocupado todos los puestos que integran el escalafón de la carrera judicial: Oficial Judicial mecanógrafa, Actuaría y Secretaría de Juzgado de Distrito, Secretaría Proyectista de Tribunal Colegiado,

desarrollaron en el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto de la contradicción de tesis 293/2011, la Ministra Luna Ramos conservó la postura que la ha caracterizado, la constitución por arriba de todo.

En primera instancia, manifestó que las tesis correspondían al año 2008, por lo tanto no fueron dictadas en el sentido de las reformas de 2011. Sin embargo, su argumento de dejar sin materia la contradicción de criterios, no prosperó. En comentarios posteriores aceptó que existía contradicción entre los criterios presentados ante el pleno.

Sesudo entramado intentó realizar la Ministra Luna Ramos, con el objeto de hacer entender que el principio de Supremacía coloca en primer nivel a la Constitución, aún en lo dispuesto en el 133 constitucional. Si bien reconoció el problema de jerarquía normativa, argumentó: “que la función del Estado es una función jurídica, es un proceso evolutivo y graduado de creación normativa que se da en una Norma Fundamental, que constituye el primer acto legislativo que en uso de nuestra soberanía nos damos. ¿Precisamente para qué? Para establecer un sistema de Estado, para establecer un sistema de gobierno, para establecer competencias y facultades de nuestras autoridades, y para establecer que todos aquellos actos que se hagan por nuestras autoridades, tendrán que ser hechos. ¿A partir de qué? De normas jurídicas. Y por esa razón se establece también dentro de nuestra Constitución el proceso de creación de normas jurídicas y sus contenidos”.

Lo anterior sirvió de cimiento para exponer que el reconocimiento de supremacía constitucional nace de la propia constitución, y que el principio pro persona es meramente interpretativo e implica “que quien va aplicar esto analice que el tratado está de acuerdo, es acorde con la Constitución, y siendo acorde con la Constitución entonces aplique en favor de la persona el artículo que sea más benéfico”, aparentemente es lo correcto. Pero si bien sabemos que el artículo 15

Secretaria de Estudio y Cuenta de las Salas Penal y Administrativa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en donde también fue Tesorera y la primera mujer Presidenta del Colegio de Secretarios de Estudio y Cuenta del Máximo Tribunal de nuestro país.

constitucional implica una restricción para evitar lo que señala, coloca una vez más a la Constitución en primer término. Cuando la esencia del principio *pro homine* es la protección a los derechos en la norma que los reconozca, es decir interna o externa, sin jerarquizaciones.

Explica que en el momento de reconocer los derechos humanos a través de la constitución, se positivizan aunque sean de corte *ius naturalista*, adquiriendo el carácter de normas jurídicas, “*los derechos humanos que estén positivizados en la Constitución y en los tratados internacionales deben respetarse en favor de todos los mexicanos ¿Qué es lo que se eleva a rango constitucional, la obligación de respetar los derechos humanos en la Constitución y en los tratados, pero no entiendo que se pueda decir que están exactamente al mismo nivel los derechos humanos se positivizan en el momento en que forman parte de un ordenamiento jurídico de fuente nacional o de fuente internacional, y en el momento en que forman parte de un ordenamiento jurídico constituyen una norma jurídica y al constituir una norma jurídica ingresan a nuestro orden jurídico mexicano*”.¹¹⁹

Ese no era el espíritu del legislador, sin temor a equivocaciones. Lo que el legislador intentó es ampliar para aplicar el catálogo de derechos, no sólo dotar de rango constitucional el reconocimiento, sino la sustancia propia de las obligaciones que ha contraído el estado mexicano. Celebrando la Ministra, ampliamente, el proyecto final de jurisprudencia, en las que se establece que en las antinomias entre los tratados internacionales y la Constitución, deben prevalecer las restricciones establecidas en la Constitución. Lo que dolorosamente, involuciona la protección de los derechos humanos en México.

2.3.3. Jurisprudencia emanada de la Contradicción de Tesis 293/2011

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE

¹¹⁹ Palabras textuales de la Ministra Luna Ramos durante la sesión del pleno.

AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El primer párrafo del **artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte.** De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las **reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once**, se desprende que las **normas de derechos humanos**, independientemente de su fuente, **no se relacionan en términos jerárquicos**, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., **cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano**, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.¹²⁰

¹²⁰ Registro: 2006224. [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 5, Abril de 2014, Tomo I; Pág. 202.

CAPÍTULO III

El Control de Convencionalidad en el Derecho Comparado

SUMARIO 3.1. Caso Mexicano 3.2. Caso Español 3.2.1. Posición Constitucional en España del Convenio Europeo de Derechos Humanos 3.3. Convenio Europeo de Derechos Humanos 3.3.1. Derechos Reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos 3.3.2. Restricciones a los Derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos 3.3.3. Control valorativo del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Control de Convencionalidad) 3.4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos 3.4.1. Sistema original del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 3.4.2. Sistema vigente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 3.4.2.1. Protocolo de Enmienda número 11 adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos 3.4.3. Conformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 3.5. Procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 3.5.1. Demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 3.5.2. Admisibilidad de las Demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 3.5.3. Desahogo del procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 3.5.3.1. Primer examen de admisibilidad de la Demanda 3.5.3.2. Segundo examen de la admisibilidad de la Demanda 3.5.3.3. Fase de arreglo amistoso entre las partes 3.5.4. Declaración de Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, efectos y ejecución 3.6. Interpretación del Convenio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 3.7. Recepción interna del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Jurisprudencia del Tribunal en España 3.8. Análisis de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en México, y del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos. Método analógico comparativo

3.1. Caso Mexicano

Evidente resulta el enriquecedor aporte de la comparación entre dos o más elementos sean de ámbito nacional, o en el caso que nos ocupa, internacional. Para el presente estudio, es el estudio del orden jerárquico de aplicación de la Constitución frente a los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos en México y España¹²¹, en función de la protección más amplia que otorguen a sus habitantes.

Comenzando por el caso mexicano, la situación (misma que fue tratada en epígrafes anteriores) no es hasta el momento, alentadora. Si bien, la combinación de los artículos 1º y 133 constitucionales junto con el artículo 15¹²², conforman un fuerte entramado protector de los Derechos Humanos surgido del antes escrutado,

¹²¹ Para el caso Mexicano será objeto de estudio la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y por su parte, en el caso Español, será el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹²² Éste de carácter restrictivo, en cuanto a la suscripción de tratados que sean contrarios a la protección de los Derechos Humanos.

“nuevo paradigma” adoptado con las reformas constitucionales hermanas de 6 y 10 de junio de 2011; la interpretación jurisprudencial que hace la Suprema Corte de Justicia de la Nación del artículo 133 sobre el lugar que guardan los tratados internacionales en la constitución, en su resolución de la contradicción de tesis 293/2011¹²³, no es la mejor.

Carbonell, expresa que la Suprema Corte de Justicia de la Nación “se negó a reconocer que los tratados de Derechos Humanos pueden prevalecer frente a la Constitución incluso o sobre todo en los casos en que nuestra Carta Magna prevea ciertas restricciones a los derechos”.¹²⁴ Negativa que deja en Estado de indefensión a los habitantes del territorio mexicano en caso de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos otorgue mayor protección, al imponerse el orden constitucional mexicano.

Redondeando el estudio elaborado dentro de la presente investigación, consultamos a la Constitución Española, para entender cómo debe imponerse una tutela efectiva de la protección de los Derechos Humanos.

3.2. Caso Español

La misma situación en México, objeto de estudio en la presente, recibe un tratamiento diferente en el Reino de España. Donde en materia de Derechos Humanos serán los tratados internacionales debidamente suscritos por este país, la máxima. El punto de partida es el compromiso internacional adquirido por España, donde son parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹²⁵ y de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea,¹²⁶ lo que robustece la esfera de protección de sus gobernados al reconocer la autoridad de los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo respectivamente.

¹²³ Registro: 2006224, *op. cit.*, nota 120.

¹²⁴ Carbonell, Miguel, “El mensaje de la Corte”, *Periódico el Universal*, México, 5 de septiembre de 2013.

¹²⁵ Es adoptado por el Consejo de Europa, el 4 de noviembre de 1950 y entra en vigor hasta 1953. Ratificado por España en fecha 4 de octubre de 1979.

¹²⁶ Fue proclamada en primer momento el 7 de diciembre de 2000 en Niza. Su versión adaptada hizo lo propio el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, Ratificado, tiene carácter vinculante para todos los países de la Unión Europea con excepciones para Polonia y el Reino Unido.

El carácter vinculante entre España y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es prioridad en la comparación desarrollada. Mismo que entra en vigor para España, sino hasta 1979 cuando se cumplió con la requisitoria constitucional de ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Mientras que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es el más importante órgano supranacional protector de los Derechos Humanos reconocido en el continente europeo (a excepción de Bielorrusia y Kazajistán); el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que encuentra su fundamento jurídico en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, sólo tiene potestad sobre los miembros de la Unión Europea.

Sin lugar a duda que el Consejo de Europa, impulsor del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tenga muchos más adeptos que la Unión Europea, apuntala el sistema protector del primero. En suma que la segunda tiene previsto incorporarse al Convenio. Si bien esto es a *posteriori* por ahora, los Estados que pretenden formar parte de la Unión Europea, tienen que aceptar el Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, por lo que el presente nos da la razón para tener por objeto de estudio al Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) junto con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH).

3.2.1. Posición Constitucional en España del Convenio Europeo de Derechos Humanos

Partimos del origen del carácter vinculante del Estado español con el CEDH. En este caso se trata de un tratado multilateral que nace en el seno del Consejo de Europa, con el fin de establecer un estándar mínimo de reconocimiento y respeto de derechos y libertades fundamentales en el continente europeo.

García Roca, indica respecto a la ubicación del Convenio en los ordenamientos de los Estados parte, que su "posición parece ser entonces equiparable a la ley, la misma fuerza y rango de ley que los demás tratados, pero

no suele otorgársele valor constitucional”.¹²⁷ Por el contrario, el documento fundamental en el caso español establece como máxima al Convenio en materia de Derechos Humanos, y es que subsidiariamente representa el mínimo de derechos a respetar.

Dicho lo anterior, destaca el artículo 93¹²⁸ de la Constitución Española (en adelante CE) como el pilar de la estructura de reconocimiento a los tratados internacionales. Ciertamente es que condiciona la autorización de la celebración de tratados, por los que se atribuye a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, a una ley orgánica. Pero también lo es, que otorga la responsabilidad de la garantía y el cumplimiento de los tratados a la Cortes Generales (cámara de Diputados y cámara de Senadores) o al Gobierno, por lo que reparte facultades ampliando el cuadro de responsabilidad.

La autorización que deben otorgar las Cortes para obligarse por medio de tratados o convenios deriva del artículo 94.c) de la CE, que será cuando los tratados o convenios “afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos fundamentales establecidos en el Título I”.¹²⁹

Sin duda, el supuesto a estudiar es el segundo. El título enumera los derechos y deberes fundamentales; luego entonces, si el CEDH prevé el margen primario de los derechos que debe reconocer todo Estado, las Cortes y el Gobierno son responsables del cabal cumplimiento de la obligación Internacional. Ahora bien, una vez celebrado el tratado internacional, el lugar que guarda será en el ordenamiento interno, según el artículo 96.1 de la CE.

¹²⁷ García Roca, Javier (coord.), La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos, 2a. ed., Madrid, España, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2009, p. 34.

¹²⁸ Artículo 93 de la Constitución Española: “Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión”.

¹²⁹ Artículo 94 de la Constitución Española.

En el adecuado orden de ideas, es turno de analizar el reconocimiento jurisdiccional que posee el TEDH. Radica sin mayores complicaciones en el artículo diez punto dos, el cual enuncia:

Artículo 10.2.- 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.

Si es el Convenio el que se coloca en el supuesto del artículo 10.2, porque posee en materia sustantiva el catálogo de derechos fundamentales; entonces, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es embestido en efecto colateral de potestad jurisdiccional en el territorio Español. Sencillamente, porque el artículo 10.2 obliga a la interpretación conforme del CEDH y el convenio crea al TEDH como tribunal de garantía en su artículo 19,¹³⁰ que vela por el cumplimiento del Convenio, entonces es el propio artículo 10.2 que otorga fundamento constitucional al reconocimiento del Tribunal.

3.3. Convenio Europeo de Derechos Humanos

Aquéllos promotores del posicionamiento de un régimen común de derecho internacional europeo, buscaban proseguir con el significativo aporte de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y con ello expresaron “la convicción de que los Estados soberanos, tienen la obligación jurídica de respetar los Derechos Humanos de las personas que se hallen bajo su jurisdicción”.¹³¹

¹³⁰ Artículo 19. Con el fin de asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y sus Protocolos, se crea un Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante denominado “el Tribunal”. Funcionará de manera permanente.

¹³¹ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 1a. ed., Madrid, España, Tecnos, 2003, p.11.

En base a dos grandes discursos,¹³² el Movimiento Europeo¹³³ convocó a un Congreso de Europa que se celebró en la Haya¹³⁴. Es allí donde se declara el deseo de tener una carta de Derechos Humanos que garantice las libertades de pensamiento, reunión y expresión, así como el libre ejercicio de una oposición política. Además como garantía, se exigía un Tribunal de Justicia capaz de aplicar las sanciones necesarias para hacer respetar la Carta.

Producido el 5 de mayo de 1949 por el Tratado de Londres, el Consejo de Europa se consolidó como la organización regional pionera en ocuparse de establecer una convergencia política y jurídica común a los Estados europeos, proclamando valores en torno a la defensa de los Derechos Humanos, en base a principios y objetivos comunes. Los principios eran: la preeminencia del derecho y el respeto de los Derechos Humanos. Los objetivos: proteger y reforzar la democracia pluralista, proteger los Derechos Humanos y favorecer el desarrollo de una verdadera identidad europea.¹³⁵

Pero fue hasta el 4 de noviembre de 1950 que el Consejo de Europa forjó su mejor obra, consiguiendo la firma del reconocimiento supranacional de un mínimo de Derechos Humanos y libertades fundamentales que tienen seguro cumplimiento, en la certeza que brinda como garantía la labor del TEDH; “vale un fortalecimiento de la línea de defensa de los derechos fundamentales, pero, en cambio, de ninguna manera se puede tolerar una debilitación de los mismos”.¹³⁶

El CEDH entra en vigor en 1953 reproduciendo el espíritu contenido en el Estatuto del Consejo de Europa e implementa como novedad, en el continente, la obligación jurídica de respetarlo. El antecedente recurrido por el Consejo de

¹³² Ambos pronunciados por Winston Churchill en Zurich el 19 de septiembre de 1946, y en Londres el 14 de Mayo de 1947.

¹³³ Cuyo nombre oficial es Comité Internacional de los Movimientos para la Unión Europea.

¹³⁴ Celebrado del 8 al 10 de mayo de 1948.

¹³⁵ García, María Encarna, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del Siglo XXI*, 1a. ed., Valencia, España, Trant lo Blanch, 1998, p. 26.

¹³⁶ Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, *Vías Concurrentes para la Protección de los Derechos Humanos. Perspectiva española y europeas*, 1a. ed., Navarra, España, Thomson Civitas, 2006, p. 60.

Europa, es sin lugar a duda, la Declaración Universal de Derechos Humanos que influye, indiscutiblemente en la redacción del Convenio.

Con especial cuidado se realiza un exhaustivo análisis para aceptar la adhesión de un nuevo Estado parte, que deberá cumplir con las disposiciones del estatuto del Consejo de Europa. El Estado que pretende la adhesión deberá ser un Estado europeo, tener la voluntad de colaborar con los fines del Consejo de Europa, celebrar elecciones democráticas y, garantizar los Derechos Humanos y las libertades fundamentales. Lo anterior, en suma a la firma de adhesión al Convenio con un número mínimo de reservas.

La sociedad en general, está en continua transformación, por lo que el Convenio es completado por trece protocolos con la finalidad de responder a las necesidades imperantes en cada momento de la historia europea, desde que entró en vigor a la fecha.

De estos protocolos son los números 1, 4, 6, 7, 12 y 13 los que tienen carácter adicional y acrecientan el catálogo de derechos sustantivos que deben ser protegidos. En resumen, los protocolos 9 y 10 son adicionales sin ser sustantivos, es decir, no agregan ningún derecho. El 9¹³⁷, aclara quién tiene legitimación activa para deducir demanda ante el Tribunal. Por su parte, el 10 se enfocaba en relación a la mayoría requerida en el Comité de Ministros para que éste pudiera decidir si existió o no violación al Convenio en los casos que no fueran presentados ante el Tribunal.

El 2, también adicional, concede jurisdicción consultiva al Tribunal para formular dictámenes sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y sus protocolos, a solicitud del Comité de Ministros del Consejo de Europa. Hasta hoy, el Comité de Ministros no ha presentado consulta alguna.

Los protocolos 3, 5, 8 y 11 son de enmienda, por lo que es fundamental que sean ratificados por los Estados partes. Aluden a la organización del sistema de

¹³⁷ Único de los dos que entró en vigor.

garantía y sus facultades. Siendo el número 11 el que modificara de mayor manera el mecanismo de garantía que data desde 1950. Su mayor aportación fue la institución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el cuál es permanente y sus sentencias obligatorias. Son 59 artículos divididos en tres títulos, los que componen al Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Título I¹³⁸ establece los derechos reconocidos; el Título II¹³⁹ regula la estructura y funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; y por último, el Título III¹⁴⁰ enlista disposiciones diversas.

El Convenio en su artículo primero protege a todas las personas sin importar su nacionalidad, al aclarar que los Estados deben reconocer a toda persona sus derechos y libertades, aunque si fuera el caso, no tuvieran nacionalidad. Con ello se garantiza el goce de los principios sustantivos del Convenio y se prevé el cobijo a nacionales y extranjeros, siempre y cuando se encuentren personalmente en los límites territoriales de los Estados signatarios.

3.3.1. Derechos Reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

Los derechos protegidos son:

- Artículo 2. El derecho a la vida.
- Artículo 3. El derecho a no ser sometido a tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes.
- Artículo 4. El derecho a no ser sometido a esclavitud, servidumbre o trabajos forzados u obligatorios.
- Artículo 5. El derecho a la libertad y a la seguridad.
- Artículo 6. El derecho a un proceso equitativo y a la presunción de inocencia.

¹³⁸ Artículos. 2 a 18.

¹³⁹ Artículos. 19 a 51.

¹⁴⁰ Artículos. 52 a 59.

- Artículo 7. El derecho a no ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o el derecho internacional.
- Artículo 8. El derecho al respeto de la vida privada y familiar.
- Artículo 9. Libertad de pensamiento, conciencia y religión.
- Artículo 10. Libertad de expresión y de recibir o de comunicar informaciones o ideas.
- Artículo 11. Libertad de reunión y de asociación.
- Artículo 12. El derecho a contraer matrimonio.
- Artículo 13. El derecho de a un recurso efectivo ante una instancia nacional.
- Artículo 14. Prohibición de discriminación.

Juan Antonio Carrillo es contundente, “los derechos y libertades reconocidos en el Convenio ponen de manifiesto dos datos importantes: en primer lugar, que tales derechos y libertades se enuncian mediante conceptos jurídicos indeterminados, llamados a ganar concreción en la aplicación del Convenio a casos concretos; en segundo lugar, que el Convenio protege fundamentalmente derechos civiles y políticos”.¹⁴¹

Un artículo importantísimo del CEDH, corresponde al numeral 53, en el que se fija como mínimo de interpretación en cuanto a Derechos Humanos se refiere, los establecidos en el Convenio. Además el propio artículo establece que sus disposiciones no podrán interpretarse con el objeto de limitar los Derechos Humanos y las libertades fundamentales ya reconocidas en el ámbito interno de un Estado parte.

Ahora bien, es turno del respectivo análisis a los artículos de los protocolos adicionales, que por no estar contenidos en el CEDH, no son menos importantes ya que su validez jurídica es la misma. El Protocolo adicional número 1, de 1952 añadió a la lista de derechos reconocidos en el convenio, los siguientes:

¹⁴¹ Carrillo Salcedo, Juan, *op. cit.*, nota 128, p.23.

- Artículo 1. El derecho al respeto de los bienes por lo que nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas en la ley y por los principios del derecho internacional.
- Artículo 2. El derecho a la instrucción, respetando el estado de derecho de los padres a asegurarla de conformidad con sus convicciones.
- Artículo 3. La obligación del Estado de organizar periódicamente elecciones libres.

Por su parte, el Protocolo adicional número 4 agregó:

- Artículo 1. La prohibición de la privación de libertad por incumplimiento de una obligación contractual.
- Artículo 2. El derecho de toda persona que se encuentre legalmente en el territorio de un Estado parte a la libre circulación por el territorio de dicho Estado y a escoger libremente su residencia.
- Artículo 3. Prohíbe la expulsión de nacionales o que se niegue a una persona la entrada en el territorio del que fuese nacional.
- Artículo 4. Prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros.

Es importante señalar que el protocolo adicional número 6 abole la pena de muerte. Disponiendo en su artículo 1 que nadie podrá ser condenado a tal pena ni ejecutado, por lo que se protege el derecho a la vida consagrado en el artículo 2 del Convenio. Existe la salvedad de que por actos de tiempos de guerra o de peligro inminente de guerra, el Protocolo adicional número 6 permite a los Estados parte aplicar la pena de muerte.

El Protocolo adicional número 7 perfecciona la lista de derechos y libertades reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos:

- Artículo 1. Prohibición de la expulsión arbitraria de extranjeros.
- Artículo 2. Derecho a un recurso contra una condena penal.

- Artículo 3. Derecho a obtener una indemnización del Estado cuando una condena sea anulada o se produzca un indulto a causa de un error judicial.
- Artículo 4. Se establece el principio de no ser juzgado dos veces por lo mismo.
- Artículo 5. Principio de igualdad jurídica de los esposos en derechos y responsabilidades de carácter civil.

Resalta el contenido del protocolo adicional número 12, abierto a la firma de los Estados parte en Roma el 4 de noviembre de 2000.

- Artículo 1. Se prohíbe la discriminación en su más amplio sentido.

Apareciendo como un verdadero derecho, a diferencia del artículo 14 del Convenio.

En el último de los protocolos, el número 13, se prohíbe en todas sus circunstancias la pena capital. Por lo que complementa al Protocolo número 6.

3.3.2. Restricciones a los Derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos

Se limitan con restricciones los derechos reconocidos en los artículos 8 a 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Lo son el derecho al respeto de la vida privada y de familia, del domicilio y la correspondencia; derecho a manifestar la religión o las convicciones; derecho a la libertad de reunión, asociación y sindicación. Dichos artículos señalan que la limitación radica en condición de alcanzar la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, incluyendo la protección de los derechos y libertades de terceros.

Sin embargo, las restricciones están limitadas por el artículo 18 del Convenio que sirve de medio de control para este supuesto. Ya que, las restricciones que pudieran ser impuestas a los derechos y libertades reconocidos

no podrán ser ejecutadas más que con la finalidad para la cual hubiesen sido invocadas. Para hacer efectivas las limitaciones, deben estar previstas en la ley nacional para responder a una finalidad legítima. Resulta obvio, que la disposición en comento es redactada para guardar tranquilidad en torno a la potestad soberana que guarda todo Estado, cuándo puede ver limitada ésta ante situaciones contingentes, que ameritan decisiones eficientes en beneficio de la mayoría de los habitantes de un Estado parte. Entendiendo que “el alcance de los Derechos Humanos no tiene límite *ratione personae*, es decir, que se reconoce para toda persona que dependa de la jurisdicción de un Estado Parte”.¹⁴²

En comento de lo inmediatamente anterior, el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos dispone que en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, los Estados parte podrán derogar las obligaciones en él establecidas. Debemos reiterar que sólo se puede tomar esa medida sin ignorar las obligaciones que nacen del Derecho internacional. Por lo que la facultad de derogación no es a voluntad discrecional, por el contrario, solamente cabe en los supuestos definidos.

El artículo 15 del CEDH avanza de sobre manera, al declarar de que existen en la materia obligaciones jurídicas que dimanen del derecho internacional; además de reconocer un conjunto de Derechos Humanos,¹⁴³ que en todo momento están protegidos para mantener siempre un orden europeo en esta materia.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos adicionales de carácter normativo integran un entramado de normas jurídicas, pero este conjunto no constituye un derecho común europeo de los Derechos Humanos porque en él operan factores de fragmentación y de relativismo que no es posible ignorar y que limitan su alcance¹⁴⁴; redacta contundentemente Carrillo Salcedo.

¹⁴² García Roca, Javier (coord.), *op. cit.*, nota 124, p. 70.

¹⁴³ Son inderogables incluso “en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación” art. 15.1 del CEDH.

¹⁴⁴ Carrillo Salcedo, Juan, *op. cit.*, nota 128, p. 32.

Honesto en todas sus palabras, y es que aquél “relativismo” se ubica en la interpretación del Convenio que cada quién intenta ejecutar a medida de sus intereses sin lograrlo aún, por el férreo trabajo que hace el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero el desequilibrio está presente.

El más claro ejemplo radica en que todos los Estados miembros del Consejo de Europa están vinculados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero no todos los Estado parte del Convenio están obligados, ya que no todos reconocen los protocolos adicionales, y esto vulnera el vínculo jurídico para hacer respetar el total de derechos contemplados tanto por el Convenio como por los protocolos. Adicionalmente al problema, los Estados elaboran complejas reservas y declaraciones interpretativas que los exceptúan, o en su defecto, interpretan a su manera las obligaciones jurídicas adquiridas.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos estructuró un sistema de protección para garantizar los derechos y libertades enumerados en él. Está compuesto de un doble mecanismo, el primero es no jurisdiccional y consiste en los informes que los Estados deben entregar con los detalles de la seguridad que brindan a la eficiente aplicación de las disposiciones del Convenio¹⁴⁵. Por su parte el segundo, está tutelado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

3.3.3. Control valorativo del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Control de Convencionalidad)

Resuelto el álgido punto de la ubicación del sustento Constitucional Español del reconocimiento que poseen el CEDH y el TEDH, prosigue exponer la ubicación del control “Convencional” de carácter difuso y concentrado y sus efectos.

Primero, resulta prudente definir “control” en lo que respecta al tema objeto de estudio. Deberá entenderse desde una triple perspectiva. Inicialmente desde el *dominio* teórico de los criterios normativos contenidos en el Convenio; sumado al *mando*, consecuencia directa de la autoridad y poder de ejercicio que embiste la

¹⁴⁵ El sistema de informes es muy poco utilizado y es que el Estatuto del Consejo de Europa confirió muy escasas competencias al Secretario General de la Organización.

función jurisdiccional; y, por último y no menos importante, la *preponderancia* del Convenio sobre la legislación interna, en materia de Derechos Humanos, como mínimo.

El reconocimiento del convenio produce un bloque constitucional de hecho en el caso de España. Es decir, si el convenio es parte del ordenamiento interno según el artículo 10.2 constitucional, entonces la propia constitución deberá darle respectiva posición. Si ésta es a la par de la del documento fundamental, en consecuencia el Tribunal (por aceptar su jurisdicción contenida en el Convenio) será la garantía de los derechos reconocidos en este bloque constitucional.

Para encontrar objetivo sustento teórico que complete lo anterior, y en concreto:

El ordenamiento federal, a diferencia del supranacional, es originario. El carácter del derecho de la integración, sin embargo, introduce ulteriores matices en esta afirmación, pues aunque el derecho “originario” de la organización internacional no sea tal desde el punto de vista constitucional, sino un tratado internacional, lo cierto es que es la cúspide de un ordenamiento cuyo “derecho” derivado, y en ello precisamente consiste, como se verá, su poder de integración, surte plenos efectos en el ordenamiento interno.¹⁴⁶

Y es que sin el derecho derivado de la firma y ratificación de un tratado, el Convenio no tendría como objeto la integración. Por lo tanto no se produciría derecho derivado alguno, y el compromiso internacional no surtiría efectos sustancialmente, ya que la garantía no tendría impacto jurídico por la carencia de competencia. Respecto a efectos, el mismo Ángel Rodríguez, detalla:

El efecto directo del CEDH radica en la aplicación hecha por los operadores jurídicos nacionales como derecho interno.

¹⁴⁶ Rodríguez, Ángel, *Integración Europea y Derechos Fundamentales*, 1a. ed., Madrid, España, Civitas, 2001, p. 51.

Efectos indirectos del CEDH:

- 1) *Lugar del Convenio en la jerarquía interna de la Convención.*
- 2) *La influencia que pueda tener en el procedimiento legislativo.*
- 3) *La aplicación por tribunales y otras autoridades nacionales.*
- 4) *La consideración comparada en cada Estado con respecto a los demás Estados miembros y,*
- 5) *el punto de vista oficial del gobierno sobre la cuestión tal como se refleja en la postura oficial que éste haya mantenido en los casos en los cuales el Estado haya comparecido ante el TEDH.¹⁴⁷*

Por su parte, Luis Jimena Quesada, indica que el juicio de convencionalidad se manifiesta en un control difuso, y por ende, con proyección *inter partes*.¹⁴⁸ Difusamente, corresponde a todos los jueces, sin distinción de instancia, resolver ponderando la norma convencional por constituir el mínimo; a condición de que la protección que brinde el Estado sea mayor. Entonces será aplicable como “la que se ha convertido en regla general del derecho internacional de los Derechos Humanos”,¹⁴⁹ el artículo 53 del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

Artículo 53. Ninguna de las disposiciones del presente Convenio se interpretará en el sentido de limitar o perjudicar aquellos Derechos Humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro convenio en el que ésta sea parte.

Si no es así, entonces indiscutiblemente se aplicará el Convenio de forma difusa en el ejercicio de interpretación que deben ejercer los jueces españoles del CEDH y, de forma concentrada en el control supranacional depuesto en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sin olvidar que, como bien los apuntan

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 113.

¹⁴⁸ Jimena, Luis, *Jurisdicción Nacional y Control de Convencionalidad*, 1a. ed., Navarra, España, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 146.

¹⁴⁹ Arangüena Fanego, Coral, “El Derecho al doble grado de jurisdicción en el orden Penal”, en García Roca, Javier (coord.), *op. cit.*, nota 124, p. 280.

Javier Álvarez García y Argelia Queralt, el Convenio Europeo de Derechos Humanos forma parte del ordenamiento español, en virtud de lo previsto por los artículos 94 y 96 de la Constitución Española, por lo que en principio, todos los poderes públicos están sometidos a sus disposiciones.¹⁵⁰

Por lo que el estudiado artículo 10.2 de la Constitución Española, debe ser aplicado también por todos los poderes públicos, sin dejar de lado ninguno y en cualquier materia. Interpretando el ordenamiento interno en concordancia con el Convenio y su producción jurisprudencial, que establece las pautas a seguir respecto a cada derecho comprendido en él, que simboliza el parámetro europeo a contemplar en cada Estado parte.

3.4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Suprema autoridad en el tratamiento del incumplimiento al CEDH en caso de existir, por los Estados parte; con sede en Estrasburgo, Francia. Su potestad jurisdiccional radica en el propio Convenio que goza de excelente honorabilidad y es el mejor aporte del Consejo de Europa hasta el momento. El TEDH considera como principios fundamentales en su tarea de interpretación del Convenio: el principio de subsidiariedad del mecanismo de protección europeo y el del margen de apreciación de las autoridades nacionales,¹⁵¹ como principios rectores en la formulación de sus sentencias.

Cabe la aclaración que no pertenece a la Unión Europea, además de que ésta busca su anexión al CEDH para reconocer la jurisdicción del tribunal, con lo que se maximiza su importancia en el sistema europeo de protección a los Derechos Humanos.

Asimismo, el Tribunal encuentra antecedente en la producción constitucional teórica europea, que desarrolló el amparo de los derechos fundamentales reconocidos ante tribunales Constitucionales. Pero, como bien

¹⁵⁰ Álvarez García, Francisco Javier, y, Queralt Jiménez, Argelia, “El Derecho a la Libertad y a la Seguridad y su Sistema de Garantías”, en García Roca, Javier (coord.), *Ibidem*, p. 225.

¹⁵¹ García, María Encarna, *op. cit.*, nota 132, p. 111.

aporta Ángel Rodríguez, la originalidad europea consistió en su ejercicio por un tribunal especializado, lo que ha venido a denominarse jurisdicción constitucional concentrada o kelseniana, por más que hayan sido puestos de relieve otros precedentes de la misma, igualmente europeos pero anteriores a la conocida influencia de Kelsen en la redacción de la Constitución austríaca de 1920.¹⁵² Pues bien, el actual sistema que construyó el Convenio, igualmente comprende una jurisdicción concentrada, pero ésta es de carácter convencional.

3.4.1. Sistema original del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Data de 1950 y fue estructurado en la redacción original del Convenio. Este operaba de diferente modo al actual. En ese entonces el sistema jurisdiccional estaba conformado por la Comisión Europea de Derechos Humanos¹⁵³ y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En ese momento la Comisión tenía dos funciones elementales: la primera, consistía en rechazar de oficio las demandas de particulares que no hubieran agotado previamente los recursos internos existentes en el ordenamiento jurídico del Estado demandado;¹⁵⁴ y la segunda, brindar su autorización para que un particular pudiera intentar una acción ante el Tribunal.

El movimiento europeo propuso la creación de dos órganos jurisdiccionales, sin embargo los negociadores del Convenio se inclinaron por tres órganos: la Comisión Europea de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

El antiguo sistema permitía a la Comisión tener conocimiento de demandas entre dos Estados partes¹⁵⁵, o de demandas presentadas por particulares contra un Estado. Sólo el primer supuesto era de competencia obligatoria, por otro lado, el segundo tenía carácter opcional. Entre las actividades de la Comisión,

¹⁵² Rodríguez, Ángel, *op. cit.*, nota 143, p. 31.

¹⁵³ Hoy extinta por el protocolo adicional número 11 al Convenio.

¹⁵⁴ Principio hasta hoy sostenido, pero ahora por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹⁵⁵ La reclamación internacional contra otro Estado parte ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, procedía aunque las víctimas de la violación no fuesen nacionales del Estado demandante.

destacaba su potestad para decidir si una demanda era admisible o no, determinar los hechos ocurridos, proponer arreglos entre las partes; y por último, determinar en una opinión escrita dirigida al Comité de Ministros del Consejo de Europa, si se concretó violación alguna al CEDH.

El TEDH, en ese entonces de jurisdicción opcional, tenía por encargo emitir su sentencia absolutoria o condenatoria de tipo vinculante en los asuntos que le remitiera la Comisión. Si en determinados casos el Estado demandado no hubiere aceptado la jurisdicción del Tribunal, el Comité de Ministros del Consejo de Europa tenía facultad potestativa para comunicar una resolución de carácter vinculante sobre la violación o no del CEDH. El Comité, como órgano meramente político, tenía por objeto ofrecer soluciones en el caso de que un Estado no reconociera la jurisdicción del Tribunal. Este sistema sólo entraba en operación al presentar una demanda y que esta fuera admitida, ya que no tuvo en ningún momento, potestades de oficio.

Entre las limitaciones que obligarían al cambio de modelo, destacan el carácter voluntario de la entonces Comisión para recibir demandas de particulares, el principio opcional de la jurisdicción del TEDH y, la intervención del Comité de Ministros en los asuntos que el TEDH no pudiera intervenir por falta de reconocimiento a su jurisdicción, entre otras.

Si bien el carácter de la Comisión era voluntario y no obligatorio con facultades investigativas de oficio, significó una revolución para el Derecho Internacional que aceptara demandas presentadas por particulares que no siempre fue una persona individual, sino que también se incluyeron grupos de particulares y organizaciones no gubernamentales.

Esta innovación del Derecho internacional no constituyó el inicio de un sistema en el que cualquier particular de un Estado miembro pudiera exigir la intervención de la Comisión ante un vulneración de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio, dado que el demandante tenía que ser víctima de la

violación, y además que cabe reiterar que el conocimiento de las demandas ante la Comisión era optativo, en suma a la jurisdicción voluntaria del Tribunal.

3.4.2. Sistema vigente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Si bien, la propuesta de sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos constituyó una senda novel e importante en cuanto a protección de Derechos Humanos se refiere, contenía una serie de condiciones que hacían al sistema burdo e inoperante. La carga de este entorpecimiento radicaba en mayor medida, en el reconocimiento opcional que poseía el TEDH para resolver demandas de particulares en contra de un Estado parte.

Pasado el tiempo, los Estados parte admitieron la competencia de la Comisión y reconocieron la jurisdicción del Tribunal, por lo que la influencia política del Comité de ministros terminó por disuadirse. La relevancia del Tribunal fue tal, que terminó por consolidar su carácter jurisdiccional al obtener confianza y sobre todo, el respeto de los Estados parte.

En el memorándum sometido por el Gobierno Suizo a la Conferencia Ministerial Europea sobre Derechos Humanos,¹⁵⁶ se propuso instituir un solo Tribunal (el objeto fue eliminar a la Comisión), cuyo carácter sería permanente y su jurisdicción obligatoria. Ocupándose tanto a la admisibilidad de las demandas, como la tarea de dictar sentencia de forma imparcial.

Esta propuesta fue considerada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, siendo aceptada en 1993 en la Declaración de Viena de los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros del Consejo de Europa.

Se configuró el nuevo mecanismo de garantía del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como pieza fundamental. La principal característica de este sistema consiste en una obligación para los Estados contratantes de proteger de forma efectiva los Derechos

¹⁵⁶ Celebrada en Viena, Austria en marzo de 1985.

Humanos contenidos en el Convenio y de aceptar un control internacional del respeto a esos derechos.¹⁵⁷

3.4.2.1. Protocolo de Enmienda número 11 adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos

El Protocolo de enmienda del Convenio Europeo de Derechos Humanos número 11¹⁵⁸ instituye al Tribunal Europeo de Derechos Humanos como el órgano permanente reconocido por su jurisdicción obligatoria, dictando sentencias de carácter vinculante. Siempre y cuando los particulares que acudan, agoten las instancias contempladas en el Estado Parte que violó sus derechos reconocidos en el Convenio o en sus protocolos adicionales.

El protocolo de enmienda número 11 modificó el artículo 19 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, instituyendo al Tribunal con las siguientes características:

- Que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decide si existe o no violación a los preceptos consagrados en su normativa de carácter sustantivo, firmados y ratificados por los Estado parte.
- Que el carácter permanente y su jurisdicción obligatoria para los Estados parte, es aplicable a demandas interestatales y demandas interpuestas por particulares.
- El particular tiene la misma capacidad jurídica para interponer demanda, una vez agotados los recursos internos de su país.
- El Comité de Ministros del Consejo de Europa es el encargado de vigilar la ejecución de las sentencias.

El funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos concebido por el protocolo 11 actúa en un doble grado de jurisdicción, ya que se dividen las atribuciones de un Tribunal único, a las Salas y la Gran Sala.

¹⁵⁷ García, María Encarna, *op. cit.*, nota 132, p. 207.

¹⁵⁸ Aunque fue abierto a firma en 1994, no entró en vigor sino hasta el primero de noviembre de 1998.

Se dotan de carácter definitivo las sentencias de las Salas una vez que los involucrados no acuden a la Gran Sala para la remisión del caso. También serán definitivas si transcurren tres meses sin solicitud de remisión, o en su defecto cuando cinco jueces de la Gran sala consideran que el asunto no reúne las condiciones excepcionales que justifican la apertura de una segunda instancia, una vez presentada la remisión. Características generales del protocolo:

- Su carácter es obligatorio y no facultativo.
- Su vigencia comenzó después de un año exacto desde su ratificación por el último Estado parte, de los que eran en ese momento.
- El objeto de su redacción sólo es la reforma del mecanismo de garantía del Convenio.
- Cada sección y artículo son titulados para indicar su contenido, sin que los títulos tengan eficacia jurídica.

3.4.3. Conformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Cada Estado parte del Convenio aporta un juez al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que resultan de la elección que hace la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa entre tres candidatos que presenta cada Estado Parte ante ella. Si bien la elección de los jueces es por un periodo de ejercicio de seis años, se pueden reelegir hasta alcanzar la edad de setenta años, con la excepción de que serán jueces hasta terminar los asuntos de su conocimiento y posteriormente, entregar el cargo a quién fue elegido por la Asamblea.

La estructura de jueces extendida del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, responde a la representación de todos los sistemas jurídicos de los Estado parte, siendo de carácter inclusivo, para la constitución del “sistema de protección de Derechos Humanos Europeo”. Asimismo, el elevado número de jueces está previsto para decidir sobre todas las demandas presentadas. Al respecto, el artículo 26.b) del Convenio determina que el Tribunal reunido en pleno “constituirá Salas por un período determinado”.

Para cumplir con sus funciones, el Tribunal está estructurado en Comités¹⁵⁹ de tres jueces, en Salas¹⁶⁰ de siete jueces y en dos formaciones de Gran Sala integradas por diecisiete jueces con respectivo suplente, cada una.

Carmen Morte, describe con facilidad la noción de Sección, en el marco conceptual que rodea al Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

*“Las Salas se constituyen en el seno de las Secciones, término que no figura en el Convenio sino en el Reglamento del Tribunal. Cada Sección, de composición fija y duración determinada, está formada por diez u once jueces. En la actualidad, el Tribunal se compone de cinco Secciones (según la página oficial), cuya composición debe ser equilibrada, tanto desde el punto de vista geográfico como de la representación de sexos y de los diferentes sistemas jurídicos existentes”.*¹⁶¹

Por lo que respecta a las cuestiones administrativas y de organización, el Pleno las tratará durante el desarrollo de sus sesiones plenarias. Sus funciones están previstas por el artículo 26 del CEDH, en las que destacan la elección de su Presidente y a uno o dos vicepresidentes reelegibles; la constitución de Salas temporales; la elección de los Presidentes de las Salas del Tribunal, con posibilidad de reelección; también, aprobará el reglamento; y no menos importante, elegirá al Secretario o Secretarios adjuntos. Además de que deben designarse Secretarios para cada una de las cinco secciones.

3.5. Procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Las laureadas protección y certeza jurídica que brindan el Tribunal, se alcanzaron con la *supra* mencionada vigencia del protocolo adicional número 11. Aquél cambio de paradigma abrió de sobremanera la brecha, para que las

¹⁵⁹ Es una entidad administrativa que se constituye por un período determinado, y sólo puede declarar los asuntos inadmisibles de plano, o decidir retirarlos de la lista de casos pendientes (archivarlos).

¹⁶⁰ Es una formación judicial de la Corte dentro de un Comité determinado.

¹⁶¹ Morte Gómez Carmen, *El Procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Requisitos de Admisibilidad de la Demanda*, 1a. ed., Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2004, p.23.

posibles vulneraciones a los Derechos Humanos y libertades fundamentales encontraran sanción efectiva.

Y es que el procedimiento instaurado en 1950, encontró su estado de inoperatividad al ser adjetivado como lento e ineficaz, por ello la reforma era importante para la subsistencia del sistema europeo de protección a los Derechos Humanos. Con la aceptación del nuevo sistema, se concreta la tarea de trabajar en el satisfactorio cumplimiento de los objetivos del Convenio.

España es un Estado parte que da cabal cumplimiento a las sentencias del Tribunal. Sin embargo, cobra relevancia la prevención que radica en aplicar el principio de subsidiariedad al vincular la aplicación de sus leyes con lo pactado en el Convenio. Pastor Ridurejo explica, que “las violaciones de la Convención, que lo son también de la Constitución, se reparan en lo posible dentro del Derecho Español, concretamente a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.¹⁶² Si bien es positivo el comportamiento español, no se debe omitir la íntegra explicación del funcionamiento del Tribunal, que se expone en líneas inferiores

3.5.1. Demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Respecto a las demandas interestatales no hay restricción alguna,¹⁶³ por lo que a la interposición de demanda por cualquier Estado parte se refiere, no importará que éste no sea el mismo Estado al que pertenece la nacionalidad de las víctimas; este mecanismo fortalece la potestad jurisdiccional del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Las demandas de particulares¹⁶⁴ se interpondrán en virtud de la consideración de un acto que constituya el menoscabo de la integridad de uno de

¹⁶² *Ibidem*, p. 11.

¹⁶³ Un Estado parte o más de uno pueden someter ante Tribunal cualquier incumplimiento por parte de otro Estado parte en una demanda inter estatal conforme al artículo 33 del Convenio.

¹⁶⁴ Los particulares de forma individual o en grupo y las organizaciones no gubernamentales que estimen ser víctimas de una vulneración del Convenio, cometida por un Estado parte acudirán al Tribunal en términos del artículo 34 del Convenio.

los derechos concebidos en el Convenio. Cabe resaltar que la condena, en caso de existir por parte del Tribunal, siempre recaerá en el Estado y no en la autoridad autora del acto atribuido al Estado. A causa de que éste es el responsable de la administración del gobierno, y está en sus manos el control de los actos de los entes facultados para actuar a nombre de éste.

3.5.2. Admisibilidad de las Demandas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Es requisito imprescindible dentro del procedimiento ante el Tribunal, la admisión de la demanda presentada. Y es que el artículo 35.4, establece que el Tribunal puede declarar inadmisibile una demanda en todo momento. Es decir, que conforme las etapas procesales se vayan superando, en cada una de ellas se examinará la admisibilidad. Son requisitos de admisión:

- Que la presentación de la demanda sea en el plazo de seis meses desde la fecha de la decisión del Estado parte que afecta a la posible víctima.
- Que no sea presentada con carácter anónimo.
- Que no sea sustancialmente la misma que una demanda ya expuesta ante el Tribunal o ante otra instancia internacional de las mismas características.

En sentido negativo, la demanda no puede ser admitida si es incompatible con las disposiciones del Convenio o de sus protocolos adicionales normativos. La incompatibilidad radica: en la falta de consideración de un derecho en el Convenio, en la invocación de un protocolo adicional del que no sea parte el Estado demandado, en caso de que los hechos relatados sean fuera de la jurisdicción del Estado demandado, en que la temporalidad de los hechos sea anterior a la ratificación del Convenio o de sus protocolos adicionales; o, si las demandas carecen de fundamento.

Es prioritario enfatizar que el carácter subsidiario de los Sistemas Regionales de protección de los Derechos Humanos, reclama como principal requisito el agotamiento de las instancias nacionales antes de recurrir al sistema internacional, en el caso del Convenio se considera en su artículo número 35. Aunque no podremos olvidar que antes de acudir al tribunal internacional, se le debe otorgar la oportunidad al Estado de reparar el incumplimiento de sus obligaciones jurídicas. En esta particularidad, es relevante la opinión de Salado Osuna, si “un Estado incurre en responsabilidad está obligado a reparar las consecuencias de la violación y poner fin al hecho internacionalmente ilícito, si el mismo sigue siendo actual”.¹⁶⁵

Las obligaciones que son en principio de carácter nacional, porque su ámbito de aplicación en esta circunstancia es de territorialidad, deben garantizar mediante recursos efectivos, según el artículo 13 del Convenio, la protección a los Derechos Humanos. Dichas obligaciones cobran carácter internacional cuando la suscripción al Convenio es debidamente firmada y ratificada.

3.5.3. Desahogo del procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El procedimiento inicia cuando se remite al secretario del Tribunal, desde luego que también será aceptada si se dirige al tribunal, o a la atención de alguno de los letrados¹⁶⁶ de la Secretaría. En caso de decidirlo él o los demandantes, pueden defenderse a sí mismos o en su defecto, por un defensor de su elección como lo señala el artículo 36 del Convenio.

El procedimiento comienza con el formulario debidamente rellenado¹⁶⁷ o por un escrito en el idioma oficial del Estado parte de la víctima, conteniendo un

¹⁶⁵ Salado Osuna, Ana, “El Plazo razonable en la Administración de Justicia”, en García Roca, Javier (coord.), *op. cit.*, nota 124, p.317.

¹⁶⁶ Trabajador del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos que por sus funciones, le corresponde tener conocimiento de ello.

¹⁶⁷ Artículo 47 pár. 1 del reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

resumen claro y conciso de los hechos y agravios, para dar a conocer sucintamente sobre el tema al Tribunal.

En un plazo de seis semanas desde la fecha en que se le remita respuesta del primer escrito, deberá presentar la demanda con los datos que establece el artículo 47 del Reglamento del Tribunal, cumplimentando el formulario ya mencionado.

La demanda deberá cubrir los requisitos de admisibilidad del artículo 35 par. 1 del Convenio: agotamiento de los recursos internos, cumplimiento del plazo de seis meses, objeto de su demanda, copias de todos los documentos pertinentes y en particular de las decisiones judiciales o no relativas al objeto de la demanda; y, además, indicar si ha recurrido a otra instancia internacional.

Es relevante saber que la fecha de remisión del formulario de demanda cumplimentado, será la fecha de inicio del procedimiento ante el Tribunal. Así como también que el letrado del Tribunal que recibe el primer escrito no podrá poner en conocimiento al demandante de las causas de inadmisibilidad que presente su escrito o demanda. Por lo que la misma será registrada a la brevedad, originando un número de expediente.¹⁶⁸

Los documentos mencionados en la demanda deberán presentarse en copia simple ya que después del examen de demanda los documentos no se devuelven. Destaca que el procedimiento es público, por lo tanto los documentos sometidos también los serán.¹⁶⁹

El examen de demanda corresponde a un Juez ponente que, designado por el Presidente de la Sección a la que corresponde el examen del caso, y con la asistencia del letrado responsable de la tramitación del mismo ante el Tribunal, deberán preparar el expediente para su examen.

¹⁶⁸ Compuesto del año en el que se presentó el primer escrito correctamente formulado, y con el número en turno de los que hay en curso, empezando de cero cada año.

¹⁶⁹ Con excepción de los previstos en el artículo 62 del reglamento del Tribunal.

3.5.3.1. Primer examen de admisibilidad de la Demanda

Después del examen previo de la demanda elaborado por parte del Juez ponente, será exhibida ante un Comité de tres miembros, o ante la respectiva Sala del Juez ponente. En caso de inadmisibilidad, la declaración será firmada por el Secretario del Comité en nombre de su presidente.

En el caso de ser admitida la demanda examinada por el Comité, pasará a turno de una Sala de siete Jueces. Si el demandante se desiste, entonces la demanda será archivada. Las decisiones del Comité son definitivas, en virtud del artículo 28 del Convenio, y suponen la terminación del procedimiento. No cabe ningún nuevo examen por parte de la Gran Sala, pues como lo señala el artículo 43 del Convenio, sólo se revisarán las sentencias de las salas.

Ya en turno de la sala, nuevamente se examinará la admisibilidad de la demanda con fundamento en el artículo 35 del Convenio. En caso de ser inadmisibile, la decisión es definitiva y da por concluido el procedimiento, sin que proceda un nuevo examen de la Gran Sala.¹⁷⁰ En el supuesto de que la inadmisibilidad sea declarada por falta de agotamiento de los recursos internos, el Tribunal puede considerar un nuevo examen si persistiera la violación nacional al demandante, esto como ejemplo.

De no declararse inadmisibile la demanda, la propia sala o su presidente pueden solicitar a las partes documentos que por su relevancia deberán ser expuestos para el conocimiento del caso. De aquí en adelante, la representación del demandante por parte de un instruido del derecho es obligatoria.¹⁷¹ El representante, deberá ser un abogado habilitado para ejercer en uno de los Estados parte, además de residir en uno de ellos u otra persona que cuente con la aceptación del Presidente de la Sala. El representante legal deberá hablar en uno

¹⁷⁰ Artículo 43 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

¹⁷¹ Artículo 36 del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

de los dos idiomas oficiales,¹⁷² en algunos casos el presidente le permitirá utilizar su idioma.

Se le comunica la demanda, en primer lugar al Estado demandado, emitiendo observaciones que podrán ser replicadas por el demandante, pudiendo manifestar lo que a su interés convenga. Las observaciones del Estado demandado, deben incluir el número de demanda y el nombre del caso, e indicar si se trata de observaciones sobre la admisibilidad o además se incluye el fondo. Debe apuntarse que existe la posibilidad de formular observaciones complementarias, que podrán presentar tanto el Estado como el demandado.

Es posible que en el desarrollo de un procedimiento de demanda formulado por un particular, participe un segundo Estado que será aquél del que fuese nacional el particular que presentó la demanda. El Estado interviniente tiene la oportunidad de presentar observaciones escritas y de tomar parte en las audiencias desahogadas durante el desarrollo del procedimiento.

3.5.3.2. Segundo examen de la admisibilidad de la Demanda

Con conocimiento de las observaciones de las partes, la Sala resuelve la admisibilidad de la demanda. Como lo señala el artículo 54 p. 3 del Reglamento del Tribunal, puede éste celebrar una vista solicitando la presencia de las partes implicadas. Sin embargo el procedimiento es escrito, y la vista queda como una posibilidad a razón de la necesidad del caso concreto. En general, se decide de la admisión de la demanda sobre las observaciones manifestadas por las partes en sus respectivos escritos.

3.5.3.3. Fase de arreglo amistoso entre las partes

Después de satisfechos los requisitos de admisión de la demanda, se intentará el arreglo amistoso. Esta fase es confidencial. Por lo que respecta a las observaciones, es deber de las partes expresar su postura sobre el fondo, las

¹⁷² Artículo 36 párrafo 5 del Reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

respuestas a las interrogantes del Tribunal y sus propuestas para arreglarse de forma amistosa.

Además de que en cualquier momento durante el procedimiento, podrá acordarse un arreglo amistoso entre las partes involucradas, siempre y cuando esté en consonancia con los acuerdos de respeto a los derechos y libertades fundamentales contenidos en el Convenio.

De llegar a un acuerdo, el expediente se archivará mediante una resolución, misma que es en forma de Sentencia. Esta se comunicará a las partes y al Consejo de Ministros para que vigile la ejecución. De no concretar arreglo alguno, se procederá al análisis de fondo del asunto.

3.5. Declaración de Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, efectos y ejecución

De no existir arreglo amistoso, la Sala tendrá que decidir sobre el fondo. Dando la oportunidad a las partes de formular observaciones complementarias. Después de ello y con fundamento en el CEDH, el Tribunal debe emitir sentencia declaratoria o absoluta al Estado, siempre y cuando se haya probado o no su responsabilidad. Las sentencias son vinculantes y sustentadas por la obligación que implica la firma o adhesión ratificada por cada Estado parte, según el artículo 46.1¹⁷³ del Convenio.

Sus efectos más importantes son el de cosa juzgada y el de cosa interpretada con efectos generales. El último tiene especial valor porque las autoridades nacionales, pero sobre todo las judiciales, deben actuar conforme a dicha interpretación, pues constituye el parámetro de aplicación del Convenio.

¹⁷³ Artículo 46 del Convenio, apartado 1. Los Estados se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes.

En los casos condenatorios, el Estado está obligado a compensar los daños de forma equitativa¹⁷⁴, en caso que el Estado declare imposible la completa satisfacción de la reparación, el Tribunal fijará la más equitativa en favor de la víctima. Puesto que la obligación de los Estados, “consiste en reparar las consecuencias de dicha violación y no, simplemente, en pagar una indemnización, siendo incongruente que el ordenamiento jurídico no permitiera la producción de plenos efectos de la sentencia respecto de la reparación de la víctima”.¹⁷⁵

De dictar sentencia la Sala, es posible para las partes solicitar que sea la Gran Sala la que conozca del asunto. Siempre y cuando se trate de una cuestión de interés general para el continente Europeo o sean temas controvertidos tocantes a la interpretación y, en su caso, a la aplicación del Convenio. La solicitud de hacer conocimiento del caso a la Gran Sala, será resuelta por un colegio conformado por cinco jueces de la Gran Sala, que aprobarán o desecharán la solicitud.

El nuevo procedimiento ante la Gran Sala tiene como objeto más importante el de reconsiderar, con apoyo del entramado conformado por el Convenio y la propia interpretación jurisprudencial del Tribunal, en caso de que el contexto europeo así lo exija para salvaguardar la elocuencia jurídica en las sentencias del Tribunal.

Para tener valor de cosa juzgada y ser definitivas las sentencias, tendrá que transcurrir un plazo de tres meses desde su declaración. En ese lapso no debe existir solicitud alguna de remisión a la Gran Sala; o en caso de existir, que la solicitud sea rechazada y el caso no se presente ante la Gran Sala. De presentarse ante ella, ésta resolverá definitivamente.

¹⁷⁴ Artículo 41: La satisfacción equitativa o indemnización que el Tribunal puede conceder si declara que hay violación del convenio (incluidos sus protocolos), tiene lugar “si el Derecho interno sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación”.

¹⁷⁵ Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 128, p. 69.

Existe excepción cuando se solicita la aclaración o revisión de la sentencia¹⁷⁶ en el plazo de un año a partir del pronunciamiento, en caso de descubrirse un hecho desconocido que de ser considerado afecte directamente la sentencia del TEDH en un plazo de seis meses después de conocido el hecho.

Por otro lado, las sentencias del Tribunal son definitivas y su valor está en que sean ejecutadas; sin embargo, el Convenio no establece ningún procedimiento que dé orden a la ejecución, para ello el TEDH no es competente y la sentencia se ejecutará de acuerdo al ordenamiento interno de cada Estado.¹⁷⁷ Según el apartado 2 del artículo 46 del Convenio, el Comité de Ministros del Consejo de Europa posee competencias para vigilar el cumplimiento de las sentencias del Tribunal, pero sólo son de observación ya que no existen medios coercitivos que impliquen la fuerza.

En este sentido, sería factible que se adicionara al Convenio un protocolo que regulara de forma general los efectos de las sentencias del Tribunal, descartando así ideas *sui generis* en el derecho interno de los Estados parte, para obtener una ejecución uniforme en el sistema regional.

3.6. Interpretación del Convenio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

En las jurisprudencias del tribunal se reconoce la soberanía de los Estados además de restringir el ámbito de competencias de los Estados parte, con el único objeto de proteger los derechos consagrados en el Convenio. No obstante, el propio Tribunal admite que cada Estado parte tiene un margen de apreciación que es resultado propio de que el sistema de protección sea de carácter subsidiario.

Lo anterior aunado a que el Tribunal no es de tipo Constitucional, y por ello no interpreta los documentos fundamentales de cada Estado, sino que solamente

¹⁷⁶ Artículo 79 del reglamento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹⁷⁷ Los efectos y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos están regulados en los ordenamientos jurídicos internos de algunos de los Estados parte (Austria, Luxemburgo, Malta, Noruega y el cantón Suizo de Appenzel).

hace valer lo pactado en el convenio, sin inmiscuirse en materia sustantiva o adjetiva nacional que no es de su competencia.

El margen de apreciación no es común a todos y es considerado en base a las circunstancias que enmarcan el contexto socio-cultural de cada Estado, siempre y cuando no exista consenso europeo en esa materia. El prestigio del Tribunal está cimentado en el uso del principio de proporcionalidad que favorece a los habitantes de los Estados parte.

En lo general, el Tribunal se apoya del artículo 1 (obligación de respetar los Derechos Humanos) para difundir que las obligaciones de los Estado parte también son positivas, es decir, tienen que hacer lo necesario para asegurar efectivamente el goce de los derechos de sus respectivos Estados.

En la redacción de sus acciones interpretativas del Convenio, ha fijado la medida en la que será aplicado el Convenio. En elemental recuento se repasarán sus posturas más importantes. Así por ejemplo, el tribunal en el tratamiento de un caso de condena a pena de muerte,¹⁷⁸ declaró que el demandante fue juzgado sin gozar del derecho a defensa por un tribunal que sustentó su decisión de manera supeditada y parcial. Rey Martínez y Salado Osuna declaran que, en este caso el Tribunal introduce un hecho novedoso en su jurisprudencia, esto es, declarar una violación del artículo 3 porque la condena a pena de muerte fue impuesta en un juicio en el que no se observan las garantías judiciales mínimas.¹⁷⁹

A su vez, el propio Tribunal ha fijado en materia de reparaciones, que la competencia es originaria a los Estados parte. Pues sus sentencias son declarativas y son éstos los que deciden sobre los medios precisados en su ordenamiento interno.¹⁸⁰ La función del Tribunal es decidir si las reparaciones determinadas por los Estados son las ideales. Pero la tarea de la ejecución

¹⁷⁸ Caso Ocalan contra Turquía, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

¹⁷⁹ Rey Martínez, Fernando, y, Salado Osuna, Ana, "Los tratos prohibidos en el Artículo 3 del CEDH", en García Roca, Javier (coord.), *op. cit.*, nota 124, p. 132.

¹⁸⁰ Caso Marckx contra Bélgica.

corresponde al Comité de Ministros del Consejo de Europa, aunque dicha función, sea por ahora de carácter político, por la falta de los medios coercitivos de presión.

Por lo que se refiere a presunción de inocencia en el Convenio, Alfredo Allué, habla de entenderla “con un objeto muy amplio, tanto desde su dimensión procesal, más allá del estricto ámbito penal y de la práctica probatoria, como desde su irradiación extra procesal”.¹⁸¹ Y es que, la presunción de inocencia deberá primar y el Estado solamente podrá condenar, en caso de que el material probatorio sea constituido bajo el principio de legalidad en un proceso imparcial, razonable y objetivo. Sin menoscabar otros derechos fundamentales, en relación al de libertad como principal ejemplo.

En estricta relación, la letra c) del artículo 6.3 del Convenio instaure tres garantías como derechos mínimos los que goza el presunto culpable en el proceso penal. Estas garantías son el derecho a defenderse por sí mismo, el derecho a la asistencia técnica (como derechos del acusado que son obligación de los Estados parte, garantizarlas); y por último, la asistencia jurídica gratuita que brinda seguridad en el procedimiento a quién no tiene la suerte de contar con los medios económico suficientes para sufragar los gastos jurídicos de su defensa.

Acerca del derecho a la intimidad consagrado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el tribunal establece su postura en términos de que los habitantes que estén bajo la potestad de un Estado parte, sean instruidos en los casos que la ley nacional permita la injerencia en su vida privada.¹⁸² Será la norma que imponga un límite para no quebrantar el derecho a la intimidad, por lo que exclusivamente ejecutarán las acciones contempladas en los ordenamientos de los Estados parte.

Por otra parte, el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos apuntala a la libertad religiosa y de conciencia como un principio fundamental para

¹⁸¹ Allué Buiza, Alfredo, “Una presunción de Inocencia extensa y poco intensa”, en García Roca, Javier (coord.), *Ibidem*, p. 409.

¹⁸² Caso Malone contra Reino Unido.

el desarrollo de una sociedad europea consiente y respetuosa de la vasta pluralidad religiosa que en su territorio converge.

El Tribunal no ha tenido reparo alguno en emitir sus jurisprudencias en sentido de que ningún Estado parte puede de manera arbitraria limitar de forma alguna el ejercicio de profesar cualquier religión, salvaguardando la libertad de culto. Incluso sancionando la estricta vigilancia que habían implementado los servicios secretos griegos sobre unos testigos de Jehová.¹⁸³

Con respecto a los derechos de ejercicio colectivo que actúan con estrecha relación con el derecho a la libertad de expresión, el Convenio lo protege con estricto apego al artículo 11 del Convenio. Siempre y cuando las reuniones sean pacíficas y con fines lícitos, siendo estas características retomadas por la jurisprudencia del Tribunal.

En relación con el derecho a contraer matrimonio previsto en el artículo 12 del Convenio, podemos decir que tiene una redacción tradicional¹⁸⁴ que en teoría no responde a las posibilidades de género que podemos encontrar hoy en día a consecuencia del avance de la ciencia en la medicina. Si bien se contempla el matrimonio según el convenio entre heterosexuales, no es admisible la falta de cuidado al desconsiderar a dos sectores importantes de la sociedad actual, los homosexuales y los transexuales.

No obstante la redacción del artículo 12, el Tribunal se superó así mismo evolucionando en la redacción de sus sentencias, por lo que establece que en este aspecto el Estado no puede escudarse en el margen de apreciación para no otorgar los mutuos beneficios públicos que reciben los consortes al contraer matrimonio, por lo que deberá reconocer los matrimonios entre homosexuales y, en su caso, transexuales.¹⁸⁵

¹⁸³ Caso Tsavachiladis contra Grecia.

¹⁸⁴ Artículo 12. A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho.

¹⁸⁵ Caso I. y Christine Goodwin contra Reino Unido.

Los Estados adquieren compromisos a través de instrumentos normativos internacionales que les comprometen a la protección y respeto a un conjunto de Derechos Humanos. Pues parte de ese conjunto de derechos y libertades se suspende, de acuerdo al artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Desde luego, solamente en caso de guerra o de algún acontecimiento que intime la paz de la nación. Fernández Sánchez, soporta la teoría de que “hay un núcleo irreductible de derechos que no podrían ser suspendidos, no ya solo por tratarse de derechos así contemplados en el propio artículo 15 sino porque constituyen derechos contemplados en normas *ius cogens* y, por tanto inderogables, salvo que lo sean por otras normas de la misma naturaleza y posteriores”.¹⁸⁶

En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal tiene la preponderante responsabilidad de revolucionar sus conceptos conforme a la actualización del contexto social. Si bien se estudiaron las interpretaciones de algunos de los principales derechos previstos en el Convenio, “el TEDH ha formulado, en definitiva, una jurisprudencia que configura una garantía de mínimos, previniendo únicamente las violaciones más flagrantes, de manera que nada impide que el legislador y los Tribunales Constitucionales nacionales puedan ir más allá”.¹⁸⁷ Es por esto que ni la legislación interna ni el compromiso internacional, incluyendo la jurisprudencia del Tribunal, limitarán a los derechos y libertades fundamentales.

3.7. Recepción interna del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Jurisprudencia del Tribunal en España

En la adopción interna del Convenio en el ordenamiento español, el Tribunal Constitucional afirmó que: “la relevancia y singular naturaleza del Convenio Europeo de Derechos Humanos son innegables”, en su sentencia 245/1991 de 16 de diciembre, en el caso Barberá, Messegué y Jabardo. Dicha sentencia sienta la base de un nuevo modelo, en donde además de completar el

¹⁸⁶ Fernández Sánchez, Pablo Antonio, “La suspensión de las Garantías establecidas en el Convenio”, en García Roca, Javier (coord.), *op. cit.*, nota 124, p. 783.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 402.

bloque constitucional (ya mencionado en anteriores páginas), las normas que versen derechos fundamentales dentro de la constitución, deberán interpretarse conforme al Convenio. Sin duda esta sentencia significa la aceptación judicial del, entonces, nuevo entramado fundamental.

Al respecto y en estrecha relación, María Díaz deduce que:

*Si bien es cierto que el ordenamiento estatal no era plenamente compatible con los estándares europeos en los años inmediatamente posteriores a la ratificación del Convenio, el correr de la democracia ha refundado nuestro ordenamiento interno sobre la base del respeto a los derechos fundamentales, lo que ha supuesto una adecuación mayor a los estándares marcados por Estrasburgo.*¹⁸⁸

Entonces, la fuente de las sentencias condenatorias a España radica en las valoraciones incompatibles de los jueces con el Convenio y en la ignorancia de la jurisprudencia del TEDH, en suma de la consideración del principio de proporcionalidad¹⁸⁹ por parte del Tribunal.

Si bien, las sentencias que dicta el Tribunal son declarativas, no supone que constituyan un estudio de fondo de las sentencias nacionales. Por lo tanto, sólo se constriñen a la aplicación del convenio en términos de su contenido en materia de Derechos Humanos, y no de lo señalado en el ordenamiento interno de cada Estado parte

Pero es que entonces, “tras la ratificación de la CEDH, España puede ser demandada ante el TEDH por vulneración de algunos de los derechos que reconoce. Si la demanda es admitida y el TEDH encuentra que ha habido una vulneración de la CEDH, dictará una condena contra España”.¹⁹⁰ En consecuencia, España deberá ejecutar la Sentencia del TEDH en los términos que éste la dicte, con la salvedad de que será España quien decida la forma sin alterar

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 997.

¹⁸⁹ Principio que determina los medios más útiles aplicados a cada caso.

¹⁹⁰ Rodríguez, Ángel, *op. cit.*, nota 143, p. 150.

sustantivamente los términos. Al no existir una ley orgánica especial de “Ejecución de Sentencias declaradas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” en España, entonces para cada caso, serán ejecutadas particularmente según decida el Estado.

3.8. Análisis de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en México, y del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos. Método analógico comparativo

Una vez cubierto el fondo teórico del control Convencional y Constitucional en México, además del estudio profundo del reconocimiento constitucional y aplicación del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos en España; es turno de presentar las similitudes y diferencias entre uno y otro sistema, junto con los puntos positivos que pueden ser sustraídos de la Constitución Española para resolver el problema mexicano del objeto de estudio abordado.

La herramienta utilizada para examinar lo propuesto, será el método analógico comparativo. Este método consiste en la comparación de fenómenos por sus semejanzas y diferencias, este método va de lo conocido a lo desconocido.¹⁹¹

En principio, la comparación entre sistemas regionales tiene por objeto ir de lo general a lo particular. Es decir, de la existencia del sistema partimos de la adopción interna con carácter subsidiario. Por lo que el método analógico comparativo, permite analizar la experiencia normativa en el tiempo y en el espacio propiciando la comparación histórica y sociológica, como bien lo expone Ponce de León Armenta.

Las siguientes, son las similitudes sustanciales entre un sistema y otro:

<p style="text-align: center;">SIMILITUDES ENTRE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DERECHOS HUMANOS</p>

¹⁹¹ Ponce de León Armenta, Luis, *Metodología del Derecho*, 8a. ed., México, Porrúa, 2009, p. 73.

Precepto	Sistema Americano (Convención, Comisión y Corte)	Sistema Europeo (Convenio y Tribunal)
Jurisdicción	Ambos son instancias jurisdiccionales de protección de derechos de ámbito supraestatal.	
Catálogo de Derechos	Existe similitud en los derechos reconocidos.	
Deliberación	Utilizan un proceso judicial de decisión.	
Carácter	En ambos la intervención es de carácter subsidiario.	
Alcance	En ambos casos se trata de jurisdicciones de mínimos, no de máximos, es decir, buscan un mínimo común compartido en sus respectivas jurisdicciones.	
Sentencia	Las sentencias son de condena respecto del Estado demandado (ha habido casos en que es más de un Estado el obligado), y por tanto éste es el llamado a cumplir con el efecto vinculante de la sentencia; lo anterior, al margen de los efectos interpretativos de la sentencia, cuyos efectos llegan a los Estados no condenados.	

192

En las diferencias, destacan:

DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL SISTEMA EUROPEO DE PROTECCIÓN DERECHOS HUMANOS		
Precepto	Sistema Americano (Convención, Comisión y Corte)	Sistema Europeo (Convenio y Tribunal)
Reconocimiento de la Jurisdicción de la Corte y del Tribunal	Se trata de un sistema dividido en tres subsistemas: el ingreso a la OEA, la ratificación del Convención Americana sobre Derechos Humanos y	El ingreso al Consejo de Europa y a la Unión Europea imponen como condicionante el reconocimiento de la jurisdicción del Tribunal.

¹⁹² Información sustraída de la SCJN, resumen del curso denominado “La Garantía Constitucional de los Derechos Humanos y su Proyección en los Estados”, impartido por la Universidad Pompeu Fabra, España, del 21 de junio al 6 de julio de 2012.

	la aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.	
Derechos que se Tutelan	La Corte Interamericana de Derechos Humanos no es un órgano de tutela subjetiva de derechos, sino de la tutela de derechos de todos. Por ello la Corte, a través de la Comisión, elige los casos: aquellos en los cuales es importante que la Corte se pronuncie.	El Tribunal no es un órgano que establezca el contenido de los derechos. Tutela derechos individuales y da satisfacción a pretensiones judicialmente establecidas de carácter judicial.
Presentación de Demanda	Se requiere la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.	Cualquier persona física, organización no gubernamental o grupos de particulares que haya visto vulnerado un derecho de los protegidos por el convenio, por parte de los Estados miembros, puede demandar, una vez agotado el sistema de protección interna de los derechos.
Discurso	El de la Corte intenta la construcción de un sistema universal de garantía de derechos; por lo que procura crear una cultura en esta materia.	Por su parte, el del Tribunal Europeo es pragmático y se concentra, más que en crear una cultura, en proteger los derechos de forma óptima.
Función Consultiva	La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una función consultiva.	El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no la tiene.
Medidas Reparadoras	La Corte Interamericana de Derechos Humanos se enfoca en la restitución de los derechos.	El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiende más a la satisfacción económica.

Prudente será esgrimir el fondo de la forma. Objetivamente, ubicamos a las similitudes con el “fondo”, que están dirigidas a la salvaguarda de un mínimo común de respeto al reconocimiento de los derechos humanos que deberán ser fundamentales al radicar en las dos respectivas constituciones. Mismas que extenderán la protección al contemplar el reconocimiento de los tratados internacionales, como obligaciones de derecho.

Por lo que respecta a la forma, son las diferencias las enmarcadas. Y es que son distintos caminos un mismo fin. Si los objetivos primordiales son alcanzados, entonces por su parte, tanto el Tribunal como la Corte velarán por el catálogo de derechos contenido tanto en el Convenio como la Convención. Son mínimas las diferencias, por lo que el funcionamiento de uno y otro no están tan alejados, más aún si uno y otro tomaran sus puntos positivos para fortalecerse respectivamente.

En conclusión, el artículo 10.2 de la Constitución Española y el artículo 1 de la mexicana son pares, si observamos detenidamente su contenido:

Constitución Mexicana
<i>Artículo 1o...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...</i>

Constitución Española

¹⁹³ Información sustraída de la SCJN, resumen del curso denominado “La Garantía Constitucional de los Derechos Humanos y su Proyección en los Estados”, impartido por la Universidad Pompeu Fabra, España, del 21 de junio al 6 de julio de 2012.

10.2 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.**

Valor contenido

Interpretación Conforme.- Se entiende como la obligación de la autoridad, de observar en todo momento, los tratados debidamente ratificados. Esta actividad radica en examinar la compatibilidad de por lo menos dos textos (Constitución y Tratado), de no resultar concordancia entre ellos, deberá aplicarse el que favorezca a la persona. Por ello no se debe descartar el contenido de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, de lo contrario; serán los tribunales subsidiarios los que tendrán jurisdicción para hacer cumplir los derechos reconocidos.

El análisis anterior, en sustancia, arroja la paridad de criterios entre uno y otro artículo. Sin embargo, la propia constitución mexicana en su artículo 133 enlista una posible jerarquía que propicia la intervención de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que precisamente es origen de la situación problemática que aborda la presente investigación.

Para Ricardo Guastini, cuando se habla de interpretar un texto, significa atribuir sentido o significado a un determinado fragmento del lenguaje (vocablos, locuciones, enunciados).¹⁹⁴ En el caso mexicano la interpretación ha dejado en estado de indefensión a los nacionales, ya que en caso de contradicción entre la

¹⁹⁴ Gascón, Mariana y Carbonell, Miguel (trads.), *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 1ª. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 2.

Constitución y los Tratados internacionales, será el contenido de la primera la que prevalezca. Aunque en algunos casos, esta no otorga la protección más amplia.

Esta particularidad embiste de importancia la comparación realizada, en el caso español encontramos un buen referente para que la Suprema Corte enuncie una nueva interpretación que responda a las necesidades de los mexicanos.

Conclusiones

Después de una objetiva, ardua y escrupulosa faena investigativa, se plantean una serie de conclusiones. Estas tienen por objeto verificar las metas planteadas en cuanto a la consecución de los objetivos y la respuesta a la hipótesis diseñada se refiere. Además de puntualizar otras relevantes cuestiones.

I. Se afirma que satisfactoriamente se dio cumplimiento a los objetivos planteados al comienzo de la investigación. Se armonizó la relación entre el articulado constitucional y la jurisprudencia mexicana, en materia de Derechos Humanos, que facilita el más amplio ejercicio del control convencional en México. Se comparó, exitosamente, el ejercicio del Control Convencional aplicado en España con el mexicano. Se propuso un modelo de tesis que sustituya a la de registro 2 006 224, en donde se establecen las condiciones ideales para un ejercicio del Control Convencional efectivo.

II. La respuesta a la hipótesis de la investigación, consiste en concluir que sin restricciones interpretativas a la Constitución mexicana, se propiciaría el más amplio ejercicio del Control Convencional en México, garantizando la aplicación del principio *pro homine* consagrado en la constitución mexicana que optimiza la plena protección a los Derechos Humanos en México.

III. La transición evolutiva que rodea a la doctrina de los Derechos Humanos, ha alcanzado su máxima expresión en los sistemas que garantizan el pleno ejercicio del Control Convencional, con el objeto de brindar la protección más amplia al individuo. En referencia a los Estados que aplican cabalmente el control de convencionalidad, se concluye que la supremacía constitucional y el principio *pro homine*, son dos figuras que claramente pueden coexistir en materia de Derechos Humanos.

IV. Del estudio de derecho comparado, se concluye que México posee claras deficiencias que limitan el cumplimiento a sus obligaciones de carácter internacional. Ante esto, se propone a la doctrina y a la constitución española,

como indicio para que el criterio interpretativo mexicano prospere en materia de protección a los Derechos Humanos, y brinde una verdadera certeza jurídica

V. La propuesta de la presente investigación, plantea la sustitución del criterio jurisprudencial emanado de la contradicción de tesis 293/2011, resuelta por el pleno de la Suprema Corte de Justicia. Dado esto, se concluye que el actual criterio jurisprudencial limita gravosamente el más amplio ejercicio del Control Convencional, que a través del principio *pro homine*, busca salvaguardar el Estado de Derecho en México.

VI. Se concluye que la técnica de interpretación legal, junto con sus principios aplicables para fomentar el pleno ejercicio del Control Convencional, más favorable es la Interpretación conforme. Porque la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en México, reclama que los jueces después de verificar la compatibilidad entre normas constitucionales y convencionales, dicten sus fallos conforme a la norma que más favorezca (*principio pro homine*) o menos perjudique al individuo. Para ello, el principio de proporcionalidad, propone aplicar todos los preceptos involucrados de forma sistémica, para corroborar la pertinencia de un fallo que implique un trato diferenciado, en virtud de concluir si este trato es legal o no.

Propuesta

El desarrollo de la presente investigación, plantea facilitar el ejercicio amplio del Control de Convencionalidad en México. Es claro que constitucionalmente a través del artículo primero, el camino está allanado al reconocerse al *principio pro homine*, como principio interpretativo de la compatibilidad entre normas constitucionales y convencionales. Pero, penosamente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación restringió los alcances del primero constitucional, con una interpretación antagónica del reciente cambio de paradigma mexicano a raíz de las reformas de 6 y 10 de junio de 2011.

Para ello, se considera prudente que la Suprema Corte de Justicia sustituya su criterio jurisprudencial de registro 2006224,¹⁹⁵ con fundamento en el artículo 230 fr.III de la Ley de Amparo. Como la propia fracción lo enuncia, "...sólo con motivo de un caso concreto una vez resuelto..." es procedente la sustitución a propuesta de cualquiera de las Salas, por lo que es "prudente esperar" que la Corte reconozca su garrafal error, y formule tesis jurisprudencial de la siguiente manera:

Registro: No. ----- J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro ---, --- de 20--, Tomo ---; Pág. ---. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, INSTRUMENTO PLENO PARA EL IRRESTRICTO RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS.

En consonancia con el espíritu del legislador impregnado en los párrafos primero y segundo del artículo primero Constitucional, se deja sin efecto alguno la tesis jurisprudencial P./J. 20/2014 de rubro: "DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA

¹⁹⁵ [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 5, Abril de 2014, Tomo I; Pág. 202. DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.”.

En virtud de lo establecido en artículo 1º de la Constitución, el efectivo goce de los derechos humanos reconocidos en la constitución, se ejecutará mediante la revisión irrestricta e ineludible de la compatibilidad entre la norma constitucional y los compromisos internacionales ratificados por el Estado Mexicano. En todo momento se deben interpretar las normas relativas a los derechos humanos en conformidad a la norma vigente que más favorezca al individuo, sin importar su fuente.

Este alto Tribunal, previendo sentencias condenatorias al Estado Mexicano, suspenderá el procedimiento interpretativo de los asuntos ventilados en sus Salas o en Pleno, en tratándose de Derechos Humanos; y solicitará a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, opinión consultiva sobre cuestiones referentes a la interpretación o aplicación de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El Tribunal Pleno, el ----- de ----- en curso, aprobó, con el número ---/--- (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a ----- de --- --- de dos mil -----.

Fuentes de Consulta

BIBLIOGRAFÍA

Aragón Reyes, Manuel (coord.), *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, t. III: Derechos Fundamentales y su Protección, 2a. ed., Pamplona, España, Thomson Reuters, 2011.

Azuela Rivera, Mariano, *Garantías*, 1ª. ed., México, Poder Judicial de la Federación en colaboración con la B.U.A.P., 2005.

Bazán, Víctor, “Estimulando sinergias: de Diálogos jurisdiccionales y control de Convencionalidad”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El Control Difuso de Convencionalidad*, México, FUNDAP, 2012.

Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Buenos Aires, Editar, 1998.

Burgoa, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1991.

_____, *Diccionario de derecho constitucional, garantías y amparo*. México, Editorial Porrúa, 2005.

Calamandrei, Piero, *La casación civil*, trad. De Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica, 1961.

Cappelletti, Mauro, *Obras: La justicia Constitucional. Dimensiones de la Justicia en el mundo Contemporáneo*, 1a. ed., México, Porrúa, 2007.

Carrillo Salcedo, Juan Antonio, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 1a. ed., Madrid, España, Tecnos, 2003.

Carpizo, Enrique, *Derechos Fundamentales. Interpretación Constitucional. La Corte y los derechos*, 1a. ed., México, Porrúa, 2011.

Casal, María Luz, *Los caminos de la justicia en México 1810-2010 / investigación iconográfica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2010.

Corzo Sosa, Edgar (coord.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002.

De Pina, Rafael, *Diccionario de Derecho*, México, Editorial Porrúa, 1981.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, España, Trotta 1999.

_____, *Los fundamentos de los Derechos Fundamentales*, 1a. ed., Madrid, España, Trotta, 2001.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *El nuevo Juicio de Amparo. Guía de la Reforma Constitucional y la nueva Ley de Amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, 2013.

Figuroa, Aída. (Coord.) *"Igualdad y no Discriminación"*. En los derechos humanos en los umbrales del siglo XXI: una visión interdisciplinar, México, UNAM, 2012.

Fix-Zamudio, Héctor, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, 8a. ed., México, Porrúa, 2012.

_____, *La Defensa de la Constitución en el Ordenamiento Mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 2011.

García, María Encarna, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos en el umbral del Siglo XXI*, 1a. ed., Valencia, España, Trant lo Blanch, 1998.

García Ramírez, Sergio, *Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2008, México, Fundación Konrad Adenauer, 2008.

García Roca, Javier (coord.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 2a. ed., Madrid, España, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

Gascón, Mariana y Carbonell, Miguel (trads.), *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 1ª. ed., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.

Herrerías, Francisco, *Control de Convencionalidad y efectos en las sentencias*, 1a. ed., México, UBIJUS, 2011.

Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. de Fernando de los Ríos Urruti, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1915.

Jimena, Luis, *Jurisdicción Nacional y Control de Convencionalidad*, 1a. ed., Navarra, España, Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo, *Vías Concurrentes para la Protección de los Derechos Humanos. Perspectiva española y europeas*, 1a. ed., Navarra, España, Thomson Civitas, 2006.

Morte Gómez Carmen, *El Procedimiento ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Requisitos de Admisibilidad de la Demanda*, 1a. ed., Valencia, España, Tirant lo Blanch, 2004.

Nazar Sevilla, Marcos A, *Control constitucional: evolución del juicio de garantías por jurisprudencia y amparo en materia*. México, Porrúa, 1998.

Orozco Henríquez, J. Jesús, *Justicia electoral y garantismo jurídico*, México, Porrúa-UNAM, 2006.

Pacheco, Guillermo, *Control de Convencionalidad*, 1a. ed., México, Porrúa, 2012.

Peces-Barba, Gregorio, *Historia de los Derechos Fundamentales. Tomo II: Siglo XVIII. Volumen I El contexto social y Cultural de los derechos. Los rasgos*

generales de evolución. 1ª. ed., Madrid, España, Dykinson e Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid, 2001.

Pérez Royo, Javier (coord.), *Derecho constitucional para el siglo XXI. Actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Pamplona, España, Thompson Aranzadi, 2006.

Pierandrei, Franco, “L’interpretazione delle norme costituzionali in Italia”, en la obra del mismo autor *Scritti di diritto costituzionale*, Turín, G. Giapichelli, 1964.

Ponce de León Armenta, Luis, *Metodología del Derecho*, 8a. ed., México, Porrúa, 2009.

Rodríguez, Ángel, *Integración Europea y Derechos Fundamentales*, 1a. ed., Madrid, España, Civitas, 2001.

Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, trad. Enrique de la Rosa, Buenos Aires, El Girasol, 1961.

Sánchez-Arcilla Bernal, José, *Manual de Historia del Derecho*, 1a. ed., Madrid, España, Dykinson, 2004.

Suárez, Humberto, *El sistema de Control Constitucional en México*. 3a. ed., México, Porrúa, 2011.

Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, Porrúa, 1983.

Ventura Silva, Sabino, *Derecho Romano*, México, Porrúa, 1980.

Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, *Hacia una nueva Ley de Amparo*, México, Porrúa, 2002.

LEGISGRAFÍA

“Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”

http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

“Constitución Española”

http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

“Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>

“Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)”

http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm

“Convenio Europeo sobre Derechos Humanos”

http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

“Declaración Universal de los Derechos Humanos”

<http://www.un.org/es/documents/udhr/>

“Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”

<http://www.sitios.scjn.gob.mx/leyamparo/sites/default/files/Ley%20Amparo%20Micrositio%20V.4.pdf>

“Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”

http://www.corteidh.or.cr/reglamento/regla_esp.pdf

“Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”

<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp>

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES, MÉXICO

Registro: 2006224 [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 5, Abril de 2014, Tomo I; Pág. 202. DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL

EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

Registro: 2000008 [TA]; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 549. CONTROL DIFUSO.

Registro: 193435 [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo X, Agosto de 1999; Pág. 5. CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES, CORTE INTERAMERICANA

Corte IDH. "Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala". Sentencia de Fondo. Reparaciones y Costas. 25 de noviembre de 2003. Serie C. No 101.

Corte IDH. "Caso Tibi vs. Ecuador". Sentencia de Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. 7 de septiembre de 2004. Serie C. No 114.

Corte IDH. "Caso López Álvarez vs. Honduras". Sentencia de Fondo. Reparaciones y Costas. 1 de febrero de 2006. Serie C. No 141.

Corte IDH. "Caso Vargas Areco vs. Paraguay". Sentencia de Fondo. Reparaciones y Costas. 26 de septiembre de 2006. Serie C. No 155.

Corte IDH. "Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile". Sentencia de Excepciones preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. 26 de septiembre de 2006. Serie C. No 154.

Corte IDH. "Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú". Sentencia de Excepciones Preliminares. Fondo. Reparaciones y Costas. 24 de noviembre de 2006. Serie C. No 162.

Corte IDH. "Caso La Cantuta vs. Perú". Sentencia de Fondo. Reparaciones y Costas. 29 de noviembre de 2006. Serie C. No 162.

Corte IDH. “Caso Boyce y otros vs. Barbados”. Sentencia sobre Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. 20 de noviembre de 2007. Serie C. No 169.

Corte IDH. “Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”. Sentencia de Excepción Preliminar. Fondo. Reparaciones y Costas. 26 de noviembre de 2010. Serie C. No 220.

Corte IDH. “Caso Gelman vs. Uruguay”. Sentencia de Fondo y Reparaciones. 24 de febrero de 2011. Serie C. No 221.

JURISPRUDENCIA, TRIBUNA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Caso Ocalan contra Turquía, Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Application no. 46221/99

Caso Marckx contra Bélgica, Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Application no. 6833/74

Caso Malone contra Reino Unido, Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Application no. 8691/79

Caso I. y Christine Goodwin contra Reino Unido, Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Application no. Nº 28957/95,

DOCUMENTOS DIGITALES

Islas, Roberto, “Sobre el Principio de Legalidad”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XV, Montevideo, 2009, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2009/pr/pr7.pdf>

Bazán, Víctor, “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, APERTURAS DIALÓGICAS E INFLUENCIAS JURISDICCIONALES RECÍPROCAS”, Revista Europea de Derechos Fundamentales, Núm. 18, 2º Semestre 2011.

<http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/derhumancontrolconvencionalidad/V%C3%ADctor%20Bazan.pdf>

Guastini, Ricardo, "Estudios sobre la interpretación Jurídica", 1a. ed., México, UNAM, 1999. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1651/pl1651.htm>

SITIOS ELECTRÓNICOS

Carbonell, Miguel.

<http://www.miguelcarbonell.com/>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

www.cidh.oas.org

Consejo de Europa

www.european-council.europa.eu/home-page.aspx?lang=es

Corte Interamericana de Derechos Humanos.

<http://www.corteidh.or.cr/index.cfm>

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx/

Real Academia Española.

<http://www.rae.es/rae.html>

Scientific Electronic Library Online

<http://www.scielo.cl/>

Semanario Judicial de la Federación

sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx

Suprema Corte de Justicia de la Nación

<https://www.scjn.gob.mx/>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

www.echr.coe.int/

Unión Europea

europa.eu/index_es.htm